

ADMINISTRACION DE ANDALUCIA

Revista Andaluza de Administracion Publica

Nº 3

Julio - Septiembre 1990



UNIVERSIDAD DE SEVILLA
INSTITUTO ANDALUZ DE ADMINISTRACION PUBLICA

Consejo Asesor:

Excmos. e Ilmos Sres.:

Manuel F. Clavero Arévalo, Catedrático de Derecho Administrativo
(*Presidente*)
Manuel Lozano Leyva, Vicerrector de Investigación de la Universidad de Sevilla
Encarnación Garrido Molina, Directora del Instituto Andaluz de Administración Pública
José Ortiz Díaz, Catedrático de Derecho Administrativo
Alfonso Pérez Moreno, Catedrático de Derecho Administrativo
Eduardo Roca Roca, Catedrático de Derecho Administrativo
Juan José Ruiz Rico, Catedrático de Derecho Político
Juan Cano Bueso, Letrado Mayor del Parlamento de Andalucía
Antonio Martí García, Magistrado del Tribunal Superior de Justicia
Santiago Martínez-Vares García, Magistrado del Tribunal Superior de Justicia
Juan Carlos Cabello Cabrera, Viceconsejero de Educación y Ciencia
Juan A. Cámpora Gamarra, Secretario del Ayuntamiento de Sevilla
Federico Romero Hernández, Secretario del Ayuntamiento de Málaga

Director:

Pedro Escribano Collado, Catedrático de Derecho Administrativo

Secretario:

Francisco López Menudo, Catedrático de Derecho Administrativo

Consejo de Redacción:

Francisco Escribano López, Catedrático de Derecho Financiero
José Luis Rivero Isern, Catedrático de Derecho Administrativo
Antonio Porras Nadales, Catedrático de Derecho Político
José I. López González, Catedrático de Derecho Administrativo
Antonio Jiménez-Blanco y Carrillo de Albornoz, Catedrático de Derecho Administrativo
José I. Morillo Velarde-Pérez, Profesor Titular de Derecho Administrativo
Javier Barnés Vázquez, Profesor Titular de Derecho Administrativo

Secretaría de Redacción:

Facultad de Derecho, Avda. del Cid s/n. 41004 Sevilla
Tif.: (95) 421 03 00 (tarde). Fax (95) 4562188

Realización:

Instituto Andaluz de Administración Pública

Edita:

Servicio de Publicaciones y BOJA

ISSN:

1130-376X

Depósito Legal:

SE-812-1990

Talleres:

Tecnographic, S.L. Sevilla

Suscripción anual (4 números): 4.000 Ptas. (IVA incluido)

Número suelto: 1.300 Ptas.

Pedidos y suscripciones: Servicio de Publicaciones y BOJA

Apartado de Correos n° 100.000

41071 SEVILLA

Tifs.: (95) 421 40 55 y 421 74 53

Fax. (95) 4210289

Forma de pago: Talón nominativo conformado o Giro Postal
en cualquier caso a nombre de:

BOLETIN OFICIAL DE LA JUNTA DE ANDALUCIA



SUMARIO

Pág.

ESTUDIOS

<i>José Ortiz Díaz</i> Ordenación del territorio y del litoral en Andalucía	9
<i>Pedro Escribano Collado</i> Comunidades autónomas y ordenación del territorio	33
<i>Javier Barnés</i> La tutela cautelar y la celeridad en la justicia administrativa alemana: Crónica de las nuevas tendencias legislativas	63

JURISPRUDENCIA

COMENTARIOS DE JURISPRUDENCIA

<i>Ana Carmona</i> Función política, e inviolabilidad parlamentaria	95
---	----

NOTAS DE JURISPRUDENCIA

TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

I. Constitución.- II. Derechos y Libertades.- III. Principios Jurídicos Básicos.- IV. Instituciones del Estado.- V. Fuentes.- VI. Organización Territorial.- VII. Economía y Hacienda.- <i>(Francisco Escribano)</i>	101
---	-----

TRIBUNAL SUPREMO Y TRIBUNAL SUPERIOR DE JUSTICIA DE ANDALUCIA

I. Acto Administrativo.- II. Administración Local.- III. Administración Pública.- IV. Bienes Públicos.- V. Comunidades Autónomas.- VI. Contratos.- VII. Corporaciones de Derecho Público.- VIII. Cultura, Educación, Patrimonio Histórico.- IX. Derecho Administrativo Económico.- X. Derecho Administrativo Sancionador.- XI. Derechos Fundamentales y Libertades.- XII. Expropiación Forzosa.- XIII. Fuentes.- XIV. Hacienda Pública.- XV. Jurisdicción Contencioso-Administrativa.- XVI. Medio Ambiente.- XVII. Organización.- XVIII. Personal.- XIX. Procedimiento Administrativo.- XX. Urbanismo y Vivienda.- <i>(José I. López González y José Luis Rivero Isern)</i>	113
--	-----

CRONICA PARLAMENTARIA

A. Porras Nadales
Las elecciones autonómicas de 1990 161

DOCUMENTOS

Directrices Regionales del Litoral Andaluz 173

RESEÑA LEGISLATIVA

Disposiciones Generales de la Junta de Andalucía	211
Disposiciones Estatales	217
Disposiciones Generales de las Comunidades Autónomas	225
Indice Analítico	233

(Antonio Jiménez Blanco y Javier Barnés Vázquez)

NOTICIAS DE LA ADMINISTRACION AUTONOMICA

INFORMES: Oficinas de información, racionalización administrativa y libros de sugerencias y reclamaciones	239
ORGANIGRAMAS.	247

(José Ignacio Morillo-Velarde Pérez)

BIBLIOGRAFIA

	RECENSIONES	
CASTELLS ARTECHE, J.M.: La policía autonómica		
<i>(Javier Bernés Vázquez)</i>		259
PORRAS NADALES, A, Y RUIZ RICO, J.J.: El Estatuto de Andalucía. Estudio sistemático		
<i>(Luis M. Arroyo Yanes)</i>		262
SANCHEZ MORON, M.: La autonomía Local		
<i>(M^a Concepción Barrero Rodríguez)</i>		268
JUAN PEMAN GAVIN: Derecho a la Salud y Administración Sanitaria		
<i>(M^a del Carmen Núñez Lozano)</i>		274
	NOTICIAS DE LIBROS	279

**LA TUTELA CAUTELAR
Y LA CELERIDAD EN LA JUSTICIA
ADMINISTRATIVA ALEMANA:
Crónica de las nuevas tendencias legislativas
(el proyecto de ley de 1990)**

Javier Barnés Vázquez

Profesor Titular de Derecho Administrativo
en la Universidad de Sevilla

Hablar del derecho a la tutela judicial efectiva en Alemania es tanto como hablar de tutela preventiva y de celeridad en los procesos administrativos

SUMARIO: I. EL SISTEMA CONTENCIOSO-ADMINISTRATIVO ALEMÁN: A. INTRODUCCION; B. CLASES DE ACCIONES Y DE PROCEDIMIENTOS Y LA UNIVERSIDAD DE LA JURISDICCION; C. PRINCIPIOS GENERALES DEL PROCESO; D. EN ESPECIAL, LA TUTELA CAUTELAR. II. LOS INTENTOS DE REFORMA DE LA LEY. LOS PROYECTOS DE 1982 Y 1985: A. INTRODUCCION; B. EL DERECHO A UN PROCESO SIN DILACIONES INDEBIDAS; C. LA PROTECCION CAUTELAR PROYECTADA. III. EL PROYECTO DE LEY DE 1990: A. OBJETIVOS; B. SOLUCIONES; C. LA TUTELA JUDICIAL Y EL DERECHO A UN PROCESO SIN DILACIONES INDEBIDAS; D. LA TUTELA CAUTELAR EN EL PROYECTO DE 1990. IV. A MODO DE REFLEXION FINAL.

La tutela o protección jurisdiccional de carácter provisorio o cautelar, construida para garantizar la conservación del objeto litigioso mientras pende la sentencia, es una de las cuestiones más graves a las que aguarda, por terminante imperativo constitucional (art. 24.1), la reforma de nuestra justicia administrativa (1).

(1) Vid. el valioso estudio de L. PAREJO ALFONSO: *La tutela judicial cautelar en el orden contencioso-administrativo*. REDA, núm. 49, 1986; y asimismo: *Estado social y Administración Pública*. IEAL. Madrid. Cívitas, 1983.

Desde una panorámica más general, resulta estimulante la lucha denodada que los grandes maestros del Derecho público español, y occidental, han sostenido por levantar esa pieza señara del Estado de Derecho, cual es la justicia administrativa. Movimiento, sin duda, abanderado por el Prof. E. García de Enterría y cuya reciente obra (*Hacia una nueva justicia administrativa* Cívitas. Madrid, 1989) es todo un símbolo de aquella preocupación, siempre vieja y nueva, por construir la estructura técnica de las libertades y su defensa judicial.

En el contexto de nuestra jurisdicción —y entre los aciertos e incomplicidades de la Ley de 1956—, seguir de cerca los pasos de la justicia administrativa alemana —de una energética personalidad— no deja de ser sugestivo y aleccionador y, para nuestro sistema, un punto obligado de referencia.

En las líneas que siguen, se persigue tan sólo dar noticia acerca de un proyecto de ley sobre la reforma parcial de la ley jurisdiccional en aquel país (abril de 1990), en avanzado estado de gestión, deteniendo el rápido recorrido de nuestro foco en la tutela judicial preventiva (cfr. *infra* n. III.4). Por su íntima conexión, y de forma incidental, habremos de aludir a las normas tendentes a imprimir celeridad a los procesos en la jurisdicción administrativa.

A nuestro limitado propósito informativo, sin embargo, parece convenirle el apunte previo de los trazos generales de la justicia administrativa alemana (n. I); de los ulteriores intentos de reforma (n. II) y, en fin, de los objetivos que pretende alcanzar el proyecto que comentamos (n. III). De este modo, la sintética noticia de la reforma en curso quedará inserta en un esquema más rico. Por lo demás, y en lo que al relato de la evolución legislativa concierne, se adopta una consciente visión descriptiva con el propósito de poner sobre la mesa los materiales que hacen al caso (proyectos o normas en vigor), en la seguridad de que cualquiera de sus versiones puede servir para alentar o inspirar nuestra reforma.

Sea como fuere, y con independencia de su mayor o menor acierto, llama la atención, por contraste, la fuerte preocupación del legislador alemán por el contencioso-administrativo —es una proteica realidad perceptible incluso por el ciudadano de a pie—, frente a un sistema, como el nuestro, que lleva décadas sin conocer una reforma sustantiva.

Y es que la prestación de la tutela jurisdiccional, la satisfacción de la justicia (valor superior del ordenamiento), debe ser —qué duda cabe— uno de los bienes más preciados, si no el mayor, al que ha de atender un Estado de Derecho que quiera hacer honor a su nombre (¿de qué servirían las más altas cotas de progreso si no se hacen acompañar de una efectiva defensa judicial de los derechos e intereses de los ciudadanos, por lo que a nuestro caso interesa, frente al poder público?) De ahí que en la obra del legislador haya de verificarse de continuo la justificación de su misma razón de ser, sea a través de normas procesales generales —cada vez más depuradas técnicamente—, sea con ocasión, quizás aún más importante, de las leyes sectoriales (v.gr., la acción pública sobre el urbanismo, el medio ambiente o la planificación territorial), desde las que habrá de contribuirse a la tecnificación en forma creciente de la eficaz justiciabilidad de la Administración.

