

**EL PAPEL DE LA LEY ALEMANA
DE LA JUSTICIA ADMINISTRATIVA
PARA LA REALIZACIÓN DEL ESTADO DE DERECHO**

por KARL-PETER SOMMERMANN *

I. EL CONTEXTO CONSTITUCIONAL

En el año 2009 se cumplirá el 60 aniversario de la Ley Fundamental para la República Federal de Alemania ¹. Esta Constitución, inicialmente concebida como un instrumento provisional hasta la aspirada reunificación de las dos partes de Alemania, dio el marco constitucional que fomentó el desarrollo de una sociedad abierta, de una democracia pluralista estable y de un Estado social de Derecho orientado hacia la cooperación internacional. Tras la dictadura del nacionalsocialismo con sus crímenes contra la humanidad, tras la derrota militar y moral al cabo de la Segunda Guerra Mundial, la Ley Fundamental de 1949 debía constituir un orden político y social del “Anti-Leviatán”, donde la dignidad de la persona fuese considerada como el valor supremo y por eso intangible ². La normativa de la Ley Fundamental se lee como un programa para ga-

* Doctor Iurist (Universidad de Bonn); habilitación para Derecho Público, Derecho Internacional Público, Derecho Europeo e Historia Constitucional (Universidad Humboldt de Berlín); Profesor Catedrático de Derecho Público, Teoría del Estado y Derecho Comparado en la Universidad Alemana de Ciencias Administrativas, Speyer; es actualmente Rector de la Universidad.

¹ Promulgada por el Consejo Parlamentario el 23 de mayo de 1949, Boletín Oficial Federal (Bundesgesetzblatt = BGBl.), 1949, p. 1.

² Véase art. 1, apartado 1, LF: “La dignidad humana es intangible. Respetarla y protegerla es obligación de todo poder público”.

rantizar y hacer efectiva la libertad individual dentro de un orden social pluralista y al mismo tiempo solidario.

Esta idea se refleja tanto en la parte dogmática de la Ley Fundamental, que abarca sobre todo los derechos de libertad y de igualdad, como en la parte orgánica que prevé una distribución de poderes (pesos y contrapesos) a nivel funcional y territorial. En la parte dogmática hay dos artículos que garantizan la efectividad de los derechos individuales: el art. 1º, apart. 3, establece que los derechos fundamentales vinculan a los poderes públicos como derecho directamente aplicable, y el art. 19, apart. 4, garantiza a toda persona cuyos derechos (no sólo los derechos fundamentales) sean vulnerados por el poder público, el derecho a recurrir a la vía judicial. Esta garantía procesal que se ha cualificado en la doctrina como la “coronación del Estado de Derecho” ha sido interpretada por la Corte Constitucional Federal como un derecho prestacional³ a una tutela judicial efectiva y universal (sin lagunas)⁴. La parte orgánica de la Ley Fundamental añade las garantías para la independencia de los jueces e indica que hay cinco ramas jurisdiccionales: la jurisdicción ordinaria (civil y penal), la jurisdicción laboral y, como jurisdicciones administrativas, la administrativa general (justicia administrativa), la financiera y la social.

El legislador concretó el derecho a una tutela judicial efectiva frente al Poder Ejecutivo en la Ley de la Justicia Administrativa, objeto del presente libro y que pronto cumplirá sus 50 años. La ley,

³ Véase HUBER, Peter Michael, “Comentario al artículo 19, apartado 4”, en: v. Mangoldt/Klein/Starck, *Das Bonner Grundgesetz*, vol. 1, 5ª ed., München, 2005, p. 1810 (núm. marg. 370).

⁴ En cuanto a la exigencia de una tutela completa (sin lagunas) cfr. las sentencias de la Corte Federal Constitucional contenidas en la colección oficial (abreviada: BVerfGE, siguen el tomo y las páginas donde empieza la sentencia y donde se encuentra el pasaje referido), por ejemplo BVerfGE 8, 274, 326; 51, 176, 185; 58, 1, 40; respecto a la efectividad véase BVerfGE 35, 263, 274; 37, 150, 153; 46, 166, 178; 49, 329, 340 ff.; 65, 1, 70; 77, 275, 284. Véase también el análisis de Javier Barnés Vázquez, “La tutela judicial efectiva en la Grundgesetz (art. 19.IV)”, en BARNÉS VAZQUEZ, Javier (coord.), *La justicia administrativa en el derecho comparado*, Madrid, 1993, pp. 135/206.

del 21 de enero de 1960⁵, fue el modelo también para los Códigos de las jurisdicciones financiera y social. Para entender mejor esta ley, se deben tener en cuenta los antecedentes históricos del siglo XIX y de la época de Weimar, que están muy presentes tanto en la Ley Fundamental como en la Ley de la Justicia Administrativa. Dentro de los antecedentes, el principio rector del Estado de Derecho merece la mayor atención.

II. ESTADO DE DERECHO Y TUTELA JUDICIAL

La historia de la justicia administrativa alemana está íntimamente vinculada al desarrollo del concepto del Estado de Derecho. Bajo la influencia de la filosofía de la Ilustración y del liberalismo político, Robert von Mohl desarrolló a partir de los años 30 del siglo XIX su concepto de Estado de Derecho (*Rechtsstaat*). Identificó el Estado de Derecho con un ordenamiento político en el que se excluyera la arbitrariedad estatal, se asegurara la libertad individual y se promoviera el desarrollo individual⁶.

En la misma época se presentaron las primeras propuestas para transformar a la justicia administrativa, entonces ubicada dentro del Poder Ejecutivo como mecanismo de autocontrol, en una justicia administrativa independiente⁷. Durante la revolución de 1848/1849,

⁵ Verwaltungsgerichtsordnung (VwGO) del 21 de enero de 1960, Boletín Oficial Federal (BGBl.) 1960 I, p. 17. Está vigente y traducida en el presente libro la versión del 19 de marzo de 1991 (BGBl. 1991 I, p. 686) con su última modificación por la ley reguladora del status de los funcionarios del 17 de junio de 2008 (BGBl. 2008 I, p. 1010) que entrará en vigor el 1 de abril de 2009.

⁶ VON MOHL, Robert, *Die Polizei-Wissenschaft nach den Grundsätzen des Rechtsstaates*, 2ª ed., vol. 1, Tübingen, 1844, § 2 (p. 8). Según von Mohl el Estado de Derecho no podía tener otra finalidad que la de “organizar la convivencia del pueblo de tal manera que cada miembro del mismo fuese en la medida de lo posible sostenido y promovido en el libre y completo ejercicio y uso de todas sus fuerzas”.

⁷ Véase SYDOW, Gernot, “Die Revolution von 1848/49: Ursprung der modernen Verwaltungsgerichtsbarkeit”, en: *Verwaltungsarchiv* vol. 92 (2001), pp. 389 y ss. En cuanto a la historia más lejana cf. POPITZ, Johannes, “Die Anfänge der Verwaltungsgerichtsbarkeit”, en: *Archiv des öffentlichen Rechts N.F.* vol. 33 (1943), S. 158-221; SELLMANN, Martin, “Der Weg zur neuzeitlichen

que finalmente fracasó, la introducción de un control judicial independiente del poder público fue uno de los objetivos primordiales. Junto con el principio de la legalidad, la tutela judicial se estableció como uno de los elementos claves del concepto del Estado de Derecho. En su obra *Der Rechtsstaat (El Estado de Derecho)*, que se publicó en 1864, Otto Bähr destacó sucintamente que “el Derecho y la ley sólo pueden adquirir significado y poder real donde encuentran un pronunciamiento judicial dispuesto para su realización”⁸.

Mientras que Otto Bähr abogaba en favor de un control por la experimentada jurisdicción ordinaria, otros, entre ellos Rudolf von Gneist, se inclinaron hacia una justicia administrativa independiente⁹. En los años 60 y 70 del siglo XIX, cuando en Francia (1872)¹⁰ y pronto también en España (1888)¹¹ se estaba transformando el control por el Consejo de Estado de una justicia retenida en una justicia delegada¹², se crearon los primeros verdaderos tribunales administrativos en varios *Länder* alemanes¹³. En primera instancia

Verwaltungsgerichtsbarkeit – ihre Vorstufen und dogmatischen Grundlagen”, en: KÜLZ, H. R. - NAUMANN, R. (eds.), *Staatsbürger und Staatsgewalt. Verwaltungsrecht und Verwaltungsgerichtsbarkeit in Geschichte und Gegenwart*, vol. 1, Karlsruhe, 1963, pp. 25-86.

⁸ BÄHR, Otto, *Der Rechtsstaat*, Kassel/Göttingen, 1864, p. 12.

⁹ Cfr. GNEIST, Rudolf, *Der Rechtsstaat und die Verwaltungsgerichte in Deutschland*, 2ª ed., Berlin, 1879, pp. 233 y ss.

¹⁰ Véase el art. 9º de la Ley “Dufaure” del 24 de mayo de 1872 “portant réorganisation du Conseil d’État” (Journal Officiel de 31 de mayo de 1872): “Le Conseil d’État statue souverainement sur les recours en matière contentieuse administrative, et sur les demandes d’annulation pour excès de pouvoir formés contre les actes des diverses autorités administratives”.

¹¹ Ley sobre el ejercicio de la jurisdicción contencioso-administrativa (Ley Santamaría de Paredes) de 13 de septiembre de 1888 (Gaceta de Madrid nro. 258 de 14 de diciembre de 1888).

¹² Para Francia cf. GOHIN, Olivier, *Contentieux administratif*, 4ª ed., Paris, 2005, pp. 25 ss., y PACTEAU, Bernard, *Manuel de contentieux administratif*, Paris, 2006, pp. 34 f., para España, GARRIDO FALLA, Fernando - PALOMAR OLMEDA, Alberto - LOSADA GONZÁLEZ, Herminio, *Tratado de Derecho Administrativo*, vol. 3: La justicia administrativa, 2ª ed., Madrid, 2006, pp. 107 ff.

¹³ Los primeros fueron Baden (1863), Prusia (1872/75), Hessen (1874/75), Württemberg (1876) y Baviera (1878).

siguieron actuando órganos especializados de la Administración Pública; pero en la última instancia intervenían ahora tribunales independientes. La competencia de la justicia administrativa debía permanecer orientada por el principio enumerativo todavía durante varias décadas.

En la segunda mitad del siglo XIX, la noción de Estado de Derecho había tornado paulatinamente en un concepto formal, englobando elementos como la legalidad, el control judicial y la responsabilidad del Estado. A este entendimiento formal correspondía más bien una finalidad según la cual el control judicial refiere principalmente a la protección de la integridad del ordenamiento jurídico objetivo. Así el Tribunal Administrativo Superior de Prusia defendió un enfoque objetivo, mientras que los tribunales administrativos de Baden y de Württemberg, por ejemplo, más fieles a la idea inicial del Estado de Derecho, consideraron que el objetivo primordial de los tribunales administrativos era la tutela judicial de los derechos subjetivos de los súbditos respectivamente ciudadanos. El derecho público subjetivo fue definido por Ottmar Bühler, de forma ejemplar, como “toda posición jurídica del súbdito ante el Estado que, por virtud de un negocio jurídico o de una norma vinculante dictada para proteger sus intereses individuales, puede invocarse frente a la Administración, permite exigir algo del Estado o actuar frente a él”¹⁴.

Después de la Segunda Guerra Mundial, con el ya citado art. 19, apart. 4, de la Ley Fundamental de 1949, se optó definitivamente en favor de un sistema subjetivo: los tribunales, organizados en tres instancias¹⁵, tienen la misión de proteger a los individuos

¹⁴ BÜHLER, Ottmar, *Die subjektiven öffentlichen Rechte und ihr Schutz in der deutschen Verwaltungsrechtsprechung*, Berlin u.a. 1914, pp. 42 y ss. Para el desarrollo del concepto de los derechos públicos subjetivos fueron influyentes anteriormente SARWEY, Otto, *Das öffentliche Recht und die Verwaltungsrechtspflege*, Tübingen, 1880, y JELLINEK, Georg, *Das System der subjektiven öffentlichen Rechte*, Tübingen, 1892. Para un análisis del concepto véase la contribución de Hermann-Josef Blanke en este libro y, desde una perspectiva francesa, CAPITANT, David, *Les effets juridiques des droits fondamentaux en Allemagne*, Paris, 2001, pp. 32 y ss.

¹⁵ Los tribunales administrativos y los tribunales administrativos superiores pertenecen a la organización jurisdiccional de los *Länder*, la Corte Federal Admi-

en el ejercicio de sus derechos de manera completa y efectiva. Esta misión corresponde a un concepto del Estado de Derecho que, en su vertiente material, refiere a la protección de la dignidad humana y de la libertad individual frente a los poderes públicos y que, por consiguiente, en su vertiente formal, se basa en un sistema de garantías y principios que sirven para realizar este fin, como particularmente la primacía de la Constitución, la división de poderes, la legalidad de la actuación administrativa, la tutela judicial por tribunales independientes, la responsabilidad civil del Estado, la prohibición de un trato arbitrario, la seguridad jurídica y el respeto del principio de proporcionalidad ¹⁶. Veamos ahora más cerca cómo el objetivo material del Estado de Derecho se plasma en la Ley de la Justicia Administrativa.

III. EL DESARROLLO DEL DERECHO A UNA TUTELA JUDICIAL EFECTIVA POR LA LEY DE LA JUSTICIA ADMINISTRATIVA DE 1960

El Estado de Derecho viene desarrollándose en un contexto junto a otros principios constitucionales. Entre los principios materiales que influyen la concretización del principio del Estado de Derecho resaltan el principio del Estado social y el principio ecológico, que se encuentran garantizados en la Ley Fundamental desde la reforma constitucional de 1994 ¹⁷.

1. La dimensión del Estado liberal de Derecho

En la perspectiva clásica liberal, el Estado de Derecho se caracteriza por el fortalecimiento de los derechos de defensa contra

nistrativa (*Bundesverwaltungsgericht*) forma parte de la organización estatal de la Federación. Sin embargo, a diferencia de los sistemas americanos, no hay dos sistemas jurisdiccionales claramente separados, sino la Corte Federal Administrativa sirve —con excepción de unas pocas competencias de primera instancia— primordialmente como última instancia dentro de una única vía instancial que empieza regularmente con los tribunales administrativos.

¹⁶ Cfr. SOMMERMANN, Karl-Peter, “Comentario al artículo 20 de la Ley Fundamental”, en: MANGOLDT - KLEIN - STARCK, *Kommentar zum Grundgesetz*, vol. 2, 5ª ed., München, 2005, pp. 98 y s.

¹⁷ Boletín Oficial Federal (BGBl.) 1994 I, p. 3146.

las intervenciones de los poderes públicos, para garantizar la esfera individual de libertad. De allí nació, ya en el siglo XIX, en el Derecho procesal de muchos países el recurso de anulación o de exceso de poder como instrumento de defensa contra actos ilegales de gravamen. De esta forma básica de un recurso contencioso-administrativo ha quedado el recurso típico en la justicia administrativa, a veces junto con un recurso de plena jurisdicción, procedente sobre todo de casos de litigios contractuales y de indemnización.

La ley alemana actual no conoce un recurso único (aunque éste puede ser abierto para varias pretensiones, como es el caso en España desde la reforma de 1998¹⁸), sino parte de una cláusula general en cuanto a los litigios admisibles (art. 40, apart. 1¹⁹)²⁰, combinada con varias clases de acciones que son procedentes según la pretensión que el recurrente persigue. Cada clase de acción tiene determinados requisitos específicos de admisibilidad²¹.

¹⁸ Cfr. los artículos 31 y 32 de la Ley 29/1998 reguladora de la jurisdicción contencioso-administrativa (Boletín Oficial del Estado nro. 311, 14/7/1998).

¹⁹ Artículos citados sin indicación de la ley son artículos de la Ley alemana de Justicia Administrativa.

²⁰ Cuando el artículo 40 excluye litigios de naturaleza constitucional, declara inadmisibles litigios entre órganos constitucionales. Naturalmente, la protección de los derechos fundamentales garantizados por la Constitución (la Ley Fundamental) es también tarea de la justicia administrativa. El recurso de amparo ante la Corte Constitucional Federal sólo es admisible si el recurrente ha agotado la vía judicial (que muy a menudo consta en un proceso ante la justicia administrativa), cfr. artículo 93 apartado 1 nro. 4a de la Ley Fundamental con artículo 90 apartado 2 de la Ley sobre la Corte Constitucional Federal del 12 de marzo de 1951, nueva versión del 11 de agosto de 1993 (BGBl. 1993 I, p. 1473) con su última modificación por la Ley del 5 de febrero de 2009 (BGBl. 2009 I, p. 160). Sin embargo, la Corte Constitucional Federal tiene el monopolio para declarar nula una ley por inconstitucionalidad. Si un tribunal administrativo considera que una ley de cuya validez depende la decisión es inconstitucional, planteará la cuestión ante la Corte Constitucional Federal (cfr. artículo 100 apartado 1 de la Ley Fundamental y artículos 13 nro. 11 y 80 y ss. de la Ley sobre Corte Constitucional Federal).

²¹ Véase más detalladamente SOMMERMANN, Karl-Peter, "La justicia administrativa alemana", en: BARNÉS VAZQUEZ, Javier (coord.), *La justicia administrativa en el Derecho comparado*, Madrid, 1993, pp. 69-94; HUFEN, Friedhelm, *Verwaltungsprozessrecht*, 7ª ed., München, 2008, pp. 201-380; STERN, Klaus - BLANKE, Hermann-Josef, *Verwaltungsprozessrecht in der Klausur*, 9ª ed., München, 2008, pp. 115-243.

Si el recurrente alega verse afectado en sus derechos por un acto administrativo ilegal, puede solicitar su anulación por vía de una *acción impugnatoria* (*Anfechtungsklage*; art. 42). Por acto administrativo se entiende, en el Derecho alemán, no todo acto emitido por la Administración Pública, sino sólo una medida adoptada por un órgano administrativo para regular un caso concreto²². Contra actos reales que no producen efectos jurídicos, pero puedan lesionar al recurrente en sus derechos, igualmente hay que interponer una *acción de prestación* (*Leistungsklage*; mencionada en el art. 43, apart. 2) en forma de una acción de abstención. En casos excepcionales, los tribunales, interpretando la ley a la luz del derecho fundamental a una tutela judicial efectiva, admiten también una acción preventiva de abstención contra la producción inminente de un acto administrativo.

A diferencia del sistema francés y de otros ordenamientos inspirados por éste, aquí el acto administrativo no comprende el acto normativo (acto administrativo reglamentario), de manera que no se puede solicitar la anulación de un reglamento administrativo por vía de acción impugnatoria. Para determinadas categorías de normas con rango inferior a la ley, el art. 47 prevé un *procedimiento de control de normas* ante la justicia administrativa que tiene efectos *erga omnes*. Para las demás normas administrativas, sólo existe, ante la justicia administrativa, un control con efectos *inter partes*. Esto vale

²² La definición legal del acto administrativo se encuentra en el artículo 35 de la Ley Federal del Procedimiento Administrativo de 25 de mayo de 1976 (BGBl. 1976 I, p. 1253; última modificación por ley de 17 de diciembre de 2008, BGBl. 2008 I, p. 2586): “Acto administrativo es cada orden, resolución u otra medida que una autoridad adopta en ejercicio de poder público para la regulación de un caso concreto en el ámbito del Derecho público y que tiene por objeto producir efectos jurídicos inmediatos en la esfera externa. Un orden general es un acto administrativo que se dirige a un círculo de personas determinado o determinable según criterios generales o que se refiere al carácter de Derecho público de una cosa o a su uso por el público”. El prototipo del acto administrativo es, por consiguiente, la regulación individual-concreta, mientras que el orden general como tipo especial del acto administrativo abarca la regulación individual-abstracta y la regulación general-concreta. Aquí la delimitación entre el acto administrativo y la norma como regulación general-abstracta no es fácil.

tanto para los casos de un control incidental de normas (control de una norma con ocasión de una acción contra un acto basado en ella), como para el control por vía de *acción declarativa* (*Feststellungsklage*, art. 43) que la Corte Constitucional Federal ha exigido transitar, antes de acudir a la justicia constitucional por vía de recurso de amparo, cuando una norma produce efectos jurídicos inmediatos para el recurrente²³. Si el recurrente ataca un acto y el tribunal administrativo considera que una ley formal, en que se basa el acto, es inconstitucional, planteará la cuestión ante la Corte Constitucional federal (véase art. 100, apart. 1, de la Ley Fundamental) que, en su caso, anulará la ley con plenos efectos²⁴.

El mecanismo más fuerte para efectuar la protección contra actos administrativos de gravamen y para impedir, en la medida de lo posible, la producción de hechos consumados, es el efecto suspensivo automático del recurso contencioso-administrativo. Pocos países lo reconocen²⁵. La gran mayoría de los ordenamientos jurídicos parte de la presunción de la legalidad del acto administrativo²⁶ y por eso reservan la decisión sobre una suspensión de un acto como medida cautelar a los tribunales. Generalmente los criterios para que los tribunales concedan la orden de suspensión del acto son el *fumus boni iuris* del recurso y el *periculum in mora*, es decir, tiene que haber una cierta probabilidad de que el recurso tendrá éxito y de que una ejecución del acto podría causar daños irreparables.

Los criterios del *fumus boni iuris* y del *periculum in mora* están también presentes en el Derecho alemán. Sin embargo, como punto de partida, tanto el recurso administrativo previo (recurso adminis-

²³ Véase la sentencia del 17 de enero de 2006, BVerfGE 115, 81, 92 y ss.

²⁴ Véase también nota 20.

²⁵ Además de Alemania, lo reconocen Finlandia (véase artículo 31 de la Ley finlandesa de la Justicia Administrativa, ley 586/1996) y Austria en cuanto al recurso administrativo ordinario (véase § 64, apartado 1, de la Ley General del Procedimiento Administrativo 1991).

²⁶ Sobre el principio de la “présomption de légalité” en el Derecho francés que ha servido como modelo para muchos países, cfr. CHAPUS, René, *Droit administratif général*, vol. 1, 10ª ed., Paris, 1996, p. 1071 (núm. 1167); CLASSEN, Claus Dieter, *Der europäisierte Rechtsschutzauftrag deutscher Gerichte*, Tübingen, 2003, p. 95 f.

trativo) como la acción impugnatoria (art. 80, apart. 1) tienen, como regla general, efecto suspensivo automático. Sólo cuando la ley lo excluye (véase art. 80, apart. 2), es tarea del tribunal administrativo competente para la causa principal el ordenar, a solicitud del recurrente, el efecto suspensivo (art. 80, apart. 5).

El efecto suspensivo automático, en principio, es también aplicable a los casos de relaciones jurídicas multipolares. Si, por ejemplo, el vecino de un terreno cuyo propietario quiere construir un edificio interpone un recurso administrativo previo contra el permiso de construir emitido por la autoridad administrativa competente ²⁷ y, en su caso, tras transcurrir el procedimiento previo sin éxito, presenta una acción impugnatoria contra el permiso, el recurso administrativo y la acción interpuesta por el vecino tienen efecto suspensivo, de manera que el propietario no puede empezar a construir el edificio proyectado hasta que se decida que el permiso de construir es lícito y no viola derechos del vecino (cfr. art. 113, apart. 1). Sin embargo, como una solución esquemática a favor del vecino no haría posible la toma en consideración de los intereses del propietario en forma equitativa, el legislador ha creado un mecanismo que permite, tanto a la autoridad administrativa como al tribunal administrativo, tras una ponderación de intereses, ordenar la ejecutabilidad inmediata del acto (véase art. 80a con art. 80, apart. 5 a 8). De todas formas, la última palabra en cuanto al restablecimiento del efecto suspensivo la tiene el tribunal.

2. La dimensión del Estado social de Derecho

Konrad Hesse ha caracterizado el Estado social de Derecho como un Estado “que planea, dirige, presta, distribuye y así posibi-

²⁷ Por regla general, el recurso administrativo previo es obligatorio antes de presentar una acción impugnatoria ante el tribunal administrativo (artículo 68, apartado 1). En este procedimiento, la autoridad administrativa superior no sólo fiscaliza la legalidad, sino también la oportunidad del acto (en caso de actos que abren un margen de discrecionalidad a la autoridad administrativa competente). Al mismo tiempo, la ley limita las posibilidades para las autoridades administrativas de “ganar tiempo” por este procedimiento previo (véase artículo 75). En los últimos años, los legisladores de varios *Länder* han suprimido el recurso previo obligatorio en su ámbito de competencia.

lita la realización de la vida individual y social”²⁸. Como el principio de libertad es inherente también al Estado social de Derecho, éste puede ser definido como un Estado que mejora activamente las condiciones del ejercicio de la libertad de todos sus ciudadanos, particularmente a través de la promoción de la igualdad de oportunidades (incluyendo un sistema educativo eficaz y al alcance de todos), la previsión existencial, la liberación de situaciones económicas precarias y la lucha contra el desempleo²⁹. La protección de la dignidad humana y el fomento activo del desarrollo individual en el contexto social es, entonces, central para un Estado social de Derecho, que así se acerca al concepto originario de Robert von Mohl³⁰.

Para hacer efectivo el Estado social de Derecho no sólo hace falta la creación de un marco legal propicio al pleno desarrollo de las fuerzas de los particulares y de la sociedad en su conjunto, sino que se necesitan también instrumentos de implementación que permitan a los particulares realizar sus derechos sociales, económicos y culturales concretizados por la ley³¹. Aquí los tribunales administrativos, tanto de la jurisdicción social como de la jurisdicción administrativa general, desempeñan un papel esencial. Por consiguiente, el Derecho procesal, además de contemplar situaciones de

²⁸ HESSE, Konrad, *Grundzüge des Verfassungsrechts der Bundesrepublik Deutschland*, 18ª ed., Heidelberg, 1991, § 6 núm. 212 (p. 87). El Estado social es especialmente el Estado de la previsión existencial (“Daseinsvorsorge”), como la ha concebido FORSTHOFF, Ernst, primero en su libro *Der Staat als Leistungsträger* (Stuttgart/Berlin, 1938). Véase también GARCÍA-PELAYO, Manuel, *Las transformaciones del Estado contemporáneo*, 2ª ed., Madrid, 1991, pp. 16 y ss.

²⁹ SOMMERMAN, K.-P., “Comentario...”, cit. en nota 16, pp. 47 y ss.

³⁰ Véase *supra* nota 6.

³¹ Generalmente, los derechos sociales prestacionales positivizados en muchas Constituciones necesitan una *interpositio legislatoris*, un desarrollo por el legislador ordinario, para volverse efectivos; cfr. SOMMERMAN, Karl-Peter, *Staatsziele und Staatszielbestimmungen*, Tübingen, 1997, pp. 371 y s., 415 y ss. La Ley Fundamental alemana sólo contiene unas pocas garantías sociales. Es el principio del Estado social (artículo 20, apartado 1, de la Ley Fundamental) que más ha inspirado la interpretación constitucional en un sentido favorable a deducir incluso de los derechos de libertad obligaciones del Estado de protección y de fomento. Cfr. ya GARCÍA MACHO, Ricardo, *Las aporías de los derechos fundamentales sociales y el derecho a una vivienda*, Madrid, 1982, pp. 58-118.

defensa contra intervenciones por parte del Estado (garantía del *status negativus*), tiene que abrirse a pretensiones dirigidas a prestaciones y otras actividades de la Administración Pública (garantía del *status positivus*). No es suficiente, a largo plazo, operar meramente con los instrumentos de anulación de actos, aun cuando se intente subsanar los huecos judiciales a través de construcciones dogmáticas como el silencio administrativo negativo o incluso positivo³².

En la Ley alemana de la Justicia Administrativa hay dos clases de acciones de prestación que garantizan una tutela judicial del *status positivus* de los particulares: la *acción de condena* (*Verpflichtungsklage*, art. 42), cuando la acción tiene por objeto condenar a la Administración a dictar un acto administrativo, y la *acción general de prestación* (*allgemeine Leistungsklage*, mencionada en el art. 43, apart. 2), para todas las demás demandas referentes a un comportamiento de la Administración Pública, por ejemplo la demanda de que la Administración pague una cantidad o que se abstenga de hacer algo. La acción de condena comprende dos vertientes: la acción contra la denegación de un acto positivo (por ejemplo, a conceder una ayuda financiera) o la acción contra la inactividad de la autoridad administrativa (que no ha dictado un acto en respuesta de una solicitud). Si la denegación u omisión del acto administrativo es ilícita y ello ha lesionado los derechos del demandante, el tribunal declara la obligación de la autoridad administrativa a dictar un acto administrativo siguiendo el criterio del tribunal (véase art. 113, apart. 5). La obligación de dictar un acto no está excluida si el legislador ha concedido un margen de discrecionalidad a la autoridad administrativa competente. El tribunal examinará, en este caso, si se excedieron los límites del poder discrecional o si éste no ha sido ejercido de una manera que corresponde a la finalidad de la

³² En las últimas dos décadas varios países han tomado las consecuencias y han reformado sus regímenes procesales como especialmente España (1998), Portugal (2002) y parcialmente Francia (2000); cfr. SOMMERMANN, Karl-Peter, "Das Recht auf effektiven Rechtsschutz als Kristallisationspunkt eines gemeineuropäischen Rechtsstaatsverständnisses", en: KIRCHHOF, F. - PAPIER, H.-J. - SCHÄFFER, H. (eds.), *Rechtsstaat und Grundrechte. Festschrift für Detlef Merten*, Heidelberg, 2007, pp. 443, 452 y ss.

autorización (art. 114). Además, la jurisprudencia ha elaborado criterios para la reducción del margen de discrecionalidad hasta el punto de que puede quedar una sola correcta decisión en determinadas circunstancias, sobre todo cuando se trata de cumplir obligaciones de protección para derechos y bienes jurídicos de alto rango. De esta manera, puede ocurrir que un tribunal administrativo obligue a una autoridad policial a tomar una medida de protección a pesar de que el legislador ha establecido, como regla general, el principio de oportunidad.

También en el ámbito de demandas prestacionales, la garantía de una tutela judicial efectiva presupone la posibilidad de otorgar una tutela cautelar en casos de urgencia. Por eso, el legislador alemán ha creado el instrumento de medidas cautelares de aseguramiento y de regulación (art. 123) que son procedentes cuando no tiene sentido una tutela por suspensión de un acto (art. 80), es decir cuando, en la causa principal, no se trata de una acción impugnatoria. Por vía de medida cautelar el tribunal puede, por ejemplo, obligar al órgano administrativo a mantener el *statu quo* hasta la decisión principal, a admitir un estudiante provisionalmente en la universidad o a otorgar una ayuda financiera. Queda claro que determinadas medidas cautelares pueden entrar en conflicto con el principio de no anticipar la decisión de fondo. Sin embargo, este principio no establece una prohibición absoluta cuando se trata de realizar una tutela judicial efectiva y cuando no hay otro remedio.

3. La dimensión del Estado ecológico de Derecho

En las últimas décadas, se viene desarrollando una conciencia creciente de que el bienestar de la sociedad y de los particulares depende también de un equilibrio entre el desarrollo económico y la preservación de la naturaleza. Especialmente en un país tan densamente poblado como Alemania, se reconoció pronto que un crecimiento económico basado en la explotación desconsiderada de la naturaleza y en una contaminación de los medios naturales (el agua, el aire y el suelo) *no* sería sostenible. A las leyes tradicionales referentes a la protección de la naturaleza se juntaron, desde los años 70 del siglo XX, un abanico de leyes por las cuales se aspira a pre-

servar los medios naturales así como la fauna y la flora, a proteger los particulares y el medio ambiente contra riesgos vinculados a nuevas tecnologías y a garantizar un desarrollo económico sostenible. Como la contaminación de la naturaleza y sus efectos climáticos tienen carácter transfronterizo, se buscaba al mismo tiempo una cooperación internacional. En 1994 fue adoptada una modificación de la Ley Fundamental por la cual se agregó el art. 20a que obliga al Estado a proteger los fundamentos naturales de la vida, teniendo en cuenta su responsabilidad con las generaciones futuras. Este principio rector no es solamente un mandato al legislador, sino que sirve también como criterio de interpretación (incluso del Derecho procesal) y de ejercicio del poder discrecional³³.

Desde el inicio, el papel de los tribunales administrativos para la protección del medio ambiente ha sido considerable. En casos de autorizaciones de plantas industriales contaminantes (emitentes) o de centrales nucleares, los tribunales fueron generosos en declarar admisibles acciones impugnatorias de vecinos más lejanos; ya en 1986 la Corte Federal Administrativa reconoció la legitimación de un holandés, residente en un municipio fronterizo a 25 kilómetros de una proyectada central nuclear, para recurrir contra la primera licencia parcial de instalación³⁴. Como base de la legitimación, que depende de una alegación no obviamente infundada³⁵ de ser violado en un derecho público subjetivo (art. 42, apart. 2), sirven normas de protección en la legislación ordinaria interpretadas a la luz de los derechos fundamentales pertinentes, como el derecho a la integridad física (art. 2, apart. 2, de la Ley Fundamental) o a la

³³ Véase SOMMERMANN, Karl-Peter, “Comentario al artículo 20a de la Ley Fundamental”, en: v. MÜNCH - KUNIG, *Grundgesetz-Kommentar*, vol. 2, 5ª ed., München, 2001, pp. 35-52.

³⁴ Sentencia del 17 de diciembre de 1986, BVerwGE (colección oficial de las decisiones de la Corte Federal Administrativa), vol. 75, pp. 285 y ss.

³⁵ La jurisprudencia aplica el criterio que, sobre la base de lo que el recurrente alega, no debe ser excluida la violación de un derecho público subjetivo, es decir la violación debe parecer ser “posible”; véase las referencias jurisprudenciales en SODAN, Helge, “Comentario al artículo 42 de la Ley de la Justicia Administrativa”, en SODAN, H. - ZIEKOW, J., *Verwaltungsgerichtsordnung – Grosskommentar*, 2ª ed., Baden-Baden, 2006, pp. 548, 660 y ss. (núm. marg. 378 y ss.).

propiedad privada (art. 14, apart. 1, de la Ley Fundamental). Como la Ley alemana de la Justicia Administrativa no admite una acción popular ni una legitimación de asociaciones que actúen a favor de intereses colectivos o difusos, las asociaciones ecologistas a menudo han comprado terrenos vecinos a la proyectada instalación para conseguir la legitimación de recurrir o apoyaron a propietarios legitimados en la presentación de una acción.