I. EL SISTEMA CONTENCIOSO-ADMINISTRATIVO ALEMÁN

A. INTRODUCCION

Con la Ley de 21 de Enero de 1960 (2), aprobada por la Federación en razón de su competencia legislativa, quedó diseñado el vigente sistema de jurisdicción administrativa sobre una moderna base jurídica. Fue completada por todas las leyes de desarrollo en los *Länder* (3), así como por otras normas (4). En la propia Ley descansa la regulación del recurso administrativo (*Widerspruch*), como procedimiento previo a la vía judicial (*Vorverfahren*) (5). Se declaran supletorias la Ley de constitución de los tribunales y la de enjuiciamiento civil (6).

(2) Abreviadamente, VwGO esto es, *Verwaltungsgerichtsordnung*.

Con carácter general, puede verse la obra del Profesor KLAUS STERN: *Verwaltungsprozessuale Probleme in der öffentlich-rechtlichen Arbeit* 6 edición. Beck. Munich. 1987, que sabe aunar la profundidad y concisión con la constante ejemplificación del sistema.

Para una rápida aproximación a la Ley resulta suficiente el estudio preliminar del Prof. O. KOPP contenida en la colección legislativa de Beck. (*Verwaltungsverfahrensgesetz. Verwaltungsgerichtsordnung*. Edición decimo-cuarta. Munich, 1990). Un estudio en profundidad del sistema contencioso obliga a la consulta de los ya clásicos y enjundiosos comentarios que a continuación se citan:

ULE: *Verwaltungsprozessrecht*. Ed. Beck. 9 edición, 1987; EYERMANN, FRÖHLER Y KORMANN: *Verwaltungsgerichtsordnung*. Ed. Beck. 9 edición, 1988; REDETER Y VON OERTZEN: *Verwaltungsgerichtsordnung*. Ed. Kohlhammer. 9 edición, 1988. KOPP: *Verwaltungsgerichtsordnung*. Ed. Beck. 8 edición, 1989; y, en versión más resumida: SCHMITT GLAESER Y TSGHIRA: *Verwaltungsprozessrecht*. Ed. Beck. 1989; FRANK Y LANGREHR: *Verwaltungsprozessrecht*. Ed. Müller Juristischer. 1987...

(3) En las que se determinan, entre otros extremos, la actuación del representante de los intereses públicos del *Land* ante los tribunales de la jurisdicción contencioso-administrativa; los partidos judiciales y determinados aspectos de la estructura de la planta judicial; competencia territorial; especialidades respecto de las autoridades administrativas que han de resolver el recurso administrativo previo; materia disciplinaria; algunas particularidades procedimentales en razón del objeto litigioso; etc.

(4) Leyes, reglamentos y disposiciones especiales, como, por ejemplo, las relativas a la sede y denominación de los Tribunales administrativos, a la creación de la Abogacía Estatal, a la admisión del control jurisdiccional de normas (en complitud del art. 47 de la Ley jurisdiccional), etc.

(5) Y cuyo agotamiento tan sólo resulta exigible cuando se ejercita la demanda o recurso de anulación. Existe, además, otro supuesto en el que se exige la previa interposición del recurso administrativo por cuanto responde a la misma lógica que la demanda de anulación: en aquellos casos en que la acción o demanda de "imposición" o "de condena a dictar un acto administrativo denegado u omitido" (*Verpflichtungsschlage*) tenga por objeto la resistencia de la Administración a ejecutar un acto, es decir, cuando la Administración ha desestimado la solicitud del particular por la que se insta la ejecución del acto administrativo.

(6) En el ámbito jurídico-público existen además dos importantes leyes federales que completan este apretado resumen: la Ley de Notificación Administrativa, de 3.VII.1952, y la de Ejecución Administrativa, de 27.IV.1953. Estas leyes, junto a la de procedimiento y a la reguladora de la jurisdicción, son los modernos pilares (no sólo de carácter técnico-formal sino piezas básicas del Estado de Derecho), de la defensa del ciudadano frente al poder público en la República Federal de Alemania.

B. CLASES DE ACCIONES Y DE PROCEDIMIENTOS Y LA UNIVERSIDAD DE LA JURISDICCION

El artículo 40 de la Ley de la jurisdicción contencioso-administrativa (VwGO) atribuye a esta jurisdicción el conocimiento de todos los conflictos o litigios de carácter jurídico-público, a excepción de los de naturaleza constitucional (7). No se circunscribe, pues, el ámbito de la jurisdicción de los Tribunales administrativos generales a la revisión de determinados actos de la Administración, por contraste a lo que acontece en la mayoría de las leyes comparadas en el ámbito europeo.

La VwGO concreta y transforma el formal y abstracto derecho a la tutela judicial efectiva en un coherente sistema de acciones que asisten al ciudadano frente al poder público. La protección judicial, con todo, no se limita al conjunto de acciones o demandas expresamente concebidas en la Ley, puesto que del precitado artículo 40 VwGO se deriva el principio de la universalidad de la jurisdicción, para cuya efectividad resulta exigible que cada conflicto jurídico-público reciba, como traje a la medida, el tratamiento adecuado a su naturaleza. En suma, pues, las clases de acciones y procedimientos judiciales a las que alude la Ley no constituyen más que una simple lista abierta; de ahí que resulten admisibles otros tipos de demandas, como las que conoce la Ley procesal civil.

Sin embargo, se pueden distinguir en esencia las siguientes demandas que se siguen en sus correspondientes procedimientos, y cuya admisibilidad se hace depender en parte del cumplimiento de particulares presupuestos de procedibilidad para obtener una resolución de fondo:

a) *La demanda o recurso de anulación (Anfechtungsklage)*

Con ella se solicita generalmente la declaración de invalidez de un acto administrativo (oneroso o de gravamen), por no ser conforme a Derecho (8). De ahí que sea una acción de carácter constitutivo que tiene en la Administración interventora su ámbito de aplicación más característico.

(7) En tanto, que por una ley de la Federación o del *Land* no se establezca otra vía judicial (-v.gr.: tribunales civiles, penales o financieros-).

(8) La existencia de un acto administrativo es presupuesto inexcusable para su ejercicio. Excepcionalmente se dirige también a que se modifique un acto administrativo de conocimiento o de juicio, o incluso para declarar simplemente que un acto administrativo es ilegal.

Entre otros requisitos de procedibilidad, está sometida al plazo de un mes a partir de la notificación de la resolución del recurso (o de la publicación del acto administrativo si aquélla no resulta necesaria). El demandante habrá de sostener que el acto administrativo impugnado le afecta en sus derechos y, en la medida en que le es exigible, debe agotar la vía administrativa previa; y, en fin, alegar que no ha obtenido éxito en su recurso (de forma expresa o presunta; en este último caso porque la autoridad no haya resuelto, sin razón suficiente, en un plazo de tiempo objetivamente razonable).

b) *La demanda de "imposición" o "de condena a dictar un acto" (Verpflichtungsklage).*

Con esta demanda se pretende obligar a la Administración a que dicte un acto administrativo (beneficioso o declarativo de derechos, por regla general) que ha sido denegado u omitido (9). De ahí que a través de ella no pueda impugnarse la inactividad material de la Administración (a tal fin sirve la que se indica bajo la letra c). Está diseñada, pues, al único objeto de combatir la inactividad formal. Es una acción de carácter prestacional y su ámbito de aplicación específico coincide, por consecuencia, con el campo en el que la Administración despliega actividades de tal naturaleza.

Las demandas de anulación y de condena son, en rigor, las específicamente concebidas para el proceso contencioso-administrativo.

c) *La demanda general de prestación (Allgemeine Leistungsklage).*

Se deduce tanto para obtener una prestación material cuanto para exigir la abstención (*Unterlassung*) o un no hacer de la Administración. Se sujeta, por lo demás, a los presupuestos de procedibilidad generales (10).

d) *La demanda declarativa (Feststellungsklage).*

Se dirige a obtener el reconocimiento de una relación jurídica (contractual, v.gr.), incluyendo los derechos y obligaciones que de ella puedan derivarse. Igualmente puede tener por objeto la declaración de nulidad de un acto administrativo. Presupone la improcedencia de cualquier otro tipo de demanda y se requiere además el interés legítimo del demandante en la declaración solicitada.

e) *Acción de control de normas (Normenkontrollantrag).*

Con ella se deduce la pretensión de que se declare con eficacia *erga omnes* la nulidad de una disposición general del *Land*, de rango inferior a la ley. Salvo que la pretensión haya sido ejercida por la propia Administración, sólo resultará admisible esta demanda en la medida en que el actor pueda hacer valer que con la aplicación del reglamento se le ha irrogado un perjuicio o se le producirá en un futuro próximo.

(9) Con ella se deduce, pues, la pretensión a que se dicte un acto administrativo (o, también, de que se resuelva una instancia o solicitud dirigida ante la Administración). La distinción entre un supuesto y otro resulta significativa respecto de la vía administrativa de recurso y en relación al plazo de interposición. Del mismo modo que la demanda de anulación, la de imposición o condena está sometida a plazo preclusivo, ha de alegarse la lesión en alguno de sus derechos y ha de agotarse la vía administrativa previa.

(10) La prestación material en que consiste esta demanda no puede consistir en "dictar actos administrativos", puesto que tal es el objeto de la demanda o acción de imposición o de condena a dictar un acto (*Verpflichtungsklage*).

f) *Solicitud de suspensión de la ejecución de un acto administrativo (efecto suspensivo: aufschiebende Wirkung).*

Tiene por objeto la suspensión cautelar de la ejecución de un acto administrativo de gravamen, en tanto se resuelve judicialmente la cuestión de su legalidad. Por regla general, el mismo recurso administrativo tiene efecto suspensivo.

g) *Solicitud de otras medidas cautelares (einstweilige Anordnung).*

Pretende del Tribunal la adopción de una medida preventiva (diversa de la suspensión) mientras pende la sentencia (v. gr.: la imposición de que la autoridad dicte un acto; garantizar una prestación provisional; otorgar una autorización o licencia de forma transitoria; admitir provisionalmente al solicitante en la Universidad; etc.) (11).

Sobre estos dos extremos (f y g) habremos de volver.

C) PRINCIPIOS GENERALES DEL PROCESO

La Ley reguladora del proceso contencioso-administrativo alemán descansa en principios análogos a los que inspiran su Ley de Procedimiento Administrativo de 1976 (12), cuyos fundamentos se han tomado prestados a su vez del Derecho procesal. Sin embargo, y como no podía ser menos, buena parte de estos principios se han expresado de una forma más acusada en el

(11) Finalmente, y entre los recursos particulares en el proceso de ejecución, pueden citarse la demanda de oposición a la ejecución (*Vollstreckungsabwehrklage*) y la demanda de tercería (*Drittwiderspruchsklage*).

Y, por lo que a las restantes clases de acciones y demandas se refiere, baste señalar que se han introducido algunas especialidades a través de diversas leyes. Se cuestiona la existencia de demandas especiales en los conflictos entre órganos de una corporación de Derecho público (Ayuntamientos, Universidades...) respecto de sus derechos, obligaciones, competencias, atribuciones, etc., que tengan su origen en las relaciones de la corporación. Algunos Tribunales entienden que sí. Según el criterio de otros, para conflictos semejantes sólo pueden tenerse en cuenta las demandas generales a las que se acaba de aludir.