Entretanto, el Derecho alemán reconoce, en determinadas áreas, a las asociaciones acreditadas la legitimación para recurrir; al principio en el Derecho de la protección de la naturaleza y más recientemente, desde la entrada de vigor de la ley sobre los recursos en materia de medio ambiente del 14 de diciembre de 2006³⁶.

IV. LA JUSTICIA ADMINISTRATIVA EN LOS PROCESOS DE EUROPEIZACIÓN Y DE INTERNACIONALIZACIÓN

La ley sobre los recursos en materia de medio ambiente es un buen ejemplo de cómo el Derecho internacional público y el Derecho de la Unión Europea ejercen una influencia sobre la legislación nacional, incluso en áreas que tradicionalmente pertenecían al *domaine réservé* de los Estados. Primero, se elaboró en el marco de la Comisión Económica para Europa de las Naciones Unidas, de la que participan 55 Estados, el Convenio sobre el acceso a la información, la participación del público en la toma de decisiones y el acceso a la justicia en materia de medio ambiente, llamado Convenio de Aarhus del 25 de junio de 1998, que fue firmado y más tarde ratificado también por la Comunidad Europea y sus Estados miembros. Luego, las obligaciones que resaltan del Convenio fueron traspuestas mediante directivas de la Comunidad Europea en el Derecho comunitario, entre ellas la Directiva 2003/35/CE del Parlamento europeo y del Consejo, del 26 de mayo de 2003³⁷. Finalmente, los legisladores de los Estados miembros se ocuparon de la trasposición a los derechos nacionales, en el caso de Alemania a través de la ley del 14 de diciembre de 2006.

³⁶ BGBl. 2006 I, p. 2816.

³⁷ DO L 156 de 25.6.2003, p. 17/25.

El influjo más importante sobre el desarrollo de la tutela judicial en Europa es ejercido por la jurisprudencia de la Corte Europea de Derechos Humanos en cuanto a los arts. 6º y 13 del Convenio Europeo de Derechos Humanos, así como la Corte de Justicia de la Unión Europea con su jurisprudencia orientada hacia la efectividad de las normas comunitarias. Aquélla, inicialmente más orientada hacia el concepto objetivo del control judicial, entretanto la Corte de Justicia se inclina más hacia un enfoque subjetivo, poniendo énfasis sobre la tutela judicial del ciudadano de la Unión en sus derechos e intereses individuales. Esta línea se muestra claramente en la sentencia “Unión de Pequeños Agricultores”, del 25 de julio de 2002³⁸, donde declara:

“No obstante, procede recordar que la Comunidad Europea es una comunidad de Derecho cuyas instituciones están sujetas al control de la conformidad de los actos que adoptan con el Tratado y con los principios generales del Derecho, de los que forman parte los derechos fundamentales.

”Por consiguiente, los particulares deben poder disfrutar de una tutela judicial efectiva de los derechos que les confiere el ordenamiento jurídico comunitario, ya que el derecho a dicha tutela forma parte de los principios generales del Derecho que resultan de las tradiciones constitucionales comunes a los Estados miembros. Este derecho también ha sido consagrado en los arts. 6º y 13 del Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales...”

La sentencia revela un interés particular, de una parte por el claro reconocimiento de un derecho a una tutela judicial efectiva, de otra parte por el uso del término “comunidad de Derecho” en analogía al concepto del “Estado de Derecho”. Aquí se muestra el núcleo de un concepto europeo de la justicia administrativa.

Queda claro que todos los ordenamientos jurídicos nacionales tienen que hacer esfuerzos para adaptarse al concepto rector común. En Alemania por mucho tiempo existió el temor de tener que bajar el alto nivel de tutela alcanzado tras la etapa más oscura de su his-

³⁸ Asunto C-50/00 P, Rec. 2002, pp. I-6677, 6734 (núm. marg. 38 y s.).

toria. Y, efectivamente, la Corte de Justicia definió criterios restrictivos para el otorgamiento de la tutela cautelar contra actos comunitarios que parecían confirmar esta preocupación, porque prescriben dentro de la necesaria ponderación de intereses por los tribunales administrativos nacionales un peso especial al interés de la Comunidad Europea en la ejecución de su actos³⁹. Sin embargo, no hubo casos en que la tutela cautelar fuera seriamente puesta en peligro. Con el creciente énfasis de la Corte de Justicia en la garantía de una tutela judicial efectiva se han desarrollado, incluso, nuevos aspectos de protección de intereses individuales que contribuyen a una mejora del sistema alemán.

Hay que esperar que la actual línea jurisprudencial ayude también a fortalecer los instrumentos procesales al alcance de los particulares frente a los órganos de la Unión, la que, no obstante el principio de la ejecución de la legislación comunitaria por los Estados miembros, siempre asume más competencias de ejecución propia. Además, falta todavía en el sistema europeo un concepto judicial que se adecue mejor al fenómeno de los actos transnacionales⁴⁰, es decir a las necesidades de una tutela judicial efectiva en cuanto a actos de una autoridad administrativa nacional, que tienen efectos en todos los Estados miembros de la Unión Europea, como lo determina el Derecho comunitario, por ejemplo, para autorizaciones de determinados productos alimentarios.

V. CONCLUSIÓN

En los casi 50 años de su existencia, la Ley alemana de la Justicia Administrativa ha prestado una importante contribución a

³⁹ Cfr. SOMMERMANN, Karl-Peter, “Der vorläufige Rechtsschutz zwischen europäischer Anpassung und staatlicher Verschlankung. Zur Zukunft des Grundsatzes der aufschiebenden Wirkung”, en: *Planung - Recht - Rechtsschutz. Festschrift für Willi Blümel zum 70. Geburtstag*, Berlin, 1999, pp. 523-548.

⁴⁰ Cfr. SOMMERMANN, Karl-Peter, “Verwaltungskontrolle im Europäischen Verwaltungsraum: zur Synchronisierung der Entwicklung von Verwaltungsrecht und Verwaltungskontrolle”, en: MAGIERA, S. - SOMMERMANN, K.-P. - ZILLER, J. (Hrsg.), *Verwaltungswissenschaft und Verwaltungspraxis in nationaler und transnationaler Perspektive. Festschrift für Heinrich Siedentopf zum 70. Geburtstag*, Berlin, 2008, pp. 117, 127 y s.

la realización del Estado social de Derecho. Con su cláusula general y con un sistema de acciones abierto para toda clase de pretensiones que puedan formularse para la defensa o realización de un derecho individual, ha cumplido con la exigencia de una tutela judicial sin lagunas; un sistema correspondiente de medidas cautelares garantiza además una tutela efectiva. En la mayoría de los *Länder* alemanes, también la duración de los procesos principales es más o menos aceptable si se toma en consideración la posibilidad de conseguir una tutela cautelar rápida⁴¹. Los particulares generalmente no dudan en hacer uso de la tutela judicial por los tribunales administrativos⁴². Para la realización de una tutela fácilmente accesible, ha resultado favorable que no haya representación obligatoria de un abogado en la primera instancia, que los tribunales investiguen *ex officio* y que rijan el principio de oralidad.

Sin embargo, hay que mencionar también puntos críticos: desde hace varios años hay una tendencia a disminuir el ámbito de aplicación de mecanismos bien probados como lo son la exigencia de un recurso administrativo previo y el efecto suspensivo automático de los recursos administrativos y de la acción impugnatoria. Además, se viene reduciendo para determinadas categorías de litigios el número de instancias disponibles hasta concentrar determinados litigios referentes a proyectos infraestructurales (de alcance para el Estado en su conjunto) en primera y última instancia en la Corte Administrativa Federal, que de esta manera se transforma

⁴¹ En el año 2007, un proceso de primera instancia de la justicia administrativa general duró entre un promedio de 4,8 meses (Renania-Palatinado) y 35 (!) meses (Brandeburgo); el promedio de todos los *Länder* es de 13,9 meses (Fuente: Oficina Federal de Estadísticas – Statistisches Bundesamt, Fachserie 10, Reihe 2.4 “Verwaltungsgerichte” 2007, Wiesbaden 2008).

⁴² En 2007 hubo 124.044 nuevas acciones y 67.124 nuevas demandas de tutela cautelar en la justicia administrativa general (fuente: Oficina Federal de Estadísticas, nota 32). En las jurisdicciones social y financiera, que representan jurisdicciones especializadas de justicia administrativa, hubo 276.037 respectivamente 47.397 nuevas acciones y 37.385 respectivamente 8.667 nuevos procedimientos de tutela cautelar (Fuente: Oficina Federal de Estadísticas – Statistisches Bundesamt, Fachserie 10, Reihe 2.5 “Sozialgerichte” 2007 y 2.7 “Finanzgerichte, Wiesbaden 2008/09).

parcialmente en un tribunal de instancia. Fue una solución provisional, introducida en el contexto de la reunificación de Alemania para acelerar la realización de proyectos de infraestructura, que se ha perpetuado después.

Un nuevo enfoque para solucionar conflictos entre la Administración Pública y el ciudadano dentro del sistema de la justicia administrativa es la mediación judicial, un procedimiento no previsto expresamente en la ley. A diferencia de la mediación extrajudicial, es un servicio de los tribunales administrativos (en la medida en que lo han introducido) para la solución de litigios ya pendientes. Y a diferencia de la conciliación concluida ante el *iudex a quo* (art. 106), la mediación judicial se efectúa, tras suspender el proceso principal, ante un juez mediador que no pertenece a la sala competente. Si no encuentran una solución en la mediación, las partes siempre pueden volver al proceso principal.

Con la integración europea, el enfoque subjetivo del sistema alemán de tutela judicial sigue adaptándose también a las exigencias de un control judicial más abierto en cuanto a la legitimación para recurrir, mientras que otros países europeos se mueven más hacia el concepto alemán de una tutela judicial orientada primordialmente a la protección y realización de los derechos individuales, lo que tiene por consecuencia, entre otras cosas, un fortalecimiento de la tutela cautelar. Hasta ahora, la parcial extensión de la admisibilidad de acciones en Alemania a recursos interpuestos por asociaciones interesadas, sobre todo en el ámbito del Derecho medioambiental, no ha conducido, como se temía, a una disminución de la alta densidad del control judicial que se había desarrollado en muchos años para hacer efectiva, en la medida de lo posible, la tutela por los tribunales administrativos⁴³.

La justicia administrativa alemana se encuentra hoy, junto con las justicias administrativas de otros países, en un proceso de adaptación a estándares comunes de tutela judicial, lo que es un prerequisite para crear un alto nivel de protección generalmente

⁴³ Cfr. SCHMIDT-ASSMANN, Eberhard, *La teoría general del Derecho administrativo como sistema* (traducción de la obra *Das Allgemeine Verwaltungsrecht als Ordnungsidee*, 1998, por Javier Barnés y otros), Barcelona, 2003, pp. 229 y s.

aceptado en las nuevas estructuras supra e internacionales de gobernanza y para asumir competencias transnacionales dentro de los sistemas jurisdiccionales europeo y universal. En este proceso de transformación hace falta no sólo un debate europeo, sino también un intercambio intenso con los países de otros continentes que aspiran a perfeccionar su sistema judicial y a adaptarlo a los nuevos desafíos. Considerando las ricas tradiciones judiciales presentes tanto en Europa como en América, el diálogo europeo-latinoamericano siempre será muy fructífero para ambos lados. En este sentido, el reconocimiento del derecho a una tutela judicial efectiva como elemento clave de un Estado de Derecho ⁴⁴ constituye un excelente punto de partida común.

⁴⁴ Cfr. para la Argentina ABERASTURY, Pedro, *La justicia administrativa*, Buenos Aires, 2006, pp. 37 y ss.; CASSAGNE, Juan Carlos, "Perspectivas de la justicia contencioso administrativa en Argentina en el siglo XXI", en: MONTORO CHINER, M. J. (coord.), *La justicia administrativa. Libro Homenaje al Prof. Dr. D. Rafael Entrena Cuesta*, Barcelona, 2003, pp. 117, 125 y ss.; para Brasil PERLINGEIRO MENDES DA SILVA, Ricardo, *Execução contra a fazenda pública*, São Paulo, 1999, pp. 202 y ss.; DE OLIVEIRA MORAES, Germana, *Controle Jurisdicional da Administração Pública*, 2ª ed., São Paulo, 2004, pp. 239 y ss.; BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio, *Curso de direito administrativo*, 12ª ed., São Paulo, 2000, pp. 47 y s., 90 y s.; para Venezuela BREWER-CARIAS, Allan R., *Contencioso administrativo* (= Instituciones Políticas y Constitucionales, vol. 7), Caracas/San Cristóbal, 1997, pp. 11 y ss.; CASAL HERNÁNDEZ, Jesús María, *Los derechos humanos y su protección*, Caracas, 2006, pp. 104 y ss.; más referencias bibliográficas en ROZO ACUÑA, Eduardo, *Le garanzie costituzionali nel diritto pubblico dell'America latina*, Torino, 2006, pp. 280 y ss.

LA LEGITIMACIÓN PROCESAL
—ILUSTRADO EN EL DERECHO ALEMÁN
Y COMPARADO DEL MEDIO AMBIENTE—

por HERMANN-JOSEF BLANKE *

I. EL CRITERIO DE “INTERÉS JURÍDICO”

En cada ordenamiento jurídico el concepto de tutela judicial está vinculado estrechamente con la noción de interés jurídico. El interés jurídico no es más aquel interés que ha sido estimado por el Derecho objetivo como “jurídicamente relevante” por adentrarse, en cuanto elemento fáctico, en la órbita de la realidad social que incide sobre la ordenada convivencia de la comunidad o colectividad, por lo que es digno de tutela jurídica; su defensa es contemplada por el ordenamiento jurídico al estimarlo como interés “jurídicamente protegido”¹. Por lo tanto, es posible considerar a la jurisdicción como instrumento de satisfacción de intereses jurídicos o de solución de “conflictos intersubjetivos de intereses”, siendo las normas jurídicas en cuanto derecho sustantivo las que prescriben, con carácter general, qué interés en abstracto debe protegerse. Atendiendo a la forma en que los intereses pueden ser objetivados por el Derecho, nos podemos encontrar ante diversas clases de situaciones: las situaciones jurídicas subjetivas, por un lado, y por otro lado, unos

* Profesor Doctor Iurist. Catedrático de Derecho Público y de Derecho Internacional Público, Universidad de Erfurt (RFA).

¹ Vid. PÉREZ CONEJO, L., *La defensa judicial de los intereses ambientales (Estudio específico de la legitimación “difusa” en el proceso contencioso-administrativo)*, 1ª ed., Valladolid, 2002, p. 31.

intereses sociales o colectivos diferentes de los subjetivos y de los públicos. En este sentido amplio dispone el artículo 10 del Código Modelo Procesal Administrativo, propuesto por Jesús González Pérez: “Están legitimados para ser demandantes los que alegaren la titularidad de un derecho o tuvieren un interés legítimo, fuese individual, colectivo o difuso”.

II. POSICIONES JURÍDICO-SUBJETIVAS:

DERECHOS SUBJETIVOS E INTERESES LEGÍTIMOS

Entre las situaciones jurídicas subjetivas se destacan dos categorías: los llamados derechos subjetivos, por una parte, y, por la otra, los denominados intereses legítimos.

1. Los derechos subjetivos

Por lo que se refiere, en concreto, al derecho subjetivo, éste ha sido considerado como el “concepto central de Derecho” (Goldschmidt) y “la piedra angular del todo el edificio jurídico” (Becker). En cuanto institución jurídica fundamental encuadrada en el marco de la teoría general del Derecho, ha acaparado el interés científico de los juristas modernos, iusprivatistas en un primer momento, entre los que destaca la denominada teoría voluntarista de Friedrich Carl von Savigny (1779-1861)² y Bernhard Windscheid (1817-1892)³ junto con Georg Friedrich Puchta, los famosos representantes de la pandectística del siglo XIX, y la teoría del interés de Rudolf von Ihering (1818-1892)⁴. Posteriormente existieron influjos iuspublicistas sobre el desarrollo del derecho subjetivo, entre los que alcanzan relieve podemos mencionar la llamada teoría ecléctica de Georg Jellinek (1851-1911)⁵ y Ludwig Enneccerus⁶, y el positivis-

² SAVIGNY, Friedrich Carl von, *System des heutigen Römischen Rechts*, 8 vol., 1840-1849.

³ WINDSCHEID, Bernhard, *Lehrbuch des Pandektenrechts in drei Bänden*, 9ª ed., Leipzig, 1906 (1ª ed., 1862-1870).

⁴ IHERING, Rudolf von, *Der Zweck im Rechte*, 2 vol., Leipzig, 1877-1883.

⁵ JELLINEK, Georg, *System der subjektiven öffentlichen Rechte*, Freiburg, 1892.

⁶ ENNECCERUS, Ludwig, *Lehrbuch des Bürgerlichen Rechts, Einleitung, Allgemeiner Teil, Schuldverhältnisse*, Marburg, 1898.

mo que niega la existencia real de los derechos subjetivos como entidades separadas del derecho objetivo (Hans Kelsen, 1881-1931, y León Duguit, 1859-1928). Se debe observar, sin embargo, que en cuanto al desarrollo de los derechos fundamentales, la teoría de meros derechos objetivos prevaleció en la doctrina alemana del derecho constitucional bajo la influencia de Paul Laband⁷ hasta el fin del Imperio alemán, en 1918. Durante la República de Weimar empezó una discusión sobre el concepto del derecho subjetivo, con respecto a los derechos fundamentales en la jurisprudencia y en la doctrina, con la recepción de la teoría moderna del derecho público subjetivo de Otto von Sarwey (1825-1900)⁸ y Georg Jellinek⁹, y de la *Schutznormlehre*¹⁰ (teoría de la norma protectora) de Ottmar Bühler (1884-1965)¹¹.

Sobre la base de las teorías mencionadas, la doctrina mayoritaria entiende que el derecho subjetivo está conformado por dos aspectos esenciales: por un lado, el elemento interno de carácter intelectual y/o volitivo, consistente en la posibilidad de hacer (*Beherrschungs- und Gestaltungsrechte*) o querer (*Ansprüche*), y, por otro, el dato externo de naturaleza normativa, relativo a la capacidad de poder exigir el respeto de otras personas, lo que a su vez significa la imposibilidad de que se produzca un obstáculo ajeno o extraño y la posibilidad, en caso contrario, de que se pueda reaccionar contra él (teoría combinada). Dicha estructura dual aparece ya reflejada en la definición sobre el derecho subjetivo elaborada

⁷ Vid. LABAND, Paul, *Das Staatsrecht des Deutschen Reiches*, Bd. 1, 4ª ed., Freiburg, 1901, § 16, S. 138.

⁸ SARWEY, O. von, *Das öffentliche Recht und die Verwaltungsrechtspflege*, Tübingen, 1880. Sarwey transfirió la teoría de los “intereses jurídicamente protegidos”, desarrollada por Ihering para el derecho civil, al orden jurisdiccional contencioso-administrativo.

⁹ JELLINEK, Georg, *System des subjektiven öffentlichen Rechts*, 2ª ed., Tübingen, 1905.

¹⁰ BÜHLER, O., *Die subjektiven öffentlichen Rechte und ihr Schutz in der deutschen Verwaltungsrechtssprechung*, Berlin, 1914.

¹¹ Vgl. BAUER, *Geschichtliche Grundlagen der Lehre vom subjektiven öffentlichen Recht*, Berlin, 1986; SOMMERMANN, K.-P., *Staatsziele und Staatszielbestimmungen*, Tübingen, 1997, S. 329 f.

por Jellinek, cuando lo concibe como “la potestad de querer que tiene el hombre, reconocida y protegida por el ordenamiento jurídico, en cuanto se refiere a un bien o interés”, y en la diseñada por Enneccerus al conceptualizarlo como “el poder concedido por el ordenamiento jurídico, que sirve para la satisfacción de los intereses humanos”, siendo ulteriormente asumida por los italianos Santi Romano¹², Guido Zanobini¹³ y Giorgio del Vecchio¹⁴. En España Castán Tobeñas ha defendido este concepto. Para este autor el derecho subjetivo es “la facultad de obrar válidamente, dentro de ciertos límites, de exigir de los demás, por un medio coactivo, en la medida de lo posible, el comportamiento correspondiente, otorgado por el ordenamiento jurídico a un sujeto de voluntad capaz o de voluntad suplida por la representación, para la satisfacción de sus fines e intereses”¹⁵.

1.1. El derecho subjetivo en el ordenamiento jurídico alemán

Contrario a la situación jurídica en muchos países europeos, entre los cuales se debe destacar Francia, Italia y España, la “cláusula general” de tutela judicial del ciudadano alemán recogida en el apart. 4 del art. 19 de la Ley Fundamental de Bonn de 1949 (LF) se refiere expresamente sólo a los derechos subjetivos en un sentido restrictivo. Esta norma dispone que “toda persona cuyos *derechos* sean vulnerados por el poder público, podrá recurrir a la vía judicial”. La noción del derecho público subjetivo es una idea central del derecho administrativo alemán y de la Ley de la Justicia Administrativa (*Verwaltungsgerichtsordnung* - VwGO). Entre otras normas, las disposiciones de esta ley sobre la legitimación para ejercitar una acción (art. 42.2 VwGO) y sobre la sentencia (art. 113.1 y 5 VwGO) se refieren en primer lugar a un derecho subjetivo como condición indispensable para una acción de impugnación o para la

¹² ROMANO, S., *Diritto amministrativo*, vol. 2, Milano, 1990; *Frammenti di un dizionario giuridico*, Milano, 1983; *Il diritto pubblico*, Milano, 1988.

¹³ ZANOBINI, G., *Diritto amministrativo*, Milano, 1958-1999 (8ª ed.).

¹⁴ DE VECCHIO, G., *La giustizia*, Roma, 1946.

¹⁵ Vid. CASTÁN TOBEÑAS, J., “El concepto de derecho subjetivo”, en R.D.Pr., núm. 281 (1940), pp. 125 ss. (130 s.).

acción de condenar a la Administración a dictar un acto administrativo. Por lo tanto, el derecho público subjetivo es el punto de Arquímedes en el plan alemán de la tutela judicial.

El derecho subjetivo pone de manifiesto la dignidad y la personalidad humana (art. 1º, apart. 1, y art. 2º, apart. 1 LF). Reconociendo al hombre como sujeto jurídico, el derecho subjetivo le permite presentarse de manera autónoma frente al Estado y demandarle el respeto de las leyes que protegen al individuo. A cada derecho subjetivo corresponde, por consiguiente, una carga legal (objetiva) que se origina simultáneamente del derecho subjetivo. Por el principio de la primacía de la ley, el derecho subjetivo debe ser averiguado, en primer lugar, en las leyes ordinarias y sólo en caso de que el ordenamiento jurídico ordinario carezca de tales disposiciones está abierto el recurso *directo* a los derechos fundamentales de la Constitución para justificar la existencia de un derecho subjetivo ¹⁶.

1.2. La teoría de la norma protectora

La teoría de la norma protectora (*Schutznormlehre*), defendido por Ottmar Bühler ¹⁷, define el carácter subjetivo de una norma del Derecho público según su dimensión protectora. La existencia de un derecho subjetivo en la persona del afectado por una medida administrativa es el parámetro decisivo para afirmar la legitimación para ejercitar una acción de lo contencioso-administrativo, por un lado, y para excluir una acción popular, por otro. Por lo tanto, no es suficiente pretender un interés meramente fáctico, es decir de hecho (*faktisches Interesse*), que no corresponde a un derecho subjetivo. Con respecto a este requisito indispensable, se distingue entre derechos subjetivos otorgados sobre la base del Derecho público en el sentido material, por una parte, y en el sentido formal, por otra. Los derechos subjetivos materiales garantizan un derecho a un hacer, tolerar u omitir, mientras que los derechos formales conceden sólo el derecho a un acto administrativo discrecional sin defecto en

¹⁶ Vid. MAURER, H., *Allgemeines Verwaltungsrecht*, 16ª ed., Munich, 2006, § 8 notas 6 ss. y 11 s.

¹⁷ Vid. BÜHLER, O., *Die subjektiven...*, cit.

el ejercicio de la potestad discrecional. El derecho público subjetivo a un ejercicio del poder discrecional sin defecto está reconocido sólo en la medida en que la disposición relevante presenta una norma protectora que, por consiguiente, protege también los intereses del individuo; el ordenamiento alemán, pues, no reconoce un derecho general del ciudadano a un ejercicio del poder discrecional sin defecto¹⁸. Sin embargo, un derecho subjetivo formal puede ir adquiriendo la forma de un derecho subjetivo material si se reduce de manera absoluta el margen de discrecionalidad del lado de la Administración (*Ermessensreduzierung auf Null*).

Para averiguar si una norma del Derecho público proporciona derechos subjetivos en favor de una persona, se debe interpretar la disposición respectiva. Las leyes ordinarias garantizan un derecho público subjetivo en la medida en que están determinadas a servir para la protección de intereses individuales según la intención (objetiva) del legislador; si éste es el caso, el que aplica la norma debe averiguarlo mediante su interpretación. En este contexto, un significado especial tiene el análisis sobre en qué medida la violación sostenida y el círculo de personas protegidas son suficientemente determinables y separables. Derechos fundamentales garantizados en la Constitución del *Bund* o en las Constituciones de los *Länder* alemanes protegen siempre derechos subjetivos. Aun cuando una medida administrativa no implica un acto agravante con finalidad (*finaler Eingriff*) un hacer administrativo puede infringir un derecho fundamental si esta lesión se realiza de manera indirecta (*mittelbarer Grundrechts-eingriff*) y causa un menoscabo grave y apto a una individualización¹⁹. Las leyes ordinarias tienen, sin embargo, primacía sobre la aplicación de los derechos fundamentales en la medida en que el legislador concretize el derecho fundamental relevante o no arreglase el conflicto entre dos derechos fundamentales relevantes en el caso.

Este requisito, de un derecho público subjetivo en el sentido de la teoría de la norma protectora de Ottmar Bühler, tiene una re-

¹⁸ Corte Federal Administrativa (RFA) 39, 235 (237).

¹⁹ *Vid.* SCHENKE, W.-R., *Verwaltungsprozessrecht*, 11ª ed., Heidelberg, 2007, notas 498 ss.

levancia particular en el derecho ambiental. En cuanto a la permisión de grandes plantas industriales que generan riesgos para los trabajadores o habitantes en las inmediaciones, la jurisprudencia de lo contencioso-administrativo fiscaliza si el demandante habita o trabaja en un radio circulante a la instalación, en que ésta puede tener todavía efectos en su bienestar (*Einwirkungsbereich*) o si las emisiones de ruido o de una radiación ionizante superan los valores límites (*Dosisgrenzwerte*) según las normas protectoras y presentan así un riesgo especial para el individuo. Conforme al art. 42.2 VwGO el demandante puede alegar que los valores límites de la dosis de una radiación ionizante, según el art. 47 del reglamento sobre la protección de las radiaciones (que establece el art. 7.2 nro. 3 de la Ley sobre Energía Nuclear), no se encuentran cumplidos ²⁰.

1.3. Las normas protectoras en favor de los terceros

1) Numerosas disposiciones del derecho alemán del medio ambiente reconocen, entretanto, una dimensión protectora en favor de los terceros. En el ámbito del derecho de aguas, la Corte Federal Administrativa dedujo de diversas regulaciones un mandamiento de respetar los intereses de los otros, lo que proporciona una protección al tercero, por ejemplo, en el caso de una autorización de derecho de aguas si es que el tercero puede alegar que está afectado por esta autorización de manera calificada e individualizada ²¹.

2) En cuanto a la violación de normas procedimentales no es fácil decidir si el tercero puede reclamar vicios. Principalmente, se debe distinguir tres categorías ²²:

a) Los derechos procedimentales *absolutos* que proporcionan una posición jurídica a un tercero, sea el derecho a la tramitación de un procedimiento administrativo o el derecho a participar en un procedimiento administrativo que ya

²⁰ Corte Federal Administrativa (RFA), en: NVwZ 1997, 162.

²¹ Corte Federal Administrativa (RFA) 78, 40.

²² Vid. SPARWASSER - ENGEL - VOSSKUHLE, *Umweltrecht*, Heidelberg, 5ª ed., 2003, § 5, notas 14 y ss.

está encaminado. El titular de tales derechos procedimentales puede reclamar el trámite del procedimiento administrativo o la participación en un tal procedimiento, por ejemplo en el ámbito de procedimientos de otorgar una autorización según la ley del tráfico aéreo (construcción de aeropuertos), mediante una acción de prestación.

b) Los derechos procedimentales *relativos* pueden ser reclamados sólo junto con una violación que el demandante reclama con respecto a sus derechos materiales. Por eso él debe fundamentar que los vicios de procedimiento administrativo pueden afectar sus derechos materiales. Hasta ahora la jurisprudencia de la Corte Federal Administrativa reconoce esta situación sólo en el marco del procedimiento según la Ley sobre Energía Nuclear.

c) El derecho a *ser oído* o a *participar* en un procedimiento administrativo (sea p. ej. en un procedimiento de planificación para la construcción o la modificación de nuevas líneas de tranvías, etc., o sea en el marco de la planificación urbana) no proporcionan una protección al tercero ya que sirven exclusivamente para el interés público, es decir para la organización del procedimiento a fin de que la Administración Pública se informe en forma completa sobre el estado de cosas.

2. Los intereses legítimos

2.1. La situación en Alemania

Según la doctrina alemana dominante, “los derechos reflejos o reflejos de los derechos” de los cuales hablaron ya R. v. Ihering y G. Jellinek no constituyen derechos subjetivos y como consecuencia no proporcionan la legitimación para ejercitar una acción de lo contencioso-administrativo. Estos derechos reflejos están caracterizados por el mero reflejo del Derecho *objetivo*, al señalar que “...cuando las normas jurídicas del Derecho Público prescriben una determinada acción u omisión a los órganos del Estado en interés general, puede ocurrir que el resultado de esa acción u omisión favorezca a determinados individuos, sin que por ello el ordenamien-

to, al establecer esa norma, se haya propuesto ampliar la esfera jurídica propia de esas personas”²³.

Empero, un sector de la doctrina alemana más autorizada, particularmente Otto Bachof y Ernst Forsthoff, entiende que se debe considerar incluidos en el art. 19.4 LF no sólo los derechos subjetivos sino igualmente los intereses legítimos. En concreto, O. Bachof considera que “bajo el orden constitucional de la Constitución federal, todo interés individual frente al Estado, protegido por el Derecho objetivo, es decir, toda protección ofrecida y garantizada por el ordenamiento jurídico, se transforma en un derecho subjetivo”²⁴ y es que, en definitiva, según este autor “todos los intereses jurídicamente protegidos han sido elevados hoy en día al rango de derechos públicos subjetivos”²⁵.

Pero mayoritariamente la doctrina alemana excluye a los derechos reflejos del ámbito de protección del art. 19.4 LF como del art. 42.2 VwGO sobre la legitimación para ejercitar una acción ya que se ve siempre el peligro de una extensión hacia una acción popular.

2.2. La situación en otros países europeos, especialmente en España

La distinción entre las categorías del derecho subjetivo y del interés legítimo radica, en algunos países, particularmente en Francia, Italia y España, en la existencia de titularidad de un poder, en el primer caso, y en su inexistencia, en el segundo, que se configura como una especie de derecho potestativo, de tal manera que el individuo no es titular actual de ningún poder, sino que cuando la Administración no actúa conforme a Derecho, surge un poder con virtualidad procesal para promover la anulación de dicha acción u

²³ Vid. JELLINEK, G., *System der subjektiven öffentlichen Rechte*, Darmstadt, 1963, p. 71; en el mismo sentido ZANOBINI, G., *Corso di Diritto Amministrativo*, vol. I, 5ª ed., Milano, 1947, p. 144.

²⁴ BACHOF, O., “La jurisdicción administrativa en la República Federal Alemana”, en: R.A.P., num. 25, 1958, p. 305.

²⁵ Vid. BACHOF, O., “Reflexwirkungen und subjektive Rechte im öffentlichen Recht”, en: libro para conmemorar W. Jellinek, Munich, 1955, p. 287 ss.

omisión, en cumplimiento de la legalidad administrativa, ante los juzgados y tribunales del orden jurisdiccional contencioso-administrativo de acuerdo con la llamada concepción objetiva de la jurisdicción contencioso-administrativa (*principio pro actione*). El interés legítimo se puede definir como una situación jurídica subjetiva material de favor, con relevancia jurídica *ab initio*, que goza de una facultad instrumental de reacción o impugnatoria, reconocida por el Derecho a quien resulte agredido en su esfera de intereses protegidos por una actuación ilícita, ilegítima y antijurídica, pero que existe con anterioridad a la producción del hecho lesivo, es decir, con independencia de la potestad de reacción ²⁶.

La vigente Constitución Española (CE) de 27 de diciembre de 1978 ha contemplado expresamente en sus arts. 24.1 y 162.1 let. b el concepto del llamado interés legítimo. El apart. 1 del art. 24 CE preceptúa que “todas las personas tienen derecho a obtener la tutela efectiva de los jueces y tribunales en el ejercicio de sus derechos e intereses legítimos, sin que, en ningún caso, pueda producirse indefensión”. La letra b del apart. 1 del art. 162 CE dispone: “1. Están legitimados... (b) para interponer el recurso de amparo, toda persona natural y jurídica que invoque un interés legítimo, así como el Defensor del Pueblo y el Ministerio Fiscal”. Concretamente, para el Tribunal Constitucional Español, el interés legítimo es un interés individual o plurisubjetivo protegido por el Derecho, en “contraposición a otros que no son objeto de tal protección” ²⁷. Posteriormente, el Tribunal asevera que “el derecho a la tutela judicial efectiva, que se reconoce a todas las personas ‘en el ejercicio de sus derechos e intereses legítimos’ en el art. 24.1 de la Constitución, otorga legitimación a cuantos ciudadanos ostenten un interés protegido por el Derecho” ²⁸. Al mismo tiempo el Tribunal Constitucional ha legitimado a todos o a algunos de los miembros de una colectividad determinada a accionar al deducir una pretensión procesal común a todos los integrantes de esa concreta comunidad: “Cuando un miem-

²⁶ Vid. PÉREZ CONEJO, L., *La defensa...*, cit., p. 36.

²⁷ STC (España) 62/1983, de 11 de junio.

²⁸ ATC 807/1985, de 20 de noviembre, FJ núm.2.

bro de una sociedad defiende un interés común sostiene simultáneamente un interés personal”²⁹. De ahí que se pueda decir que el interés legítimo “colectivo”³⁰, común o plurisubjetivo³¹ pueda acceder al amparo constitucional.

Sin embargo, esta interpretación no implica la consagración de la acción popular, ya que el mero interés por defender la legalidad, como regla general y conforme a la tradición francesa de *l'interêt légitime*, no es suficiente para que un sujeto se encuentre legitimado para accionar judicialmente. La defensa de intereses multiparticulares se basa en la alegación de un específico interés legítimo, en su caso “difuso”, siendo necesario aducirlos para su reconocimiento en el sentido de un proceso judicial. Recientemente, este concepto de “derecho subjetivo” —en el sentido de “interés legítimo”— ha sido introducido en la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea (art. 47.1)³². En suma no se puede confundir el interés legítimo que abre la puerta al proceso contencioso-administrativo en Francia, España y Italia, con el mero interés en la legalidad, que en ninguno de estos ordenamientos jurídicos puede ser título legitimador para interponer el pertinente recurso judicial, salvo en supuestos excepcionales previstos legalmente como por ejemplo en materia de urbanismo, patrimonio histórico-artístico y medio ambiente.

²⁹ STC (España) 62/1983, de 11 de junio; *vid.* también ATC 807/1985, de 20 de noviembre.

³⁰ De por ej. “las asociaciones y organizaciones representativas de intereses económicos y sociales” (art. 31.2 de la Ley 30/1992).

³¹ De por ej. “los Colegios Oficiales, Sindicatos, Cámaras, Asociaciones... para velar por intereses profesionales o económicos determinados...” (art. 32 de la LJCA de 1956).

³² Art. 47.1 de la Carta preceptúa el derecho a la tutela judicial efectiva y a un juez imparcial: “Toda persona cuyos derechos y libertades garantizados por el Derecho de la Unión hayan sido violados tiene derecho a la tutela judicial efectiva respetando las condiciones establecidas en el presente artículo”. *Vid.* JARASS, H. D., *EU-Grundrechte*, Munich, 2005, § 40 notas 6 ss. (8).

III. LA PROTECCIÓN DE LOS INTERESES DIFUSOS Y COLECTIVOS

Distinta es la situación, por ejemplo, en Portugal, Costa Rica y la mayoría de los países latinoamericanos³³. Así, el art. 81 del Código brasileño de Protección del Consumidor expresa:

“Intereses o derechos difusos son, para los efectos de este Código los transindividuales de naturaleza indivisible de que sean titulares personas indeterminadas y ligadas entre sí por circunstancias de hecho.

”Intereses o derechos colectivos, son los transindividuales de naturaleza indivisible de que sea titular un grupo, categoría o clase de personas legales unidas entre sí o con la parte contraria por una relación jurídica de base”³⁴.

Los intereses difusos no se adentran típicamente en la categoría de los intereses legítimos ni en la de los derechos subjetivos, los cuales encuentran clara y fácil ubicación en la categoría de los intereses legítimos en una perspectiva subjetiva o en la de los derechos subjetivos; tampoco se agotan en los intereses grupales ni en los corporativos engarzados en entidades o personas jurídicas debidamente constituidas y jurídicamente organizadas (sub IV.), por su configuración que, a buen decir de Mario Saverio Giannini, son parte de la categoría de intereses anónimos³⁵.

Los intereses difusos o colectivos representan una ruptura con el paradigma tradicional de la teoría clásica del interés jurídico, y además, se trata de una categoría incipiente, cuya incorporación a los ordenamientos internos nacionales se vincula e impulsa con el desarrollo de los derechos humanos de solidaridad o de tercera generación, como el derecho al medio ambiente, a la paz, el derecho

³³ Para la Argentina *vid.* ABERASTURY, P., *La justicia administrativa*, Buenos Aires, 2006, ps. 207 ss.; un panorama más amplio presenta JIMÉNEZ MEZA, M., *La legitimación administrativa*, 3ª ed., San José, 2000, ps. 440 ss.

³⁴ Del punto de vista del derecho comparado *vid.* DURÁN MARTÍNEZ, A., *Contencioso Administrativo*, Montevideo, 2007, ps. 126 ss.

³⁵ *Vid.* GIANNINI, M. S., “Discorso generale sulla giustizia amministrativa”, en *Riv. dir. proc.*, 1963, p. 535 ss.

al patrimonio común de la humanidad, entre otros. La defensa de los intereses difusos resalta el principio de solidaridad de la especie. Por su universalidad, los intereses difusos (la protección del medio ambiente, de la salud, del patrimonio histórico, inmaterial o natural) forman parte de la amplia gama de los intereses indiferenciados y multilaterales³⁶. El medio ambiente no está más considerado una *res nullius* sino una *res communes omnium*, y el reconocimiento del derecho humano al ambiente implica la afirmación de un principio poco conocido por los ordenamientos modernos, el de la subjetividad plural, siendo necesario poner en evidencia que el derecho humano al ambiente es al mismo tiempo un interés del individuo y un interés de la colectividad, más aún es un derecho que le corresponde al sujeto individual en cuanto miembro de la colectividad. Estos derechos, por su carácter de colectividad, han sido llamados derechos subjetivos colectivos.

La Constitución de la República Portuguesa (CRP), por medio de su art. 268.4, reafirma una vía administrativa para la tutela de los intereses difusos. Esta disposición, en el marco de la norma constitucional sobre los derechos y garantías de los administrados, dice lo siguiente: “Se garantiza a los interesados el recurso contencioso-administrativo, por motivo de ilegalidad, contra cualesquiera actos administrativos que, independientemente de su forma, lesionen sus derechos e intereses legalmente protegidos”. Este precepto fue reformado en la revisión de la Constitución del año 1989, que añadió al mismo artículo un apart. 5 con la siguiente redacción: “Igualmente se garantiza siempre a los administrados el acceso a la justicia administrativa para la tutela de sus derechos o intereses legalmente protegidos”. La redacción actual del art. 268 CRP, pues, ha dado un paso hacia el “contencioso de plena jurisdicción”, abriéndolo a la tutela global e indiferenciada de los intereses difusos. A ello hay que añadir que la norma constitucional del art. 268.4 y 5 CRP no utiliza la expresión “interés legítimo”, sino la expresión “derechos e inte-

³⁶ Vid. JIMÉNEZ MEZA, M., “La legitimación”, en: JIMÉNEZ MEZA - JINESTA LOBO - MILANO SANCHEZ - GONZÁLEZ CAMACHO (eds.), *El Nuevo Proceso Contencioso-Administrativo*, San José, 2006, p. 79 (85 ss.).

reses legalmente protegidos”, fórmula suficientemente amplia para asumir todas las situaciones jurídicas derivadas del ordenamiento.

En la misma línea el art. 10 del nuevo Código Procesal Contencioso-Administrativo de Costa Rica (2006)³⁷ dispone que “estarán legitimados para demandar... (c) la defensa de intereses difusos y colectivos”.

IV. EL CONTROL JUDICIAL EN LA SITUACIÓN JURÍDICA OBJETIVA

1. La acción popular en el ordenamiento español y portugués en materia del medio ambiente

En el derecho español, el medio ambiente se encuentra en el art. 45 CE, dentro del capítulo III intitulado “Principios rectores de la política social y económica”, precepto que reza que “todos tienen el derecho a disfrutar un medio ambiente adecuado para el desarrollo de la persona, así como el deber de conservarlo” (apart. 1) y “la obligación de reparar el daño causado” (apart. 3). Según la jurisprudencia y la doctrina española, este derecho a un medio ambiente adecuado ha de gozar de tutela jurisdiccional. En definitiva, la conservación de un ambiente adecuado es algo que “interesa” a todos los ciudadanos, por lo que se hace necesario el reconocimiento de la acción popular en la esfera del Derecho ambiental³⁸. En el decreto 833/1975, del 6 de febrero de 1975, sobre protección del medio ambiente atmosférico (art. 16) y en varias leyes españolas sobre la protección de Parques Nacionales se encuentra consagrada, entre otros textos normativos³⁹, la acción popular. En el régimen jurídico de los Parques Nacionales se reconoce la acción popular “para exigir ante los órganos administrativos y los tribunales contencioso-administrativos la estricta observancia de las normas de protección del Parque Nacional” correspondiente. No obstante, el

³⁷ Ley 8505 del 28 de abril de 2006, publicado en el Alcance nro. 38 al diario oficial La Gaceta del 22 de junio de 2006.

³⁸ *Vid.* GIL-ROBLES GIL DELGADO, J., “La acción judicial popular y la audiencia de los ciudadanos en el área del Derecho Ambiental”, PJ, núm. especial IV, Medio Ambiente, p. 177.

³⁹ Por ejemplo: Ley de la Pesca Fluvial de 1942; Ley de la Caza de 1970.

legislador español no consagra la acción popular en otros textos normativos reguladores en materia del medio ambiente, tampoco en la principal ley ambiental: la Ley de Conservación de los Espacios Naturales Protegidos y de la Flora y Fauna Silvestres de 1989, lo que pone en cuestión la propia virtualidad de la consagración de la acción popular en tales leyes. Sin embargo, la acción popular, por su excepcionalidad, requiere de un reconocimiento explícito, de tal forma que su ejercicio siempre está limitado a los supuestos concretos expresamente contemplados por una ley ⁴⁰.

Por tanto, el fundamento positivo constitucional de aquella radica en el art. 14 CE y en el art. 125 CE, residiendo su fundamento legal en el art. 19.1 de la Ley Orgánica del Poder Judicial y en el art. 19 let. h de la vigente Ley reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa. En la acción popular cualquier persona, por el mero hecho de invocar su condición ciudadana, está legitimada para impugnar un acto determinado, pudiendo deducir su pretensión sin necesidad de invocar la lesión de derecho subjetivo o interés legítimo alguno, lo que pone de manifiesto que la situación jurídica legitimante reside en el simple interés en la legalidad.

El art. 52.3 CRP reconoce, desde su introducción en el año 1989, a todos, personalmente o a través de asociaciones de defensa de los intereses afectados, el derecho a ejercer la acción popular, en los casos y en los términos previstos en la ley (derecho a promover la prevención o el cese de los factores de degradación del ambiente o del patrimonio cultural, así como a requerir, por parte de los lesionados, el derecho a la correspondiente indemnización). El art. 52.3 CRP configura una nueva acción para la tutela de los intereses pluriindividuales que se ha designado como “acción popular de masas” debido a que permite intervenir como parte a un número indeterminado de personas. Se trata, según Luis Filipe Colaco Antunes, de una acción popular especial que no se puede confundir con la acción popular tradicional reconocida igualmente por el art. 52, nro. 3 de la Constitución, ya que se refiere a la tutela de intereses que no sólo son generales y difusos, sino también públicos en cuanto

⁴⁰ PÉREZ CONEJO, L., *La defensa...*, cit., ps. 48 y ss.

a su incidencia sobre aspectos vitales para la colectividad en su conjunto (tutela del ambiente, salud pública, calidad de vida, patrimonio cultural, etc.). La legitimación para ejecutar la “acción popular de masas” deberá reconocerse por la ley que desarrolle la mencionada norma constitucional, no sólo a las asociaciones y a los entes intermedios que tengan por fin estatutario la defensa de los intereses difusos, sino también a cualquier particular, tal como sucede con las *class actions* del derecho norteamericano ⁴¹.

En conformidad con este concepto, el ordenamiento jurídico portugués otorga a las asociaciones de defensa del ambiente el derecho de promover, junto con las entidades competentes, todos los medios administrativos de defensa del ambiente en los términos y para los efectos previstos en la Ley de Bases del Ambiente (art. 6º de la ley 10/1987 de 4 de abril). Tales bienes, de nítida relevancia pública, objeto de tutela para la Administración Pública, son también intereses difusos (colectivos) de toda la comunidad, reconocidos por la ley, que confieren al ciudadano el derecho público subjetivo de reaccionar cuando sean lesionados por una conducta de la Administración Pública (art. 7º, 1 a 6, de la ley 10/1987). Presupuesto de este derecho es la naturaleza del bien tutelado, la conducta ilegal de la Administración Pública y el hecho de que el ciudadano haya sido lesionado en su interés pluriindividual, en cuanto miembros de la comunidad perjudicada ⁴².

2. La demanda de una asociación en el derecho ambiental alemán

Con respecto a estos supuestos se podría parangonar a primera vista la acción popular con el control jurídico objetivo, que se encuentra al lado del requisito de la infracción potencial en la Ley de la Justicia Administrativa de la República Federal de Alemania.

⁴¹ Vid. COLACO ANTUNES, L. F., “Los intereses difusos: ubicación constitucional; tutela jurisdiccional y ‘acción popular de masas’ - En torno a la revisión de la Constitución Portuguesa de 8 de julio de 1989”, en RAP, 1991, p. 417 (425, 431 s.).

⁴² HENSKE, W., *Das subjektive öffentliche Recht*, Tübingen, 1968, p. 60.

Como régimen especial, el art. 42.2 VwGO preceptúa expresamente que el legislador puede disponer la admisibilidad de una demanda aunque el demandante no reclame la lesión de derecho subjetivo por un acto administrativo, su negación o su omisión. Tal procedimiento no administra tutela jurisdiccional en favor del demandante sino sólo un control jurídico objetivo (*objektiv-rechtliches Beteiligungsverfahren*)⁴³. La legislación federal ha expedido normas sobre formas de acciones, que no tienen por objeto la tutela jurídica de un derecho subjetivo sino sólo el control de la legalidad. En el área del derecho ambiental, el art. 61 BNatSchG (*Bundesnaturschutzgesetz* – Ley Federal de Protección de la Naturaleza) establece dos casos de actos administrativos con efectos potenciales en el medio ambiente respectivo que autorizan a una asociación para la protección de la naturaleza, reconocida según los arts. 59 y 60 BNatSchG, a entablar una acción judicial conforme a las disposiciones de lo contencioso-administrativo⁴⁴. Sin embargo, la asociación puede plantear exclusivamente objeciones, que ha presentado ya en el procedimiento administrativo antecedente (preclusión material según el art. 61.3 BNatSchG).

Con una “demanda de una asociación” (*altruistische Verbands- oder Vereinsklage*)⁴⁵ se puede litigar en una primera categoría la violación administrativa de normas protectoras de la naturaleza y del paisaje por actos administrativos mediante “las dispensas de receptivas o prohibiciones” protectoras o por procedimientos de autorización de planes o procedimientos de planificación (art. 61.2 núm. 1 con apart. 1 BNatSchG). Más allá están tasados legalmente en una segunda categoría derechos procedimentales en favor de las

⁴³ Vid. SCHENKE, W.-R., *Verwaltungsprozessrecht*, cit., nota 532.

⁴⁴ Vid. CALLIESS, Chr., “Die umweltrechtliche Verbandsklage nach der Novellierung des Bundesnaturschutzgesetzes - Tendenzen zu einer ‘Privatisierung des Gemeinwohls’ im Verwaltungsrecht?”, en: NJW, 2003, 97 s.; SEELIG - GÜNDLINGS, “Die Verbandsklage im Umweltrecht - Aktuelle Entwicklungen und Zukunftsperspektiven im Hinblick auf die Novelle des Bundesnaturschutzgesetzes und supranationale und internationale rechtliche Vorgaben”, en: NVwZ, 2002, 1033 y ss.

⁴⁵ Vid. KLOEPFER, M., *Umweltrecht*, 3ª ed., Munich, 2004, § 8 notas 33 y ss.

asociaciones (art. 61.2 núm. 2 y 3 BNatSchG), a los cuales pueden defender también por la interposición de recursos impugnatorios. Sólo estos derechos procedimentales tienen carácter subjetivo. De esta “demanda de una asociación” se debe distinguir el derecho de las asociaciones a participar en todos los procedimientos administrativos que preparen el acto administrativo (arts. 58.1, 60.2 BNatSchG). Para exigir esta participación en el procedimiento administrativo las asociaciones pueden interponer una acción condenatoria (*Partizipationserzwingungsklage*)⁴⁶.

En suma, la Ley Federal alemana de Protección de la Naturaleza no establece una acción popular en el sentido de la legislación española o portuguesa, sino que permite puramente un control parcial de la legalidad en el ámbito del medio ambiente bajo los siguientes supuestos cumulativos:

- 1) con respecto a algunos instrumentos del derecho administrativo (dispensas, planes de proyectos) y su conformidad con la protección de la naturaleza y del paisaje;
- 2) la posibilidad de una violación de normas ambientales (§ 61.2 núm. 1 BNatSchG) o de una no observancia de los derechos subjetivos de cooperación de las asociaciones, sea por los efectos de actos y planes administrativos en su ámbito estatuario de funciones (art. 61. 2 núm. 2 BNatSchG) o sea en defensa de los intereses ambientales expresados en el art. 60.2 núm. 5 y 6 BNatSchG.

Con la reforma de los poderes judiciales de las asociaciones, en 2002 la legislación federal alemana sobre la “demanda de la asociación” se ha asimilado a la situación normativa, que existía ya antes en la mayoría de los *Länder* y ahora es un elemento de las codificaciones en el plan del derecho de medio ambiente en 14 de los 16 *Länder* (excepto Baviera y Baden-Württemberg) con una área

⁴⁶ KLOEPFER, M., *Umweltrecht*, cit., § 11, nota 250.

distinta de aplicación en cada uno de ellos ⁴⁷. Sin embargo, la legislación de los *Länder* puede siempre superar la autorización de hacer una acción concedida a las asociaciones en la legislación federal, y abrir la acción en todos los casos en que la Ley Federal ha preceptuado sólo un derecho de opinar sobre un proyecto o de inspeccionar los dictámenes periciales por parte de las asociaciones ambientales, sobre todo con respecto a la proyección de normas ambientales con rango inferior a la ley y la preparación de programas o planes, por ejemplo, en el área de la *ordenación paisajística* o de la *ordenación territorial* (art. 61.5 con referencia al art. 60.2 BNatSchG). Esto se legitima por el hecho de que la legislación federal es una mera legislación-marco (legislación básica). Esta acción de una asociación en virtud de la autorización legal de un *Land* se deduce, sin embargo, siempre contra una Administración del mismo *Land* puesto que éste no puede abrir una vía de acción contra medidas de la Administración federal ⁴⁸ o decisiones de control de un proyecto ⁴⁹. De todos modos, queda la acción política que permite siempre a las asociaciones sostener su opinión, también a nivel federal, en público ⁵⁰.

⁴⁷ Vid. KLOEPFER, M., *Umweltrecht*, cit., § 11 nota 263. Así la disposición de la ley de protección de la naturaleza de la Turingia perceptúa, que una asociación puede impugnar un acto administrativo o interponer una acción de obligación o demandar tutela judicial cautelar en el caso (1) “de la dispensa de receptivas o prohibiciones, que sirven a la protección de reservas biológicas, parques nacionales o reservas biosferas o (2) de decisiones de control de proyectos que intervienen en la naturaleza y el paisaje en el área de reservas biológicas, parques nacionales o reservas biosferas” (art. 46 ThNatSchG).

⁴⁸ KOPP - SCHENKE, *VwGO*, 15ª ed., Munich, 2007, § 42 notas 180 ss. con referencia a la sentencia de la Corte Federal Administrativa (RFA) del 29.04.1993, BVerwGE 92, 258 (= NVwZ 1993, 890 [891 s.]).

⁴⁹ STÜER, B., *Handbuch des Bau- und Fachplanungsrechts*, 4ª ed., Munich, 2008, nota 2347 con referencia a la Corte Federal Administrativa (RFA), resolución del 28.11.1995, en: DVBl. 1996, 901.

⁵⁰ Vid. STÖBER, R., en: WOLFF - BACHOF - STÖBER - KLUTH (eds.), *Verwaltungsrecht*, vol. 1, 12ª ed., Munich, 2007, § 43, nota 41, que no ve la necesidad para una acción de asociación en tanto que el derecho comunitario europeo no la prescriba.

**REFLEXIONES SOBRE LA LEY DE LA JUSTICIA
ADMINISTRATIVA ALEMANA
(VERWALTUNGSGERICHTSORDNUNG —VwGO—)
Desde el derecho administrativo argentino**

JUAN CARLOS CASSAGNE,
EVELYN PATRIZIA GOTTSCHAU
y PEDRO ABERASTURY

I. LIMINAR

La primera impresión que, probablemente, causa la *Verwaltungsgerichtsordnung* (VwGO) a los juristas formados en los cauces del derecho administrativo continental europeo es una suerte de deslumbramiento por la técnica legislativa que utiliza esta ley, caracterizada por una precisión jurídica poco común en los ordenamientos procesales administrativos más conocidos en nuestro medio, como los de Francia, Italia y España.

Porque lo cierto es que las bondades de una ley en lo que concierne a su conocimiento por los destinatarios y, sobre todo, en materia de interpretación judicial, corren parejas con la sobriedad del estilo legislativo. En tal sentido, podrán señalarse quizás omisiones o que determinados institutos deberían haberse regulado de otra manera, pero parece difícil que se pueda afirmar que alguna prescripción (artículo o apartado) de la VwGO esté de más, o que algún artículo ha sido regulado con exceso o en forma incoherente.

Una ley de este tipo, que data de 1960, no ha podido sobrevivir tanto tiempo sólo por el espíritu conservador alemán y su afición a la estabilidad de las instituciones. Su supervivencia obedece a otras razones que apuntan a su coherencia lógica, a la simplifica-

ción de los procedimientos y a la incorporación de categorías jurídicas operativas que facilitan su aplicación por los tribunales y operadores jurídicos, asignando al juez el papel de eje del proceso, con facultades instructorias y con una relativa discrecionalidad.

Pero, asimismo, hay que advertir que la VwGO constituye el destilado de la tradición jurídica alemana que ha procurado instituir un sistema procesal moderno, de tipo judicialista puro, que garantiza la efectividad de la tutela judicial (como lo prescribe el art. 19.4. de la Ley Fundamental de Bonn, de 1949) sobreponiéndose a una de las dictaduras más inhumanas que ha habido en el mundo, en el siglo pasado, que fuera posible por la falta de un control judicial firme de la Administración.

En el centro del proceso que regula este ordenamiento procesal, antes que la mera legalidad, se encuentran los intereses individuales de las personas que se convierten en el principal objeto de protección por parte de los jueces. El control de legalidad del obrar de las autoridades administrativas (concepto que comprende las pertenecientes a todos los órganos del gobierno federal —*Bund*— y de los *Länder* e incluso a los particulares que actúan con competencias por delegación y a los entes autónomos de la Administración Pública), aparece como un objetivo que complementa la protección de los derechos de las personas no configurándose un proceso autónomo en el que se controla exclusivamente la observancia de la ley.

II. LA PERSPECTIVA ORGÁNICA: DISTINTOS TRIBUNALES DE JUSTICIA ADMINISTRATIVA

Los tribunales que forman parte de la organización de la justicia administrativa presentan, en Alemania, una serie de características peculiares y atípicas, con las estructuras clásicas de los Estados federales que han seguido, en este punto, el modelo norteamericano, como acontece con la Constitución argentina.

Pues, aunque se trata de tribunales judiciales independientes y, por tanto, separados de las autoridades administrativas, como lo proclama enfáticamente el art. 1° de la VwGO, existe un conjunto de diferencias notables en punto a la estructura, la extensión de la competencia y la integración de los tribunales.

Se establecen tres niveles de tribunales: en los *Länder*, los tribunales administrativos y los tribunales superiores administrativos y una Corte Federal Administrativa a nivel federal, con competencia de casación, sin perjuicio de tribunales que tienen competencia específica sobre determinada materia.

En principio, la estructura de los tribunales es colegiada en todas las instancias. En la primera instancia, cada tribunal de la justicia administrativa está integrado por cinco jueces, dos de los cuales son jueces honorarios (art. 5º, aparts. 2 y 3, VwGO). Sólo, por excepción, la sala designa un juez único si: a) el asunto no plantea dificultades particulares ni en los hechos ni en el derecho, y b) el asunto no presenta una relevancia esencial (art. 6º, VwGO).

Cabe apuntar que los jueces honorarios son designados por una Comisión Asesora compuesta por el presidente del tribunal administrativo, de un funcionario de la autoridad administrativa designado por el gobierno del *Land* y de siete personalidades calificadas que actúan como asesores de confianza, conforme un listado elevado por los distritos y ciudades equiparables que se propone cada cinco años, aprobado por las dos terceras partes de los miembros de la asamblea representativa del distrito o de la ciudad equiparable.

En cuanto a los tribunales de segunda instancia, denominados tribunales administrativos superiores, se encuentran divididos en salas e integrados por tres jueces cada una de ellas, pero este número puede ser elevado a cinco en caso de que la legislación de un *Land* así lo prevea, conforme lo establece el art. 9º de la VwGO.

Por otra parte, la Corte Federal Administrativa tiene una estructura similar al anterior pero cada sala se encuentra compuesta por cinco miembros aunque pueden adoptar decisiones fuera de los procesos orales, con la integración de tres de sus miembros. En caso de discrepancia con las decisiones de otras salas o en casos que tengan una gran relevancia, se puede solicitar la integración de la gran sala (*Großer Senat*), es decir, una decisión con los miembros de todas las salas respecto a una cuestión de derecho. Interviene a través del recurso de casación contra el pronunciamiento del tribunal administrativo superior, conforme lo establecido en el art. 132 y ss. de la VwGO y, también, en el recurso de casación *per saltum*, regulado en el art. 134. Asimismo, tiene competencia para intervenir en el

recurso de revisión, esto es, contra una sentencia firme, a través de la acción de anulación o de restitución.

Ahora bien, la mayor peculiaridad que exhibe el sistema, en un régimen político federal como el alemán, consiste en la unidad de jurisdicción para entender en el juzgamiento de lo que la VwGO denomina asuntos o litigios públicos que no sean de naturaleza constitucional (ya que en este supuesto interviene el Tribunal Constitucional) en que sean parte autoridades administrativas, es decir, que comprende los litigios contra los *Länder*, salvo que una ley del respectivo *Land* los asigne a otro tribunal (art. 40, VwGO).

La explicación de este peculiar sistema organizativo de la justicia administrativa responde a la tradición jurídica forjada durante el proceso de unificación del imperio alemán y retomada más tarde por la República Federal en la Ley Fundamental de Bonn de 1949 que, en esta materia, consolidó el Estado de Derecho sobre la base del principio de la tutela judicial efectiva, al igual que lo que ocurre actualmente entre nosotros tras la reforma constitucional de 1994.

III. DISTINTOS TIPOS DE ACCIONES

Según el tipo de pretensión que alegue el demandante existen, al menos en la VwGO, tres clases de acciones, pero no existe una prohibición de acoger acciones que el legislador alemán no haya expresamente establecido ¹:

- 1) la acción impugnatoria, como acción constitutiva;
- 2) las acciones de condena o prestacionales las que, a su vez, se dividen en dos subespecies según que la prestación debida pueda cumplirse mediante el dictado de un acto administrativo o de una actividad que no configura un acto administrativo y;
- 3) la acción declarativa, en la que el titular de un interés legítimo solicita una declaración sobre la existencia o inexistencia de una relación jurídica. Resulta de interés destacar

¹ SOMMERMANN, Karl-Peter, "La justicia administrativa alemana", en BARNES VÁZQUEZ, Javier (coord.), *La justicia administrativa en el derecho comparado*, Civitas, Madrid, 1993, p. 69.

que la acción declarativa no puede ejercerse si el demandante puede o hubiera podido defender sus derechos a través de una acción constitutiva tendiente a la modificación de una situación jurídica o de una acción prestacional.

Tanto en las acciones impugnatorias como en las de condena se requiere la interposición de un recurso o reclamo administrativo previo, el cual debe interponerse dentro del plazo de un mes a partir de la notificación del acto causante del agravio o de la denegación de la medida prestacional solicitada. La decisión sobre el reclamo es dictada por la autoridad inmediata superior, salvo que la ley determine otra instancia superior, lo cual, como es obvio, implica que, en principio, no hay que agotar la instancia administrativa, a través de alcanzar la vía jerárquica última. No hay que confundir, pues, la decisión o vía previa necesaria para la admisibilidad de esta clase de demandas judiciales con el requisito del agotamiento de las instancias administrativas que muchos ordenamientos iberoamericanos han adoptado (siguiendo el modelo español) en contra del principio de la tutela judicial efectiva.

Por su parte, la acción judicial, en ambos casos, debe interponerse dentro del plazo de un mes a partir de la notificación del rechazo del reclamo administrativo previo, en la medida en que la notificación haya sido realizada en legal forma.

Conforme a lo expuesto, efectuaremos algunos comentarios en relación con dos institutos que consideramos característicos del sistema jurídico analizado.

IV. EL PROCESO MODELO (*MUSTERVERFAHREN*)

1. Las acciones con pluralidad de actores

El derecho procesal administrativo reconoce una regulación distinta al del proceso civil en tanto y en cuanto, en el primero, se encuentra comprometido, primariamente, el interés público², mientras

² CASSAGNE, Juan Carlos, "El sistema judicialista argentino", en *Tratado de derecho procesal administrativo*, t. I, Juan Cassagne (dir.), La Ley, Buenos Aires, 2007, p. 53.

que en el segundo priva el interés entre los particulares que trasciende y finaliza en éstos, es decir, el proceso comienza y culmina atendiendo estas individualidades, que no trascienden al resto de la comunidad. Si esta individualidad o este derecho, ya sea por contemplar una afectación a una comunidad o a un grupo determinado o indeterminado de personas, es objeto de una acción judicial por provenir la conducta del Estado, se deduce fácilmente que el resultado de esta acción trascenderá a la comunidad toda de donde proviene.

Esta presentación, por demás sencilla, transita varios dilemas que hacen al derecho procesal administrativo, tal cual es lo referido a la legitimación procesal en cuanto a lo que se pueda entender por afectado, dependiendo de los ordenamientos de que se trate, la existencia de un mayor o menor énfasis en el control objetivo de la legalidad de la norma y, subjetivamente, en cuanto al perjuicio que sufre la persona y, muchas veces, acudiendo a una extensión del significado del perjuicio, que va más allá de la concepción privatista del concepto de derecho subjetivo, situación que ha sido analizada por el profesor Blanke con una extraordinaria precisión de conceptos, a la cual nos remitimos.

Otra situación es el alcance de la decisión, en cuanto a si tiene efectos *inter partes* o tiene efectos *erga omnes*, situación que la doctrina iuspublicista argentina ha debido ocuparse y formar una opinión sobre el tema³.

En el procedimiento civil, la concurrencia al proceso de una pluralidad de personas se resuelve mediante el instituto de la acumulación de acciones, para no generar un inútil dispendio jurisdiccional. Por otra parte, en el caso de que la sentencia tenga efectos sobre otras personas ajenas a la relación procesal, se contempla este supuesto mediante la aplicación del instituto de la intervención del tercero con la finalidad de tutelar el derecho a ser oído.

³ MAIRAL, Héctor A., "Los efectos de la sentencia que acoge la impugnación de un reglamento", *Revista de Derecho Administrativo*, año 1, nro. 2, sept.-dic. 1989, Depalma, Buenos Aires, p. 229; GRECCO, Carlos M., *Impugnación de disposiciones reglamentarias*, Buenos Aires, 1988, p. 91.

En la Argentina, producto del denominado “corralito”, se dedujeron múltiples procesos judiciales, que superaron las 400.000 actuaciones contra medidas de carácter legislativo y actos administrativos de naturaleza reglamentaria, que ocasionaron la privación a los particulares de los depósitos obrantes en las instituciones bancarias. Estas acciones tuvieron por particularidad que impugnaban un mismo grupo de medidas emanadas del legislador y del Poder Ejecutivo nacional. Sin embargo, cada uno de estos procesos, si bien contemplaba un mismo objeto procesal, contenía una identidad propia de afectación.

La Corte Suprema de Justicia de la Nación desestimó las acciones deducidas por entidades que se atribuían una representación colectiva, es decir, que invocaban la representación de la comunidad, ya sea por la normativa que las regía o por los objetivos que contenían sus estatutos sociales. Así, se le desconoció la representación procesal sobre la masa de afectados por tales medidas al Defensor del Pueblo de la Nación y, concordantemente, la posibilidad de que la sentencia que se dictara, declarando la inconstitucionalidad de tales medidas, tuviera efectos *erga omnes* ⁴.

Lo cierto es que en el derecho procesal administrativo argentino, donde el control de constitucionalidad es de carácter difuso y no se reconoce, por el carácter federal y asignación de competencias no delegadas por las provincias, el carácter de sentencia vinculante a la decisión emanada de la Corte Suprema de Justicia de la Nación, la existencia de múltiples procesos contra una misma medida gubernamental ha sido materia de interés por parte de la doctrina propugnando, para su solución, reglamentar las acciones de clase, propias del derecho anglosajón, o las denominadas acciones colectivas, que presentan diferencias con la denominada acción popular.

El estudio del art. 93a de la Ley de la Justicia Administrativa alemana adquiere un especial significado pues, sin caer en las denominadas acciones de clase o en los procesos colectivos, trata,

⁴ Corte Sup., “Defensor del Pueblo de la Nación - inc. dto. 1316/2002 v. E.N. P.E.N. dtos. 1570/2001 y 1606/2001 s/amparo ley 16.986”, Fallos 330:2800.

pragmáticamente, la manera de llevar adelante demandas de un sinnúmero de personas que, en definitiva, debaten acerca de la legalidad de una determinada conducta del Estado, con un solo objetivo: descongestionar a los tribunales sin desconocer el derecho a ser oído.

2. La situación en la Argentina

Antes de entrar en el análisis de esta norma, examinemos, sucintamente, qué es lo que ocurre en el derecho argentino. A partir de la Convención Constituyente de 1994 se incorporó a la Constitución Nacional, de 1853, el nuevo art. 43⁵ que, estudiado juntamente con los artículos 41 y 42, reconoció los derechos de incidencia colectiva y el remedio de protección pertinente, esto es, la acción de amparo.