(12) *Verwaltungsverfahrensgesetz (VwVfG)*, de 25 de mayo de 1976.

Principios que se articulan sobre la posición del ciudadano como sujeto interesado del procedimiento —no como un mero objeto o destinatario del mismo—; antiformalista o de espiritualidad; predominante forma escrita, con audiencia u oralidad y restringida publicidad del procedimiento, según los casos; imparcialidad del poder público actuante; principio de oficialidad, sin perjuicio del, excepcionalmente admitido poder de disposición de los interesados sobre el procedimiento; principio inquisitivo y de investigación de los antecedentes; principios de celeridad, economía —o simplicidad— y eficacia —o utilidad—; audiencia de los interesados; obligación administrativa de motivar sus decisiones; publicación y notificación de los actos administrativos; regulación de los recursos y de la revisión del procedimiento; ejecutividad de los actos administrativos; regulación de las costas del procedimiento.

Las piezas claves sobre las que descansa la Ley de Procedimiento alemana no son, pues, novedosas. Su dosificada articulación sí le otorgará, obviamente, ciertos rasgos distintivos. Para una aproximación al problema *vid.* los sugestivos trabajos de A. NIETO. *Proyecto de ley de Procedimiento Administrativo en la República Federal de Alemania* RAP núm. 47 (1965) y *El Procedimiento Administrativo en la doctrina y legislación alemanas*. RAP núm. 32 (1960); E. LINDE PANIAGUA: *La Ley de Procedimiento Administrativo en la República Federal de Alemania*. RAP (1977).

proceso contencioso-administrativo, de manera que el Tribunal no dispone de margen alguno para constituir libremente el proceso.

Señaladamente, podrían subrayarse los rasgos básicos siguientes:

- a) *Posición del demandante (Kläger o Antragsteller), del demandado (Beeklagter o Antragsgegner) y de los terceros afectados en calidad de interesado (Beteiligter).*

De modo análogo a como acontece en el proceso civil, también en el contencioso las partes principales son el demandante, que con su acción incoar el procedimiento, y el demandado. Los terceros cuyos derechos puedan verse afectados de forma inmediata y directa por el resultado del proceso tienen derecho a comparecer (emplazamiento necesario). En cambio, las personas cuyos intereses legítimos se vean afectados indirectamente sólo podrán participar en el proceso si son llamadas por el Tribunal (emplazamiento simple). Además, para la defensa del interés general interviene el representante de los intereses públicos (Abogado Federal Superior).

- b) *Derecho al juez predeterminado por la ley.*

En desarrollo de la Ley Fundamental (art. 101.1), la VwGO establece el derecho a un proceso ante el Tribunal competente y ante los jueces designados con carácter previo, de acuerdo con lo dispuesto en el reglamento de régimen interior del Tribunal.

- c) *Rigor formalista del proceso.*

Las disposiciones que estructuran el proceso constituyen, en esencia, normas de *ius cogens*, lo que se traduce en una paralela falta de disponibilidad del juez en orden a su configuración.

- d) *Oralidad, inmediatividad y publicidad del proceso.*

El procedimiento para dictar sentencia es esencialmente oral y público, reglas que no son igualmente aplicables en aquellos procedimientos a los que se pone fin mediante auto.

- e) *Imparcialidad del juez, de los peritos, intérpretes, etc.*

Deben abstenerse de intervenir en el proceso todos los miembros de la carrera judicial que tengan interés en el asunto o hayan participado en el procedimiento administrativo previo. En su defecto, los interesados gozan de un derecho formal a la recusación.

f) *Poder de disposición de los interesados.*

Pertencen a la libre disposición de los interesados la presentación de la demanda; la determinación del objeto litigioso y la eventual terminación del proceso a través del desestimiento de la demanda y, en fin, la configuración del asunto principal.

g) *Oficialidad y principio inquisitorio.*

El impulso procesal y la investigación de los hechos determinantes competen al Tribunal y quedan bajo su autoridad. No obstante, los interesados están obligados a colaborar y pueden presentar cuantas solicitudes estimen convenientes, señaladamente proposiciones de prueba.

h) *Principio de celeridad y de concentración del proceso.*

El Tribunal está obligado a conducir el proceso de acuerdo con los principios de celeridad y eficacia. Es este un derecho consagrado en la VwGO y reconocido en la propia Constitución respecto de los procesos frente al poder público, conforme al art. 19.4 GG (el equivalente a nuestro 24.1 CE). Por otro lado, habrá de prepararse y celebrarse la vista oral de forma que, en la medida de lo posible, el litigio pueda concluirse con tal trámite (principio de concentración).

i) *Derecho de audiencia y a la vista o examen de los autos.*

El Tribunal debe dar oportunidad a que los interesados puedan alegar cuanto convenga a sus derechos e intereses. Y su resolución sólo podrá fundarse en los hechos y en los resultados de las pruebas sobre los que se haya dado audiencia. Expresado el contenido esencial de los autos, se les concederá la palabra —durante la vista oral— para que las partes expresen y motiven sus alegaciones. Por los demás, podrán examinar el expediente judicial y las actuaciones presentadas ante el Tribunal.

j) *Motivación de las sentencias y de los autos.*

En la sentencia han de recogerse por escrito los supuestos de hecho y los fundamentos de derecho que motivan la decisión (naturalmente, la sentencia sólo puede fundarse sobre los hechos y resultados acerca de los cuales pudieron manifestarse los interesados). Prescripciones éstas que resultan igualmente aplicables a autos y providencias.

k) *Publicación y notificación de las sentencias y de los autos.*

Las resoluciones judiciales producen efecto a partir de su publicación o notificación. Los plazos de los recursos pertinentes sólo comienzan a contar a partir de la notificación escrita.

l. Recursos

Frente a la sentencia caben, en esencia, el recurso de apelación cuyo juicio versa tanto sobre los hechos como sobre los fundamentos de derecho, y el recurso de revisión que se contrae al punto de vista jurídico. Frente a los autos y otras decisiones cabe recurso de súplica. La resolución judicial del recurso no puede incurrir en *reformatio in peius* en sentido estricto.

m) Revisión del proceso firme.

Puede revisarse un procedimiento firme, de acuerdo con los presupuestos que establece la Ley procesal civil. La potestad para presentar las demandas de nulidad corresponde también al representante del interés público.

n) Ejecución de las resoluciones judiciales.

La ejecución de las resoluciones judiciales sigue análogos principios a los que rigen la ejecución de los actos administrativos. El proceso civil resulta supletorio del Derecho de ejecución administrativa. Es competente para la ejecución el Tribunal de primera instancia.

ñ) Pago de las costas.

Se sigue el criterio objetivo del vencimiento como principio general.

D. EN ESPECIAL, LA TUTELA CAUTELAR

La jurisprudencia constitucional y la doctrina alemanas entienden que la tutela cautelar, que ha de residenciarse en la puerta de entrada del proceso contencioso-administrativo, es un inexcusable mandato del art. 19.4 GG, esto es, del derecho a la tutela judicial efectiva que hunde sus raíces en la cláusula del Estado de Derecho, hasta el punto de que uno y otro son explicados secuencialmente, como eslabones trabados inescindiblemente. Mandato que no se satisface tan sólo con las diferentes demandas o acciones, en función del objeto litigioso, sino, señaladamente, con la defensa cautelar o provisoria. En tal sentido, la VwGO, como es sabido, ofrece dos posibilidades de protección jurisdiccional cautelar.

a) La regla general del efecto suspensivo, del recurso, tanto administrativo como jurisdiccional (art. 80.1 VwGO) (13). Una suspensión que podrá ser acordada o restablecida por el Tribunal (art. 80.5 VwGO), incluso en

(13) El recurso jurisdiccional al que aquí se alude no es otro que aquél en el que se ventilan las demandas de anulación en las que, por su intrínseca naturaleza, procede la suspensión como medida cautelar por excelencia.

aquellos supuestos legales en principio al margen de tal regla general —por presumirse en ciertas materias o apreciarse en el caso singular un interés prevalente.

b) La adopción de una medida preventiva, según las circunstancias de cada litigio en particular, conforme al art. 123 VwGO (14).

Transcribamos, pues, el artículo 80 VwGO, de cuyo propio tenor literal se desprende la notable factura técnica del régimen legal de la suspensión, pese a lo cual va a ser objeto de reforma (*vid. infra* n. III.D).

Nótese que la regla general (la de la suspensión del acto impugnado) descansa en el apartado primero del precepto. El apartado segundo, por su parte, establecerá las lógicas, y restrictivas, causas que pueden hacerla impropcedente (cuando su ejecución inmediata resulte exigible por un interés prevalente en suma). Y el resto del artículo se dedicará a garantizar que la práctica, administrativa (apartados 3 y 4) o judicial (5 y ss.), de tales excepciones quede ajustada a sus estrictos límites, hasta el extremo de que, como hemos notado, el Tribunal está autorizado para levantar la ejecución.

Art. 80 (Efecto suspensivo; orden de ejecución inmediata).

(1) El recurso administrativo y la demanda de anulación tienen efecto suspensivo. Esto resulta igualmente aplicable respecto de los actos administrativos constitutivos.

(2) El efecto suspensivo decae solamente

1. En la exacción de tributos y costas,
2. En los casos de órdenes y medidas no suspendibles de las autoridades de ejecución policial (15),
3. En otros supuestos previstos por una Ley Federal,
4. En los casos en que la ejecución inmediata, en interés público o en interés prevalente de un tercero, sea acordada por la autoridad que dictó el acto administrativo o por la que ha de resolver el recurso (16).

(3) En los casos del apartado 2, número 4, el interés especial para la ejecución inmediata del acto administrativo habrá de motivarse por escrito (17). No es necesaria tal

(14) Resulta clásica y definitiva la monografía de FINKELBURG-JANK: *Vorläufiger Rechtsschutz im Verwaltungs-treitverfahren* 3 edición. Beck. Munich, 1986, que constituye un exhaustivo estudio acerca de las medidas cautelares y de la suspensión en la justicia administrativa.

(15) ("*Unaufschiebbare Anordnungen und Massnahmen von Polizeivollzugsbeamten*"). Se trata de medidas adoptadas por los funcionarios de la policía de orden público, de la policía criminal, de la policía de la protección de las aguas y de la policía móvil. Se refiere, pues, el precepto a la policía ejecutiva en sentido institucional, no a la actividad de policía administrativa.

(16) En las tres primeras excepciones a la regla general de la suspensión, se presume legalmente que el interés general es prevalente. En la cuarta, por el contrario, se remite al examen del caso singular.

(17) Esto es, la motivación resulta exigible cuando el acuerdo de ejecución no trae causa de la ley (supuestos 1 a 3 del apartado 2º, en los que se presume la primacía del interés general), sino del examen del caso concreto llevado a cabo por la Administración. De esta forma, el Tribunal contará con mayores elementos de juicio para confirmar o levantar el acuerdo de suspensión.

motivación cuando la autoridad, ante el peligro de demora, señaladamente en supuestos de perjuicio inminente para la vida, la salud o la propiedad, adopte de forma cautelar significativas medidas de urgencia en defensa del interés público.