El análisis de las distintas situaciones que se presentan para la protección de los referidos derechos, reconocidos constitucionalmen-

⁵ “Art. 43.— Toda persona puede interponer acción expedita y rápida de amparo, siempre que no exista otro medio judicial más idóneo, contra todo acto u omisión de autoridades públicas o de particulares, que en forma actual o inminente lesione, restrinja, altere o amenace, con arbitrariedad o ilegalidad manifiesta, derechos y garantías reconocidos por esta Constitución, un tratado o una ley. En el caso, el juez podrá declarar la inconstitucionalidad de la norma en que se funde el acto u omisión lesiva.

”Podrán interponer esta acción contra cualquier forma de discriminación y en lo relativo a los derechos que protegen al ambiente, a la competencia, al usuario y al consumidor, así como a los derechos de incidencia colectiva en general, el afectado, el defensor del pueblo y las asociaciones que propendan a esos fines, registradas conforme a la ley, la que determinará los requisitos y formas de su organización.

”Toda persona podrá interponer esta acción para tomar conocimiento de los datos a ella referidos y de su finalidad, que consten en registros o bancos de datos públicos, o los privados destinados a proveer informes, y en caso de falsedad o discriminación, para exigir la supresión, rectificación, confidencialidad o actualización de aquéllos. No podrá afectarse el secreto de las fuentes de información periodística.

”Cuando el derecho lesionado, restringido, alterado o amenazado fuera la libertad física, o en caso de agravamiento ilegítimo en la forma o condiciones de detención, o en el de desaparición forzada de personas, la acción de hábeas corpus podrá ser interpuesta por el afectado o por cualquiera en su favor y el juez resolverá de inmediato, aun durante la vigencia del estado de sitio”.

te, permite describir los distintos alcances del afectado, en cuanto a que el término constitucional no lo restringe al titular de una determinada relación jurídica, conforme al concepto tradicional privatista de derecho subjetivo, sino que de ello se desprende que, frente a una determinada actuación del Estado, en que pudiere inferirse cualquier forma de discriminación o el derecho de protección del ambiente, a la competencia, al usuario y al consumidor así como cualquier derecho de incidencia colectiva en general, se encuentra legitimado tanto el afectado como el Defensor del Pueblo y las asociaciones que propendan a esos fines ⁶.

Conforme con el art. 43 de la Constitución Nacional, podemos inferir que, ante la existencia de una determinada conducta de la autoridad pública, se encontrará legitimado tanto el titular de un derecho subjetivo como el titular de un derecho de incidencia colectiva y frente a la sentencia que se dicte sobre la base de esta legitimación, se le podrá asignar efectos *inter partes* o *erga omnes*, situación que no se encuentra contemplada en forma generalizada en el derecho procesal federal, salvo en el art. 54 de la ley 24.240 de Defensa del Consumidor ⁷.

⁶ ABERASTURY, Pedro, *La justicia administrativa*, LexisNexis, Buenos Aires, 2006, ps. 234 y ss.

⁷ “Art. 54. *Acciones de incidencia colectiva*. Para arribar a un acuerdo conciliatorio o transacción, deberá correrse vista previa al Ministerio Público Fiscal, salvo que éste sea el propio actor de la acción de incidencia colectiva, con el objeto de que se expida respecto de la adecuada consideración de los intereses de los consumidores o usuarios afectados. La homologación requerirá de auto fundado. El acuerdo deberá dejar a salvo la posibilidad de que los consumidores o usuarios individuales que así lo deseen puedan apartarse de la solución general adoptada para el caso.

”La sentencia que haga lugar a la pretensión hará cosa juzgada para el demandado y para todos los consumidores o usuarios que se encuentren en similares condiciones, excepto de aquellos que manifiesten su voluntad en contrario previo a la sentencia en los términos y condiciones que el magistrado disponga.

”Si la cuestión tuviese contenido patrimonial establecerá las pautas para la reparación económica o el procedimiento para su determinación sobre la base del principio de reparación integral. Si se trata de la restitución de sumas de dinero se hará por los mismos medios que fueron percibidas; de no ser ello posible, mediante sistemas que permitan que los afectados puedan acceder a la reparación y, si no pudieran ser individualizados, el juez fijará la manera en que el resarcimiento sea

Pero lo cierto es que, de lo que se trata, es la obtención de un pronunciamiento contra una conducta de la autoridad pública que puede encontrarse caracterizada por haber afectado a una persona o a múltiples personas, donde cada una de ellas ha sufrido un perjuicio especial e individual o que pueda afectar a un grupo de personas, titulares de un derecho de incidencia colectiva pero que la conducta no los afecta en forma especial e individual.

No efectuaremos un estudio de cada uno de estos procesos colectivos o su distinción con las denominadas acciones de clase, sino que pondremos énfasis en la solución encontrada por el legislador alemán ante la eventualidad de la existencia de un sinnúmero de procesos que persiguen un mismo objeto y cuál será la característica que permita su revisión judicial.

3. El Proceso Modelo alemán (*Musterverfahren*)

A efectos de no realizar una explicación en abstracto, podemos abordar el tema representando la situación que se desarrolló con motivo del “corralito” argentino y distinguirla de otras situaciones que, si bien comprenden a un grupo de personas, no alcanzan para conformar el denominado Proceso Modelo.

En el primer caso, los demandantes debieron impugnar la legalidad de una serie de medidas, emanadas tanto del Poder Legislativo nacional como del Poder Ejecutivo nacional⁸. Se impugnaban, en consecuencia, las mismas medidas. Las diferencias se centraban en la urgencia en recuperar el dinero “acorralado” o respecto de los daños que este hecho ocasionaba.

Dentro de este ejemplo nos encontramos, entonces, con un universo de personas que impugnan idénticas medidas.

instrumentado, en la forma que más beneficie al grupo afectado. Si se trata de daños diferenciados para cada consumidor o usuario, de ser factible se establecerán grupos o clases de cada uno de ellos y, por vía incidental, podrán éstos estimar y demandar la indemnización particular que les corresponda”.

⁸ Leyes 25.557 y 25.561, decretos 1570/2001, 71/2002, 141/2002, 214/2002 y 320/2002, las resoluciones ME 6, 9, 18, 23 y 46 del 2002, y las comunicaciones A 3446, 3467 y 3468 del Banco Central de la República Argentina.

En este esquema, nos hemos enfrentado a un sinnúmero de demandas con un objeto común, la declaración de la ilegalidad de las conductas que provienen del Estado ⁹.

La acumulación de las acciones no es procedente pues se necesita un idéntico actor y el litisconsorcio necesario no es aplicable ya que no reúne el requisito de la obligación del dictado de una única sentencia para las partes involucradas. Cabe referir que, por las particularidades del sistema federal que nos rige, no tenemos un Tribunal de Casación que permita uniformar la jurisprudencia; y las sentencias de la Corte Suprema de Justicia de la Nación, el más Alto Tribunal, no tienen efecto vinculante aunque sí, de por cierto, una fuerza moral sobre los magistrados inferiores ¹⁰.

Una reforma a la norma de procedimientos, que permitiera la acumulación de acciones en un mismo proceso, en realidad, dificultaría la decisión pues nos encontraríamos con dos supuestos insalvables: 1) sobre quién se unifica la personería, 2) quién se haría cargo de los gastos del juicio cuando es representado por una persona que no ha sido de su elección.

De la lectura de los arts. 93 y 93a, inciso 1) de la ley comentada, se advierte que, en el caso en que tramiten varios procesos contra un mismo organismo público y su objeto sea el mismo, se los puede acumular en un solo proceso, obtener una decisión común y luego volver a separarlos, todo ello en la primera instancia. En segunda instancia, se puede considerar su utilización según el art. 125, párr. 1°. También se lo puede aplicar conforme lo dispuesto en los arts. 80, párr. 5°, 80a y 123 respectivamente, y en el proceso de control normativo en abstracto que se regula en el art. 47 de la VwGO.

Por otra parte, el contenido del art. 93a ¹¹ no se aplica a aquellos procesos modelos denominados falsos en cuanto su objeto es

⁹ El debate respecto a la legalidad de las medidas culminó en la sentencia dictada por la Corte Suprema de Justicia de la Nación, *in re* "Massa" (Fallos 329:5913).

¹⁰ ABERASTURY, Pedro, *La justicia...*, cit., ps. 384 y ss.

¹¹ Art. 93a. (1) ¹ Si la legalidad de una medida administrativa es objeto de más de 20 procesos, el tribunal puede sustanciar uno o más procesos aptos y suspender los restantes (*Musterverfahren*). ² Las partes deben ser oídas con anterioridad. ³ La resolución es irrecurrible. (2) ¹ Cuando sobre los procesos sustanciados

similar pero no idéntico. Así, por ejemplo, cuando un grupo de alumnos impugna una decisión, por no haber sido admitidos en una universidad, en el caso, si bien se puede considerar una similar decisión —por falta de cupos o por cualquier otra causa—, lo cierto es que se trata de la impugnación individual de una calificación que no permite sostener que nos encontremos frente a un Proceso Modelo, ya que se trata de un mismo contenido pero que tiene como origen actos administrativos diferentes.

Dada la procedencia del Proceso Modelo, si se trata de la impugnación de una medida administrativa, ante la existencia de más de veinte procesos, el tribunal elige el o los que tramitarán como procesos modelos, conforme la interpretación que se ha realizado, los sustancia y suspende los restantes (*Musterverfahren*). Para adoptar la decisión de suspender los procesos y tramitar los más aptos, decisión de carácter irrecorrible, se establece la obligación de escuchar previamente a las partes.

La norma en análisis incluye, seguidamente, reglas de un extraordinario pragmatismo, en cuanto a los procesos suspendidos que tienen por finalidad la descongestión de los tribunales, en cuanto:

- a) Una vez sustanciados los procesos modelos y se arribe a una decisión firme, el Tribunal puede, después de la audiencia de las partes, resolver los procesos suspendidos, si el Tri-

se haya resuelto con decisión firme, el Tribunal puede, después de la audiencia de las partes, resolver los procesos suspendidos, si el Tribunal opina unánimemente que los litigios comparados con los procesos modelos firmes no tienen particularidades esenciales fácticas o jurídicas y que los hechos están aclarados. ² El Tribunal puede introducir las pruebas producidas en un Proceso Modelo; puede ordenar, según su discrecionalidad, repetir la declaración de un testigo o la nueva pericia por el mismo u otro perito. ³ El Tribunal puede rechazar presentaciones de pruebas sobre hechos sobre los que en el Proceso Modelo ya han sido producidos si su admisión, según su libre convicción, no contribuye a la comprobación de hechos nuevos relevantes para la decisión y demorarían la finalización del proceso. ⁴ El rechazo puede ser declarado en la decisión según frase 1. ⁵ Corresponde, a las partes, en contra de la resolución de la frase 1, el recurso que sería admisible cuando el tribunal hubiera decidido por sentencia. ⁶ Se le debe informar sobre los recursos a las partes.

bunual opina unánimemente que los litigios comparados con los procesos modelos firmes no tienen particularidades esenciales fácticas o jurídicas y que los hechos están aclarados.

- b) Introducir las pruebas producidas en un Proceso Modelo; puede ordenar, según su discrecionalidad, repetir la declaración de un testigo o la nueva pericia por el mismo u otro perito. A su vez, rechazar presentaciones de pruebas sobre hechos que ya han sido producidos en el Proceso Modelo si su admisión, según su libre convicción, no contribuyera a la comprobación de hechos nuevos relevantes para la decisión y demorasen la finalización del proceso.
- c) Establece la posibilidad de apelar la decisión arribada.

De lo expuesto se extrae que el tribunal, en una decisión que no es obligatoria de ser adoptada, es quien puede elegir uno o más procesos y su decisión es enteramente discrecional teniendo un amplio espacio para decidir en la preferencia de elegir éste y no aquél y ello se trasluce en la irrecurribilidad de la decisión.

Sin embargo, es admitida la revisión, en forma excepcional, en la medida en que los límites de la discrecionalidad del tribunal son rebasados, entendiéndose que los procesos modelos elegidos no permiten cumplimentar el objetivo, esto es, resolver los puntos establecidos.

La elección de los procesos que se adoptan como Proceso Modelo y la mención de uno o varios procesos, indica que se quiere llegar a una decisión teniendo en cuenta los distintos planteos, de índole jurídica, que puedan ser realizados asegurando la justicia de la decisión y para aventar el caso de que alguno de los demandantes pierda el interés en la prosecución de la acción, lo que va en detrimento de la finalidad que persigue el Proceso Modelo. Si la aplicación del proceso continúa aun cuando durante su transcurso disminuye la cantidad de procesos elegidos a tal fin, según la finalidad de la ley ello no se torna en dañoso ni relevante y sólo se condiciona su procedencia a la existencia de 21 casos pendientes de resolución.

En efecto, la elección de una determinada acción como Proceso Modelo implica afrontar mayores costos procesales aunque cada

uno de los procesos es independiente en sí mismo y aunque existan otros procesos modelos que pueden entenderse como conexos o dependientes uno de los otros. Sin embargo, ello puede ser materia de un pedido de eximición de costos mediante el beneficio de litigar sin gastos (cfr. art. 166 de la VwGO en relación con el art. 114 del Código Procesal Civil alemán).

Teniendo en cuenta la oralidad del proceso en la justicia administrativa, en la audiencia se deben producir las pruebas; la característica instructoria del proceso no permite, sin embargo, la continuidad del litigio en caso de desistimiento.

En cuanto a aquellas personas afectadas por la medida de la autoridad administrativa, que se encuentran sujetas al Proceso Modelo, el art. 65 prevé la invitación a terceros cuyos intereses estén afectados por la decisión, distinguiendo a aquellos cuya citación es obligatoria, en cuanto la decisión en la relación jurídica litigiosa deba ser tomada uniformemente también contra ellos.

Si la invitación es a más de 50 personas, prescribe el apart. 3 del art. 65 de la VwGO que el Tribunal puede ordenar, por resolución, que se invite sólo a tales personas que lo demanden dentro de un plazo determinado, siendo la decisión irrecurrible y publicado en el Boletín Oficial electrónico del gobierno federal como en diarios que estén difundidos en el ámbito en que la decisión presumiblemente tenga efectos. Por otra parte, el tribunal debe invitar a personas que estén afectadas por la decisión en una medida especial también sin solicitud de parte.

Los derechos del tercero interesado se encuentran previstos en el art. 66, en cuanto prescribe: “El tercero interesado puede dentro de las demandas de la parte hacer valer, en forma independiente, defensas y acciones y efectuar todos los actos jurídicos válidos”.

La sentencia tiene efecto obligatorio, conforme el art. 121, nro. 2 de la VwGO, para aquellas personas que no hayan presentado una petición de intervenir como terceros o en el plazo establecido en la citación prevista en el art. 65, apart. 3.

Finalmente, una vez dictada la sentencia en el Proceso Modelo, ésta no es vinculante, por lo que las restantes decisiones tomadas en los procesos suspendidos, si bien se adecuan a la sentencia

dictada en aquél, ello no significa que sus términos sean obligatorios cuando existan situaciones fácticas que los diferencian.

Si se ha dictado sentencia firme en el Proceso Modelo, debe el tribunal decidir sobre los suspendidos. Para ello se plantean varias opciones no siendo obligatoria la reglamentación que se extrae del art. 93a, ap. 2, de la VwGO. Así, se pueden describir las siguientes posibilidades, donde el tribunal tiene un ámbito de discrecionalidad amplio para arribar a la decisión:

- a) Decidir por sentencia: el tribunal, previo a una audiencia, decide por sentencia, eligiéndose esta opción cuando el contenido del proceso difiere en los hechos y presenta diferencias esenciales.
- b) Proceso por sentencia simplificada: el art. 93a no descarta la posibilidad de decidir por sentencia simplificada, conforme lo dispuesto en el art. 84. Se utiliza en situaciones especiales cuando no se requiere audiencia y puede ser presentada la prueba en este proceso.
- c) Decisión por resolución: en un proceso simplificado especial se utiliza esta alternativa en la que deben encontrarse presentes los siguientes requisitos: 1) sentencia firme en el Proceso Modelo, 2) ninguna diferencia esencial en cuanto a los hechos y el derecho, 3) unanimidad, los jueces en su mayoría deben considerar que no impera la necesidad de fundamentar la decisión y de aclarar el contenido de la decisión, 4) transferencia de la decisión del Proceso Modelo al caso, si fue fundamentada la decisión de este último, 5) producción de una audiencia a efectos de comunicar cuál variante de continuación de proceso se eligió.

Es decir, sin entrar a considerar la naturaleza de un proceso colectivo, el legislador alemán lo que pretende es la descongestión de los tribunales ante la existencia de una misma medida que afecta a un grupo de personas y, con una norma como la que se comenta, soluciona una generalidad de situaciones tutelando el derecho de defensa y acortando los plazos de los procesos.

V. MEDIDAS CAUTELARES

1. Necesidad de medidas cautelares o preventivas

Las inmensas y complejas estructuras procesales para atender la también necesaria demanda de justicia y la inevitable deficiencia y excesivo retardo de la respuesta judicial, han provocado la necesidad de instrumentar institutos que permitan anticipar la necesidad de tutela aunque sea, provisoriamente, ante intereses enfrentados aplicando el instituto de las medidas cautelares.

Éste se deriva del principio contenido en el art. 18 de la Constitución Nacional, en cuanto dispone que es inviolable la defensa en juicio de la persona y de los derechos como, asimismo, el precepto contenido en el art. 17, en cuanto dispone que ningún habitante de la Nación puede ser privado de su propiedad salvo “sentencia fundada en ley”; es la valla instrumentada por nuestro sistema jurídico para la actuación de la Administración por lo que argumentar que la Administración puede ejercitar cualquier conducta, por sí misma, sin el auxilio del Poder Judicial, constituye una afirmación que destruye el sistema de derecho de la cual emana dicha autoridad¹².

El derecho procesal administrativo ha previsto, junto a la actuación ampliamente discrecional de la Administración, garantías para el administrado cuando se le pudieran afectar sus derechos fundamentales, como un intento de racionalidad jurídica en la interpretación y aplicación del Derecho. Se ha sostenido, en el mismo sentido, que “las medidas cautelares despliegan todas las posibilidades que brinda el principio de la tutela judicial efectiva a fin de compensar el peso de las prerrogativas del poder público”¹³.

Podemos señalar los siguientes caracteres de las medidas cautelares: a) son provisionales, pues no causan instancia, es decir, la decisión que recae al respecto no produce cosa juzgada, pues ante hechos sobrevivientes pueden cesar, ser sustituidas unas por otras, más prácticas y menos gravosas, ampliadas o disminuidas; b) tienen un carácter sumario en su trámite; c) son acumulables; d) tra-

¹² ABERASTURY, Pedro, *La justicia...*, cit., p. 330.

¹³ CASSAGNE, Juan Carlos, “Las medidas cautelares en el contencioso administrativo”, LL 2001-B-1090.

mitan por expediente separado al cual se añaden las copias pertinentes de las actuaciones principales; e) son recurribles por vía de reposición y apelación; f) caducan de pleno derecho ¹⁴.

2. La suspensión de los efectos del acto administrativo

La presunción de legitimidad, que en el ordenamiento nacional encontramos en el art. 12 de la ley 19.549, LNPA, permite presumir que la Administración ha actuado dentro del principio de legalidad.

Se intenta de esta manera encontrar un equilibrio entre la tarea asumida constitucionalmente por la Administración y el derecho de los individuos y, al plantearse una medida cautelar, lo que debe dirimirse es, generalmente, la suspensión de la ejecutoriedad del acto administrativo.

En las medidas cautelares contra la Administración pues, el objetivo primario es, ordinariamente, restarle ejecutoriedad al acto administrativo que esta presunción conlleva, hasta tanto se decida en el proceso si la conducta es legítima ¹⁵.

De esta manera se desactiva la eficacia ejecutoria del acto administrativo, objeto de una pretensión de ilegitimidad opuesta por una afectación a un derecho subjetivo y el peligro de un daño de difícil o imposible reparación ulterior.

La ejecutoriedad es lo que importa, en el análisis de la procedencia de una medida cautelar, pues la medida a dictarse es la tendiente a evitar que el acto, reputado ilegítimo, se cumpla.

Así, se entiende por suspensión de la ejecución del acto administrativo “la interrupción temporal y absoluta o relativa de dicha ejecución. Esta interrupción no puede ser permanente, porque entonces implicaría un caso de revocación y cómo, en cuanto a su extensión, puede alcanzar a la totalidad de las declaraciones con-

¹⁴ GALLEGOS FEDRIANI, Pablo, *Las medidas cautelares contra la Administración Pública*, 2ª ed., Ábaco, Buenos Aires, 2006, p. 46.

¹⁵ Se trata de un examen de verosimilitud del derecho alegado (Cfr. VALLEFÍN, Carlos A., *Protección cautelar frente al Estado*, LexisNexis-Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 2002, p. 58).

tenidas en el acto administrativo o solamente parte de las mismas”¹⁶.

La LNPA, en su art. 12, prevé la suspensión del acto administrativo por la misma Administración en apoyo a la tutela judicial efectiva; en sede judicial y dentro del ámbito de la competencia federal, se aplica el art. 230 del CPCCN con sus respectivos requisitos y recaudos. Conforme a la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia de la Nación, debe meritarse la configuración de los presupuestos establecidos en los incs. 1º y 2º del art. 230 del Código Procesal Civil y Comercial¹⁷, y la doctrina ha compartido tal criterio, en la medida en que se exige la verificación de los tres requisitos de procedencia de las medidas cautelares, a saber: a) verosimilitud del derecho —*fumus bonus iuris*—, b) peligro en la demora —*periculum in mora*—, y c) contracautela adecuada¹⁸.

El referido art. 12 faculta a la Administración a suspender los efectos del acto en la medida en que se reúna uno de los siguientes requisitos a saber: a) alegar fundadamente una nulidad absoluta; b) razones de interés público, y c) que se dicte para evitar perjuicios graves al interesado.

Debe resaltarse que en la LNPA sólo se requiere, en el caso del pedido de suspensión de los efectos del acto en sede administrativa por razones de ilegitimidad, acreditar únicamente la verosimilitud del derecho para que sea procedente la petición. En tales condiciones, debemos señalar que el cumplimiento de este único presupuesto no ha sido aceptado en sede judicial pues, siempre, se ha requerido el cumplimiento del resto de los requisitos.

La contradicción reside, entonces, en que mientras el art. 12 expone una potestad, aparentemente, discrecional de la Administra-

¹⁶ GALLEGOS FEDRIANI, Pablo, *Las medidas...*, cit., p. 216.

¹⁷ Corte Sup. *in re* “Dorisar v. Tierra del Fuego, Prov. de s/acción declarativa”, 7/3/2000 (Fallos 323:349).

¹⁸ Parte de la doctrina ha entendido que la exigencia de reunión de los requisitos establecidos en el art. 230, CPCCN, para admitir la suspensión de los efectos del acto administrativo no resulta procedente, debiendo prevalecer el art. 12 de la LNPA. Ampliar en CASSAGNE, Ezequiel, “Las medidas cautelares contra la Administración”, en *Tratado de derecho procesal administrativo*, Juan Carlos Cassagne (dir.), La Ley, Buenos Aires, 2007, ps. 280/282.

ción a efectos de suspender dichos efectos, el art. 17 de la LNPA establece el deber jurídico de revocar un acto afectado de vicios que lo transforman en un acto de nulidad absoluta e insanable.

Dicho de otra manera, frente a un vicio grave en los elementos del acto administrativo, que se evidencia en forma manifiesta, la discrecionalidad de la Administración se restringe y se acota transformándose ya en una facultad reglada, tal cual es la obligación para el funcionario de suspender los efectos hasta tanto se decida, por acto administrativo definitivo, la legitimidad del acto en crisis, en la medida en que ello no perjudique a terceros no involucrados en tal procedimiento.

Sin embargo, con la sola lectura del mismo se aprecia la efectividad de la implementación de lo establecido por la ley de procedimientos, ya que ésta permite suspender los efectos del acto administrativo con la simple concurrencia de uno solo de los requisitos establecidos para el proceso cautelar, con la alegación fundada de que el acto se encuentra afectado de una nulidad absoluta.

Nótese que la LNPA establece una independencia de criterios en los requisitos contenidos en su art. 12, y, por tratarse de una norma especial, ésta debería ser interpretada como un supuesto especial ajeno a los requisitos contenidos en el art. 230 del Código Procesal.

Para parte de la doctrina, se requiere en materia de suspensión de los efectos del acto administrativo la regla general que debería aplicarse previamente a la citada suspensión en sede administrativa¹⁹. Sin embargo, consideramos que una nueva lectura del problema, conforme a la incorporación de los tratados de derechos humanos, mediante el art. 75, inc. 22, CN, en el ordenamiento constitucional, permitiría discurrir con tal criterio, por la interpretación de lo dispuesto en los arts. 8.1., 25.1. y 31 de la Convención Americana de Derechos Humanos —Pacto de San José de Costa Rica—, en la medida en que allí se establece un acceso a la justicia sin condicionamiento alguno.

¹⁹ HUTCHINSON, Tomás, “La suspensión de los efectos del acto administrativo como medida cautelar propia del proceso administrativo. Su aplicación en el orden nacional”, ED 124-677.

No existe una solución que explique este diferente criterio desde la óptica jurídica pero sí en cuanto encierra un aspecto valorativo, tal cual el cumplimiento del fin de interés público o cualquier otro que implica un concepto sociológico y no jurídico. Así como el particular debe ocurrir a la justicia para obtener una medida que permita defender su derecho, debería exigírsele a la Administración similar condición.

Las dificultades que genera la situación —y en parte, también los motivos del disenso— se visualizan mejor si se repara en la jurisprudencia vigente en el fuero federal que autoriza —pendiente la decisión de la autoridad administrativa— requerir el dictado de una medida cautelar. Así se ha resuelto que los requisitos a verificar en el marco de la medida cautelar autónoma son los que surgen del art. 12 de la LNPA y no los del Código Procesal, cuestión que no está desprovista de consecuencias prácticas. Por lo pronto, de acudir al art. 12 citado, la suspensión podría resultar, indistintamente, de los perjuicios graves al interesado o del alegato fundado de la nulidad absoluta, mientras que, en cambio, el sistema del art. 230 exigiría la concurrencia simultánea de la verosimilitud del derecho y el peligro en la demora.

En consecuencia, son los jueces los que en definitiva dirimirán los conflictos suscitados en la aplicación de ambas regulaciones ante la falta de un código procesal en lo contencioso administrativo nacional que aclare, definitivamente, la cuestión.

3. Tutela cautelar en la justicia administrativa comunitaria y su incidencia en el derecho de las jurisdicciones nacionales

Para entender el sistema de medidas cautelares en su extensión y siendo que Alemania es un Estado Miembro de la Unión Europea se hace necesario, antes de referirnos al sistema cautelar alemán, mencionar el funcionamiento de dichas medidas a nivel supranacional.

Los tratados constitutivos no contienen ningún *Bill of Rights*, ni llamadas generales a los derechos fundamentales; del mismo modo no prevén ninguna forma de tutela jurisdiccional basada en los de-

rechos fundamentales. Dicha falta constituye una evidente laguna para quienes los interpretan como constitución comunitaria; tanto más relevante si se consideran las evoluciones experimentadas por el ordenamiento jurídico comunitario y de la Unión en materias tales como la ciudadanía europea o la tutela de los derechos ²⁰.

La Carta Europea de Derechos Fundamentales del 7 de diciembre de 2000 ha sido proclamada en Niza y su contenido, más allá de sus efectos jurídicos, consta de cincuenta y cuatro artículos, y presenta un contenido muy heterogéneo, recogiendo derechos fundamentales considerados “clásicos”, derechos derivados de la ciudadanía de la Unión, derechos de configuración legal, derechos cuya determinación queda remitida a la legislación nacional y algunos “valores” cuyo “contenido jurídico es indiscernible”.

En el plano comunitario, el régimen normativo para hacer efectivo el derecho presenta, por un lado, la regulación de la legitimación de los particulares y asociaciones, para acceder a la jurisdicción comunitaria y, por el otro, la existencia de ámbitos de actuación comunitaria exentos de fiscalización jurisdiccional o de fiscalización limitada ²¹.

Cabe mencionar, al respecto, lo decidido por el Tribunal de Justicia de Luxemburgo, en el caso “Factortame” del 19 de julio de 1990, en cuanto allí se estableció que si la decisión judicial hubiera sido favorable al accionante, la no adopción de la tutela cautelar hubiera significado ocasionarle un perjuicio irreparable ²², por lo que consideramos que, dentro de este marco, deben ser estudiadas las medidas cautelares, en la medida en que las potestades que la doctrina administrativa argentina ha otorgado a la Administración, muchas veces no aparecen justificadas sino, por el contrario, es su justificación y no su estudio como excepción lo que más ha influido en el avance de la Administración por sobre los derechos de los particulares.

²⁰ CHITI, Mario P., *Derecho administrativo europeo*, Civitas, Madrid, 2002, p. 87.

²¹ GALERA RODRIGO, S., *Sistema europeo de justicia administrativa*, Dykinson, Madrid, 2005, p. 132.

²² Cfr. GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo, *La batalla por las medidas cautelares*, 3ª ed., Thomson Civitas, Madrid, 2004, p. 104.

Posteriormente, esta doctrina fue reiterada en la sentencia “Zuckerfabrik”²³ y ampliada en la sentencia “Atlanta”²⁴ que, expresamente, reconoce la facultad del juez de adoptar medidas cautelares positivas (“configurar o regular las situaciones o las relaciones jurídicas controvertidas”), remontando la mera suspensión de la ejecución de los actos impugnados.

Es dable hacer notar que la parte esencial de estas sentencias es la tutela de la plena efectividad del derecho comunitario, que deberá ser instrumentado a través de medios procesales nacionales que garanticen su plena aplicación y eficacia, debiendo ampliarse y adaptarse a las garantías desplegadas en éste.

Como argumenta el TJCE, “procede recordar a este respecto que, conforme a reiterada jurisprudencia, dentro del marco de la cooperación entre el tribunal de justicia y los órganos jurisdiccionales nacionales establecida por el art. 234 CE, corresponde exclusivamente al juez nacional, que conoce del litigio y que debe asumir la responsabilidad de la decisión jurisdiccional que se adopte, apreciar, a la luz de las particularidades del asunto, tanto la necesidad de una decisión prejudicial para poder dictar sentencia, como la pertinencia de las cuestiones que plantea al tribunal de justicia”²⁵.

Entre los derechos fundamentales, reconocidos jurisprudencialmente, el ordenamiento comunitario protege la tutela judicial efectiva, como corresponde a una “comunidad de derecho”. El Tribunal de Justicia Comunitario, con sede en Luxemburgo, viene declarando reiteradamente su protección así como la de otros derechos que clásicamente se entienden comprendidos en el “derecho a la tutela judicial”.

Los requisitos de procedencia se enuncian en los arts. 83.2 y 104.2, de los Reglamentos de Procedimiento del TJCE y TPI, respectivamente: la urgencia y la justificación de su concesión, es decir, el *periculum in mora* y el *fumus boni iuris* y como tercer requi-

²³ STJCE 21.2.91 AS. C. -143/88 y C-92-89.

²⁴ STJCE 9.11.95, AS C-465/93.

²⁵ TJCE, 12/7/2001, “Ordine degli Architetti y otros”, C-399/98, Rec. P. I 5409, apartado 41.

sito, adicionado en forma jurisprudencial, la ponderación de los intereses en conflicto.

El juez nacional está investido no sólo para garantizar el respeto del Derecho comunitario en el ámbito interno de los Estados miembros, cuando actúa como juez del litigio principal, sino también cuando actúa como juez cautelar.

Por ello deben aplicar las normas de su Derecho procesal interno relativas a la protección cautelar; dicha aplicación tiene sus límites en la exigencia preponderante que le impone el Derecho comunitario de garantizar, en especial, la tutela judicial efectiva.

Para ejemplificar dicha situación podemos señalar que aun, si el derecho procesal interno no le permite al juez nacional garantizar provisionalmente en sede cautelar la primacía y la eficacia inmediata del derecho comunitario en el ámbito interno de su país, debe otorgarla aun a costa de su propio derecho nacional.

Esta incidencia se manifiesta, esencialmente, cuando un ciudadano comunitario solicita del juez nacional el otorgamiento de tutela cautelar frente a una actuación de los poderes públicos internos aparentemente incompatible con el Derecho comunitario ²⁶.

4. La tutela cautelar en la VwGO

Es así que, como Estado miembro de la Comunidad, Alemania debió adecuar su estructura normativa nacional al derecho comunitario, el cual se evidencia como un derecho supranacional cuyas normas son invocables por los particulares. Dentro de este proceso de integración se considera que, en materia cautelar, la VwGO despliega una actividad de avanzada que excede los contenidos señalados en la jurisprudencia del TJCE.

Para la protección del ciudadano alemán contra actos administrativos que imponen una carga, como por ejemplo un permiso de obra para una calle, la VwGO regula el efecto suspensivo de la demanda principal. Ello produce que el acto administrativo impugnado no pueda ser ejecutado hasta tanto se resuelva la causa princi-

²⁶ BACIGALUPO, Mariano, *La nueva tutela cautelar en el contencioso-administrativo*, Marcial Pons, Madrid, 1999, p. 71/72.

pal. *El efecto suspensivo ocurre en forma automática.* Si por el contrario lo que se persigue en la demanda principal es el dictado de un acto administrativo que lo beneficie, como por ejemplo el pago de una ayuda social, puede disponer de las medidas cautelares ²⁷.

La suspensión de los efectos, generalmente, se encuentra reglamentada en el art. 80, apart. 1, de la VwGO; así el recurso en el procedimiento administrativo previo como la demanda de impugnación tienen efecto suspensivo. Esto significa prohibir, por parte de cualquier persona, ejecutar consecuentemente el acto administrativo en forma mediata o inmediata, fáctica o jurídicamente. Ello significa retrotraer la cuestión al punto de su nacimiento, inclusive respecto a los procedimientos jurídicos previos efectuados, los que pierden su fundamento jurídico aun cuando tienen doble efecto —es decir, benefician a uno y perjudican a un tercero o viceversa— (art. 80, apart. 1, frase 2 VwGO).

Esta suspensión continúa hasta el momento de quedar firme la sentencia en la demanda principal.

Así, de hecho, la VwGO consagra, en el art. 80 ²⁸, una solución normativa, ciertamente original y novedosa, que no ha sido seguida en los restantes países europeos, cuyos sistemas procesales administrativos están montados sobre la institución de la autotutela ejecutiva.