(4) Después de la interposición del recurso administrativo, la autoridad que ha de resolver el recurso puede suspender la ejecución en los casos del apartado segundo, en tanto no se disponga otra cosa por Ley Federal. En los supuestos de exacción de tributos y costas, puede igualmente suspender la ejecución mediante afianzamiento. Deberá acordarse la suspensión en los casos de tributos y costas cuando exista una seria duda acerca de la legalidad del acto administrativo combatido, o cuando la ejecución de las obligaciones tributarias o de las costas traiga como consecuencia una falta de equidad no exigible por los intereses públicos prevalentes.

(5) A instancia de parte, podrá el Tribunal del asunto principal decretar el efecto suspensivo, total o parcialmente, en los casos del apartado 2, número 1 a 3, y, en el supuesto del apartado 2, número 4, su restablecimiento. La solicitud es admisible antes de la presentación de la demanda de condena. Si en el momento de la decisión está ya ejecutado el acto administrativo, el Tribunal podrá decretar su anulación. El restablecimiento del efecto suspensivo puede hacerse depender de la prestación de una fianza o de otras obligaciones. También podrá ser aplazado.

(6) Los autos que, de acuerdo con el apartado 5 hayan recaído sobre tales peticiones, pueden ser modificados o anulados en cualquier momento.

(7) En casos urgentes, podrá resolver el Presidente (del Tribunal). Contra su decisión puede apelarse en el plazo de dos semanas desde su conocimiento (18).

Es claro que, frente a la ejecutividad de los actos administrativos, no satisface los requerimientos del derecho a la tutela judicial efectiva la existencia de un simple recurso que sirva de vehículo para impugnarlos. Se hace imprescindible, hasta que el recurso interpuesto se haya resuelto, la necesaria protección preventiva. Tal es el propósito del precepto transcrito. Con la interposición del recurso se prohíbe la ejecución del acto impugnado. Habrá de evitarse, igualmente, que los hechos consumados hagan ilusoria y sin sentido la protección cautelar cuando todavía el acto sea inimpugnable.

Sin embargo, con la barrera creada por el efecto suspensivo podrían irrogarse en principio perjuicios al interés general. De ahí que el legislador haya establecido un catálogo de excepciones (art. 80.2). En las relaciones de tensión entre el interés del ciudadano a la protección cautelar, de un lado, y la eficacia de la Administración, de otro, habrán de buscarse soluciones para cada caso concreto, presididas por los principios fundamentales que en el precepto se recogen.

En definitiva, como tiene afirmado el Tribunal Constitucional Federal, "la tutela cautelar del ciudadano ha de ser tanto más fuerte y menos relegada

(18) Del abigarrado conjunto de este precepto se infiere, pues, una regla inversa a la letra de nuestra ley jurisdiccional de 1956: sin que padezca el interés general, los actos administrativos son ejecutivos sólo cuando así lo disponga motivadamente la Administración (al apreciar en el caso singular la prevalencia de un interés superior) y, en todo caso, cuando así lo disponga la ley (es decir, en los supuestos 1 a 3 del apartado 2°). Y, como corolario, afirma con carácter general el efecto suspensivo del recurso.

cuanto más pesada sea la carga que se le impone y más inmutables las medidas de la Administración” (19).

La tutela judicial cautelar, sin embargo, no puede quedar reducida y circunscrita al efecto suspensivo, como acontece —con una regulación más tosca (art. 122 LJ), y pese a los esfuerzos jurisprudenciales— en nuestro sistema. Como es bien sabido, y ha sido denunciado con reiteración por la doctrina, la suspensión del acto impugnado sólo podrá mostrarse eficaz frente a aquellas resoluciones administrativas positivas que se pretenden anular mediante recurso, administrativo o jurisdiccional. Pero cuando se impugna la misma inactividad material de la Administración (la prestación de un servicio público, v. gr.), un acto negativo o actos prestacionales de fomento sujetos a condiciones, es claro que la suspensión (de lo inexistente, en tantas ocasiones) carece de todo sentido. Y, lo que es más grave, puede hacer ilusoria toda idea de tutela judicial efectiva. De ahí que, con todo rigor, la Ley alemana sólo prevea el efecto suspensivo para la demanda o recurso de anulación. Por ello, pone al servicio de los restantes procesos otras medidas cautelares apropiadas a la diferente naturaleza del objeto litigioso.

La VwGO, pues, en aplicación del principio conforme al cual la tutela preventiva o cautelar es un elemento esencial y estructural del Estado de Derecho, apodera al Tribunal para que pueda acordar toda una suerte de medidas provisionales que aseguren la pervivencia del bien litigioso mientras pende la sentencia. El artículo 123 VwGO establece su diseño general:

Art. 123 (Adopción de medidas cautelares)

(1) A instancia de parte, podrá adoptar el Tribunal, incluso antes de la presentación de la demanda, alguna medida cautelar en relación con el objeto litigioso, cuando haya peligro de que por una alteración de su estado actual se frustre el ejercicio de un derecho del actor o se le afecte sustancialmente. También resultan admisibles las medidas cautelares para la regulación de una situación provisional respecto de la relación litigiosa, cuando tal regulación se muestre necesaria para prevenir perjuicios sustantivos o impedir un riesgo amenazante, o bien por otras razones (20).

(19) Cfr. BVerfGE 35, 382, 402. Se trata de la llamada “Sentencia de los palestinos”.

(20) Procede, pues, su adopción en ambos supuestos: aseguramiento del derecho en peligro y regulación de una situación (*status* jurídico, relaciones derivadas de peticiones, contratos o convenios, etc.).

El precepto añade:

(2) Para la adopción de medidas cautelares es competente el Tribunal de la cuestión principal. Este será el Tribunal de primera instancia y, si se encuentra la cuestión principal en proceso de apelación, el Tribunal de apelación. Habrá de aplicarse el artículo 80.7 (citado *supra*).

(3) Para la adopción de medidas cautelares resultas aplicables los artículos 920, 921, 923, 926, 928 a 932, 938, 939, 941 y 945 de la Ley de Enjuiciamiento Civil (En otros términos, el precepto alude a que el Tribunal Administrativo habrá de determinar, según su libre discrecionalidad, qué medidas resultan necesarias a tal propósito cautelar).

(4) Frente a la medida cautelar podrá solicitarse vista oral. Son aplicables los artículos 924 y 925 de la Ley de Enjuiciamiento Civil.

(5) Las disposiciones de los apartados 1 a 4 no rigen para la ejecución del acto administrativo impugnado o la suspensión del efecto suspensivo de un recurso.

Este procedimiento —contradictorio y sumario— se encuentra en una relación de subsidiariedad respecto del que se localiza en el art. 80. Cubre aquellos supuestos frente a los que el efecto suspensivo se muestra ineficaz. Según dispone el art. 123.5 VwGO, las disposiciones contenidas en este precepto, relativo a las diversas medidas cautelares distintas de la suspensión, no resultarán aplicables cuando se trate de combatir, bien sea la ejecución de un acto administrativo, o bien la supresión o levantamiento del efecto suspensivo de un recurso. De ahí que haya de concluirse que, en el ámbito de la demanda o recurso de anulación, la única protección jurídica cautelar radica en las reglas del art. 80. Y, en el ámbito de las demanda de condena a dictar un acto, demanda declarativa, de prestación y omisión serán las medidas provisionales del art. 123 las que dispensarán la necesaria tutela cautelar. El art. 123, pues, entra en juego sólo cuando no resulta aplicable la suspensión (art. 80).

El contenido de estas medidas no aparece prefigurado en la VwGO. El Tribunal habrá de establecerlo de conformidad con la naturaleza del objeto litigioso. El alcance de su resolución, pues, depende de las particulares circunstancias del caso singular: cada supuesto, requiere un tratamiento singular y concreto.

Por lo demás, es evidente que la adopción de medidas cautelares, en el ámbito de este precepto, ha de quedar exclusivamente reservada a los Tribunales, porque son los únicos autorizados tanto para intervenir en la esfera de la Administración cuanto para obligarle a una determinada acción u omisión.

II. LOS INTENTOS DE REFORMA DE LA LEY. LOS PROYECTOS DE 1982 Y 1985

A. INTRODUCCION

Los sucesivos proyectos de ley de 1982 y 1985 —que no llegarían a ver la luz—, serían, sin embargo, fructíferos: el proyecto de 1990 —a punto de aprobarse el redactarse estas líneas— recogerá, en versión notablemente resumida, buena parte de las mejoras técnicas que aquéllos habían ideado. De su mano, la jurisdicción administrativa alemana seguirá siendo la más moderna y avanzada del mundo occidental.

Por último, la adopción de medidas cautelares en el procedimiento de control de normas se encuentra regulada en el art. 47.7° y 8° de la misma Ley. Si bien se inspira aquél en los mismos principios del art. 123 se reviste de algunas peculiaridades habida cuenta de su diversa naturaleza jurídica (v. gr. no puede declararse cautelarmente la nulidad de una norma).

En 1982 el Gobierno Federal envía al Parlamento un importante y voluminoso proyecto de Ley (21), ambicioso en propósitos y fruto de un dilatado y profundo estudio en el que habían colaborado prestigiosos autores de la doctrina (22). El proyecto, remitido de nuevo en 1985, se mantendrá en términos análogos. En las líneas que siguen se ofrece un apretado comentario de conjunto para, ulteriormente, apuntar los elementos estructurantes que sobre la tutela cautelar se habían trazado. Ha de notarse, en cualquier caso, que no se trataba de proyectos de ley de reforma parcial o de normas complementarias del sistema, sino de una completa y unificada regulación de la entera jurisdicción contencioso-administrativa (en sentido amplio) (23).

Entre sus objetivos figura la armonía y depuración técnicas del proceso contencioso-administrativo para facilitar la protección jurídica del ciudadano y la efectividad del derecho a la tutela judicial (Lo que late a esta afirmación no es otra cosa que la de unificar la jurisdicción financiera y la social con la administrativa —razón de ser del proyecto mismo—). De otra parte, es su propósito acelerar los procesos a través de disposiciones tendentes a la simplificación del procedimiento y a la descongestión de los Tribunales.

A tal fin se arbitaban, entre otras, las siguientes soluciones: empleo forzado del juez individual; introducción de asesores jurídicos que asistieran a los Tribunales; reglas para la tramitación simplificada de diversos procedimientos; limitación del efecto suspensivo hasta la desestimación de la demanda en la primera instancia; una mayor rigidez en la instancia de recurso; etc. (24).

(21) Cfr. *Drucksache* 100/82, de 19 de Marzo. El Proyecto del Gobierno Federal tiene fecha de 24 de Febrero y será remitido al Consejo Federal el 19 de Marzo (publicado en el Boletín Oficial indicado al inicio de la nota). En cumplimiento del art. 76.2 GG, el Consejo Federal emite el dictamen pertinente (que contendrá importantes observaciones). Hasta el 31 de Mayo de 1985, no se producirá la réplica del Gobierno Federal (*Drucksache* 10/3437).

(22) Entre otros antecedentes (también de carácter político-jurídico: el Bundestag, en 1956, había expresado su voluntad de elaborar una ley procesal administrativa en la que se unificaran las jurisdicciones financiera y social), cabe destacar el llamado Proyecto de Speyer (Escuela de Estudios Superiores de la Administración), del año 1969, y que se debe al Prof. Ule, verdadero especialista en el contencioso-administrativo (cfr. tomo 40 de la Escuela de Estudios Superiores). En 1978, el Ministerio de Justicia encarga otro borrador a una Comisión coordinadora. En uno y otro anteproyecto destacaba el propósito de unificar las jurisdicciones financiera y social con la administrativa. El Proyecto de 1982, reiterado en 1985, tiene su antecedente inmediato, sin embargo, en el borrador del Ministerio de Justicia de 1980.

Para su aproximación a los proyectos de 1982 y 1985, véanse los artículos de W.R. SCHENKE (*Mehr Rechtsschutz durch eine einheitliche Verwaltungsprozessordnung? in Die öffentliche Verwaltung*, sept. 1982, pp. 709 y ss.); y de C. H. ULE (*Ein neuer Anlauf? Zur Entwurf einer Verwaltungsprozessordnung in Deutsches Verwaltungs Blatt* sept. 1985, pp. 939 y ss.). En cualquier caso, viene produciéndose desde la década de los setenta una vasta literatura acerca de la reforma de la jurisdicción administrativa que abarca desde las más circunstanciadas y eruditas investigaciones hasta monografías y tratados.

(23) En consecuencia, y por encima de las razones político-jurídicas que impidieran su ulterior aprobación, constituyen un elaborado material que no puede ser desconocido.

(24) El proyecto sobre el proceso administrativo se articulaba en cuatro partes: la constitución o formación y estructura de los tribunales de la jurisdicción administrativa, financiera y social (jueces, competencias, etc.); el procedimiento (disposiciones generales, clases de acciones, vía administrativa previa, tutela cautelar, primera instancia y recursos, etc.); la tercera parte regula las costas y la ejecución y, en cuarto término, se contienen las ya tradicionales y minuciosas —mucho más que una simple tabla de vigencias— disposiciones finales y transitorias.

B. EL DERECHO A UN PROCESO SIN DILACIONES INDEBIDAS

Por encima de las pretensiones de unificación de las precitadas jurisdicciones, de sus posibilidades y alcance —cuidadosamente elaboradas en el proyecto—, interesa subrayar el segundo objetivo que pretendía acometer: la simplificación y aceleración del proceso.

En este punto, se justificaba la reforma proyectada en que la excesiva duración de los procesos hacía inefectivo el derecho a la tutela judicial que, como tiene afirmado el Tribunal Europeo de Derechos Humanos —y se han ocupado de recoger los Tribunales Constitucionales europeos— es, ante todo, obtener la tutela jurisdiccional en un tiempo razonable o, lo que es lo mismo, que una prestación tardía de la justicia no constituye, frecuentemente, tutela jurisdiccional alguna.

¿Cuál era la duración media estimada de los procesos administrativos en 1982 que obligaba a plantearse una profunda reforma en este extremo?

El resultado de la investigación llevada a cabo por el Prof. Ule arroja un saldo sugerente, si lo contrastamos con nuestra situación y pese a que no dispongamos de un estudio paralelo: los Tribunales administrativos, desde la presentación de la demanda hasta la publicación o notificación de la sentencia, necesitaban doce meses; los Tribunales Administrativos Superiores (de cada *Land*) 17 meses (25) y los Tribunales Financieros casi 24 meses (26). Por lo demás, la duración de los procesos que resuelven por sentencia el recurso de revisión ante el Tribunal Administrativo Federal ascendía a casi 22 meses, en 1980; el procedimiento de queja (o súplica), resuelto a través de auto, 2 meses y 24 días (27) (28).

La causa de esta excesiva —y alarmante (29)— duración reside, a juicio del proyecto, en la sobrecarga de los Tribunales que han visto multiplicar la

(25) Tal duración media se refiere a todas las competencias del Tribunal Administrativo Superior del *Land* sea en materia de recursos (apelación, súplica o revisión) o en primera instancia (control de normas).

(26) Cfr. *Drucksache* 10/3437 (*Bundestag* 1982), pp. 62 y ss. El estudio completo se encuentra publicado en el volumen 69 de la Escuela de Estudios Superiores de la Administración de Speyer, 1977). Comprende los años 1968 a 1973).

(27) El Tribunal Federal Financiero, por su parte, requiere, para los procesos que resuelven por sentencia el recurso de revisión, 33 meses. De la jurisdicción social se ocupó el estudio de Rohwer-Kahlmann (*Rechtstaschen zur Dauer des Sozialprozesses*. Berlín, 1979). De acuerdo con sus resultados, también referidos al período 1969-1973, los Tribunales sociales tardaban 16 meses; los Tribunales sociales del *Land* 15 meses y el Tribunal Social Federal, para el recurso de revisión, casi un año.

(28) El análisis de R. MARTIN MATEO (*Eficacia social de la jurisdicción contencioso-administrativa*) INAP. Madrid, 1989, comentado por A. NIETO, en REDA núm. 66, 1989 refleja, entre otros datos que contrastan profundamente con la situación alemana, que la duración media de los recursos, en sus dos instancias, es de cuatro años.

(29) En palabras del propio proyecto y de la doctrina.

entrada de recursos. De ahí las previsiones acerca de la descongestión de los Tribunales y la simplificación del proceso, cuyo detenido —y sugerente— estudio nos alejaría del objeto de esta crónica (30).

C. LA PROTECCION CAUTELAR PROYECTADA

En los proyectos de 1982 y 1985 la tutela cautelar ocupaba un lugar aún más destacado respecto de la Ley de 1960. El séptimo capítulo de la segunda parte consagraba ocho largos preceptos al problema, bajo la rúbrica “tutela jurídica cautelar”. Veámoslo:

Art. 133 Efecto suspensivo

(1) El recurso extrajudicial (31) y la demanda de anulación tienen efecto suspensivo, mientras que en el artículo 134 no se disponga otra cosa. Esto resulta igualmente aplicable en el caso de actos administrativos constitutivos y declarativos así como en el de actos administrativos con doble efecto (art. 136).

(2) El efecto suspensivo decae o resulta improcedente cuando la autoridad que ha dictado el acto administrativo o la que ha de resolver el recurso extrajudicial estime necesaria la ejecución inmediata, en el caso de que el interés general o el de un afectado sea prevalente. El particular interés en que se ejecute de forma inmediata el acto administrativo habrá de motivarse por escrito. No será necesaria la motivación cuando la autoridad, ante el peligro de demora, particularmente en los casos de perjuicio inminente para la vida, la salud o la propiedad, deba adoptar alguna significativa medida de emergencia.

(3) La autoridad que ha dictado el acto o que ha de resolver sobre el recurso extrajudicial podrá restablecer el efecto suspensivo, total o parcialmente, en los supuestos del apartado segundo. Esto resulta también aplicable cuando el acto administrativo ya se ha ejecutado o cumplido. Asimismo, podrán sujetar el restablecimiento del efecto suspensivo a plazo resolutorio, condición o modo.

(4) Contra la denegación del restablecimiento del efecto suspensivo sólo podrá recurrirse al Tribunal conforme al artículo 135.

A resultas de cuanto antecede queda claro que el precepto transcrito mejoraba la redacción técnica y ganaba en claridad. La regla general sigue siendo la suspensión del acto administrativo. Y decae tan sólo cuando se constata, en el caso singular y concreto, la existencia de un interés superior, sea el general o el de un tercero. En el siguiente artículo, el proyecto presumía en qué supuestos es prevalente el interés general:

(30) Nos remitimos a la dilatada motivación del proyecto. *Vid. Drucksache 10/3437*, cit. pp. 62 y ss.

(31) Literalmente, *aussergerichtlicher Rechtsbehelf*. Se sustituía, de esta forma, el término arcaizante *Widerspruch* (recurso administrativo). Con una u otra expresión se alude, claro está, a nuestro recurso administrativo previo a la jurisdicción.

Art. 134

Exclusión del efecto suspensivo

- (1) El recurso extrajudicial y la demanda de anulación carecen de efecto suspensivo:
1. En el caso de actos administrativos sobre los que —de acuerdo con el art. 33.1°, 2° y 4°— se ha dictado resolución en la jurisdicción financiera. Esto no vige cuando se trate de supuestos de interdicción del ejercicio empresarial o profesional.
 2. En el caso de exacción de otros tributos y costas.
 3. En el supuesto de actos administrativos que supriman o disminuyan prestaciones pendientes.
 4. En el caso de órdenes y medidas inaplazables de las autoridades de ejecución policial.
 5. En el caso de medidas que han sido adoptadas en la vía de ejecución administrativa.
 6. En los demás casos en que se prevea por Ley Federal.
- (2) Podrán acordar el efecto suspensivo, total o parcialmente:
1. La autoridad que ha dictado el acto administrativo.
 2. La autoridad que es competente en forma complementaria.
 3. La autoridad que ha de decidir acerca del recurso extrajudicial.
- En los supuestos del apartado 1°, números 1 a 3, deberá acordarse el efecto suspensivo, a instancia de parte, cuando exista una seria duda sobre la legalidad del acto impugnado o cuando la ejecución traiga como consecuencia para los afectados una dureza poco equitativa y no exigible por el interés público prevalente. Vige aquí lo dispuesto en el art. 133.3°, incisos 2 y 3, y el apartado 4°.
- (3) En la medida en que el recurso contra un resolución básica tenga efecto suspensivo, éste habrá de acordarse también para la resolución derivada.

Existe, por consiguiente, como ya reconocida la Ley de 1960, una sólo excepción a la regla de la suspensión: la presencia de un interés, público o particular, digno de tutela por su preeminencia; y, a su vez, dos vías para su constatación: en cada caso singular (apreciable por la Administración y ulteriormente por los Tribunales) y por presunción que, no obstante, puede destruirse bajo ciertas condiciones. A ello se refiere el artículo siguiente que pone en manos de los Tribunales la decisión definitiva.

Art. 135

Restablecimiento o acuerdo judicial del efecto suspensivo

- (1) A petición de parte, podrá el Tribunal del asunto principal restablecer o acordar el efecto suspensivo del recurso extrajudicial o de la demanda de anulación. Esto podrá llevarse a cabo de forma completa o parcial. Resultan aplicables los artículos 133.2°, inciso 3, y el 134.2°, inciso 2. La petición es admisible antes de la presentación de la demanda de anulación. Los incisos 1 a 4 (de este apartado) vigen también cuando el acto administrativo ya ha sido ejecutado o cumplido en el momento de la resolución (32).

(32) Esto es, en el momento de la resolución judicial por la que se restablece o acuerda por vez primera el efecto suspensivo.

- (2) En materia tributaria, sólo se admitirá la petición a que se refiere el apartado 1º cuando la autoridad haya rechazado (previamente), de forma total o parcial, la solicitud de restablecimiento o acuerdo del efecto suspensivo. Esta exigencia no será aplicable cuando:
1. La autoridad no haya resuelto materialmente sobre la petición en un plazo razonable, sin que concurra razón suficiente.
 2. Sea inminente su ejecución.
 3. No sea exigible al interesado, por circunstancias especiales del caso singular y que traigan su causa en cualquier razón, presentar la solicitud ante la autoridad.
- (3) El Tribunal del asunto principal podrá en cualquier momento modificar o anular las resoluciones del apartado 1º. Todo interesado podrá instar su modificación o anulación, tanto porque se alteren las circunstancias cuanto porque éstas no se hicieran valer, sin su culpa, en el procedimiento inicial.
- (4) En los casos urgentes, podrá decidir el Presidente (del Tribunal).