Establece el principio general de que la interposición del recurso administrativo previo y la acción impugnatoria tienen, de por sí, efecto suspensivo, aplicándose este precepto tanto para los actos administrativos constitutivos y declarativos así como para actos administrativos con doble efecto, como se señalara.

A su vez, el apart. 2, nro. 4, del art. 80 de la VwGO impone a la autoridad administrativa la obligación de fundamentar el especial

²⁷ HIEN, Eckart, *Drundlagen, Reichweite und Voraussetzungen des einstweiligen Rechts-schutzes gegen die Verwaltung* (Fundamentos, alcance y requisitos de la tutela de urgencia contra la Administración Pública), ponencia presentada en el Workshop "A Jurisdição Administrativa no Brasil", 28/8/2006, Universidad Federal Fluminense.

²⁸ Art. 80. (1) ¹El recurso administrativo previo y la acción impugnatoria tienen efecto suspensivo. ²Esto también rige para actos administrativos constitutivos y declarativos así como para actos administrativos con doble efecto (art. 80a).

interés que tenga en la ejecución inmediata del acto administrativo, y se acuerdan amplios poderes al tribunal para suspender la ejecución o para modificar o revocar las decisiones administrativas o judiciales adoptadas.

Sin embargo, el efecto suspensivo se excluye (es decir que los respectivos actos tienen ejecutoriedad y la posibilidad de su ejecución forzosa) en los siguientes puntos: a) la imposición de impuestos públicos y costes, para asegurar que los fondos públicos en el presupuesto anual se puedan recaudar a tiempo, b) órdenes y medidas improrrogables de oficiales de policía, entre ellos los carteles de tránsito, c) otros casos previstos por ley federal o derecho de un *Land* mediante ley de un *Land*, en especial para recursos administrativos previos y acciones de terceros, contra actos administrativos que contemplan inversiones o la creación de puestos de trabajo.

Aun si existiera una de las excepciones indicadas *supra*, el ciudadano no queda desamparado teniendo a su disposición la reglamentación del art. 80, apart. 5, de la VwGO, en cuanto puede pedir la restauración del efecto suspensivo por vía judicial.

Por otra parte, el estudio del art. 123 de la VwGO²⁹ le da coherencia al sistema, al atribuir al juez la posibilidad del dictado de otras medidas cautelares que resguardan el principio de la tutela judicial efectiva cautelar, cuando no se trata de la impugnación de

²⁹ Art. 123 [Objeto y procedimiento]. (1) ¹ A solicitud el tribunal puede, aun antes de la interposición de la acción, dictar una medida cautelar en cuanto al objeto del litigio cuando exista peligro de que por cambio de la situación existente se frustre o se dificulte esencialmente la realización de un derecho del demandante. ² Medidas cautelares también son admisibles para regular una situación provisoria respecto a la relación jurídica del litigio, cuando esta regulación resulte necesaria sobre todo en casos de relaciones jurídicas continuadas, para evitar desventajas o impedir algún peligro inminente o por otros motivos. (2) ¹ Para el dictado de una medida cautelar es competente el tribunal de la causa principal. ² Es el tribunal de primera instancia y cuando la causa principal se encuentre en etapa de apelación, el tribunal competente es el tribunal de apelación. ³ Artículo 80, apartado 8, se aplica por analogía. (3) Para el dictado de medidas cautelares rigen los artículos 920, 921, 923, 926, 928 hasta 932, 938, 939, 941 y 945 del Código Procesal Civil por analogía. (4) El tribunal decide por resolución. (5) Las normas de los apartados 1 a 3 no rigen para los casos de los artículos 80 y 80a.

un acto administrativo, por encontrarse expresamente excluido de esta norma legal lo referido a la suspensión de los efectos del acto.

El art. 123 de la VwGO refleja que la protección jurídica no se agota en los casos individuales del derecho formal sino que permanece efectivo en el sentido de eficiente. Por ello, esta normativa tiene una base necesariamente constitucional.

Por lo requerido en el art. 19, apart. 4, de la Constitución, el art. 123 de la VwGO sólo rige para el proceso en el que se abrió la vía administrativa por el art. 40 de la misma norma.

En el caso del art. 123 de la VwGO, la remisión a las normas del Código Procesal Civil nos indica que se aplican los requisitos propios del instituto cautelar, en cuanto la necesidad de acreditar el *fumus bonis iuris* y el *periculum in mora*. Asimismo, la contracautela y la provisoriedad de la medida cautelar son también características de este sistema.

La citada norma prevé dos tipos de medidas cautelares: la del apart. 1, frase 1, llamada medida de seguridad y la contenida en la frase 2, llamada medida regulatoria, siguiendo el sistema del Código Procesal Civil en sus arts. 935 y 940. La primera surge para mantener el *statu quo* del derecho y tiene como contenido una prohibición y evitar la amenaza eminente; la segunda tiene como objeto una modificación del *statu quo* de un derecho y se dirige hacia la obligación de hacer del demandado.

La solución propuesta, en la medida en que establece el principio general de suspender la ejecución del acto administrativo y establece las excepciones al principio, juntamente con la potestad del juez que permite entrar a conocer en las decisiones de la autoridad administrativa, permite sostener que se cumple con la tutela cautelar efectiva.

Nos encontramos ante un sistema práctico y equilibrado que no impide la ejecución forzosa de los actos cuando ello sea indispensable para el interés público, con la debida fundamentación. En ciertas materias, como en la aplicación de multas, el sistema empalma plenamente con la efectividad de la tutela judicial ya que el objeto de toda sanción pecuniaria no consiste en aumentar los recursos fiscales sino, fundamentalmente, en su faz preventiva o represiva.

VI. CONCLUSIONES

Ha sido de nuestro interés resaltar algunas de las cuestiones más relevantes que surgen de la VwGO, a partir de su lectura por parte de administrativistas argentinos que tienen que convivir con un sistema constitucional federal, similar al norteamericano, pero que en la aplicación del derecho administrativo se encuentran formados en el derecho administrativo continental.

Las instituciones de la VwGO tienen la virtud de sintetizar estos aspectos sin perder el objetivo que establece el art. 19.4 de la Ley Fundamental de Bonn³⁰, en cuanto ha consagrado el derecho fundamental a la tutela judicial efectiva. Los valores de esta norma fundamental son similares a los establecidos en nuestra Constitución, por lo que es útil la profundización de su estudio, para que el siglo XXI nos encuentre ante un derecho administrativo argentino cuyo objetivo sea el cumplimiento efectivo del derecho a la tutela judicial efectiva.

La finalidad de la VwGO es controlar a la Administración y para ello le otorga a los jueces no sólo la independencia suficiente sino facultades instructorias que pueden ir más allá de lo que las partes solicitan, o sea la norma no sólo consagra la independencia sino que brinda las herramientas necesarias para el efectivo control.

Hemos comentado el Proceso Modelo pues es un ejemplo de pragmatismo y eficacia que permite arrimar soluciones en cuestiones de política judicial álgidas, tal cual es el congestionamiento tribunalicio.

Nuestra experiencia nos indica que ello hubiera sido una solución clara y efectiva al problema vivido recientemente en nuestro país. Las soluciones que se propugnan en nuestro medio, a través de la incorporación de las llamadas acciones de clase o los procesos colectivos, contienen soluciones donde, necesariamente, debe

³⁰ Artículo 19 [Restricción de los derechos fundamentales; derecho a la tutela judicial]. (4) Toda persona cuyos derechos sean vulnerados por el poder público podrá recurrir a la vía judicial. Si no hubiese otra jurisdicción competente para conocer el recurso, la vía será la de los tribunales ordinarios. No queda afectado el artículo 10, apartado 2, segunda frase.

ponderarse el efecto *erga omnes* del pronunciamiento presentándose el dilema que éste puede desconocer el derecho a la defensa en juicio en relación con aquellas personas que no han sido llamadas al proceso.

El legislador y la doctrina alemana han encontrado una solución superando este dilema, por lo que amerita el estudio para poder tomar este modelo, pero teniendo en cuenta las diferencias constitucionales de ambos sistemas.

Por otra parte, es aleccionador para aquellas ideologías que muestran temor al mayor control de la Administración por parte del juez en cuanto se pudieran paralizar políticas públicas, el art. 80 de la VwGO que establece el principio general de la suspensión de la ejecutoriedad del acto administrativo cuando se lo impugna por ilegitimidad.

El balance entre este principio general y sus excepciones demuestra una sabia ponderación entre las potestades de la Administración y el respeto a los derechos de los particulares.

En conclusión, la VwGO es una norma que deberá ser materia de un estudio comparativo profundo y este primer análisis es demostrativo de sus virtudes.

**ACOTACIONES A LA INFLUENCIA
DE LA LEY DE LA JUSTICIA ADMINISTRATIVA
ALEMANA EN LA JURISDICCIÓN
CONTENCIOSO-ADMINISTRATIVA ESPAÑOLA**

por RICARDO GARCÍA MACHO *

I. PLANTEAMIENTO DE LA CUESTIÓN

Históricamente, en el contencioso-administrativo español la influencia ha procedido del Derecho francés ¹, y ello se manifiesta de forma nítida hasta la anterior ley reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa de 26 de diciembre de 1956. Sin embargo, a partir de la promulgación de la Constitución española de 1978, y de la inclusión en ésta del art. 24, cuya inspiración en el art. 19.4 de la Ley Fundamental alemana es evidente ², se produjo un paula-

* Catedrático de Derecho Administrativo. Director del Departamento de Derecho Público. Universidad Jaime I, Castellón, España.

Mi agradecimiento a la Dra. M. Oller Rubert, profesora de Derecho Administrativo de la Universidad Jaime I, por la ayuda prestada en la realización de este trabajo.

¹ Por todos, sobre el tema en profundidad *vid.* GARCÍA DE ENTERRÍA, E. - FERNÁNDEZ, T.-R., *Curso de derecho administrativo II*, 11ª ed., Thomson Civitas, Madrid, 2008, ps. 573 y ss. y 598 y ss., y FERNÁNDEZ TORRES, J. R., *La formación histórica de la jurisdicción contencioso-administrativa (1845-1868)*, Civitas, Madrid, 1998, ps. 360 y ss. En la actual ley 29/1998, de 13 de julio, la influencia francesa sigue estando presente en su articulado, como no podía ser de otro modo debido a la tradición histórica.

² Sobre el significado del art. 19.4 de la Ley Fundamental y su influencia sobre el art. 24 de la Constitución española, véase SOMMERMANN, K.-P., *Die deutsche Verwaltungsgerichtsbarkeit*, 2ª ed., Forschungsinst. für Öffentl. Verwaltung, Speyer,

tino influjo de los principios que informan la Ley de la Justicia Administrativa alemana de 1960 en el contencioso-administrativo español, lo que se manifiesta en la actual Ley de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa, 29/1998, de 13 de julio. El art. 24 CE y el reconocimiento a nivel constitucional del principio del Estado de Derecho (art. 1.1) marcan un antes y un después para la jurisdicción contencioso-administrativa española.

El reconocimiento de la tutela judicial efectiva en el art. 24.1 CE implica una protección jurisdiccional plena de todas las personas frente a la Administración, lo que se refleja en el art. 1.1 de la Ley, conforme al cual la jurisdicción “conocerá de las pretensiones que se deduzcan en relación con la actuación de las Administraciones públicas sujeta al Derecho Administrativo, con las disposiciones generales de rango inferior a la ley y con los decretos legislativos cuando excedan los límites de la delegación”. Se adopta en la ley 29/1998 un criterio subjetivo de competencia con sometimiento de la actuación de la Administración a un control jurisdiccional sin fisuras, tal como dice la Exposición de Motivos de la ley: “Lo que realmente importa y lo que justifica la existencia de la propia Jurisdicción Contencioso-Administrativa es asegurar, en beneficio de los interesados y del interés general, el exacto sometimiento de la Administración al derecho en todas las actuaciones que realiza en su condición de poder público y en uso de las prerrogativas que como tal le corresponde” (apart. II). Esta concepción subjetiva de la nueva ley de lo contencioso-administrativo coincide con el mo-

1991, ps. 11 y ss. (hay una traducción de este trabajo bajo el título “La justicia administrativa alemana”, en BARNÉS VÁZQUEZ, J. [coord.], *La justicia administrativa en el derecho comparado*, Civitas, Madrid, 1993, ps. 44 y ss.); BARNÉS VÁZQUEZ, J., “La tutela judicial efectiva en la Constitución alemana”, en MARTÍN-RETORTILLO, L. (coord.), *La protección jurídica del ciudadano: (procedimiento administrativo y garantía jurisdiccional): Estudios en Homenaje al profesor J. González Pérez*, vol. I, Civitas, Madrid, 1993, ps. 431 y ss.; GONZÁLEZ-VARAS IBÁÑEZ, S., *La jurisdicción contencioso-administrativa en Alemania*, Civitas, Madrid, 1993, ps. 88 y ss., y LAZA Y LAZA, R., “La reforma de la jurisdicción contencioso-administrativa: un problema pendiente”, en RAP, nº 141, 1996, ps. 289 y s.

delo de cláusula general del art. 40 de la Ley de la Justicia Administrativa alemana.

La ampliación de las medidas cautelares en la ley 29/1998 como consecuencia del desarrollo de estas medidas por la jurisprudencia se lleva a cabo, tal como determina la Exposición de Motivos en su punto VI, sobre la base de que la justicia cautelar forma parte del derecho a la tutela judicial efectiva (art. 24 CE), lo cual se ha tenido en cuenta al elaborar los arts. 129 y ss. de la ley, que, por otra parte, han sido influenciados por los arts. 80, 80a y 123 de la Ley de la Justicia Administrativa alemana.

Mientras que en la ley de 1956 se conocía una sola clase de pretensión por parte del administrado frente a los actos administrativos, que era la acción de impugnación, y que se agotaba con una sentencia anulatoria o absolutoria, con la ley 29/1998 se regula un sistema plural de acciones frente a la actuación de la Administración, que tiene su razón de ser en la existencia del modelo de cláusula general de control de la actuación de la Administración (art. 106.1 CE) y de tutela efectiva (art. 24 CE).

La Ley de la Justicia Administrativa alemana hace referencia en sus arts. 55a (presentación de documentos vía electrónica) y 55b (expedientes electrónicos) a la posibilidad de hacer uso de los medios electrónicos, lo cual no se contempla ni en la ley 29/1998, ni tampoco en la ley 11/2007, de 22 de junio, de Acceso Electrónico de los Ciudadanos a los Servicios Públicos, laguna que debería ser subsanada lo más pronto posible.

Éstas son algunas de las cuestiones más relevantes en las que se percibe la influencia de la Ley de la Justicia Administrativa alemana³ en la ley 29/1998 de la jurisdicción contencioso-administrativa española, las cuales se examinarán a continuación.

2. REFERENCIAS EN EL PLANO CONSTITUCIONAL

El art. 19.4 de la Ley Fundamental constituye un núcleo básico del principio del Estado de Derecho, configurándolo y limitán-

³ En la ley 29/1998 se aprecia, también, un influjo muy importante del derecho francés e italiano, que debe ser tenido en consideración.

dolo⁴, de tal manera que se ha dicho de tal precepto que constituye la “coronación del Estado de Derecho”⁵. El contenido de ese precepto goza de tres vertientes: una, y la principal, como tutela judicial efectiva, otra como decisión valorativa, y la tercera como garantía institucional⁶. La vertiente que en este contexto quiere destacarse es la de la tutela judicial efectiva, que goza de la consideración de derecho fundamental, y tiene como consecuencia que los tribunales garantizan al ciudadano una protección sin fisuras frente a posibles infracciones del poder público⁷, cuyo concepto se extiende al Poder Ejecutivo e incluye la actuación de la Administración⁸. Este precepto constitucional hay que vincularlo estrechamente con el derecho que todos tienen a ser oídos (derecho de audiencia) ante los tribunales (art. 103.1, Ley Fundamental), y que también forma parte del principio del Estado de Derecho. El art. 19.4, junto con el art. 24 de la Constitución italiana⁹, ha determinado el contenido del art. 24 de la Constitución española, y cuyo influjo ha sido decisivo en la evolución de la jurisdicción contencioso-administrativa española hacia una sustancialmente mayor protección del ciudadano frente a la Administración.

⁴ En ese sentido se manifiesta SCHMIDT-ASSMANN, E., “Comentario al artículo 19.4 Ley Fundamental”, en *Grundgesetz-Kommentar*, Maunz-Dürig, ed. Beck, München, 2003, ps. 20 y ss.

⁵ Véase SOMMERMANN, K.-P., “La justicia administrativa alemana”, en BARNÉS VÁZQUEZ, J. (coord.), *La justicia administrativa...*, cit., p. 44

⁶ Así lo han puesto de manifiesto, por todos, SCHMIDT-ASSMANN, E., “Comentario...”, cit., ps. 16 y ss., y BARNÉS VÁZQUEZ, J., “La tutela...”, cit., ps. 431 y ss.

⁷ Con ello se está haciendo referencia a que el art. 19.4 ofrece una protección sin fisuras de los derechos individuales, si bien, como ha destacado E. Schmidt-Assmann, jurisprudencia y doctrina han extendido esta intensidad de control a supuestos en los que no se hayan afectados derechos individuales; en *La teoría general del derecho administrativo como sistema*, INAP-Marcial Pons, Madrid, 2003, ps. 229 y s.

⁸ En este sentido véase, STERN, K. - BLANKE, H.-J., *Verwaltungsprozessrecht in der Klausur*, Beck, Munich, 2008, ps. 15 y s.

⁹ La Constitución italiana, sin embargo, no protege la tutela judicial con un recurso especial, el de amparo, mientras que sí lo hace el Derecho alemán y español.

A partir de la entrada en vigor del art. 24 CE se produjeron modificaciones o derogaciones en preceptos básicos de la Ley Jurisdiccional española de 1956, entonces vigente, como consecuencia de la jurisprudencia del Tribunal Constitucional, que consideró incompatibles algunos artículos de esta ley con el art. 24 de la Constitución de 1978. Así, en relación con su artículo 40.f)¹⁰, que excluía actos administrativos del control jurisdiccional, el Alto Tribunal lo declaró inconstitucional en una aplicación directa del art. 24.1 en relación con el 103.1 y 106.1 de la Constitución (SSTC 39/1983, de 17 de mayo —f.j. 2º— y 80/1983, de 10 de octubre —f.j. 1º—). En este mismo sentido, el Tribunal Constitucional consideró derogado el art. 28.1b) de la ley de 1956 por estimarlo incompatible con el art. 24 CE, dado que limitaba la legitimación para impugnar directamente disposiciones de carácter general de la Administración del Estado a las entidades, corporaciones o instituciones de Derecho público representativas de intereses de carácter general o corporativo (por ejemplo, SSTC 93/1983, de 16 de octubre —f.j. 5º—, o bien la 160/1985, de 28 de noviembre —f.j. 2—5).

El Tribunal Constitucional ha llevado a cabo una interpretación extensiva del derecho a la tutela judicial efectiva, incluyendo los intereses personales, pero también los intereses comunes a través de la acción popular¹¹. El art. 24.1 CE ha tenido el efecto de ampliación de la legitimación para recurrir en la esfera contencioso-administrativa, puesto que hace referencia a interés legítimo, concepto más amplio que interés directo, que es el que mencionaba el art. 28.1a)¹² de la ley de 1956. El Tribunal Constitucional en diver-

¹⁰ Decía ese precepto: “No se admitirá recurso contencioso-administrativo respecto de: f) Los actos que se dicten en virtud de una ley que expresamente les excluya de la vía contencioso-administrativa”.

¹¹ Sobre el tema en este sentido *vid.* DÍEZ-PICAZO JIMÉNEZ, I., “Comentario al artículo 24 de la Constitución”, en *Comentarios a la Constitución española de 1978*, t. III, dir. O. Álzaga, Derecho Reunidas SA, Madrid, 1996, p. 30.

¹² Ese precepto establecía lo siguiente: “Estarán legitimados para demandar la declaración de no ser conformes a Derecho y, en su caso, la anulación de los actos y disposiciones de la Administración: a) Los que tuvieren interés directo en ello”. E. García de Enterría - T.-R. Fernández se han referido a esta cuestión, y

sas sentencias ¹³ se ha encargado de dar un contenido al concepto de interés legítimo del art. 24.1, incluyendo dentro de interés legítimo el ejercicio de la acción popular, o intereses comunes como el Alto Tribunal los menciona. De estas sentencias enunciadas en la nota al pie 13 se hará alusión a las dos primeras, pues en ellas se sienta la doctrina que posteriormente será reafirmada en las siguientes.

En su sentencia 60/1982, de 11 de octubre, señala el Tribunal Constitucional que la expresión “interés legítimo” es más amplia que la de “interés directo” de la Ley de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa (f.j. 3º). En la sentencia 62/1983, de 11 de julio, el Alto Tribunal profundiza en el tema, y dispone, a propósito del ejercicio de una acción pública por delitos contra la salud pública, que el ejercicio de la acción popular se incluye dentro del ámbito del derecho fundamental del art. 24.1, o sea del concepto de interés legítimo. Señala el Tribunal Constitucional que quien ejercita una acción, sobre la base del art. 24.1, es titular de un interés legítimo y personal, y “está ejercitando un derecho fundamental, que goza de la protección reforzada que otorga la Constitución a los comprendidos en la sección 1.ª del capítulo 2º de su título I, incluido el recurso de amparo” (f.j. 2º). Termina preguntándose el Tribunal Constitucional si quien ejercita una acción popular es titular de un interés legítimo y personal, a lo que responde que dentro de las acciones públicas “se encuentran los intereses comunes, es decir, aquellos en que la satisfacción del interés común es la forma de satisfacer el de todos y cada uno de los que componen la sociedad, por lo que puede afirmarse que cuando un miembro de la sociedad defiende un interés común sostiene simultáneamente un interés personal, o, si se quiere desde otra perspectiva, que la única forma de defender el interés personal es sostener el interés común” (f.j.2º).

destacado que la fórmula del interés directo, sobre la base del artículo 24 de la Constitución, ha sido sustituida por la de interés legítimo; *Curso de derecho administrativo II*, cit., ps. 632 y s.

¹³ Entre otras, se puede hacer referencia a las SSTC 60/1982, de 11 de octubre, la 62/1983, de 11 de julio, la 147/1985, de 29 de octubre y la 34/1994, de 31 de enero.

Sobre la base de la doctrina sentada por el Tribunal Constitucional sobre el art. 24 CE, y asimismo el reconocimiento de la acción popular en algunas leyes administrativas, especialmente en materia de medio ambiente o urbanismo, el art. 19.1h) de la Ley Jurisdiccional 29/1998 reconoce el ejercicio de la acción popular a cualquier ciudadano ¹⁴. Con esta acción popular o pública cualquiera puede impugnar el acto lesivo, y no se exige condición alguna especial para estar legitimado ¹⁵, estableciéndose una reserva de ley para el ejercicio de esa acción ¹⁶.

El “interés legítimo” para recurrir de las personas físicas y jurídicas también se ha acogido en la ley 29/1998 (art. 19.1a ¹⁷) sobre la base del art. 24.1 de la Constitución y la doctrina sentada por el Tribunal Constitucional sobre ese precepto, ampliando la legitimación para recurrir, y alejándose el legislador, por tanto, del concepto de “interés directo” de la Ley Jurisdiccional de 1956. Por otra parte, el reconocimiento de la legitimación para recurrir de los que tengan un interés legítimo en la ley 29/1998, no hace otra cosa que adecuarse a lo dispuesto en la Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial que prescribe que los juzgados y tribunales protegerán los derechos e “intereses legítimos” tanto individuales como colectivos (art. 7.3), y asimismo a lo establecido en la Constitución española que admite la interposición del recurso de amparo a toda persona natural o jurídica que invoque un interés legítimo (art.162-b).

¹⁴ Con la expresión “cualquier ciudadano” no se está restringiendo el ejercicio de esa acción sólo a las personas físicas, sino que también incluye a las personas jurídicas, lo cual, por otra parte, ha destacado el Tribunal Constitucional. *Vid.* GONZÁLEZ-VARAS IBÁÑEZ, S., *Tratado de derecho administrativo*, t. III, vol. I, Thomson Civitas, Navarra, 2008, p. 364.

¹⁵ En este sentido véase GONZÁLEZ PÉREZ, J., *Comentarios a la Ley de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa*, 5ª ed., t. I, Thomson Civitas, Navarra, 2008, ps. 534 y ss.

¹⁶ Dice el art. 19.1h) de la ley: “Están legitimados ante el orden jurisdiccional contencioso-administrativo: Cualquier ciudadano, en ejercicio de la acción popular, en los casos expresamente previstos por las leyes”.

¹⁷ Prescribe el art. 19.1a) lo siguiente: “Están legitimados ante el orden jurisdiccional contencioso-administrativo: Las personas físicas o jurídicas que ostenten un derecho o interés legítimo”.

III. EL ÁMBITO DE LA JURISDICCIÓN CONTENCIOSO-ADMINISTRATIVA Y LA CLÁUSULA GENERAL

La inclusión del sistema de cláusula general en el acceso a la jurisdicción en el art. 40.1 de la Ley de la Justicia Administrativa alemana significa que la jurisdicción administrativa conoce de todos los asuntos jurídico-públicos, o sea de los asuntos en los que al menos un sujeto de la relación detente un poder público¹⁸. Se establece, por tanto, un sistema en el que, cuando la Administración ocasiona una lesión jurídica al individuo, los tribunales llevarán a cabo un control de su actuación. El sistema de cláusula general significa el abandono del principio de enumeración o de lista, por el que se lleva a cabo el control jurisdiccional sólo en los casos que así está establecido en la ley, pero no con carácter general. La base de este sistema de cláusula general se encuentra en el art. 19.4 de la Ley Fundamental y en el principio del Estado de Derecho, que garantizan una protección judicial sin fisuras¹⁹. El art. 40.1 de la Ley de la Justicia Administrativa alemana prescribe que todo asunto que no sea de naturaleza constitucional o sea adscrito a otro tribunal por ley federal²⁰, será competencia de la jurisdicción administrativa. Esta cláusula general debe vincularse con el art. 19.4 Ley Fundamental, punto segundo, el cual determina que “si no hubiese otra jurisdicción competente para conocer el recurso, la vía será la de los tribunales ordinarios”, con lo que se establece también una cláusula general en la vía de derecho privado, y, por tanto, se garantiza en todo caso el control jurisdiccional, ya sea un asunto de derecho público o privado²¹.

Esta concepción subjetiva o de cláusula general del art. 40 de la Ley de la Justicia Administrativa alemana se plasma en el art. 1º

¹⁸ En este sentido véase SOMMERMANN, K.-P., “La justicia administrativa alemana”, en *La justicia...*, cit., p. 66 y ss.

¹⁹ Vid. STERN, K. - BLANKE, H.-J., *Verwaltungsprozessrecht in der Klausur*, cit., p. 68.

²⁰ Se está haciendo referencia con ese reenvío, que exige la reserva de ley, a las jurisdicciones administrativas especiales.

²¹ Véase sobre esta cuestión GONZÁLEZ-VARAS IBÁÑEZ, S., “La jurisdicción...”, cit., p. 88.

de la ley 29/1998 de la jurisdicción contencioso-administrativa, con lo que se arrumba de forma definitiva la concepción de protección de la legalidad objetiva o carácter revisor de aquella²². A esta cuestión ha hecho referencia el Tribunal Constitucional, cuando en su sentencia 136/1995, de 25 de septiembre, señaló que "...así como las exigencias que, con carácter general, se derivan del art. 24.1 CE en relación con el orden de lo contencioso-administrativo, que ya no puede ser concebido como un cauce jurisdiccional para la protección de la sola legalidad objetiva o, si se prefiere, como un proceso al acto sino, fundamentalmente, como una vía jurisdiccional para la efectiva tutela de los derechos e intereses legítimos de la Administración y de los administrados" (f.j. 3°).

La influencia del Derecho alemán en el ámbito competencial de la jurisdicción contencioso-administrativa, y la evolución producida desde la anterior ley de 1956, de carácter estrictamente revisor, a la actualmente vigente, ha sido puesta de manifiesto por el Dictamen del Consejo de Estado de 29 de mayo de 1997 cuando manifiesta lo siguiente: "Es perceptible, por tanto, el tránsito moderado desde el sistema objetivo del contencioso-administrativo francés, que pone su acento en el acto —como también la LJCA vigente—, hacia un sistema subjetivo, propio del Derecho alemán, cuyo centro lo constituye la *pretensión* o la *acción*". Que la Constitución de 1978, y en especial su art. 24, ha significado un cambio sustancial para la adopción de la concepción subjetiva en la ley 29/1998, ha sido puesto de manifiesto por E. García de Enterría y T.-R. Fernández, cuando hacen hincapié en la completa subjetivización de la justicia administrativa como consecuencia de la influencia de aquella²³.

La ley 29/1998 amplía sustancialmente el ámbito competencial de la actuación administrativa que puede ser objeto de impugnación sobre la base del art. 24 CE y el principio del Estado de Derecho, que prescribe un control de la Administración sin fisuras. Se trata,

²² Sobre el carácter revisor de la jurisdicción contencioso-administrativa *vid.* en profundidad FERNÁNDEZ TORRES, J. R., *Jurisdicción administrativa revisora y tutela judicial efectiva*, Civitas, Madrid, 1998, ps. 33 y ss.

²³ En *Curso de derecho...*, cit., ps. 640 y s.

como determina la Exposición de Motivos de la ley, “de superar la tradicional y restringida concepción del recurso contencioso-administrativo como una revisión judicial de actos administrativos previos, es decir, como un recurso al acto, y de abrir definitivamente las puertas para obtener justicia frente a cualquier comportamiento ilícito de la Administración” (apartado V). El recurso, que gira en torno a la lógica de la pretensión ²⁴, se extiende, conforme a lo establecido en el art. 25 de la ley, a las siguientes materias recurribles: las disposiciones generales, los actos administrativos, la inactividad material de la Administración y la vía de hecho ²⁵, con lo que incluye con un criterio competencial de calidad y amplio la tutela de los derechos e intereses legítimos de los ciudadanos.

IV. LAS MEDIDAS CAUTELARES EN EL PROCESO CONTENCIOSO-ADMINISTRATIVO

La tutela judicial efectiva es un elemento esencial del principio del Estado de Derecho, lo cual se concreta en el art. 19.4 de la Ley Fundamental, que instituye un derecho fundamental a la protección de los tribunales ante actuaciones del poder público ²⁶. Esta protección incluye también la tutela cautelar, de tal manera que la tutela judicial para que sea efectiva y real implica que cuando se dicte una sentencia favorable, el objeto del litigio permanezca intangible, y no que en éste se hayan producido daños irreparables o se hayan consumado los hechos ²⁷. Muy brevemente debe desta-

²⁴ En este sentido *vid.* GONZÁLEZ-VARAS IBÁÑEZ, S., *Tratado de derecho...*, cit., p. 53.

²⁵ Sobre la casuística que plantean esos cuatro casos de recurso contencioso-administrativo véase ampliamente, GONZÁLEZ PÉREZ, J., *Comentarios a la ley...*, cit., ps. 669 y ss., y GARCÍA DE ENTERRÍA, E. - FERNÁNDEZ, T.-R., *Curso de derecho...*, cit., ps. 641 y ss.

²⁶ En este sentido véase STERN, K. - BLANKE, H.-J., *Verwaltungsprozessrecht in der Klausur*, cit., p. 245.

²⁷ Véase sobre el tema SOMMERMANN, K.-P., “La justicia administrativa alemana”, en *La justicia...*, cit., ps. 98 y ss., y SCHOCH, F., “Comentario al artículo 80”, en *Verwaltungsgerichtsordnung Kommentar*, Verlag C.H. Beck. München, 1998, p. 6.

carse²⁸ que en los arts. 80, 80a y 123 de la Ley de la Justicia Administrativa alemana se recogen diversas medidas cautelares que podrían ser divididas en dos. Por una parte, el art. 80.1 se refiere al efecto suspensivo del acto administrativo, cuando se interpone el recurso administrativo, que se produce *ope legis* sin intervención del tribunal, con las excepciones recogidas a esa regla general en los párrafos siguientes de ese precepto²⁹. Respecto, en segundo lugar, de las medidas cautelares del art. 123, éstas se utilizan cuando no son aplicables las de los arts. 80 y 80a, o sea son complementarias de las anteriores³⁰ y se utilizan cuando procede una acción distinta a la impugnatoria, tal como la declarativa, la de prestación y la de imposición o condena a dictar un acto³¹.

El art. 24 de la Constitución española ha potenciado el desarrollo de la tutela cautelar, lo que se ha plasmado en los arts. 129 y ss. de la ley 29/1998. Como ha destacado E. García de Enterría, hasta 1990 en nuestro derecho la ejecutoriedad de los actos administrativos era un rasgo esencial del Derecho administrativo, y la suspensión cautelar era una excepción³². Esta situación ha ido cambiando paulatinamente como consecuencia de la influencia de la doctrina³³ y la jurisprudencia.

El Tribunal Constitucional en diversas ocasiones ha dado contenido y desarrollado el instituto de las medidas cautelares. Así en la sentencia 14/1992, de 10 de febrero, destaca éste en relación con el art. 24 de la Constitución que “la tutela judicial no es tal sin medidas cautelares adecuadas que aseguren el efectivo cumplimiento de la resolución definitiva que recaiga en el proceso” (f.j. 7º). En

²⁸ El tema es estudiado por otros autores que participan en este libro.

²⁹ En profundidad sobre el tema *vid.* STERN, K. - BLANKE, H.-J., *Verwaltungsprozessrecht in der Klausur*, cit., ps. 249 y ss.

³⁰ En este sentido SCHOCH, F., “Comentario al artículo 123”, en *Verwaltungsgerichtsordnung...*, cit., p. 3.

³¹ Véase SOMMERMANN, K.-P., *La justicia...*, cit., ps. 107 y ss.

³² En *La batalla por las medidas cautelares*, 3ª ed., Thomson Civitas, Madrid, 2006, p. 13.