Del precepto transcrito cabe subrayar igualmente la atención que presta al caso concreto. En efecto, sin perjuicio de los parámetros o criterios generales que brinda a los Tribunales, la norma, modulable y elástica, es consciente de que el derecho constitucional a la tutela judicial, para ser efectivo, requiere un soporte legal que habilite —y guíe— con plenitud la decisión judicial ante cada supuesto particular, sin detrimento del interés general (33).

Art. 136

Acto administrativo con doble efecto

- (1) Si un tercero interpone recurso contra un acto administrativo, que se ha dirigido a otra persona, y para la cual resulta declarativo de derechos, la autoridad podrá:
1. Acordar la ejecución inmediata a petición del beneficiario, según el art. 133.2.
 2. Restablecer o acordar, a petición del tercero (según lo dispuesto en los arts. 133.2º y 134.2º de esta ley y en el art. 361 de la Ley Tributaria), el efecto suspensivo así como adoptar las medidas provisionales que aseguren los derechos de éste.
- (2) Si un interesado interpone recurso frente a un acto administrativo que se le ha dirigido y que beneficia a un tercero, la autoridad podrá acordar la ejecución inmediata a instancia del tercero de acuerdo con lo que se indica en el art. 133.2º.
- (3) A instancia de parte, el Tribunal resolverá sobre las medidas adoptadas por la autoridad a que se refieren los apartados 1º y 2º (de este artículo) o acordar otras en su lugar. Resulta aplicable el art. 135.

Queda, de este modo, resuelto el problema de la colisión de intereses contrapuestos en lo que al efecto suspensivo se refiere.

(33) Desde la promulgación en 1960 de la vigente VwGO, la jurisprudencia alemana cuenta con un efectivo haz de criterios, aportados, pues, por el propio legislador, para resolver acerca de la suspensión del acto impugnado con una alta dosis de coherencia y uniformidad. Esquema éste alejado, desde luego, de nuestro entorno, en el que se condena a la jurisprudencia y, en última instancia, al ciudadano a medirse con el escuálido artículo 122 LJCA.

Art. 137

Duración del efecto suspensivo

- (1) El efecto suspensivo del recurso extrajudicial o de la demanda de anulación termina con la inimpugnabilidad o, en el caso de que haya sido desestimada la demanda de anulación en primera instancia, un mes después de transcurrido el plazo para interponer el recurso (en la instancia superior). También vige lo que aquí se dispone cuando el efecto suspensivo fuera restablecido o acordado por la autoridad o el Tribunal, a no ser que la autoridad hubiera dispuesto el efecto suspensivo sólo hasta su inimpugnabilidad.
- (2) El Tribunal de primera instancia podrá acordar en la desestimación de la demanda que subsista el efecto suspensivo. Contra esta resolución sólo cabe la petición a que se refiere el apartado 3°.
- (3) El Tribunal de recurso, a petición de parte, podrá:
 1. Acordar la subsistencia o el restablecimiento del efecto suspensivo.
 2. Revocar la decisión a la que se refiere el apartado 2°.
 Resultan aplicables los artículos 135 y 136.

De esta forma quedaba regulado el efecto suspensivo. A resultas de cuanto antecede, no podemos por menos que contrastar esta artesanal —y sincera— previsión con nuestro sistema. Por otra parte, la doctrina y la jurisprudencia del Tribunal Constitucional Federal tenían declarado —y el legislador de 1960 acatado cumplidamente— que el efecto suspensivo es un principio de rango constitucional (34), inserto en el art. 19.4 GG y en el que, por cierto, nuestro 24.1 CE se ha inspirado, superándolo en lo que a estructura y standard técnicos (nivel de protección) de la libertad se refiere.

Seguidamente, los proyectos abordaban las medidas cautelares que, reiteramos, tienen su juego ante la presentación de otras demandas que no sean la de anulación. El artículo 138 reproducía, sustancialmente, la regulación del artículo 123 de la Ley reguladora de la jurisdicción contencioso-administrativa de 1960, más arriba transcrito (*vid. supra* n. I.D.). Y, por su parte, el art. 139 respetaba, en sus mismos términos, la protección cautelar en los procesos administrativos en los que se enjuician normas jurídicas (I.D.) (35).

(34) Cfr. C. H. ULE: *Verwaltungsprozessrecht*. 8ª edición, 1983, p. 346.

(35) En efecto, el art. 47.8° de la Ley de 1960, al que ya nos hemos referido, afirma que el Tribunal, a petición de parte, puede adoptar medidas cautelares, si éstas sirven a la reparación de un perjuicio difícil o por otras razones importantes de carácter urgente. El proyecto tan sólo añadía de forma expresa la aplicación, a este tipo de procesos y con carácter general, de las reglas y principios inherentes a las medidas cautelares frente a actos administrativos (es decir, las dispuestas en el art. 123 de la Ley de 1960).

Por último, los proyectos disponían, en su art. 140, la remisión a otras normas para la regulación de los procesos en los que se ventilaban actos administrativos con doble efecto (art. 136) o medidas cautelares.

III. EL PROYECTO DE LEY DE 1990

El Proyecto de Ley del Gobierno Federal, remitido al Bundestag el 27 de Abril de 1990 (36), no ha previsto una reforma capital del contencioso-administrativo, puesto que no se ha estimado necesaria su profunda transformación. Las disposiciones de la Ley de 1960, según justifica el proyecto, habían alcanzado ya un sólido equilibrio entre los intereses del ciudadano por obtener una efectiva tutela judicial y los intereses de una Administración eficaz. Y es que la VwGO de 1960, y el sistema que con ella se instaura, alcanzó su madurez con las disposiciones complementarias de la Ley sobre descongestión de los Tribunales de la jurisdicción administrativa y financiera, de 31 de Marzo de 1978 (37), y cuya vigencia se pretende ahora prorrogar (puesto que la tenía limitada hasta el 31 de Diciembre de 1990) (38). En definitiva, las propuestas de reforma radical, cuya oportunidad jurídico-política y valor práctico venían discutiéndose desde hacía tiempo (así, las de 1982 y 1985), no se abordan en el proyecto (39).

A. OBJETIVOS

El Proyecto de Ley del Gobierno Federal sobre la nueva regulación del proceso contencioso-administrativo se hace eco del volumen que la jurisdicción administrativa viene adquiriendo de forma incesante. Fenómeno que atribuye al constante crecimiento de tareas que se le encomiendan a la Administración pública y a la paralela ampliación del Estado de Derecho, que habrá de prestar su cobertura, inexcusablemente, a la nueva realidad emergente. Por su relieve cita, en tal sentido, dos segmentos de la realidad que se hacen

(36) Cfr. *Deutscher Bundestag* (11 Legislatura) *Drucksache* 11/7030, de 27 de Abril de 1990 (y *Bundesrat-Drucksache* 135/90). El Proyecto lleva por subtítulo "Cuarta Ley de reforma de la Ley reguladora de lo contencioso-administrativo". Hasta la fecha, en efecto, se habían promulgado tres leyes que reformaban parcialmente la ley de 1960 (sin perjuicio de otras normas que completan el cuadro de justicia administrativa, como más abajo veremos).

(37) *Gesetz zur Entlastung der Gerichte in der Verwaltungs- und Finanzgerichtsbarkeit - VGFGentG* (literalmente, pues, Ley sobre "descarga" de los Tribunales...). Esta breve Ley autoriza a los Tribunales, bajo ciertas condiciones, a simplificar el procedimiento judicial en ciertos asuntos que ofrecen menor dificultad, y que pueden afectar a la audiencia oral, a la fundamentación de las decisiones, a la limitación de la apelación, al protagonismo de las sentencias, etc.

La celeridad del proceso se alcanza a través de la decisión por medio de providencia, por las posibilidades de devolución de la apelación a través de auto, por las facilidades en la fundamentación de las sentencias y autos, por el procedimiento simplificado en materia de protección cautelar y por la admisión de la apelación en litigios de cuantía menor.

(38) Tal es, en realidad, la verdadera razón de ser del presente proyecto que, además, aprovecha para mejorar sus previsiones.

(39) Con todo, el proyecto reforma 46 disposiciones de la Ley reguladora de la jurisdicción contencioso-administrativa y, en menor medida, afecta a más de una quincena de leyes (las de la jurisdicción financiera, social y ordinaria, entre otras).

En cualquier caso, el Grupo de Trabajo (1988), dirigido por el Ministro de Justicia, que elaboró el presente proyecto, tuvo en consideración, entre otros materiales básicos, los borradores de 1982 y 1985 a los que antes aludíamos.

particularmente acreedores de una reforma de la justicia administrativa: el ámbito de protección del medio ambiente y el de la concesión de prestaciones estatales.

De otra parte, el aumento de la demanda de protección judicial tiene su origen en la creciente disconformidad ciudadana con las decisiones administrativas.

De ahí que, en suma, el proyecto persiga cuatro objetivos: la mejora del derecho a la tutela judicial efectiva; la celeridad y simplificación del procedimiento judicial; la descongestión de los Tribunales de la jurisdicción contencioso-administrativa y, por último, la superación del complicado sistema generado por consecuencia de la coexistencia de disposiciones procesales de vigencia indefinida junto a otras de marcado carácter temporal.

B. SOLUCIONES

En el Proyecto se han previsto numerosas medidas para dar cumplimiento a los objetivos propuestos. En su conjunto, de un lado, mantienen y fortalecen la efectividad de la tutela judicial frente a la mano pública, al tiempo que, de otro, habilitan a los tribunales para que pongan término a los "casos sencillos" en un período de tiempo razonablemente breve en beneficio de los asuntos de mayor trascendencia y gravedad (40).

Sin entrar en su comentario, que excedería en mucho del propósito de estas páginas, los instrumentos arbitrados a su servicio son, entre otros: la nueva regulación del derecho de revisión; sometimiento a plazo de determinadas actuaciones procesales; simplificación de los trámites en los supuestos de acumulación procesal ("procedimientos de masas": *Massenverfahren*); ampliación de las facultades del juez instructor; la remisión de conflictos a la autoridad administrativa y, en fin, una nueva regulación del reenvío a la jurisdicción competente.

C. LA TUTELA JUDICIAL Y EL DERECHO A UN PROCESO SIN DILACIONES INDEBIDAS

De nuevo, el legislador federal hace gala de su sensibilidad hacia el derecho a obtener la protección jurisdiccional en un tiempo razonable (que asimismo hunde sus raíces en los principios de efectividad de la tutela judicial y del Estado de Derecho), al situar el punto de partida del proyecto en un riguroso análisis del número y duración de los procesos administrativos. Tal es la clave de la entera reforma que comentamos.

(40) Para un breve comentario del proyecto, véase *ZRP-Gesetzgebungsreport*, núm. 4, 1990.

Merece la pena recoger los datos que el proyecto maneja y que impulsan de nuevo a la reforma (41), en un sistema que, con todo, nos aventajaba en mucho, para evidenciar, una vez más, que la verdad de todo un Estado de Derecho se mide por la efectividad de la justicia administrativa, el mayor barómetro de la juridicidad de un ordenamiento.

El estudio comparado de los años 1975 y 1987 arroja el siguiente resultado en lo que hace, en primer término, al creciente aumento de los recursos: las admisiones de demandas se han duplicado (65.000, en 1975; 120.000, en 1987), mientras que los procesos de protección cautelar se han cuadruplicado (23.000, en 1975; 91.000, en 1987) (42).