³³ Muy tempranamente C. Chinchilla Marín se ocupó del estudio de este tema en *La tutela cautelar en la nueva justicia administrativa*, Civitas, Madrid, 1991, *in totum*.

otra sentencia, la 238/1992, de 17 de diciembre, el Alto Tribunal reflexiona ampliamente sobre las medidas cautelares³⁴ y su relación con el art. 24 de la Constitución, vinculando tutela judicial, efectividad y medidas cautelares. Partiendo de este presupuesto reconoce aquél la ejecutividad de los actos administrativos, pero sin que el legislador pueda “eliminar de manera absoluta la posibilidad de adoptar medidas cautelares dirigidas a asegurar la efectividad de la sentencia estimatoria que pudiera dictarse en el proceso contencioso-administrativo; pues con ello se vendría a privar a los justiciables de unas garantías que, por equilibrar y ponderar la incidencia de aquellas prerrogativas, se configura como contenido del derecho a la tutela judicial efectiva” (f.j. 3º).

También el Tribunal Supremo, en su sentencia de 11 de abril de 1996, se ha referido a la tutela cautelar en la línea determinada por la doctrina sentada por el Tribunal Constitucional, estableciendo que el art. 24 CE posibilita adoptar medidas cautelares para la efectividad de la tutela judicial, pudiéndose llevar a cabo la suspensión del carácter inmediatamente ejecutivo del acto administrativo cuando *prima facie* se dé una apariencia de buen derecho (f.j.3). Una vez entrada en vigor la ley 29/1998 hay una casuística amplia del Tribunal Supremo sobre la tutela cautelar en interpretación de los arts. 129 y ss. de la ley. Así en un caso³⁵ determina el Tribunal que

³⁴ También lo hace en la sentencia 78/1996, de 20 de mayo, en la que comienza diciendo que el privilegio de autotutela de la Administración Pública no es contrario a la Constitución (principio de eficacia del art. 103. CE), y que la ejecutividad de los actos administrativos tampoco es incompatible con el art. 24.1 CE, como también que de este mismo derecho fundamental deriva la potestad jurisdiccional para adoptar medidas cautelares y suspender la ejecución de los actos administrativos. Termina diciendo el Alto Tribunal que la ejecución inmediata de un acto administrativo concierne al art. 24.1, pues su ejecución “puede suponer la desaparición o pérdida irremediable de los intereses cuya protección se pretende o incluso prejuzgar irreparablemente la decisión final del proceso causando una real indefensión. En consecuencia, el derecho a la tutela se extiende a la pretensión de suspensión de la ejecución de los actos administrativos...” (f.j. 3º).

³⁵ Se hace referencia a la sentencia del Tribunal Supremo de 11 de mayo de 2007 en su fundamento jurídico primero.

en el momento procesal en que se está no hay todavía una apariencia del buen derecho de la decisión, por lo que se admite la legalidad del acto administrativo, pero se suspende la ejecutividad del acto impugnado, eso sí con la prestación de una fianza por el inculpado, con lo que se realiza una ponderación entre ejecutividad del acto administrativo y suspensión cautelar del acto administrativo. Se lleva a cabo habitualmente una ponderación de intereses como se ha visto en la sentencia anterior sobre la base del art. 130 de la ley 29/1998, pero hay un arraigo de la suspensión cautelar incluso cuando entran en juego los intereses generales, como sucede en la sentencia de 20 de mayo de 2008, en la que el Tribunal Supremo pondera entre el interés general y los intereses de terceros, decretando a pesar de ello la suspensión cautelar de una norma (fundamentos jurídicos 3º y 4º).

Existe una corriente crítica doctrinal ³⁶ respecto a las medidas cautelares. E. García de Enterría considera que el art. 136.2 de la ley que exige un recurso previo para que la medida cautelar pueda tomarse, no es aceptable, pues en la práctica eso no ocurrirá jamás, y para ello se apoya en la sentencia del Tribunal de Justicia, de 15 de mayo de 2003, condenatoria de España por este motivo (nro. 82 y ss.), planteando un cambio sustancial de todo el capítulo II del título VI de la ley 29/1998. De la misma forma, S. González-Varas considera que ese capítulo II es impreciso en los criterios de estimación de la medida cautelar, no existiendo correspondencia entre la pretensión cautelar del sujeto y la medida cautelar tomada por los tribunales.

V. ACCIONES FRENTE A LA ADMINISTRACIÓN

Existe una notable evolución de las acciones en el ámbito de la jurisdicción contencioso-administrativa española como consecuen-

³⁶ Dos autores que se han ocupado en profundidad de la materia se manifiestan en sentido crítico con argumentos de peso; GARCÍA DE ENTERRÍA, E., *La batalla...*, cit., ps. 415 y ss., y GONZÁLEZ-VARAS IBÁÑEZ, S., *Tratado de derecho administrativo*, t. III, vol. II, Thomson Civitas, Navarra, 2008, ps. 1125 y s.

cia de la clara influencia del derecho alemán³⁷. Efectivamente, la articulación de acciones procesales a disposición de los ciudadanos para recurrir frente a la actuación —o inactividad— de la Administración es uno de los aspectos que se han visto positivamente reformados y ampliados en la LJ 29/1998, el 13 de julio, en relación con las previsiones de la ley el 27 de diciembre de 1956, reguladora de la jurisdicción contencioso-administrativa. Debe, por tanto, destacarse la conexión que esta suerte de acciones, contempladas en el articulado de la ley, guarda con la nueva perspectiva subjetiva del acceso a la jurisdicción contencioso-administrativa³⁸, como ha sido ya destacado³⁹.

El legislador español de 1956 había previsto como función de la jurisdicción conocer de las pretensiones que se dedujeran en relación con los actos de la Administración Pública sujetos al Derecho administrativo, de modo que la existencia de un acto administrativo era presupuesto necesario para acudir a la jurisdicción contencioso-administrativa, y así se encargó de afirmarlo la Exposición de Motivos en su apart. 2º, destacando ante todo el carácter revisor de aquélla; una concepción arcaica que se ha encargado de rechazar expresamente el Tribunal Constitucional, entre otros, en su sentencia 75/2008, el 23 de junio, f.j.4, al considerarla atentatoria contra el derecho fundamental a la tutela judicial efectiva. En la ley 29/1998, el 13 de julio, en relación con el tema de las acciones, debe destacarse que al definir de forma más amplia el objeto

³⁷ Sobre la convicción de que el modelo español está inspirado en el alemán se expresa R. Bocanegra, como informa LAZA Y LAZA, R., “La reforma de la jurisdicción...”, cit., p. 290; también ROSADO PACHECO, S., “Estudio comparado de los modelos francés, español y alemán de justicia administrativa” en *Modelos europeos de justicia contencioso-administrativa*, Dykinson, Madrid, 2007, p. 264.

³⁸ Véase sobre el tema GARCÍA PÉREZ, M., “Reflexiones sobre el objeto del proceso contencioso-administrativo”, en SOSA WAGNER, F. (coord.), *El derecho administrativo en el umbral del siglo XXI. Homenaje al prof. Dr. D. Ramón Martín Mateo*, t. II, Tirant lo Blanch, Valencia, 2000, ps. 2407 a 2425, en especial la recapitulación final. También, ROSADO PACHECO, S., “La jurisdicción contencioso-administrativa en España”, en *Modelos europeos de justicia contencioso-administrativa*, Dykinson, Madrid, 2007, p. 58.

³⁹ Nos remitimos al apartado II de este trabajo.

del proceso, que es “la actuación de las Administraciones Públicas sujeta al Derecho administrativo” (art. 1.1 LJCA), también se diversifican las acciones y las pretensiones del ciudadano, que dejan de tener como referencia al acto⁴⁰. Así es, por ejemplo, el caso de las pretensiones frente a la inactividad o contra la actividad material constitutiva de vía de hecho.

Las acciones son el objeto del proceso y suponen peticiones concretas del actor frente a la Administración, siendo posible su clasificación previa en dos grandes categorías: de limitación o de prestación, acorde con la tradición alemana, aunque también es cierto que no es fácil, ni en ocasiones posible, una total equiparación entre sistemas, al entremezclarse conceptos que intentaremos aproximar y pretensiones que en el caso español pueden coincidir en el ejercicio de una única acción⁴¹. Así, en el ordenamiento español, las acciones son las siguientes⁴²:

a) *Acción de impugnación de actos administrativos* (arts. 25.1 y 31.1 LJCA), tanto de actos expresos como presuntos, quedando únicamente excluidos los llamados “actos consentidos”. En este caso, se debe reconocer una posible doble pretensión, de un lado la anulación del acto impugnado, y, de otro, de manera conjunta el reconocimiento y restablecimiento de una situación jurídica individualizada, reconociéndose así tanto el carácter de limitación como de prestación de la Administración.

En la conformación de esta acción puede reconocerse la influencia germana. En primer lugar, se observan rasgos generales de las acciones constitutivas (*Gestaltungsklage*), destinadas a la fundamentación, supresión o modificación de una relación jurídica, y también, como una clase especial de ésta, la acción de

⁴⁰ Véase al respecto GONZÁLEZ-VARAS IBÁÑEZ, S., *Tratado de derecho...*, cit., p. 69.

⁴¹ Véase GARCÍA DE ENTERRÍA, E. - FERNÁNDEZ, T-R., *Curso de derecho...*, cit., ps. 640 y 645; ROSADO PACHECO, S., “Estudio comparado de los modelos francés, español y alemán de justicia administrativa”, en *Modelos europeos...*, cit., p. 264.

⁴² Sobre las acciones, recientemente, ROSADO PACHECO, S., “La jurisdicción contencioso-administrativa en España” en *Modelos europeos...*, cit., ps. 58 a 66.

anulación⁴³ (art. 42.1, Ley de la Justicia Administrativa alemana, *Anfechtungsklage*), para cuya interposición se exige el agotamiento previo de la vía administrativa (*Widerspruch*)⁴⁴. Asimismo, la pretensión de reconocimiento de la situación jurídica, art. 71.1b) LJCA, es asimilable a las acciones declarativas (*allgemeine Feststellungsklage*) que regula el art. 43.1, Ley de la Justicia Administrativa alemana. Finalmente, dada la amplitud de pretensiones que permite la acción, en aras al contenido de la sentencia que establece el art. 71, LJCA, aparte de la declaración de anulación, cabe también que se exijan prestaciones a la Administración, como es el “cese o (que) se modifique la actuación impugnada”.

b) *Acción contra las disposiciones generales* (arts. 25.1, 26, 27 y 31, LJCA)⁴⁵. El control jurisdiccional de estas disposiciones, de rango inferior a la ley —pero con la inclusión de los decretos legislativos, cuando excedan los límites de la delegación—, ya introducido por la LJ 56, ha continuado vigente en la LJCA. En este caso debe diferenciarse la posibilidad con carácter general de interponer recurso directo contra la norma general, o bien recurso indirecto contra los actos de aplicación de esa norma (art. 26, LJCA), fundado aquél en la ilegalidad del Reglamento del que el acto trae causa, siendo posible a través de esta vía indirecta de impugnación alcanzar también la anulación general del Reglamento ilegal⁴⁶.

⁴³ Ha de recordarse que la *Anfechtungsklage* sólo pretende la anulación del acto administrativo, y no permite al juez sustituir el acto anulado, sino que ello debe pretenderse a través de lo que se conoce como acción general de prestación (*allgemeine Leistungsklage*, art. 113.4 Ley de la Justicia Administrativa alemana), *vid.* ROSADO PACHECO, S., “Estudio comparado...”, *cit.*, p. 263.

⁴⁴ Han sido tenidas en cuenta para realizar esta asimilación las aportaciones de SOMMERMANN, K.-P., “La Justicia administrativa alemana”, en *La justicia administrativa...*, *cit.*, ps. 69 y ss. También sobre el asunto, ROSADO PACHECO, S., “Estudio comparado de los modelos francés, español y alemán de justicia administrativa”, en *Modelos europeos...*, *cit.*, ps. 260 y ss; STERN, K. - BLANKE, H.-J., *Verwaltungsprozessrecht in der Klausur*, *cit.*, ps. 115 y ss.

⁴⁵ Tal y como prevé el art. 47 Ley de la Justicia Administrativa alemana para el caso alemán.

⁴⁶ Más ampliamente, GARCÍA DE ENTERRÍA, E. - FERNÁNDEZ, T.-R., *Curso de derecho administrativo I*, Thomson Civitas, Madrid, 2008, ps. 232 y ss.; GONZÁLEZ PÉREZ, J., *Comentarios a la ley...*, *cit.*, ps. 703 y ss.

c) *Acción para la emisión de un acto o práctica de una situación jurídicamente obligatoria* (arts. 25.2, 29, 32.1, LJCA). Esta acción desconocida como garantía plena en la LJ 1956, se introdujo de manera novedosa en la LJCA, con un claro referente en la *Verpflichtungsklage* (art. 42.1, *in fine*, y art. 75, Ley de la Justicia Administrativa alemana, acción de obligación o de condena, dirigida por tanto a la consecución de una pretensión de hacer, de dejar hacer o de abstención⁴⁷)⁴⁸. Se trata de recurrir contra la inactividad de la Administración⁴⁹, que puede manifestarse de dos formas⁵⁰: por el incumplimiento de una obligación de realizar una concreta prestación a favor de una o varias personas, o bien por la no ejecución de sus propios actos firmes. Así, el objeto final es conseguir la condena de la Administración, para que ésta dicte un acto o realice una actuación administrativa determinada (art. 71, LJCA), con un sesgo de acción prestacional como las define la doctrina alemana. Con carácter diferente a la vía administrativa articulada en la ley 30/1992, este recurso exige una reclamación previa, requiriéndose a la Administración para que realice la obligación, antes de poder interponer recurso contencioso-administra-

⁴⁷ Sobre la misma, véase UHLE, A. - LEHR, M., “La protección jurídico-administrativa en la República Federal de Alemania”, en *Modelos europeos de justicia contencioso-administrativa*, Dykinson, Madrid, 2007, ps. 122 y 123.

⁴⁸ Véase GARCÍA DE ENTERRÍA, E. - FERNÁNDEZ, T.-R., *Curso de derecho...*, cit., p. 643.

⁴⁹ Sobre la inactividad de la Administración, entre otros, *vid. tempranamente*, NIETO GARCÍA, A., “La inactividad de la Administración y el recurso contencioso-administrativo”, en *Documentación Administrativa*, nro. 208, 1986, ps. 229 a 262, así como del mismo autor, “La inactividad de la Administración en la LJCA de 1998 en Justicia administrativa”, en *Revista de Derecho Administrativo*, nro. Extra 1, 1999, ps. 45-64; también, REAL FERRER, G., “La inactividad de la administración en la ley de la jurisdicción contencioso-administrativa de 1998”, en SOSA WAGNER, F. (coord.), *El derecho administrativo en el umbral del siglo XXI: homenaje al profesor Dr. D. Ramón Martín Mateo*, t. II, Tirant lo Blanch, Valencia, 2000, ps. 2381 a 2406.

⁵⁰ Véase PAREJO ALFONSO, L., *Derecho administrativo*, Ariel, Barcelona, 2003, p. 1180; PALOMAR OLMEDA, A., “La actividad impugnada objeto del recurso contencioso-administrativo en el derecho español”, en *Modelos europeos de justicia contencioso-administrativa*, Dykinson, Madrid, 2007, ps. 74 y 75.

tivo ⁵¹. Es la línea que también rige el art. 42. 2 y el art. 68. 2 de la Ley de la Justicia Administrativa alemana, en el caso de que la acción de condena se interponga contra la denegación de un acto, pero sin embargo no es requisito cuando el objeto de la acción sea la inactividad de la Administración (art. 75, Ley de la Justicia Administrativa alemana) ⁵².

d) *Acción frente a la vía de hecho* (arts. 25.2, 30 y 32.2, LJCA); la vía de hecho se refiere a actuaciones que carecen de la necesaria cobertura jurídica y que lesionan derechos o intereses legítimos de cualquier clase. Se trata ésta de una novedad en el ámbito jurisdiccional español a raíz de la ley de 1998, aunque tal control sí había sido reconocido por la jurisprudencia y contaba como precedente inmediato con los arts. 93 y 101 de la ley 30/1992. De forma diferente, no exige el agotamiento previo de la vía administrativa, sino que ésta se ofrece con carácter potestativo a los particulares. La sentencia en este caso además del pronunciamiento sobre su contenido contrario a derecho, deberá establecer el cese de la actuación, así como las medidas necesarias para su cese (art. 71, LJCA), con rasgos declarativos, de condena y de prestación ⁵³.

e) Finalmente, se recoge en el art. 31.2, LJCA, el *recurso de indemnización de daños y perjuicios*. En este sentido, el objeto del recurso se presenta como una pretensión complementaria de las anteriores, en tanto que con ella se consigue una mayor satisfacción de los intereses lesionados, pero también es posible que se plantee con autonomía, como ha reconocido la sentencia del Tribunal Supremo de 22 de septiembre de 2003 ⁵⁴.

⁵¹ Ampliamente sobre el tema, GONZÁLEZ-VARAS IBÁÑEZ, S., *Tratado de derecho...*, cit., ps. 533 y ss.

⁵² Véase SOMMERMANN, K.-P., “La justicia administrativa alemana”, en *La justicia administrativa...*, cit., p. 83.

⁵³ Véase ROSADO PACHECO, S., “Estudio comparado de los modelos francés, español y alemán de justicia administrativa”, en *Modelos europeos...*, cit., p. 268.

⁵⁴ Cita tomada de GONZÁLEZ PÉREZ, J., *Comentarios a la ley...*, cit., ps. 869 a 871. Sobre el contenido de la sentencia, véase la misma obra, vol. II, Thomson Civitas, Navarra, 2008, ps. 1440 a 1442.

VI. MEDIOS ELECTRÓNICOS

El tratamiento sobre el uso de medios electrónicos en el ámbito procesal administrativo proviene de la actual situación de modernización y transparencia, que alcanza a la actuación de las Administraciones Públicas en sus relaciones con los ciudadanos⁵⁵ y que se impulsa desde la Unión Europea⁵⁶. Un ejemplo de este nuevo marco de relaciones es una de las últimas modificaciones de la Ley de la Justicia Administrativa alemana⁵⁷, en la que a través de los arts. 55.a), 55.b) y del 56.a) se han incorporado a la jurisdicción contencioso-administrativa alemana tanto el uso de documentos electrónicos y su presentación vía electrónica, como la existencia de expedientes electrónicos y se ha ampliado el sistema de aviso público, pues junto con el tradicional anuncio en el tablón del tribunal, se permite también la colocación del aviso en un sistema informático electrónico de acceso público en el tribunal, así como la publicación en el Boletín Oficial electrónico del gobierno federal⁵⁸. La introducción de las nuevas tecnologías se encuentra todavía, sin embargo, en un estadio bastante básico, como señala la doctrina, al depender en gran medida su uso de los ciudadanos, esto es, de usua-

⁵⁵ Véase SCHMIDT-ASSMANN, E., *La teoría general...*, cit., ps. 122 a 124; VALERO TORRIJOS, J., “La gestión y conservación del documento administrativo electrónico”, en BLASCO DÍAZ, J. L. - FABRA VALLS, M. (eds.), *El documento electrónico: aspectos jurídicos, tecnológicos y archivísticos*, Universitat Jaume I, Castellón, 2008, p. 66; OCHOA MONZÓ, J., “¿Hacia la ciberadministración y el ciberprocedimiento?”, en SOSA WAGNER, F. (coord.), *El derecho administrativo en el umbral del siglo XXI: homenaje al profesor Dr. D. Ramón Martín Mateo*, t. I, Tirant lo Blanch, Valencia, 2000, ps. 151 a 171.

⁵⁶ Véase OLLER RUBERT, M., “La Administración electrónica en Europa”, en FABRA VALLS, M. - BLASCO DÍAZ, J. L. (eds.), *La Administración electrónica en España: experiencias y perspectivas de futuro*, Universitat Jaume I, Castellón, 2007, ps. 43 a 71; BRÖHMER, J., *Transparenz als Verfassungsprinzip*, Mohr Siebeck, Tübingen, 2004, ps. 313 a 371.

⁵⁷ En concreto, la reforma la introdujo el art. 2º de la *Gesetz über die Verwendung elektronischer Kommunikationsformen in der Justiz* (JKomG), de 22 de marzo de 2005 (BGBl I, p. 837).

⁵⁸ Véase Schoch/Schmidt Assmann/Pietzner, *Verwaltungsgerichtsordnungs-Kommentar*, Beck, München, 2006, §55.a y §55.b. Sobre el §56.a, véase el comentario de Meissner en la misma obra.

rios externos a la justicia, así como de elementos ajenos, caso de las necesarias infraestructuras técnicas.

Es obvio que también en el contexto español nos encontramos inmersos en un momento en el que la información y su gestión se han convertido en conceptos fundamentales y así lo demuestra, enmarcada en el plan de modernización de la Administración de la Justicia, la implantación del sistema informativo de telecomunicaciones Lexnet⁵⁹, que permite la presentación de escritos y el envío de notificaciones judiciales por medios telemáticos, aprobado con base en la habilitación contenida en el art. 230 de la Ley Orgánica 6/1985, del 1 de julio, del Poder Judicial, y que supone el desarrollo de las previsiones de la Ley de Enjuiciamiento Civil, en concreto de su art. 135.3 respecto del envío y la normal recepción de escritos y documentos o del art. 162 sobre la práctica de los actos procesales de comunicación (art. 162); pues no debe olvidarse, como establece la disposición final primera de la LJCA, que “en lo no previsto por esta ley, regirá como supletoria la de Enjuiciamiento Civil”⁶⁰. Asimismo, en esta línea también se aprobó por el Parlamento español la Carta de Derechos de los Ciudadanos ante la Justicia (2002) con importantes objetivos de transparencia, agilidad y eficacia en el acceso a la justicia, que pasa por establecer derechos como “el empleo de las nuevas tecnologías, que agilizará los procedimientos y facilitará la comunicación con la Administración de Justicia”⁶¹.

⁵⁹ Real decreto 84/2007, de 26 de enero, sobre implantación en la Administración de Justicia del sistema informático de telecomunicaciones Lexnet para la presentación de escritos y documentos, el traslado de copias y la realización de actos de comunicación procesal por medios telemáticos (BOE 13/02/2007), véase PALOMAR OLMEDA, A., *La actividad administrativa efectuada por medios electrónicos*, Aranzadi, Navarra, 2007, ps. 257 y 258.

⁶⁰ Sobre el carácter supletorio de la LEC, entre otros, DESDENTADO DAROCA, E., “Disposición final primera”, en “Comentarios a la ley de la jurisdicción contencioso-administrativa de 1998”, *Revista Española de Derecho Administrativo*, nro. especial 100, Civitas, Madrid, 1999, ps. 965 a 970; GONZÁLEZ PÉREZ, J., *Comentarios a la ley...*, cit., ps. 2599 a 2602.

⁶¹ Se puede consultar este documento, aprobado como Proposición no de Ley aprobada por el Pleno del Congreso de los Diputados en la página web: http://www.juecesdemocracia.es/pdf/carta_derechos.pdf. Última consulta 29/1/2009.

De otro lado, ya en el ámbito español administrativo la norma de referencia es la reciente ley 11/2007, del 11 de junio, para el Acceso Electrónico de los Ciudadanos a los Servicios Públicos que reconoce a los ciudadanos su derecho a relacionarse electrónicamente con las Administraciones Públicas, así como la obligación de éstas a garantizar ese derecho. En principio la norma citada no contiene referencia alguna a la introducción de medios electrónicos en la jurisdicción contencioso-administrativa española, pero ello, sin embargo, no debe ser un obstáculo para algunas reflexiones, puesto que obviamente la modificación de la ley 30/1992, que sí ha sido afectada por la LAECSP en aspectos fundamentales ⁶², como el documento electrónico, la práctica de las notificaciones, etc., va a repercutir en el control jurisdiccional al que se somete la Administración y en definitiva en el derecho a la tutela efectiva de los ciudadanos.

Se trata de una situación que, en definitiva, consideramos criticable y por tanto mejorable, ya que se podría haber aprovechado esta reciente norma para adecuar también expresamente una realidad que se está extendiendo en todos los ámbitos del derecho, y que ciertamente ha sido sólo abordada en el contexto español no en el fondo, sino en relación con “aspectos relacionales y de comunicación” ⁶³.

⁶² Véase la Disposición derogatoria única de la ley 11/2007.

⁶³ Vid. PALOMAR OLMEDA, A., *La actividad administrativa...*, cit., p. 261. Un estudio general sobre la repercusión de la LAECSP ofrece la monografía de A. Palomar Olmeda. Especial interés presenta el capítulo VI, dedicado a la revisión jurisdiccional de los actos dictados utilizando elementos tecnológicos, así como el capítulo VII sobre la incidencia procesal.

PUNTO DE VISTA FRANCÉS SOBRE LA LEY ALEMANA DE LA JUSTICIA ADMINISTRATIVA (VwGO) *

por DAVID CAPITANT **

Francia y Alemania cuentan, ambas, con una jurisdicción administrativa distinta de la jurisdicción civil, ordinaria y especializada en el control del accionar de la Administración. La jurisdicción administrativa francesa se formó, progresivamente, a partir de la creación del Consejo de Estado por la Constitución del año VIII (1800). Simple órgano de consejo del gobierno, en una primera época, adquirió gradualmente una independencia que, dentro del campo del contencioso, le ha dado la cualidad de un verdadero juez administrativo. El Consejo de Estado ha visto su accionar disminuido por la creación de tribunales administrativos, en 1953, y por la Cámara Administrativa de Apelación, en 1987. Alemania, después de haber experimentado diversos sistemas de control de la Administración a lo largo del siglo XIX, en el seno de los estados que la componen, siguió el modelo desarrollado en Prusia, a partir de 1875, de una jurisdicción administrativa especializada. Generalizado ese sistema a todos los *Länder*, durante la República de Weimar; ese modelo no se estableció a nivel federal sino a partir de la Ley Fundamental de 1949. Se trata, pues, de cronologías diferentes pero convergentes que han presidido la aparición de la jurisdicción administrativa en Francia y Alemania.

* Traducción del Dr. Pedro Aberastury.

** Profesor de la Universidad de París 1 - Panthéon-Sorbonne. Director del Centro de Derecho Alemán de l'UMR de derecho comparado, París, Francia.

Mientras que las regulaciones seguidas ante las distintas jurisdicciones administrativas alemanas han sido establecidas de manera sistemática en la VwGO, del 21 de enero de 1960, que fue objeto de la presente traducción y que la completan algunos otros textos legales en número limitado, el proceso contencioso administrativo francés resulta de una acumulación de decisiones jurisprudenciales que el legislador no ha modificado o recogido sino en forma puntual y en épocas diversas. Ello se aplica, verdaderamente, para el Consejo de Estado, que sigue siendo el modelo de la jurisdicción administrativa en Francia, donde las reglas han sido simplemente adaptadas cuando fueron creados los tribunales administrativos, prontamente alcanzados por las Cámaras Administrativas de Apelación. De tal forma, el Código de la Justicia Administrativa, sancionado el 4 de mayo de 2000¹ y que entró en vigor el 1º de enero de 2001, que compila los textos anteriormente aplicables ante el Consejo de Estado, en las Cámaras Administrativas de Apelaciones y en los tribunales administrativos, no constituyen una fuente sistemática y exhaustiva del proceso contencioso administrativo aplicable en Francia, pero debe acercarse a soluciones que conservan un carácter puramente jurisprudencial. Este conjunto de normas contiene así, en numerosos aspectos, la marca histórica de su desarrollo jurisprudencial progresivo, con la gran economía de medios que lo caracterizan. Ese carácter, generosamente jurisprudencial de las reglas francesas, las hace, al mismo tiempo, menos accesible a los justiciables en contraposición con un derecho alemán, mayoritariamente escrito.

A fin de considerar las diferencias más marcadas, que distinguen al derecho francés del alemán en el proceso contencioso administrativo, examinaremos sucesivamente la organización de la jurisdicción administrativa (I), las condiciones en las cuales los demandantes pueden interponer los recursos ante las jurisdicciones correspondientes (II) así como los poderes que dispone el juez administrativo cuando es llamado a decidir (III). Se verá que, en nume-

¹ Ordenanza 2000-387 del 4 de mayo de 2000 relativa a la parte legislativa del Código Administrativo; decretos 2000-388 y 2000-389, del 4 de mayo de 2000, relativos a la parte reglamentaria del Código de la Justicia Administrativa.

rosos casos, a partir de soluciones a veces contrarias, el juego de los temperamentos y de las evoluciones conducen a un cierto acercamiento de ambas soluciones nacionales, acercamiento que favorece la búsqueda acentuada de eficacia dentro del campo del accionar administrativo así como dentro de los mecanismos de control. Un rol unificador no despreciable se produce, igualmente, en la sumisión común a las exigencias de la Convención Europea de los Derechos del Hombre, especialmente en los arts. 6º y 13, que garantizan el derecho a una acción ante un juez independiente e imparcial.

I. EL JUEZ ADMINISTRATIVO

La primera parte de la VwGO establece una jurisdicción administrativa cuyas estructuras son muy parecidas a aquellas que caracterizan a la jurisdicción administrativa francesa (1). Pero no deben desconocerse las importantes diferencias que subsisten en las funciones asignadas a estas jurisdicciones (2) y a las acciones que son susceptibles de ser llevadas ante ellas (3).

1. La organización de las jurisdicciones

El art. 2 de la VwGO prevé tres grados de jurisdicciones, que se corresponden ampliamente con la organización de la jurisdicción administrativa francesa. El rol de la Corte Suprema, que le corresponde en Alemania al *Bundesverwaltungsgericht*, se asimila al que ejerce el Consejo de Estado en Francia, mientras que la *Verwaltungsgerichte* y los tribunales administrativos intervienen en primera instancia, sobre el control en apelación a los *Oberverwaltungsgerichte* y a las Cámaras Administrativas de Apelación, cada instancia de jurisdicción puede, por otro lado, intervenir como tribunal de primera instancia en ciertos asuntos particulares. Sin duda las jurisdicciones alemanas están repartidas dentro de la estructura federal alemana, el *Bundesverwaltungsgericht* es una jurisdicción federal mientras que los *Oberverwaltungsgerichte*, como así también los *Verwaltungsgerichte*, son jurisdicciones locales de los *Länder*. Pero esto no tiene mayores consecuencias en la medida en que no existe un único orden de jurisdicción y no una distinción de competencias para

aplicar el derecho federal o el derecho de los *Länder*. Además, las reglas de la VwGO se aplican en toda la federación y si los *Länder* tienen la posibilidad de precisar algunas de esas disposiciones no lo han hecho, en general, sino de una manera coordinada, de tal manera que la unidad de la jurisdicción administrativa es totalmente comparable en la Francia unitaria y en la Alemania federal.

Sin embargo, se deben proveer a estos elementos teóricos de hechos fácticos y hacer notar que el número de jueces profesionales que intervienen en estas jurisdicciones es mucho mayor en Alemania, en la medida en que frente a 1200 magistrados administrativos en funciones dentro de las jurisdicciones administrativas francesas, se cuenta con cerca de 2600 magistrados en Alemania si se le agregan los 2000 magistrados que se desempeñan en las jurisdicciones administrativas, cerca de 600 magistrados que ejercen en las jurisdicciones fiscales alemanas, control que se encuentra, en Francia, a cargo de las jurisdicciones administrativas.

Dentro de un contexto histórico, se debe hacer notar que, en Francia, el Consejo de Estado fue la primera y por mucho tiempo la única jurisdicción administrativa. En Alemania, por el contrario, las jurisdicciones administrativas fueron establecidas primeramente en los *Länder* y recién después de la Segunda Guerra Mundial fue establecida una jurisdicción administrativa federal. También, el *Bundesverwaltungsgericht* no tiene la posición tan especial que es la propia del Consejo de Estado en Francia, que se remarca especialmente por el hecho de que sus miembros no pertenecen al mismo cuerpo que los consejeros de los tribunales administrativos y de las Cámaras Administrativas de Apelación y por el hecho de que el Consejo de Estado ejerce no sólo las funciones jurisdiccionales sino, igualmente, funciones administrativas sobre las cuales tendremos ocasión de referirnos.

Ciertos elementos de la organización de las jurisdicciones administrativas han sido objeto de evoluciones discutidas en los últimos años, tanto en Francia como en Alemania, con el objeto de mejorar la eficacia de la jurisdicción administrativa. Se trata especialmente de una acción dirigida a un juez único en detrimento de las formaciones colegiadas de juzgamiento (1.1.) y de las condiciones sobre las cuales se posibilita la interposición de un recurso de

apelación y de casación, tanto en Francia como en Alemania (1.2.). Una cuestión importante, en la práctica, cuando se abre el acceso al juez administrativo es aquella respecto de las condiciones en las cuales la intervención de un abogado es o no obligatoria (1.3.).

1.1. La acción ante el juez único

Tanto en Francia como en Alemania, un principio general de la organización de la jurisdicción administrativa es el de la colegialidad de los tribunales (art. L 3, CJA, § 5, VwGO). Ello acerca a los dos sistemas nacionales que se distinguen frente a los sistemas, como el sistema inglés o español, que favorecen la acción ante el juez único. Sin embargo, ciertas diferencias subsisten. Así la VwGO prevé la participación de dos jueces no profesionales, a los que se le agregan tres jueces profesionales para constituir una sala (art. 5 VwGO) mientras que, en el derecho francés, no se recurre sino a jueces profesionales. Francia, por su lado, conoce la institución particular del Informante Público (antes Comisario del Gobierno), magistrado independiente que examina el expediente en forma paralela al magistrado ponente y participa también en la elaboración de la decisión (art. L7CJA) y que no tiene un equivalente en Alemania.

Pero la necesidad de resolver las cuestiones del contencioso administrativo, dentro de un plazo razonable, frente al constante aumento de causas ha conducido, en ambos Estados, a atemperar el principio de la colegialidad y a prever, en numerosos casos, la intervención de un juez único.

En Alemania, la ley del 11 de enero de 1993 modificó el art. 6 VwGO de tal manera que los asuntos que no presentan una dificultad particular o que no tienen planteada una cuestión fundamental, deben ser confiados a un juez único. En Francia, la acción ante el juez único ha sido fortalecida, más allá de la aplicación clásica en casos de urgencia, especialmente por una ley, del 25 de junio de 1990, que permite a los presidentes de las jurisdicciones resolver asuntos sin gran importancia poniendo fin a la instancia o solucionando las “series” (R222-1 CJA) y, sobre todo, por una ley del 8 de febrero de 1995, que ha delegado la competencia de resolver por

juzgamiento una serie de litigios actualmente enumerados en el art. R222-13 CJA, considerando también en este caso que no contienen dificultades particulares. Se puede ver una especial convergencia de las evoluciones en la construcción de cada orden jurídico, aun cuando en el derecho alemán se prefiere recurrir a criterios generales de simplicidad del asunto en tratamiento mientras que el derecho francés utiliza el mecanismo de la enumeración.

1.2. Ejercicio de las vías de recurso

La voluntad de solucionar los conflictos del contencioso en un plazo menor, para hacer frente al aumento de causas, condujo a limitar el ejercicio de las vías de recurso tanto en Alemania como en Francia, según modalidades, sin embargo, en ciertas formas un poco diferentes.

Después de la 6ª reforma a la VwGO, operada en 1996², la apelación contra la decisión de un tribunal administrativo alemán no es posible salvo que existan dudas serias en cuanto a la justicia del juzgamiento en primera instancia, cuando el asunto presenta dificultades serias, de hecho o de derecho, y tiene una importancia fundamental, en cuanto la decisión difiere de una solución validada por las jurisdicciones superiores o cuando está cuestionado el procedimiento seguido en primera instancia. La apelación puede ser expresamente autorizada por el juez de primera instancia pero, a falta de ello, lo cual es muy frecuente, debe ser autorizada por el *Oberverwaltungsgericht* (arts. 124 y ss., VwGO). Son, entonces, las instancias de apelación las que habilitan el acceso a sus salas en un cuadro también restringido por la ley, porque el mismo artículo limita los casos en los cuales la apelación puede ser autorizada. Un mecanismo similar se encuentra previsto para el recurso de casación (art. 132, VwGO): los tribunales de apelación de los *Länder* pueden autorizar el recurso de casación y, sólo ante una decisión que rechaza el recurso, la Corte Federal puede establecer las condiciones de su procedencia. Estas condiciones se encuentran estableci-

² Gesetz zur Beschleunigung von Genehmigungsverfahren (GenBeschlG) v. 12.9.1996, BGBl. I S. 1354.

das en el mismo artículo: cuestión jurídica fundamental, jurisprudencia contradictoria, vicio en el procedimiento.

En Francia, no existe un procedimiento de filtro de este tipo, a nivel de apelación, y el legislador ha preferido excluir, de manera sistemática, toda posibilidad de apelación para aquellos asuntos más simples, por un decreto del 24 de junio de 2003. Prácticamente, se trata de cuestiones en las cuales el juzgamiento se encuentra confiado, en primera instancia, a un juez único (cf. *supra* 1.1).

Tratándose de la casación, en cambio, una ley del 31 de diciembre de 1987 instauró un sistema de filtros muy similar a aquel que se encuentra en vigor en Alemania desde que el Consejo de Estado puede rechazar por sí mismo, según un procedimiento simplificado, los recursos considerados como improcedentes o que no se fundamentan sobre la base de argumentos serios (art. L 822-1 y R 822-1 s. CJA).

En cuanto a estos aspectos de admisibilidad, se debe agregar que, tanto el recurso de apelación como el de casación, tienen efecto suspensivo en el derecho alemán (art. 124a y art. 133, VwGO), mientras que no tienen tal efecto en el derecho francés (art. L 4, CJA, R 811-14 y R 821-5, CJA). Sin duda ésta es la razón por la cual, en Francia, el recurso de apelación no se encuentra sujeto a las mismas restricciones que en Alemania. Esto significa que las jurisdicciones francesas comprenden, tanto en apelación o en casación, la posibilidad de ordenar, en caso de petición de una de las partes, la suspensión de los efectos de la decisión adoptada (R 811-17 y R 821-5).

1.3. *El rol de los abogados*

Las soluciones adoptadas por el derecho francés y el derecho alemán relativas a la existencia o no de la obligación de representación por un abogado son bastantes diferentes en su principio y muy próximas en su aplicación práctica.

La VwGO no prevé la obligación de un abogado para actuar ante los tribunales administrativos y no lo impone sino ante el *Oberverwaltungsgerichte* y el *Bundesverwaltungsgericht* (art. 67, VwGO).

Por el contrario, la jurisprudencia francesa impone, de manera general, la representación de los demandantes por un abogado. Pero las excepciones a este principio son extremadamente numerosas y, sobre todo en primera instancia, el recurso por exceso de poder que, como se verá corresponde prácticamente al conjunto de las acciones susceptibles de ser presentadas ante el juez administrativo alemán, se encuentra dispensada de esta obligación desde el decreto del 2 de noviembre de 1864. En grado de apelación, por el contrario, las excepciones fueron ampliamente suprimidas por un decreto del 24 de junio de 2003, así como para los recursos de casación desde 1953, de manera tal que las soluciones aplicables son, finalmente, muy similares a aquellas que se encuentran en Alemania. Tratándose de recursos presentados ante el Consejo de Estado, debe agregarse que el derecho francés reserva a abogados especialmente habilitados la representación ante el Consejo de Estado mientras que, en Alemania, que tiene un sistema similar para la representación ante el *Bundesgerichtshof*, no se aplica ante el *Bundesverwaltungsgericht*.

2. Las funciones de la jurisdicción administrativa

Si la organización de las jurisdicciones administrativas presenta un esquema general suficientemente comparable, tanto en Francia como en Alemania, las funciones que le son confiadas presentan, por el contrario, en comparación, grandes diferencias.

Por una parte, el Consejo de Estado francés ejerce no sólo funciones jurisdiccionales sino, igualmente, funciones administrativas, lo cual no tiene correspondencia en el derecho alemán (2.1). Por otra parte, tratándose de funciones jurisdiccionales, el juez francés posee una competencia mucho más amplia que aquella que le es confiada a la jurisdicción administrativa alemana (2.2).

2.1. Las funciones administrativas

La más importante diferencia que distingue al modelo francés del alemán de la jurisdicción administrativa consiste en que el Consejo de Estado francés ha conservado su función primitiva de consejero de gobierno, que ejerce paralelamente a su función conten-

ciosa. El modelo francés es similar al que funciona en los Países Bajos, en Bélgica, en Italia o en Grecia.

Dentro del marco de las funciones administrativas, el Consejo de Estado es requerido para dar sus opiniones al gobierno. En ciertos casos, la consulta al Consejo de Estado es obligatoria porque la Constitución o un texto de naturaleza legal o reglamentaria así lo determinan. Especialmente se trata de los casos de proyectos de leyes elaborados por el gobierno, los proyectos de reglamentos decididos en Consejo de Ministros, como así también de numerosos reglamentos administrativos o de decisiones particulares. El Consejo de Estado puede, también, dar opiniones sobre toda cuestión que el gobierno considere oportuna de transmitirle.

Por lo demás, a partir de esta función de consejero del gobierno es que la función contenciosa se fue constituyendo progresivamente, el Consejo de Estado preparaba las decisiones del jefe de Estado dentro del campo del contencioso administrativo antes de decidir las él mismo. Cuando se transformó en un verdadero juez, resolviendo el contencioso por las decisiones tomadas directamente en nombre del pueblo francés, en 1872, el Consejo de Estado conservó paralelamente a sus funciones jurisdiccionales, las funciones administrativas anteriormente asignadas.

Este vínculo con la administración activa, que encuentra igualmente su expresión en la carrera misma de los miembros del Consejo de Estado, que son frecuentemente llamados a cumplir funciones en el seno de otras instituciones administrativas, es considerado positivamente de su buena información en relación con las obligaciones de la Administración y, por lo tanto, de su capacidad para solucionar el contencioso administrativo de la mejor manera.

Sin duda estos vínculos han podido parecer como contrarios a los principios de independencia y de imparcialidad que debe imperar en toda jurisdicción, pero la Corte Europea de los Derechos del Hombre ha considerado que las garantías de independencia, que enmarcan a los miembros del Consejo de Estado como también las condiciones dentro de las cuales se ejerce su participación en las diferentes secciones administrativas o contenciosas del Consejo, permiten asegurar el pleno respeto a estos principios (CEDH 9 de noviembre de 2006, Sacilor-Lormines).

Los tribunales administrativos y las Cámaras Administrativas de Apelación ejercen, principalmente, funciones jurisdiccionales y se constituyen también según el modelo igualmente aplicable a las jurisdicciones administrativas alemanas que, como la de numerosos países europeos, se concentran en las funciones jurisdiccionales.

2.2. Las funciones jurisdiccionales

La competencia que la VwGO atribuye al juez administrativo alemán aparece mucho más restringida de la que dispone el juez administrativo francés. El campo de aplicación del art. 40.1 de la VwGO parece, sin embargo, extremadamente amplio, en cuanto asigna al juez administrativo alemán el juzgamiento de todos los litigios de derecho público, salvo los constitucionales u otros que le son atribuidos a otra clase de jurisdicción. El Código francés de la Justicia Administrativa, por su parte, dispone: “Los tribunales administrativos son (...) jueces de derecho común del contencioso administrativo” (art. L 211-1, CJA).

Tanto en un caso como en el otro, al legislador y a la jurisprudencia les ha correspondido determinar los límites de la competencia del juez administrativo, y al juez administrativo francés se le ha confiado, finalmente, una esfera de competencia mucho más importante que la que le corresponde al juez alemán.

La concepción alemana de litigio de derecho administrativo excluye, en efecto, todos los casos en los cuales la Administración, en sentido orgánico, actúa como persona privada, lo que conduce a excluir, sin duda, de la competencia del juez administrativo alemán a los litigios relativos a la mayoría de los contratos suscritos por la Administración, ya se trate de obras públicas, por los cuales la Administración adquiere bienes o requiere prestaciones o trabajos o también contratos de trabajo del personal que emplea. Se encuentran igualmente excluidos de la competencia del juez administrativo alemán los litigios referidos a la responsabilidad que le puede incumbir a la administración por el hecho de su actividad, conforme a la idea de que sólo el juez judicial es el único competente para asegurar la protección del patrimonio de los particulares.

En Francia, por el contrario, el contencioso de los contratos de la Administración es ampliamente un contencioso que corresponde a la competencia del juez administrativo, ya sea que la jurisprudencia considere como administrativo todo el contencioso contractual relativo a situaciones que tienen por causa, aun de manera indirecta, lo relativo a la organización y al funcionamiento de la actividad pública: contratos de trabajo del personal empleado en un servicio público administrativo, contratos relativos a la ejecución de servicios públicos; ya sea que el legislador haya expresamente generalizado la competencia del juez administrativo como es el caso para el contrato de obra pública de la ley MURCEF de 2001 (sobre mercados públicos). La solución es la misma respecto de la responsabilidad delictual de la Administración que es también de competencia del juez administrativo en Francia. La idea general que gobierna tal solución es que el juez administrativo es, en principio, juez, cualquiera sea la forma y cualesquiera sean las consecuencias, de toda la actividad administrativa, es decir de la actividad de las personas públicas o privadas que se les asigna una misión de interés general y que disponen, a tal fin, de prerrogativas de poder público.

Resulta del conjunto de estos textos que el juez administrativo alemán encuentra su actividad, sobre todo concentrada en el control de la legalidad de las decisiones administrativas; mientras que si bien ello constituye para el juez administrativo francés, su *cœur de métier* como lo ha resuelto el Consejo Constitucional reservando al juez administrativo el control de la legalidad de las decisiones administrativas (CC 86-224 DC del 23 de enero de 1987, Consejo de la Competencia), éste concentró en su campo de competencia cuestiones con una relación menos directa con el ejercicio del poder público transformándola en posible (contratos) o resolviéndola indirectamente (responsabilidad). Esto tiene, evidentemente, consecuencias sobre las acciones susceptibles de ser presentadas ante el juez administrativo en cada Estado.

3. Las acciones

La VwGO prevé numerosas acciones que pueden ser presentadas ante el juez administrativo alemán mientras que el juez admi-

nistrativo francés se encuentra ante un universo de recursos más restringido.

Así, si uno descarta provisionalmente el control de los actos de naturaleza reglamentaria, que contiene problemas particulares, de los cuales nos ocuparemos más adelante, la Ley alemana de la Justicia Administrativa prevé expresamente la acción impugnatoria, que tiende a obtener la anulación de un acto administrativo (*Anfechtungsklage* - § 42, VwGO), la acción de condena (*Verpflichtungsklage*) que tiene por objeto la condena al dictado de un acto administrativo (§ 42, VwGO) y la acción declarativa (*Feststellungsklage* - § 43, VwGO). Estas acciones están clasificadas por la doctrina dentro de categorías más generales que se encuentran en el procedimiento civil: *Gestaltungsklage*, *Leistungsklage*, *Feststellungsklage*, de tal manera que se pueden generalizar las acciones expresamente previstas por la VwGO refiriéndose directamente al art. 40, VwGO y al principio de derecho a la acción que se encuentra protegido en el art. 19.4 de la Ley Fundamental, especialmente la acción de prestación (*Leistungsklage*), que permite obtener cualquier clase de acción positiva de parte de la Administración que no se encuentra alcanzada por la *Verpflichtungsklage*.

El derecho francés, igualmente preocupado de la protección del derecho a las acciones de los administrados, ha desarrollado, por vía jurisprudencial en ausencia de texto legal, una serie de acciones correspondientes a diferentes clases de competencia que le son reconocidas. La doctrina francesa clásica distingue cuatro tipos de contencioso respecto de los cuales le corresponde una acción específica: el contencioso de anulación, el contencioso de plena jurisdicción, el contencioso declarativo y el contencioso represivo. El contencioso declarativo se corresponde con el referido al derecho alemán. Por el contrario, el contencioso de plena jurisdicción y el contencioso represivo no tienen su equivalente en el derecho alemán. Ellos permiten al juez francés resolver los litigios que escapan a la competencia del juez administrativo alemán. El contencioso represivo es muy marginal y se refiere esencialmente al campo de las contravenciones importantes sobre vías de comunicación, habiendo la ley facultado al juez administrativo a aplicar multas respecto de personas imputadas como culpables de infringir la con-

servación del dominio público. Mucho más importante, en la práctica, es el contencioso de plena jurisdicción: le corresponde a la esfera de competencia que el derecho alemán le atribuye mayormente al juez judicial, puesto que se refiere esencialmente al contencioso sobre responsabilidad delictual de la Administración y al contencioso de los contratos que, en el derecho alemán, se encuentra asignado a la competencia del juez ordinario. Es, por consecuencia, el contencioso de anulación, que sólo se reconoce en el recurso de exceso de poder, el que se corresponde con las diferentes acciones previstas en el derecho alemán.

El derecho administrativo francés también se caracteriza por una especial economía de medios, en contraposición con la multiplicidad de acciones que se encuentran en el ordenamiento alemán. El recurso de exceso de poder, creación jurisprudencial del Consejo de Estado, ha sido utilizado con fines diversos. La primera de esas funciones, que tiene correspondencia con la *Anfechtungsklage*, puede ser utilizada para demandar la anulación de una decisión administrativa ilegal. Es, igualmente, por la vía del recurso de exceso de poder que se han introducido ante el juez administrativo francés las demandas que, en Alemania, serían objeto de la *Verpflichtungsklage*, en su primera forma, y la *Versagungsgegenklage* dirigida contra el rechazo opuesto por la Administración a un pedido que le ha sido dirigido.

El derecho francés considera que se trata de la negativa de una decisión, la decisión de rechazo, susceptible de ser el objeto de un recurso de anulación, de la misma manera que una decisión positiva. La anulación de la decisión de rechazo corresponderá entonces a la obligación por la Administración de tomar una decisión legal, eventualmente de aceptación. Tal solución está excluida en el derecho alemán (*isolierte Anfechtungsklage*), a justo título porque existe la *Verpflichtungsklage*. Tratándose de la situación que es objeto de la segunda rama de la *Verpflichtungsklage* alemana: la *Untätigkeitsklage* utilizada cuando la Administración no ha tomado posición frente a un pedido que le ha sido dirigido, el derecho francés la refiere igualmente al recurso de exceso de poder dirigido contra una decisión administrativa por la vía del mecanismo de la decisión tácita. Según este mecanismo, el silencio de la Administración equi-

vale, pasado un cierto tiempo, en general de dos meses, a una verdadera decisión. Esta decisión tácita, en principio de rechazo, a veces de otorgamiento, según el régimen en vigor, puede entonces ser objeto de un recurso clásico de exceso de poder.

Los dos sistemas, alemán y francés, permiten entonces finalmente los mismos tipos de controles. Ambos se alejan de la solución prevista en el derecho comunitario, porque el Tratado constituyente de la Comunidad Europea, distingue la acción de anulación (art. 230) de la acción de insolvencia (art. 232), límite éste que corresponde a la *Untätigkeitsklage* alemana mientras que, como en el derecho francés, el caso correspondiente a la *Versagungsgegenklage* reporta a la acción de anulación.

La variedad de sistemas es importante, lo vemos tratándose de la organización y la clasificación de las acciones. Es por ello que el sistema francés aparece finalmente como satisfactorio, pues desecha toda discusión agrupando todas las acciones relativas a la legalidad del proceso de decisión de la Administración dentro de una misma acción y concentra los diferentes procedimientos sobre lo que importa: el efecto del juzgamiento según el cual se imponga a la Administración una obligación de hacer o una anulación. Ello permite evitar las discusiones, complejas pero desprovistas de consecuencias importantes, que tienen lugar en Alemania para distinguir en ciertos casos (acciones de competencia contra subvenciones, etc.), qué tipo de acción debe ser utilizada, aun cuando el régimen procesal de la *Anfechtungsklage* y de la *Verpflichtungsklage* se encuentra organizado en forma paralela por la VwGO y que sus disposiciones han sido ampliamente extendidas por analogía a la *allgemeine Leistungsklage*.

II. EL ACCESO AL JUEZ ADMINISTRATIVO

La aplicación de las acciones mencionadas no se encuentran abiertas sin condiciones a los administrados. Nos concentraremos aquí respecto de ciertas condiciones, de fondo (1) y de procedimiento (2), dispuestas por el derecho francés y el derecho alemán según modalidades a veces diferentes. Todas muestran, sin embargo, que a partir de concepciones muy diferentes sobre la protección jurí-

dicional reconocida contra el accionar de la Administración, el derecho alemán y el francés han sabido encontrar vías que le permiten aproximarse dentro de una concepción común al derecho a la acción, actualmente expresadas en la Convención Europea de Derechos del Hombre.

1. Las condiciones de fondo

El derecho francés considera tradicionalmente al recurso de exceso de poder como un medio de asegurar el respeto a la legalidad objetiva por parte de la Administración, lo que permite conducir a abrir el recurso no sólo contra decisiones individuales sino, igualmente, contra los reglamentos así como a aceptar que un demandante tenga un interés objetivo a presentar tal tipo de recurso.

Por el contrario, el derecho alemán hace prevalecer una visión más subjetiva del litigio administrativo, de tal manera que las acciones están, en principio, excluidas contra los reglamentos y que el accionante debe hacer mérito de la lesión a un derecho subjetivo. Sin embargo, más allá de esas diferencias, los temperamentos han sido llevados de una parte y de la otra de tal manera que las diferencias de principios produjeron consecuencias ampliamente cercanas.

1.1. Los actos atacables

La VwGO (art. 42) no abre la acción impugnatoria de anulación sino contra decisiones individuales (*Verwaltungsakte* en el sentido del art. 35, VwVfG). Los actos reglamentarios, por el contrario, no son susceptibles de una acción ante el juez administrativo sino dentro de los estrictos límites previstos en el art. 47, VwGO, que sólo lo prevé contra ciertas decisiones de urbanismo, así como contra ciertos actos reglamentarios de los *Länder* y de colectividades locales. Es, entonces, la *Oberlandesgericht* que debe pronunciarse y no el juez administrativo ordinario.

Por el contrario, el recurso de exceso de poder es susceptible de ser planteado ante las jurisdicciones administrativas francesas contra todas las decisiones administrativas que presenten un efecto individual o reglamentario. Esta diferencia de tratamiento tiene en

cuenta que los actos reglamentarios del derecho alemán son asimilables a la ley en sentido material, particularmente si se trata de reglamentos de aplicación de la ley; aparece como natural no asignar el control al juez administrativo pero sí al juez constitucional. En Francia, por el contrario, prevalece un análisis de naturaleza orgánica y no se opera ninguna distinción entre los actos de la Administración, tanto individuales como reglamentarios.

Esta importante diferencia conceptual, de posibilitar accionar contra los actos reglamentarios, la encontramos en las vacilaciones de la Corte de Justicia de las Comunidades Europeas en cuanto a las condiciones dentro de las cuales puede ser interpuesta ante ella una acción de anulación (art. 230, TCE). En efecto, si el texto del Tratado contiene una solución restrictiva que excluye, en principio, sobre la base del modelo alemán, toda acción de las empresas contra los reglamentos o directivas comunitarias, la influencia de la concepción francesa, que permite considerar la posibilidad de accionar preventivamente contra un reglamento ilegal, sin esperar que una decisión individual sea dictada con base en ella, como una efectividad del principio del derecho a la acción, condujo en numerosas ocasiones a la Corte a extender las posibilidades de la acción, sin que por ello se pueda entender que exista una jurisprudencia uniforme en ese sentido (cf. CJCE 25 de julio de 2002, “Unión de pequeños agricultores”, C-50/00P). El Tratado de Lisboa, cuando entre en vigor, modificará el art. 230, TCE, para aproximarlos al modelo francés.

1.2. Derecho público subjetivo e interés legítimo

En los términos previstos en el art. 42, VwGO, la acción ante el juez administrativo alemán requiere que el accionante invoque un derecho público subjetivo, es decir que la norma sobre cuya base se invoca la violación haya sido adoptada no sólo sobre la base de interés general sino, también, con el objeto de tutelar su interés particular. En el derecho francés, por el contrario, toda ilegalidad puede ser invocada, siempre que el accionante tenga un interés objetivo para demandar la anulación del acto en cuestión.

En efecto, la diferencia se va atenuando ya que el derecho alemán reconoce cada vez más la subjetivación de todo interés objeti-

vo, lo que transforma en objetiva la acción deducida en sí misma. Las acciones sobre derechos fundamentales, sistemáticamente reconocidos como subjetivos, la elaboración de la “teoría del destinatario” que reconoce un derecho a la acción al sujeto pasivo de una decisión ilegal, permiten flexibilizar el número de personas protegidas por una norma para determinar si ella ha creado derechos subjetivos, en cuanto se toma en cuenta la intensidad de la afectación considerada, es otro de los elementos que permite extender el reconocimiento de derechos subjetivos. Así, se puede considerar de ahora en más, contrariamente a la solución tradicional, que todos los administrados pueden accionar en caso de que la Administración no respete los reglamentos de policía. De la misma manera, la falta de respeto a las reglas de procedimiento es, de ahora en más, considerada como invocable en la medida en que crea un derecho subjetivo en cabeza de los administrados. En el campo del urbanismo, la acción para la protección del derecho constitucional de propiedad y sobre todo de la “teoría de consideración” (*Rücksichtnahme*), que consiste en considerar que toda autorización que afecta un interés digno de protección de un vecino debe, efectivamente, ser protegido, conduce a una “subjetivación” de toda relación de legalidad, lo que lleva por otra parte a su negación misma y, entonces, por consecuencia a una objetivación del sistema de la acción, puesto que el solo interés objetivo del demandante es tenido en cuenta para deducir la existencia de un derecho subjetivo. Ello se aplica igualmente en el campo de las acciones introducidas por los competidores contra las decisiones tomadas en favor de sus oponentes por la Administración (otorgamiento de subvenciones, etc.) tomando en cuenta la afectación que puede constituir la decisión en análisis respecto de los derechos fundamentales del accionante, sobre todo respecto a su derecho a la libertad de comercio y de industria (arts. 12 y 14 de la Ley Fundamental).

De esta manera, nos podemos preguntar sobre la necesidad de mantener esta condición de admisibilidad que impone todavía, por principio, el derecho alemán pero que se encuentra ampliamente evitada pagando el precio, sin embargo, de construcciones teóricas relativamente pesadas, a fin de responder a la expectativa siempre más importante de nuestras sociedades en favor de la puesta en marcha

efectiva del derecho a la acción. Hoy en día, sólo en el campo del derecho a la acción por parte de asociaciones se pueden notar estas diferencias importantes entre el derecho francés y el derecho alemán, ya que el derecho alemán considera que las asociaciones no pueden dirigirse al juez administrativo salvo para hacer respetar sus propios derechos y, en ningún caso, el derecho propio de sus miembros, mientras que el derecho francés reconoce a las asociaciones un interés a la acción a fin de proteger los derechos colectivos de sus miembros.

2. El proceso

Las concepciones en boga, en Francia y Alemania, relativas a las reglas del proceso que se aplican en la presentación ante el juez administrativo difieren, muchas veces, de manera importante. Se trata del caso de la obligación de presentar un recurso, previamente, ante la Administración con anterioridad a la presentación judicial (2.1.). La cuestión de los plazos debe ser objeto, igualmente, de un examen particular (2.2.).

2.1. La existencia de recursos administrativos previos

En tanto este recurso administrativo previo es obligatorio en Alemania, donde toma el nombre de recurso administrativo previo (*Widerspruch*) en los términos de los arts. 65 y ss., VwGO, es en principio facultativo en Francia, donde la desaparición de la obligación del recurso administrativo previo para la presentación ante el juez administrativo ha sido considerado como una etapa importante de su autonomía respecto a la administración activa. Tuvo lugar por la decisión jurisprudencial del 13 de diciembre de 1889, en el caso “Cadot”, esta evolución es tradicionalmente presentada por la doctrina francesa como la última etapa del pasaje del control solamente interno de la Administración a la existencia de una verdadera jurisdicción administrativa independiente: el hecho de poder presentarse ante el juez administrativo en caso de litigio con la Administración, sin que la intervención del juez se encuentre sujeta a la presentación previa ante la Administración, fue considerada como marcando la culminación de la evolución hacia una justicia administrativa autónoma.

Pero esta diferencia de principios entre las soluciones nacionales se encuentra un poco atenuada por las instituciones que conocen tanto el derecho alemán como el francés. La VwGO desecha en ciertos casos la obligación del recurso administrativo previo. Es el caso de las decisiones que emanan de las autoridades supremas de la Federación y de los *Länders* (§ 68, VwGO). Por el contrario, el derecho francés, si no lo impone de manera general, es favorable al ejercicio del recurso administrativo previo, principalmente en consideración, por una solución jurisprudencial, que su ejercicio proroga el plazo del recurso contencioso, de manera que no solamente se encuentra interrumpido por el recurso administrativo sino que comienza a correr nuevamente la totalidad del plazo cuando una respuesta explícita o tácita ha sido dada por la Administración. Por otro lado, si bien el derecho francés no impone el recurso administrativo previo en el marco del recurso por exceso de poder, que persigue la anulación de una decisión administrativa, cuando el recurso por exceso de poder es utilizado para obtener una acción positiva de la Administración, se encuentra dirigido contra una decisión denegatoria, tácita o explícita, que supone que la Administración ha sido, previamente, objeto de una petición.

Por último, debe mencionarse que por un movimiento contrario, a todos los efectos remarcable, la reflexión de la doctrina se inclina en Alemania por una supresión sistemática del recurso administrativo previo, y viendo allí una simplificación del procedimiento administrativo, mientras que la doctrina francesa acompañada de numerosos textos especiales, tiende a desear la introducción de un mecanismo general de recurso administrativo previo y entreviendo un medio suplementario de solucionar el contencioso de manera extrajurisdiccional.

2.2. *Los plazos de los recursos*

Los plazos de los recursos, que difieren un poco según los dos procedimientos nacionales, sin embargo, marcan la búsqueda de un mismo equilibrio entre la legalidad y la seguridad jurídica. El derecho francés conoce un único recurso de dos meses ampliamente aplicable, salvo disposiciones particulares (art. R-421-1 du CJA). El

derecho alemán prevé plazos de recursos más complejos en razón de la variedad de acciones que conoce y de sus modalidades de ejercicio. Tratándose de la acción de anulación (*Anfechtungsklage*), el plazo se desdobra, porque es de un mes el plazo para presentar el recurso administrativo previo bajo la forma de una impugnación (*Widerspruch* - art. 70, VwGO), después de un mes para interponer la acción contenciosa contra el rechazo del recurso administrativo previo (art. 74, VwGO). Igualmente, en caso de rechazo de una pretensión (*Versagungsgegenklage*). En caso de silencio de la Administración a la impugnación o a la petición del administrado (*Untätigkeitsklage*), el plazo de la acción puede ser ejercida sin término, después de transcurrido un plazo de tres meses después de la interposición de la demanda o de la impugnación. Tratándose de la *allgemeine Leistungsklage*, ésta puede ser introducida sin plazo, en la medida en que el juez no compruebe un abuso del derecho.

Si los plazos giran alrededor de dos meses tanto en Francia como en Alemania contra una decisión expresa y alrededor de cuatro meses en caso de la falta de respuesta de la Administración, la reacción exigida a los administrados en Alemania es, de todas maneras, más apremiante para ellos porque no disponen más que de un mes de reflexión para presentar el recurso administrativo que condiciona la continuación del procedimiento, mientras que el derecho francés otorga dos meses, es decir el doble, para presentar ante el juez directamente una petición que abre la instancia.

Es dentro del campo del control de los actos reglamentarios que aparece la diferencia más importante entre estos dos sistemas nacionales, ya que el derecho alemán prevé un plazo que se redujo de dos años a un año en 2007 (art. 47, VwGO) para la interposición de un recurso ante la Cámara de Apelaciones de un *Land* (OVG) mientras que el plazo para recurrir es de dos meses en Francia. Pero debe tenerse presente que los casos de procedencia de estos recursos son mucho más restringidos en Alemania que en Francia (cf. *supra*).

III. LOS PODERES DEL JUEZ ADMINISTRATIVO

El juez administrativo posee, tanto en Alemania como en Francia, grandes poderes instructorios. El art. 86, VwGO, proclama el

principio del carácter inquisitorio del proceso administrativo en Alemania. El Código de Justicia Administrativa francés no contiene esta fórmula como principio general, pero la jurisprudencia ha tenido la oportunidad de formularla en numerosos precedentes y todo el procedimiento instructorio se encuentra organizado alrededor de esta idea. El derecho administrativo de ambos Estados se desarrolla dentro de una medida comparable al del procedimiento acusatorio seguido en las jurisdicciones judiciales.

Sin embargo, las diferencias importantes existen todavía en la manera en que los dos derechos nacionales organizan la intervención del juez. Para mencionar dos ejemplos particularmente relevantes, examinaremos la cuestión de las medidas cautelares susceptibles de ser tomadas por el juez a la espera de una decisión de fondo (1) antes de considerar la manera en que los poderes de control del juez pueden ser neutralizados por una eventual regularización operada *a posteriori* por la Administración (2).

1. Las medidas cautelares

El derecho alemán y el derecho francés recorren caminos opuestos para asegurar un equilibrio entre las exigencias de legalidad, que se inclina para que los efectos de las decisiones ilegales sean rápidamente suspendidas, y la eficacia de la actividad administrativa no sea paralizada fácilmente. Dentro de la lógica objetiva del derecho francés, el principio de la presunción de legalidad de las decisiones administrativas discutidas conduce a no suspender automáticamente su ejecución en caso de recurso, en tanto que la lógica subjetiva del derecho alemán conduce a suspender la ejecución de la decisión administrativa discutida durante la sustanciación de la instancia a fin de que la Administración se encuentre en un cierto pie de igualdad ante el accionante.

Así los arts. 80 y siguientes de la VwGO confieren un efecto suspensivo tanto al reclamo administrativo previo (*Widerspruch*) como a la acción impugnatoria, mientras que, tratándose de otras acciones, le corresponde al juez que conoce, en los términos del art. 123, VwGO, adoptar las medidas cautelares que considere necesarias. Para el derecho francés, por el contrario, los recursos no

poseen efectos suspensivos como lo determina el art. L 4 del Código de Justicia Administrativa, que recoge una solución jurisprudencial anterior.

Pero a partir de estas soluciones de principios opuestos, cada uno de estos dos derechos ha previsto soluciones que conducen a una práctica menos contrapuesta. Así, el derecho alemán prevé que la ley puede desechar el efecto suspensivo automático de los recursos. Es el caso referido a cuestiones impositivas, para ciertas decisiones de policía, etc. En igual forma, la autoridad administrativa puede decidir la exclusión del efecto suspensivo para cada decisión particular que ella adopte bajo la condición de fundamentar los motivos. En tal caso, será ante el juez que el impugnante deberá dirigirse para obtener el restablecimiento del efecto suspensivo del recurso.

Ésta es la solución que el derecho francés ha generalizado, para que los demandantes puedan obtener el pronunciamiento del juez de medidas de urgencia (*référé*) referidas a la suspensión de la decisión en la medida en que contradicen la legalidad. Este procedimiento ha suscitado el interés del legislador repetidas veces en los últimos años, marcando así su preocupación por reforzar en este derrotero la protección del derecho de los administrados. A fin de acelerar el pronunciamiento de la suspensión, que estaba antes sujeto al procedimiento normal de juzgamiento, muchas veces muy extenso, una ley del 8 de febrero de 1995 instauró primero un mecanismo de suspensión automática, luego una ley del 30 de junio de 2000 confió al juez de medidas de urgencia (*référé*), juez único que resuelve según un proceso de urgencia, la decisión de las suspensiones.

El derecho alemán es igualmente sensible a esta cuestión de rapidez ya que el art. 80.8, VwGO, prevé la posibilidad de que la decisión de restablecimiento del efecto suspensivo sea pronunciada por el presidente de la sala a cargo del juzgamiento en caso de urgencia.

En cuanto a las condiciones necesarias para obtener una suspensión, se trata en Francia de la urgencia (art. 1 521-1, CJA) que se caracteriza, según la jurisprudencia, por el hecho de que la ejecución podría producir un daño grave e inmediato al interés invocado por el demandante y por la existencia de una duda seria, rela-

tiva a la legalidad de la decisión. Para Alemania, en tanto que el efecto suspensivo no sea automático, el art. 80, VwGO, no fija condiciones particulares para que sea restaurado el efecto suspensivo por el juez; éste debe pronunciarse teniendo en cuenta todos los elementos presentes. Además, el art. 80, VwGO, habilita expresamente al juez administrativo alemán la posibilidad de volver sobre los efectos de la decisión administrativa ya ejecutada, en tanto que la jurisprudencia francesa rechaza tal solución.