Un desarrollo análogo han experimentado los Tribunales Administrativos Superiores (situados en el vértice de cada *Land*): en 1975, se admitían 9.000 apelaciones mientras que en 1987 ingresaban 17.000 (apelaciones y recursos por inadmisión del Tribunal de instancia). Por su parte, el Tribunal Administrativo Federal ha visto aumentar en dos tercios el número de recursos: en 1975, 600 revisiones y 1.000 súplicas, frente a las 700 revisiones y 1.900 súplicas, de 1987.

La duración media de los procesos (que el estudio ofrece, en segundo término), referida a los últimos años, en los Tribunales Administrativos (primer escalón de la jurisdicción, como sabemos) y en los Tribunales Administrativos Superiores, se sitúa, tanto para las demandas tramitadas en primera instancia como para las apelaciones, entre los 12 y 13 meses (como media de toda la República Federal). En el Tribunal Administrativo Federal, la duración media de los recursos de súplica es de 3 meses y la de los procesos de revisión, a los que se pone fin por medio de sentencia, de 22 meses (en el año 1987).

(41) Hemos de notar que, además de los proyectos que no llegaron a ver la luz, la "lentitud" de la jurisdicción administrativa alemana ha obligado al legislador a adoptar constantes medidas en una incesante actividad, sin menoscabo del derecho al proceso debido y con todas las garantías: de un lado, la Ley sobre descongestión de los Tribunales, de 1978, a la que ya hemos hecho alusión (ulteriormente modificada, entre otras, por la Ley de 22 de Diciembre de 1983); de otro, la Ley de aceleración de los procesos administrativos y financieros, de 4 de Julio de 1985 (por la que se les atribuye a los Tribunales Superiores Administrativos en primera instancia ciertos conflictos en el ámbito de grandes proyectos técnicos, como el suministro de energía o la eliminación de residuos); asimismo, en materia de derecho de asilo que, por su magnitud, merece en Alemania un tratamiento diferenciado, se aprobó la Ley de aceleración de los procesos de asilo, de 25 de julio de 1978; la Segunda Ley sobre Modificación del contencioso-administrativo, también de 25 de Julio de 1978, aborda igualmente el problema de la celeridad; el 16 de Agosto de 1980 se promulga una Segunda Ley de aceleración de los procesos de asilo que, a su vez, recibirá una nueva y completa regulación en 1982... Téngase en cuenta, como hemos notado, que el presente proyecto de 1990 constituye la cuarta ley de reforma de la ley reguladora de lo contencioso de 1960.

(42) El espectacular aumento de procesos administrativos de protección cautelar, también respecto de otros órdenes jurisdiccionales, obedece a las siguientes materias: en primer término, a los procesos en los que se ventila el derecho de asilo (utilizado en forma multitudinaria por los emigrantes que, sin reunir los requisitos legales para permanecer en la República Federal, pretenden, cuando menos, dilatar la expulsión por esta vía —que, sin embargo, suele ser desestimada— para lo que solicitan como medida cautelar la suspensión de la decisión administrativa); en segundo lugar, los procedimientos de *numerus clausus* universitarios (cada anualidad más de 10.000 desde la década de los setenta); por último, destacan los procedimientos cautelares en materia de censo (50.000 en 1987).

El análisis termina en forma concluyente: la duración de los procesos es aún excesivamente larga y, para hacer efectiva la tutela judicial, resulta inexcusable imprimir una mayor celeridad (43).

D. LA TUTELA CAUTELAR EN EL PROYECTO DE 1990

Es claro, en este contexto, que las previsiones acerca de la protección jurisdiccional cautelar no iban a ser profundamente novedosas. Bajo el perfil predominante —el de obtener la tutela jurisdiccional en un plazo razonable—, la reforma se limita a clarificar y tecnificar aún más las disposiciones de la VwGO de 1960. Sin embargo, éste será el momento para que los proyectos de ley de 1982 y 1985 dejen sentir su influencia.

Las medidas encaminadas a la mejora de la tutela cautelar (arts. 80 y 123, según sabemos) se resuelven en tres direcciones: expresa regulación de la tutela preventiva para los supuestos de actos administrativos con doble efecto (*Verwaltungsakte mit Doppelwirkung*); admisión de un procedimiento de suspensión en materia tributaria y, en fin, la resolución mediante auto del procedimiento en materia de protección cautelar —sistema ya introducido por la ley de descongestión de los tribunales.

Describamos, con mayor detenimiento, los términos de la reforma, respecto de la suspensión (a) y de las restantes medidas provisorias (b).

a) En el artículo 80, que prescribe el efecto suspensivo (*aufschiebende Wirkung*) del recurso administrativo y jurisdiccional (*vid. supra* n. I.D), cabe registrar las siguientes modificaciones:

1. Se extiende el alcance del efecto de la suspensión, su ámbito material, a los actos administrativos declarativos y a los de doble efecto (art. 80, 1°, inciso 2).

Esta nueva versión obedece a un esfuerzo de clarificación y corrección técnicas (en la medida en que uno y otro tipo de actos administrativos son susceptibles de ejecución).

Los recursos contra actos administrativos con doble efecto gozan del efecto suspensivo que les confiere el nuevo art. 80.a (*vid. infra* nn. 4).

2. El Proyecto extiende la facultad de suspensión (que asiste al órgano administrativo que resuelve el recurso) al órgano del que procede el propio

(43) Cfr. BT-Dr 11/7030, cit. pp. 17-18.

acto impugnado (44). De ahí que no sea necesario entonces sujetar el acuerdo de suspensión al requisito de la presentación del recurso (art. 80.4º, inciso 1).

3. Se introduce un nuevo apartado, el 6º, en el que se dispone que, en los casos de apartado 2º, nº 1 (es decir, en los supuestos de exacción de tributos y costas, en los que, en principio, no procede el efecto suspensivo), la solicitud instada ante el Tribunal de que se acuerde la suspensión (a la que se refiere el apartado 5º) sólo resultará procedente si previamente se ha intentado ante la Administración y ésta la ha rechazado, total o parcialmente. Esta exigencia —la de previo rechazo en vía administrativa— decae cuando la autoridad no resuelve en un tiempo razonable sin que concorra una razón suficiente, o bien cuando la ejecución del acto administrativo sea inminente. En este extremo, se recogen las previsiones de los proyectos de 1982 y 1985 (*vid. supra* n. II.C: art. 135) (45).

Con semejante medida se da prioridad al control interno de la Administración al tiempo que se descarga a los Tribunales. Del precepto se desprende que el ciudadano ha de recabar la tutela cautelar (en este caso, la suspensión), en primer término, ante la Administración. Sólo cuando haya sido rechazada podrá dirigirse al Tribunal (con las excepciones, claro está, arriba reseñadas).

4. Además de las precitadas modificaciones del artículo 80 VwGO, se introduce un nuevo precepto, el art. 80 a, que incorpora, igualmente, algunos de los materiales de aquellos proyectos de los ochenta (art. 136; *vid. supra* n. II.C) (46). Se trata, en efecto, de la regulación expresa de la tutela cautelar en materia de actos administrativos con doble efecto.

Resulta cada vez más frecuente, y no sólo en funciones arbitrales, que ante una determinada acción administrativa concurren dos o más ciudadanos con derechos o intereses en conflicto o contradicción.

(44) En efecto, en aquellos supuestos legales en que no es procedente la suspensión del acto (art. 80.2 VwGO), el órgano administrativo que había de resolver el recurso estaba, sin embargo, autorizado para acordar la suspensión del acto impugnado en vía administrativa (art. 80.4 VwGO). El proyecto autoriza también el órgano que ha dictado el acto para que acuerde la suspensión.

(45) Este nuevo precepto está abiertamente inspirado en la Ley de descongestión de los Tribunales, de 1978, en cuyo art. 3.7 se establecía idéntica disposición para la jurisdicción financiera. Ahora se traslada a la administrativa por cuanto en ésta ha de resolverse la suspensión de la ejecución del acto tributario.

Asimismo se adopta literalmente, la previsión de aquel art. 135 del proyecto de 1982 y 1985 que ahora se incorpora como nuevo apartado 7º del art. 80 y según el cual el Tribunal del asunto principal podrá en cualquier momento modificar o anular por auto las resoluciones a las que se refiere el apartado 5º (es decir, las relativas al efectos suspensivo que puede acordar el Tribunal aún en los supuestos —enumerados en el apartado 2º y en los que, en principio, se presume la prevalencia del interés general). Todo interesado podrá instar su modificación o anulación, tanto porque se alteren las circunstancias cuanto porque éstas no se hicieran valer, sin su culpa, en el procedimiento inicial. (Este último párrafo, a su vez inspirado en la Ley de descongestión de los tribunales, establece, como salta a la vista, los presupuestos de procedibilidad de la solicitud). Por último, el hasta ahora apartado 7º pasa a ocupar el 8º.

(46) Reiteramos, sin embargo, el contenido del art. 136, puesto que las llamadas a otros apartados o preceptos, que han resultado modificadas por su inserción en otro texto articulado, así como la introducción de pequeñas modificaciones que van más allá de lo estilístico, lo hacen aconsejable:

La cuestión acerca de cómo garantizar la protección cautelar cuando diferentes personas se encuentran en una posición jurídica opuesta, favorecedora y de gravamen, ha ocupado en la literatura y jurisprudencia alemanas un papel destacado. De ahí que el proyecto apueste por una clarificación legal. Con esta ocasión, hace suya la doctrina dominante y parte, en esencia, del efecto suspensivo del recurso de un tercero frente a un acto administrativo que beneficia a otro. En otros términos, se mantiene el efecto suspensivo del recurso.

El primer párrafo del art. 80.a determina cómo pueden encontrar, tanto el tercero como el beneficiario del acto administrativo, la tutela cautelar. A tal propósito, adopta el régimen general del efecto suspensivo (art. 80 y 123.5 VwGO).

El beneficiario, si quiere defenderse del efecto suspensivo del recurso interpuesto por tercero, podrá instar de la autoridad la ejecución inmediata, según lo dispuesto en el art. 80.2°.4 (por argüir que su interés resulta prevalente). Si la autoridad estima la solicitud de ejecución, el tercero podrá recurrir a la autoridad a la que se refiere el art. 80.a 1°.2, o bien al propio Tribunal, conforme a lo que dispone el art. 80.5°. Por el contrario, si la Administración desestima la solicitud de ejecución del beneficiario, éste podrá dirigirse al Tribunal (art. 80.a 3°). Y, a la inversa, si el efecto suspensivo no se admite o decae (art. 80.2°), el tercero podrá instar que se suspenda la ejecución, tanto ante la autoridad (80.a 1°.2), como ante el Tribunal (80.a 3°).

Por su parte, la Administración está autorizada para adoptar algunas medidas cautelares (v.gr.: orden de cierre o de paralización), que podrán llevarse a cabo en forma parcial o completa, con o sin cláusulas accesorias. Si triunfa la tesis del tercero ante la Administración, el beneficiario podrá recurrir al Tribunal que está igualmente facultado para adoptar medidas provisionales o anular aquéllas (80.a. 3°). No es posible una impugnación independiente de medidas cautelares.

Art. 80.a (Actos administrativos con doble efecto)

(1) Si un tercero interpone recurso contra un acto administrativo que se ha dirigido a otra persona, a la cual beneficia, la autoridad podrá:

1. Acordar la ejecución inmediata a petición del beneficiario, conforme a lo que dispone el art. 80.2° n. 4 (es decir, se trata de los casos en que la Administración ordena la ejecución inmediata por apreciar que, en el supuesto concreto, el interés general o de tercero resulta prevalente).

2. Suspender, a petición del tercero y de acuerdo con lo dispuesto en el art. 80.4° (esto es, en los casos, tributarios especialmente, en que se acuerde la suspensión pese a estar, en principio, excepcionada), la ejecución así como adoptar las medidas provisionales que aseguren los derechos del tercero.

(2) Si un interesado interpone recurso frente a un acto administrativo de gravamen que a él se le ha dirigido y que beneficia a un tercero, la autoridad podrá acordar la ejecución inmediata a instancia del tercero de acuerdo con lo que se indica en el art. 80.2° n. 4.

(3) A instancia de parte, el Tribunal podrá modificar las medidas a las que se refieren los apartados 1° y 2° (de este artículo) o ratificarlas. Resultan aplicables las correspondientes disposiciones del art. 80, apartados 5° a 8°.

(Obviamente los incisos entre paréntesis no son originales).

El párrafo segundo del precepto regula el siguiente supuesto: contra un interesado se dicta un acto administrativo que, al mismo tiempo, produce efectos favorables para un tercero. Es decir, ahora figura el beneficiario como "tercero". En tal supuesto, con la presentación del recurso administrativo se producirá el efecto suspensivo (art. 80.1°). Pero el tercero podrá seguidamente, y conforme a lo dispuesto en el artículo 80.a.2°, instar de la Administración la ejecución inmediata del acto impugnado (art. 80.2°.4). Al interesado le asiste en tal hipótesis el derecho a recurrir ante el Tribunal (art. 80.a.3°).

5. Por lo demás, las propuestas que el dictamen del Consejo Federal (*Bundesrat*) contiene respecto del efecto suspensivo han sido rechazadas en la réplica del Gobierno (47).

b) Por lo que respecta a las restantes medidas cautelares —*einstweilige Anordnung*— que descansan en art. 123 VwGO, el proyecto, además de corregir alguna referencia a otros preceptos (48), reforma el apartado 4° dispo-

(47) Cfr. Dr. BT 11/7030, anexos 2 y 3, pp. 44 y 51. (Para el trámite legislativo, *vid.* el art. 76. GG).

Con ánimo descriptivo, cabe registrar las dos propuestas del Consejo Federal, respecto del art. 80.5 la una y atinente a un nuevo precepto, la otra.

Por lo que hace a la primera, el Consejo Federal sugería que se sometiera a plazo fijo y a motivación la solicitud a la que se refiere el art. 80.5, es decir, a la petición de que el Tribunal restablezca el efecto suspensivo —denegado por la Administración al apreciarse un interés prevalente digno de tutela—. Fundamenta tal propuesta, la necesidad de sujetar la solicitud a un plazo preclusivo, en la celeridad del proceso y en la seguridad jurídica, especialmente en aquellos supuestos en los que sea urgente la ejecución de grandes proyectos —construcciones, obras públicas, etc.—; a ello se añade, afirma el Consejo Federal, el hecho de que el solicitante consigue, sin sujeción a plazo, dilatar el procedimiento de tutela cautelar, amparándose en el principio inquisitorio e incumpliendo sus deberes de colaboración. En su réplica, el Gobierno Federal promete su estudio en otro trámite, pero advierte que su admisión suscitaría importantes dudas acerca de su compatibilidad constitucional, ya que no en todos los casos podría valorarse el peso y alcance de esta carga.

La segunda propuesta se resuelve en introducir un nuevo precepto (que sería el 80.b), que no es otro que el art. 137 de los proyectos de 1982 y 85, más arriba transcrito, relativo a la duración del efecto suspensivo. Motiva su enmienda en el siguiente razonamiento:

Según el Derecho vigente, el efecto suspensivo de un recurso perdura normalmente hasta su inimpugnabilidad. De ahí que el afectado por un acto administrativo de gravamen pueda verse incentivado a hacer uso de todos los recursos posibles por el mero hecho de demorar su ejecución. De ahí que resulte útil adoptar el criterio según el cual una vez que ha sido rechazada su demanda en primera instancia —señal de que el efecto suspensivo no debe continuar—, pueda ejecutarse el acto administrativo.

El Gobierno Federal, en su réplica, rechaza abiertamente el precepto, puesto que convertiría en regla general la ejecutividad del acto administrativo antes de agotar la vía judicial, no siendo, por lo demás, necesario en la medida en que la Administración está habilitada para acordar la inmediata ejecución del acto cuando el interés general o el de tercero sean prevalentes (art. 80.2°.4). El precepto propuesto entrañaría una doble consecuencia: 1°, que el Tribunal Administrativo habría de enfrentarse con la cuestión acerca de si debe subsistir el efecto suspensivo y, 2°, que el Tribunal Administrativo Superior tendría que dar respuesta, previamente, en un procedimiento sumario, si así se solicita, a la petición de suspensión.

(48) Así, la remisión que hace el art. 123.2°, inciso 3 al art. 80.7°, ha de ser sustituida por la referencia al art. 80.8°.

Por su parte, el nuevo apartado 5°, del art. 123 VwGO indica que lo dispuesto en los apartados 1 a 3 del art. 123 no vige para los supuestos de los, también reformados, arts. 80 y 80.a. Alude, pues, —manteniendo con ello idéntica regulación—, a que las medidas cautelares del art. 123 resultan incompatibles —y subsidiarias— con la suspensión del acto impugnado. Esto es, no resulta admisible solicitar otras medidas cautelares mientras pueda otorgarse el efecto suspensivo del recurso.

niendo que el Tribunal resuelva a través de auto (sujeto obviamente a menores solemnidades) (49).

En virtud de esta nueva disposición, la resolución judicial —acerca de las medidas provisionales que hayan sido solicitadas— adoptará siempre la forma de auto. Contra él no cabe más que el recurso de súplica. De esta forma, se le dota al procedimiento de una mayor rigidez y se le imprime una considerable celeridad.

IV. A MODO DE REFLEXION FINAL

— En resumen: una probada defensa cautelar o preventiva para un proceso, nótese bien, cuya duración es notablemente inferior. Tales son las lecciones del legislador alemán que sabe —o, cuando menos, intenta— rendir culto —y sentirse vinculado— al derecho a la tutela judicial efectiva y al principio del Estado de Derecho, demostrando que la eficacia y la seguridad jurídica pueden compatibilizarse con un alto grado de perfección.

— El modelo alemán ha apostado por una dosificada y peculiar simbiosis entre el procedimiento administrativo y el proceso contencioso. De un lado, ha diseñado un procedimiento administrativo, sin duda menos garantista que el nuestro, que se inclina por la eficacia, celeridad y competitividad de la Administración pública; de otro, ha desplazado el grueso de las garantías a un dinámico proceso contencioso-administrativo.

— Desde época temprana, nuestra jurisprudencia constitucional, a la luz del artículo 24.1 CE, ha aplicado, como si de un rayo láser se tratara, su doctrina sobre la Ley de la jurisdicción de 1956, rechazando aquellos elementos extraños al nuevo orden constitucional instaurado. Ha de notarse, sin embargo, que el juicio del Alto Tribunal se reduce a constatar, en su caso, la irreductible incompatibilidad con la Constitución de la norma cuestionada.

Pero una cosa es obtener el aprobado constitucional —respecto de aquellos aspectos objeto de examen— y otra, muy distinta, alcanzar la efectividad y engranaje del sistema. Si el legislador se aquietara y conformara con el “aprobado”, correríamos el riesgo de caer en un cumplimiento “pro forma”, hueco e inefectivo, defiriendo el problema a la jurisdicción que, de manera más o menos afortunada —y, desde luego, sin la coherencia y plenitud que podrían resultar de una artesanal regulación legislativa—, ha de resolver sobre el caso singular, sola y aislada, sin más guía que las, tampoco uniformes,

(49) Se recoge, de esta forma, una disposición que ya se había adoptado por la Ley de descongestión de los Tribunales (art. 2).

reivindicaciones doctrinales y la esquemática doctrina del Tribunal Constitucional, Mientras tanto, el legislador sigue guardando silencio. Tal es la distancia, a nuestro juicio, que nos separa del ordenamiento alemán.

— Por lo demás, es patente la íntima relación que la problemática de la tutela cautelar guarda con el derecho, también constitucional, a un proceso sin dilaciones indebidas.

Con frecuencia, a la hora de polemizar acerca de si debe afirmarse el efecto suspensivo del recurso como regla general y en qué medida quedaría quebrantado el interés general, se parte de un presupuesto inaceptable en términos constitucionales: la excesiva lentitud del contencioso-administrativo.

En efecto, si por inadvertencia —o desánimo— se acepta y convive con este inadmisibles punto de partida, quedaría distorsionádo por completo el entero sistema de la justicia administrativa.

De un lado, la efectividad de la tutela judicial (art. 24.1 CE) quedaría comprometida y, con ella, la cláusula misma del Estado de Derecho, puesto que una protección jurisdiccional tardía equivale a una denegación de la justicia misma.

Y, de otro, como la suspensión del acto impugnado, y cualesquiera otras medidas cautelares, sólo pueden concebirse sobre la base de un proceso rápido, la conclusión está servida: no es posible crear una verdadera tutela cautelar puesto que toda la actividad administrativa controvertible quedaría diferida indefinidamente o, lo que es lo mismo, la ejecución del acto administrativo se aplazaría hasta cuatro años. Y todo ello sin contar que, en nuestro sistema, la inactividad material de la Administración, antes de residenciarla en los Tribunales, ha de ser convertida —una demora más— en inactividad formal a través del silencio.

Es decir, en términos más precisos y no exentos de ironía: como no se satisface el derecho a un proceso sin dilaciones indebidas y, más ampliamente, la efectividad de la tutela, no es posible dar cabida tampoco a su expresión inmediata, cual es la tutela cautelar, elemento esencial, todavía más elemental, del derecho a la tutela judicial y del derecho a la efectividad de la sentencia, residenciado en el art. 24.1 CE. La secuencia, desde luego, no dejaría de ser cruel: como activar un derecho resulta ser una magna tarea, desactivemos su consecuencia (otro derecho).

— No se trata, en fin, de menoscabar la autotutela administrativa, ni de impedir la defensa del interés general (art. 103.1 CE), en cuyo interior se halla la tutela de los derechos y libertades de todos los ciudadanos (art. 10.1 CE), sino, más bien, de fortalecerlas: la defensa del interés general, sin duda,

gana en perfección cuanto más rápido y eficaz sea el control judicial; la acción administrativa adquiere un plus de legitimidad y seguridad jurídica cuando supera un examen jurisdiccional eficaz, de modo análogo, como ya notara Bachof, a las leyes declaradas conformes con la Constitución por el Alto Tribunal; un proceso rápido y efectivo beneficia a todos, obviando tantos sucedáneos contemporáneos del proscrito principio de autotutela, y en el que la "amenaza del contencioso" juega un papel importante. Pero por encima de los argumentos de conveniencia u oportunidad, ha de emerger, sin duda, la cláusula del Estado de Derecho.

JURISPRUDENCIA