Todos estos elementos evidencian que para el juez alemán, su posibilidad de intervención previa es más importante que las que puede utilizar el juez francés y que permitirá *a posteriori* una ejecución más simple de las eventuales decisiones de anulación.

El juez puede, igualmente, adoptar medidas provisionales frente a una abstención de la Administración. Las posibilidades son entonces paralelas tanto en Francia como en Alemania. El juez francés será objeto de la demanda de suspensión de la decisión de rechazo que hubiera sido opuesta a la pretensión de actuar que debe serle previamente presentada. Tal pronunciamiento de suspensión de una decisión de rechazo impone a la Administración la obligación de resolver, provisoriamente, aquello que le es pedido. En Alemania, conforme al sistema de las acciones que prevé la acción de carencia, es el pronunciamiento de un mandato —*injonction*— provisorio basándose en el art. 123, VwGO, que será utilizado.

2. Las posibilidades de subsanación pendiente la instancia

Frente a las exigencias de legalidad que justifican la anulación por parte del juez de las decisiones administrativas ilegales, se manifiesta la necesidad de no contradecir demasiado la acción de la Administración sometiéndola a una juridicidad muy estrecha. Esta preocupación se manifiesta, así, tanto en Francia como en Alemania por el hecho de que sólo los vicios sustanciales de procedimiento conducen a la anulación de las decisiones; esta solución, jurisprudencial en Francia, se encuentra formulada en Alemania por el art. 46, VwGO.

Más recientemente, han sido abiertas, no sin críticas, las posibilidades para la administración de subsanar, pendiente la instancia,

las decisiones ilegales. Siendo el principio que la legalidad de las decisiones se aprecia al momento de su adopción, tales soluciones marcan una voluntad particular de flexibilizar las exigencias de legalidad sobre una Administración donde la eficacia cuenta cada vez más.

Así el derecho alemán ha extendido recientemente las posibilidades permitidas a la Administración de subsanar, pendiente la instancia, las decisiones atacadas. El art. 45, VwGO, prevé esta posibilidad desde la entrada en vigor de la ley del 12 de septiembre de 1996 para las ilegalidades externas, principalmente para los defectos de motivación, de consulta o de escuchar a los administrados. Criticada en Alemania, esta solución no se ha aplicado en Francia, donde las motivaciones *a posteriori* no subsanan la ilegalidad del acto cuestionado. En la medida en que, y es objeto de las críticas de la doctrina a la solución implementada en Alemania, una motivación *a posteriori* pierde gran parte de su interés, que permite la posibilidad, en principio, a los administrados, de informarse de los motivos de las decisiones con el fin de decidir con pertinencia sobre la oportunidad de deducir un recurso contra ésta.

Tratándose de la legalidad interna de las decisiones, tanto el derecho alemán como el derecho francés, permiten modificar la base legal de una decisión ya adoptada. La solución es de naturaleza jurisprudencial en el derecho francés y prevista en el art. 47 VwVerfG (*Umdeutung*) en Alemania. Más audaz aún, en vista de las estrictas exigencias de la legalidad, es la solución que consiste en autorizar a la Administración a sustituir pendiente la instancia el fundamento legal, diferente al utilizado en primer término, en la decisión atacada. Es lo que autoriza el art. 114, VwGO, después de la ley del 12 septiembre de 1996 (*Nachchieben von Gründen*) y lo que aceptó una novedosa jurisprudencia en Francia a partir del *arrêt Hallal* (Consejo de Estado, 6/2/2004).

**Extracto de la
LEY FUNDAMENTAL DE LA REPÚBLICA FEDERAL
DE ALEMANIA**

del 23/5/1949 (Boletín Oficial Federal I, p. 1),
con la última revisión del 28/8/2006
(Boletín Oficial Federal I, p. 2034) *

I. DERECHOS FUNDAMENTALES

**Artículo 1º [Protección de la dignidad humana, vinculación
de los poderes públicos a los derechos fundamentales]**

(1) La dignidad humana es intangible. Respetarla y protegerla es obligación de todo poder público.

(2) El pueblo alemán, por ello, reconoce los derechos humanos inviolables e inalienables como fundamento de toda comunidad humana, de la paz y de la justicia en el mundo.

(3) Los siguientes derechos fundamentales vinculan a los poderes Legislativo, Ejecutivo y Judicial como derecho directamente aplicable.

[...]

Artículo 19 [Restricción de los derechos fundamentales; derecho a la tutela judicial]

(1) Cuando de acuerdo con la presente Ley Fundamental un derecho fundamental pueda ser restringido por ley o en virtud de una ley, ésta deberá tener carácter general y no estar limitada al caso individual. Además, la ley deberá mencionar el derecho fundamental indicando el artículo correspondiente.

* Traducción de Ricardo García Macho y Karl-Peter Sommermann.

(2) En ningún caso un derecho fundamental podrá ser afectado en su contenido esencial.

(3) Los derechos fundamentales rigen también para las personas jurídicas con sede en el país, en tanto por su propia naturaleza sean aplicables a las mismas.

(4) Toda persona cuyos derechos sean vulnerados por el poder público, podrá recurrir a la vía judicial. Si no hubiese otra jurisdicción competente para conocer el recurso, la vía será la de los tribunales ordinarios. No queda afectado el art. 10, apart. 2, segunda frase.

II. LA FEDERACIÓN Y LOS *LÄNDER*

Artículo 20 [Fundamentos del orden estatal, derecho de resistencia]

(1) La República Federal de Alemania es un Estado federal democrático y social.

(2) Todo poder del Estado emana del pueblo. Este poder es ejercido por el pueblo mediante elecciones y votaciones y por intermedio de órganos especiales de los poderes Legislativo, Ejecutivo y Judicial.

(3) El Poder Legislativo está sometido al orden constitucional; los poderes Ejecutivo y Judicial, a la ley y al derecho.

(4) Contra cualquiera que intente eliminar este orden todos los alemanes tienen el derecho de resistencia cuando no fuere posible otro recurso.

[...]

IX. EL PODER JUDICIAL

Artículo 92 [Organización judicial]

El Poder Judicial es confiado a los jueces; es ejercido por la Corte Constitucional Federal y por los tribunales federales previstos en la presente Ley Fundamental y por los tribunales de los *Länder*.

Artículo 93 [Competencia de la Corte Constitucional Federal]

(1) La Corte Constitucional Federal decide:

1. sobre la interpretación de la presente Ley Fundamental respecto a controversias sobre el alcance de los derechos y deberes de un órgano supremo de la Federación o de otras partes investidas de derechos propios por la presente Ley Fundamental, o por el reglamento interno de un órgano federal supremo;

2. en caso de controversias o dudas relativas a la compatibilidad formal y material de la normativa federal o de los *Länder* con la presente Ley Fundamental, o la compatibilidad del derecho de los *Länder* con otras normas del Derecho federal, a petición del Gobierno Federal, del Gobierno de un *Land* o de un tercio de los miembros del *Bundestag*;

2a. en caso de controversias sobre si una ley se adecua a los requisitos del art. 72, apart. 2, a petición del *Bundesrat*, del Gobierno de un *Land* o de la Asamblea Legislativa de un *Land*;

3. en caso de controversias sobre los derechos y deberes de la Federación y de los *Länder*, especialmente en lo que concierne a la ejecución del Derecho federal por los *Länder* y al ejercicio del control federal;

4. en otras controversias de derecho público entre la Federación y los *Länder*, entre los *Länder* o dentro de un *Land*, siempre que no esté abierta otra vía judicial;

4a. sobre los recursos de amparo que pueden ser interpuestos por toda persona que se crea lesionada por el poder público en uno de sus derechos fundamentales o en uno de sus derechos contenidos en los arts. 20, apart. 4, 33, 38, 101, 103 y 104;

4b. sobre los recursos de amparo interpuestos por municipios y mancomunidades de municipios por violación a través de una ley, del derecho de autonomía municipal establecido en el art. 28, exceptuándose, sin embargo, aquellos casos de violación por leyes de los *Länder* en los que quepa recurso ante la Corte Constitucional del respectivo *Land*;

5. en los demás casos previstos en la presente Ley Fundamental.

(2) La Corte Constitucional Federal decide además a petición del *Bundesrat*, de un Gobierno de un *Land* o de la Asamblea Legislativa de un *Land*, si en caso del art. 72, apart. 4, no subsiste la necesidad de una regulación por ley federal según el art. 72, apart. 2, o si el Derecho federal ya no pudiese ser aprobado en los casos del art. 125a, apart. 2, frase 1. La declaración que la necesidad ya no existe o que el Derecho de la Federación ya no pudiese ser aprobado, sustituye a una ley federal según el art. 72, apart. 4, o según el art. 125a, apart. 2, frase 2. La petición según la frase primera sólo es admisible, si un proyecto de ley según el art. 72, apart. 4, o según el art. 125a, apart. 2, frase 2, ha sido rechazado en el *Bundestag* o no se ha deliberado en el plazo de un año y dictado una resolución sobre él, o si un proyecto de ley correspondiente ha sido rechazado en el *Bundesrat*.

(3) La Corte Constitucional Federal intervendrá, además, en los casos que le sean atribuidos por ley federal.

Artículo 94 [Composición de la Corte Constitucional Federal]

(1) La Corte Constitucional Federal se compone de magistrados federales y de otros miembros. Los miembros de la Corte Constitucional Federal serán elegidos por mitades por el *Bundestag* y por el *Bundesrat*. No podrán pertenecer ni al *Bundestag* ni al *Bundesrat* ni al Gobierno Federal ni a los órganos correspondientes de un *Land*.

(2) Una ley federal regulará su organización y procedimiento determinando los casos en los cuales sus decisiones tienen fuerza de ley. Dicha ley podrá establecer como condición de los recursos de amparo el agotamiento previo de la vía judicial y establecer un procedimiento especial de admisión.

Artículo 95 [Tribunales Supremos de la Federación, Sala Conjunta]

(1) En los ámbitos de las jurisdicciones ordinaria (civil y penal), administrativa, financiera, laboral y social, la Federación creará como Tribunales supremos la Corte Federal de Justicia, la Corte

Federal Contencioso-Administrativa, la Corte Federal de Hacienda, la Corte Federal de Trabajo y la Corte Federal Social.

(2) Los magistrados de estos tribunales serán designados por el ministro federal competente para el respectivo ámbito, juntamente con una Comisión para la elección de jueces, compuesta por los ministros de los *Länder* competentes en su respectivo ámbito y por un número igual de miembros elegidos por el *Bundestag*.

(3) Para salvaguardar la unidad de la jurisprudencia deberá constituirse una Sala Conjunta de los tribunales mencionados en el apart. 1. La regulación se hará por una ley federal.

Artículo 96 [Otros tribunales federales, ejercicio de la jurisdicción federal por los tribunales de los *Länder*]

(1) La Federación podrá crear un tribunal federal para asuntos de la protección de la propiedad industrial.

(2) La Federación podrá crear tribunales penales militares como tribunales federales, para las Fuerzas Armadas. Éstos no podrán ejercer la jurisdicción penal más que en el caso de defensa, así como sobre miembros de las Fuerzas Armadas que hubieren sido enviados al extranjero o que estuvieren embarcados en navíos de guerra. La regulación se hará por una ley federal. Estos tribunales se sitúan bajo la competencia del ministro federal de Justicia. Los jueces titulares de estos tribunales deben tener la capacidad requerida para el ejercicio de la judicatura.

(3) La Corte Federal de Justicia es la Corte Suprema respecto de los tribunales mencionados en los aparts. 1 y 2.

(4) La Federación podrá crear tribunales federales que decidan en procedimientos disciplinarios y de queja respecto de las personas que se hallen frente a ella en una relación de servicio de Derecho público.

(5) Una ley federal con la aprobación del *Bundesrat* puede prever que los tribunales de los *Länder* ejerzan la jurisdicción de la Federación respecto de los procesos penales en las siguientes materias:

1. genocidio;
2. crímenes del derecho penal internacional contra la humanidad;

3. crímenes de guerra;
4. otras acciones que sean idóneas y realizadas con la intención de perturbar la convivencia pacífica de los pueblos (art. 26, apart. 1);
5. defensa del Estado.

Artículo 97 [Independencia de los jueces]

(1) Los jueces son independientes y están sometidos únicamente a la ley.

(2) Los jueces titulares y nombrados definitivamente con carácter permanente no podrán, contra su voluntad, ser relevados antes de la expiración de su mandato, ni suspendidos definitiva o temporalmente en su cargo, ni trasladados a otro puesto, ni jubilados, salvo en virtud de una resolución judicial y únicamente por los motivos y bajo las formalidades que determinen las leyes. La legislación podrá fijar límites de edad, pasados los cuales se jubilarán los jueces nombrados con carácter vitalicio. En caso de modificación de la organización de los tribunales o de su jurisdicción, los jueces podrán ser trasladados a otro tribunal o relevados de su cargo, pero únicamente con el derecho al sueldo íntegro.

Artículo 98 [Posición jurídica de los jueces en la Federación y en los *Länder*]

(1) La posición jurídica de los jueces federales se regulará por ley federal especial.

(2) Si un juez federal dentro o fuera de su cargo vulnerase los principios de la Ley Fundamental o del orden constitucional de un *Land*, la Corte Constitucional Federal podrá ordenar, a petición del *Bundestag*, por mayoría de dos tercios, que el juez sea trasladado a otro cargo o jubilado. En caso de infracción dolosa podrá ordenarse su destitución.

(3) La posición jurídica de los jueces en los *Länder* será regulada por leyes especiales de los *Länder* siempre que el art. 74, apart. 1, nro. 27, no determine otra cosa.

(4) Los *Länder* podrán determinar que el nombramiento de los jueces en los *Länder* sea resuelto por el ministro de Justicia del *Land*

correspondiente juntamente con una Comisión para la elección de jueces.

(5) Los *Länder* podrán dictar, respecto de sus jueces, disposiciones análogas a las previstas en el apart. 2. El Derecho constitucional vigente del *Land* permanece intangible. La decisión sobre la acusación contra un juez compete a la Corte Constitucional Federal.

Artículo 99 [Decisión por la Corte Constitucional Federal y por los tribunales supremos de la Federación de litigios jurídicos dentro de un *Land*]

Mediante una ley de un *Land* podrá conferirse a la Corte Constitucional Federal la decisión de litigios constitucionales dentro de dicho *Land*, y a los tribunales supremos de justicia mencionados en el art. 95, apart. 1, la decisión en última instancia de aquellos asuntos en los que se trate de la aplicación del derecho de un *Land*.

Artículo 100 [Control concreto de normas]

(1) Si un tribunal considera que es inconstitucional una ley de cuya validez depende el fallo, se suspenderá el proceso y se recabará, cuando se trate de la violación de la Constitución de un *Land*, la decisión del tribunal del *Land* competente en asuntos constitucionales, y la de la Corte Constitucional Federal cuando se trate de la violación de la presente Ley Fundamental. Ello rige también cuando se trate de la violación de la presente Ley Fundamental por la legislación de un *Land* o de la incompatibilidad de una ley de un *Land* con una ley federal.

(2) Si en el curso de un litigio hubiera dudas acerca de si una regla de Derecho internacional es parte integrante del Derecho federal y fuente directa de derechos y deberes para el individuo (art. 25), el tribunal recabará la decisión de la Corte Constitucional Federal.

(3) Si en la interpretación de la Ley Fundamental, la Corte Constitucional de un *Land* quiere apartarse de una decisión de la Corte Constitucional Federal o de la Corte Constitucional de otro *Land*, recabará la decisión de la Corte Constitucional Federal.

[...]

LEY DE LA JUSTICIA ADMINISTRATIVA *
—Verwaltungsgerichtsordnung (VwGO)— **

TÍTULO I
Organización de los tribunales

SECCIÓN 1ª
Los tribunales

Artículo 1º [Independencia]

La Justicia Administrativa es ejercida por tribunales independientes, separados de las autoridades administrativas.

Artículo 2º [Establecimiento de los tribunales]

Los tribunales de la Justicia Administrativa son, a nivel de los *Länder*, los tribunales administrativos (*Verwaltungsgerichte*) y un tribunal administrativo superior (*Oberverwaltungsgericht*) en cada *Land*; a nivel federal, la Corte Federal Administrativa (*Bundesverwaltungsgericht*) con sede en Leipzig.

Artículo 3º [Normas de organización]

(1) Por la ley se determina:

1. La creación y la supresión de un tribunal administrativo o de un tribunal administrativo superior,
2. La transferencia de la sede de un tribunal,

* Del 21 de enero de 1960 (BGBl 1960 I, p. 17). Versión del 19 de marzo de 1991 (BGBl 1991 I, p. 686) con la modificación del 17 de junio de 2008 (BGBl 2008 I, p. 1010).

** Las divisiones y las rúbricas de los títulos, secciones y artículos han sido colocados por el traductor. Traducción por los profesores Pedro Aberastury, Hermann-Josef Blanke, Evelyn Patrizia Gottschau y Karl-Peter Sommermann.

3. Las modificaciones de la delimitación de las circunscripciones de los tribunales,

4. La asignación por materias específicas a un tribunal administrativo para las circunscripciones territoriales de varios tribunales administrativos,

4.a La asignación de procesos en los cuales se determina la competencia territorial según art. 52, apart. 2, frases 1, 2 o 4, a otro tribunal administrativo o varios tribunales administrativos del *Land*,

5. La creación de salas específicas del tribunal administrativo o de salas específicas del tribunal administrativo superior en otros lugares,

6. La transferencia de procesos pendientes a otro tribunal en virtud de medidas tomadas en base a los nros. 3, 4 y 4a si la competencia no debe regirse conforme a las disposiciones vigentes hasta el momento.

(2) Varios *Länder* pueden acordar la creación de un tribunal común, de órganos comunes de un tribunal o la ampliación de las circunscripciones territoriales de los tribunales más allá de los límites de un *Land*, incluso para materias específicas.

Artículo 4º [Presidencia y asignación de asuntos] *

¹ Las disposiciones del Título Segundo de la Ley sobre la Organización Judicial (*Gerichtsverfassungsgesetz*) se aplican por analogía a los tribunales de la Justicia Administrativa. ² Los miembros titulares y tres suplentes del órgano competente para adoptar las decisiones según art. 99, apart. 2, se designan por la presidencia por el lapso de cuatro años. ³ Los miembros titulares y sus suplentes deben ser jueces vitalicios.

* Los números se refieren a las frases contenidas en el artículo, para poder hacer la referencia cuando existe un reenvío (Nota del traductor).

Artículo 5º [Composición y estructura de los tribunales administrativos]

- (1) El tribunal administrativo está compuesto por el presidente y por los presidentes de las salas y de otros jueces que son requeridos.
- (2) En los tribunales administrativos se crean salas.
- (3) ¹Cada sala del tribunal administrativo decide a través de tres jueces y dos jueces honorarios, salvo que decida un juez único. ²Los jueces honorarios no participan ni en resoluciones (*Beschlüsse*) fuera de la audiencia oral ni en sentencias simplificadas (*Gerichtsbescheide*) (art. 84).

Artículo 6º [Transferencia al juez único]

- (1) ¹Por regla general, cada sala debe transferir el conocimiento de un asunto a uno de sus miembros, que decidirá como juez único, si:
 1. el asunto no plantea dificultades particulares ni en los hechos ni en el derecho y, que
 2. el asunto no presenta relevancia esencial.

²Un juez a prueba (*Richter auf Probe*) no puede desempeñarse como juez único dentro del año que ha sido designado.
- (2) Si la audiencia oral ya ha tenido lugar en la sala, el litigio no puede ser asignado al juez único, salvo que haya tenido lugar una sentencia bajo reserva, una sentencia parcial o una sentencia incidental.
- (3) Luego de haber oído a las partes, el juez único puede devolver el litigio a la sala, si por consecuencia de una modificación esencial en las condiciones del proceso, el asunto presenta relevancia esencial o específica en los hechos o en el derecho. Una nueva transferencia al juez único es inadmisibile.
- (4) Las resoluciones dictadas en virtud de lo dispuesto en los aparts. 1 y 3 son irrecurribles. Una transferencia omitida no puede ser objeto de un recurso.

Artículo 7º (Derogado)**Artículo 8º** (Derogado)**Artículo 9º [Composición y estructura de los tribunales administrativos superiores]**

- (1) El tribunal administrativo superior está compuesto por el presidente, los presidentes de las salas y de otros jueces en el número necesario.
- (2) Las salas están constituidas dentro del seno del tribunal administrativo superior.
- (3) ¹ Las salas del tribunal administrativo superior toman sus decisiones con la integración de tres jueces; la legislación de los *Länder* puede prever que las salas decidan con la composición de cinco jueces, dos de ellos pueden ser jueces honorarios. ² En los casos establecidos en el art. 48, apart. 1, puede encontrarse previsto que las salas decidan con la composición de cinco jueces y dos jueces honorarios. ³ La frase 1, media frase 2, y la frase 2, no rigen para los casos del art. 99, apart. 2.

Artículo 10 [Composición y estructura de la Corte Federal Administrativa]

- (1) La Corte Federal Administrativa se compone del presidente, de los presidentes de las salas y de otros jueces en la cantidad requeridos.
- (2) En la Corte Federal Administrativa se crean salas.
- (3) Las salas de la Corte Federal Administrativa deciden con la composición de cinco jueces, en las resoluciones fuera de los procesos orales con la composición de tres jueces.

Artículo 11 [Gran Sala en la Corte Federal Administrativa]

- (1) En la Corte Federal Administrativa se crea una Gran Sala (*Großer Senat*).

- (2) La Gran Sala decide cuándo una sala quiere discrepar en una cuestión de derecho de la decisión de otra sala o de la Gran Sala.
- (3) ¹ La presentación a la Gran Sala sólo es admisible, cuando la sala, cuya decisión debe ser discrepada, a instancia de la sala que interviene en el caso, ha declarado que mantiene su criterio. ² Si la sala, cuya decisión debe ser discrepada, ya no se ocupara de la cuestión de derecho a decidir en virtud de una modificación en el plan de distribución de asuntos, será sustituida en adelante por la sala que, según la distribución de asuntos, resulte competente para conocer del asunto respecto del cual la decisión fue dictada. ³ La sala respectiva decide sobre la pregunta y la respuesta por vía de resolución, con la composición requerida para sentencias.
- (4) La sala interviniente puede enviar a la Gran Sala una cuestión de relevancia esencial, si según su opinión es necesario para el desarrollo del derecho o para asegurar la unidad jurisprudencial.
- (5) ¹ La Gran Sala se compone del presidente de la Corte Federal Administrativa y de un juez por cada sala de casación que no se encuentre presidida por el presidente de la Corte Federal Administrativa. ² Si la sala que presenta el envío o aquella que ha dictado la decisión que ha sido mantenida no se trata de una sala de casación, un miembro de esta sala participa igualmente en la Gran Sala. ³ En caso de impedimento del presidente de la Corte Federal Administrativa, será reemplazado por un juez de la sala a la cual pertenece.
- (6) ¹ Los miembros y los suplentes son designados por un año judicial por la presidencia. Esto se aplica igualmente al miembro de otra sala previsto en el apart. 5, segunda frase, como asimismo a su suplente. ² La presidencia de la Gran Sala está reservada al presidente de la Corte Federal Administrativa y en caso de impedimento, al miembro de mayor antigüedad. ³ En caso de empate en la votación, el voto del presidente será concluyente.

- (7) ¹ La Gran Sala sólo decide sobre la cuestión de derecho. ² Ella puede decidir sin audiencia oral. ³ Su decisión es vinculante para la sala interviniente.

Artículo 12 [Gran Sala en el tribunal administrativo superior]

- (1) ¹ Las disposiciones del art. 11 son aplicables por analogía al tribunal administrativo superior, en la medida en que se decida definitivamente sobre una cuestión del derecho del *Land*. ² Las salas de apelación conformadas en virtud de esta ley sustituyen a las salas de casación.
- (2) Si un tribunal administrativo superior está compuesto sólo por dos salas de apelación, las salas reunidas sustituyen a la Gran Sala.
- (3) La ley de un *Land* puede prever una composición diferente de la Gran Sala.

Artículo 13 [Secretaría Judicial]

¹ En cada tribunal será creada una Secretaría Judicial. ² Se la cubrirá con la cantidad de funcionarios fedatarios (*Urkundsbeamten*) que sean necesarios.

Artículo 14 [Auxilio judicial y administrativo]

Todos los tribunales y autoridades administrativas prestarán auxilio judicial y administrativo a los tribunales de la Justicia Administrativa.

SECCIÓN 2ª

Jueces

Artículo 15 [Nombramiento vitalicio]

- (1) Los jueces son nombrados de por vida, salvo las disposiciones contenidas en los arts. 16 y 17.
- (2) (Derogado).

- (3) Los jueces de la Corte Federal Administrativa deben tener la edad de 35 años cumplidos.

Artículo 16 [Jueces de oficio secundario]

Los jueces de otros tribunales, nombrados de por vida, y los profesores ordinarios de derecho pueden ser nombrados jueces de oficio secundario de un tribunal administrativo superior y de un tribunal administrativo por un período determinado de dos años, al menos, pero no pueden exceder la duración de su función principal.

Artículo 17 [Jueces a prueba, jueces por mandato]

Los jueces a prueba y los jueces por mandato pueden ejercer su función en los tribunales administrativos.

Artículo 18 (Derogado).

SECCIÓN 3ª

Jueces honorarios

Artículo 19 [Deberes y obligaciones de los jueces honorarios]

El juez honorario participa en la audiencia oral y en la elaboración de las sentencias con los mismos derechos que los de un juez.

Artículo 20 [Condiciones personales para el nombramiento]

¹ El juez honorario debe ser un ciudadano alemán. ² Él debe tener la edad de 25 años cumplidos y tener domicilio dentro de la circunscripción del tribunal.

Artículo 21 [Exclusiones]

- (1) Están excluidos para ejercer la función de juez honorario:
1. Las personas que, a consecuencia de una decisión judicial, no posean la aptitud de ejercer una función pública

o que han sido condenadas a una pena privativa de la libertad de más de seis meses por un acto cometido a título doloso.

2. Las personas que están acusadas por un delito que pueda tener por consecuencia la pérdida de la aptitud para ejercer las funciones públicas.
 3. Las personas que no posean el derecho de voto en las asambleas legislativas del *Land*.
- (2) Las personas que han caído en quiebra no deben ser llamadas a ejercer las funciones de juez honorario.

Artículo 22 [Incompatibilidades]

No pueden ser designados jueces honorarios:

1. Los miembros del *Bundestag* (Cámara de Diputados), del Parlamento Europeo, de las asambleas legislativas de un *Land*, del Gobierno Federal o del Gobierno de un *Land*,
2. Los jueces,
3. Los funcionarios y empleados del servicio público, en la medida en que no ejerzan su función a título honorario,
4. Los militares profesionales permanentes y soldados profesionales por tiempo,
5. Los abogados, notarios y las personas que atienden asuntos de derecho de terceros en forma profesional.

Artículo 23 [Declinación al nombramiento]

- (1) Pueden declinar la función de juez honorario:
1. Los ministros de cultos y de confesiones religiosas,
 2. Los jueces legos y otros jueces honorarios,
 3. Las personas que hayan ejercido la función de un juez honorario durante el plazo que duren dos períodos de mandato en la Justicia General Administrativa,
 4. Los médicos, enfermeros, parteras,
 5. Los farmacéuticos a cargo de las farmacias que no emplean a otro farmacéutico,
 6. Las personas que hayan cumplido 65 años.

- (2) Además, puede ser otorgada una dispensa para ejercer esta función, a solicitud, en casos de particular gravedad.

Artículo 24 [Dispensa]

- (1) Un juez honorario debe ser dispensado de ejercer su función cuando:
1. en virtud de los arts. 20 a 22, no podía o ya no puede ser designado a tal fin,
 2. ha violado de manera grave los deberes de su función, o
 3. invoca un motivo de declinación previsto en el art. 23, apart.1, o
 4. no posee más las aptitudes intelectuales o psíquicas necesarias para el ejercicio de su función, o
 5. no esté más domiciliado en la circunscripción del tribunal.
- (2) Además, en casos de particular gravedad, se puede, a solicitud, ser relevado de su función.
- (3) ¹ La decisión es adoptada por una sala del tribunal administrativo superior, en los casos del apart. 1, nros. 1, 2 y 4, a requerimiento del presidente del tribunal administrativo, y en los casos mencionados en el apart. 1, nros. 3 y 5, y en el apart. 2, a requerimiento del juez honorario. ² La decisión será adoptada por resolución previa audiencia del juez honorario. ³ Ésta es irrecurrible.
- (4) El apart. 3 es aplicable por analogía en los casos mencionados en el art. 23, apart. 2.
- (5) Una decisión adoptada en virtud del apart. 3 debe ser anulada por la sala del tribunal administrativo superior a requerimiento del juez honorario, cuando una acusación prevista en el art. 21, apart. 1, nro. 2, ha sido intentada y que el imputado ha sido sobreseído o ha sido absuelto por decisión firme.

Artículo 25 [Duración de la función]

Los jueces honorarios son elegidos por cinco años.

Artículo 26 [Comisión de elección]

- (1) En cada tribunal administrativo se constituirá una Comisión para la elección de jueces honorarios.
- (2) ¹ La Comisión se compone por el presidente del tribunal administrativo, que está a cargo de la presidencia, de un funcionario de la autoridad administrativa designado por el gobierno del *Land* y de siete personalidades calificadas que actúan como asesores de confianza (*Vertrauensleuten*).
² Los asesores de confianza y además siete suplentes, son elegidos por la Cámara de Diputados del *Land* (*Landtag*), o por una Comisión de la Cámara de Diputados designada por este órgano, o según las modalidades previstas por una ley del *Land*, conforme las personas domiciliadas dentro de la circunscripción territorial del tribunal administrativo.
³ Éstas deben satisfacer las condiciones requeridas para ser designadas como juez honorario. ⁴ Los gobiernos de los *Länder* están autorizados a derogar la primera frase por vía de reglamento en lo que concierne a la designación del funcionario de la autoridad administrativa. ⁵ Pueden delegar esta autorización en las autoridades supremas administrativas de un *Land*. ⁶ En el caso del art. 3º, apart. 2, la competencia del tribunal para la designación del funcionario administrativo así como la competencia del *Land* para la elección de los asesores de confianza, se determina según la sede del tribunal. ⁷ La legislación de un *Land* puede determinar en estos casos que cada gobierno involucrado de un *Land* designe a un funcionario administrativo en la Comisión y que cada *Land* involucrado designe al menos a dos asesores de confianza.
- (3) La Comisión puede deliberar válidamente si al menos el presidente, el funcionario de la autoridad administrativa y tres asesores de confianza están presentes.

Artículo 27 [Número de jueces honorarios]

El número de jueces honorarios requeridos por cada tribunal administrativo está establecido por el presidente de tal manera que,

cada uno de entre ellos, sea susceptible de ser convocado a ocupar el cargo doce días de sesión ordinaria por año como máximo.

Artículo 28 [Propuesta de jueces honorarios]

¹ Los distritos y las ciudades equiparables a distritos proponen cada quinto año una lista de candidatos para la función de jueces honorarios. ² La Comisión determina para cada distrito y cada ciudad equiparable a distrito el número de personas que deben ser inscriptas en la lista de candidatos. ³ Deben figurar en un número doble al que los jueces honorarios son requeridos en virtud del art. 27. ⁴ La inscripción en la lista requiere la aprobación de las dos terceras partes de los miembros presentes de la asamblea representativa del distrito o de la ciudad equiparable a distrito, sin embargo se requiere por lo menos la mitad del número legal de los miembros. ⁵ La normativa pertinente para las resoluciones y representaciones de las sociedades queda intacta. ⁶ Las listas de candidatos deben enunciar, aparte del nombre de las personas propuestas, el lugar y la fecha de nacimiento y la profesión del candidato; ellas deben ser transmitidas al presidente del tribunal administrativo competente.

Artículo 29 [Elección]

- (1) A partir de la lista de candidatos, la Comisión designa el número de jueces honorarios requeridos por mayoría de dos terceras partes de votos al menos.
- (2) Los jueces honorarios actuales continúan en funciones hasta la nueva elección.

Artículo 30 [Participación en las sesiones, representación]

- 1) La presidencia del tribunal administrativo decide antes de empezar cada año judicial de sesiones la secuencia en la cual los jueces honorarios deben concurrir a las sesiones.
- 2) Para la concurrencia de suplentes ante un impedimento imprevisto de un juez honorario puede ser establecida una lista de suplentes compuesta de jueces honorarios que tengan su domicilio en la zona o cerca del tribunal.

Artículo 31 (Derogado).

Artículo 32 [Resarcimiento]

El juez honorario y el asesor de confianza previsto en el art. 26 reciben un resarcimiento conforme a la ley de remuneración judicial y de indemnización.

Artículo 33 [Multa]

- (1) ¹ Una multa puede ser aplicada a un juez honorario que no se presenta en tiempo útil a una sesión sin proporcionar una excusa adecuada o que incumple de alguna otra manera sus deberes. ² Simultáneamente, las costas ocasionadas por su comportamiento pueden serle impuestas.
- (2) ¹ La decisión la toma el presidente. ² En caso de una excusa posterior, se puede revocar dicha decisión en forma parcial o total.

Artículo 34 [Jueces honorarios que actúan en un tribunal administrativo superior]

Los arts. 19 a 33 son aplicables por analogía a los jueces honorarios que actúan en un tribunal administrativo superior, si la legislación del *Land* prevé su participación en dicho tribunal.

SECCIÓN 4ª

Representante del interés federal

Artículo 35 [Representante del interés federal ante la Corte Federal Administrativa]

- (1) ¹ El Gobierno Federal designa un representante del interés federal ante la Corte Federal Administrativa y lo instituye el Ministerio del Interior federal. ² El representante del interés federal ante la Corte Federal Administrativa puede participar en cualquier procedimiento ante la Corte Federal Administrativa; esta regla no es aplicable a los pro-

cedimientos que se desenvuelven ante las salas de servicio militar. ³ El representante del interés federal debe cumplir las instrucciones del Gobierno Federal.

- (2) La Corte Federal Administrativa le otorga al representante del interés federal la posibilidad de dar su opinión.

Artículo 36 [Representante del interés público]

- (1) ¹ Un representante del interés público puede ser designado ante el tribunal administrativo superior o en el tribunal administrativo conforme a un reglamento del Gobierno del *Land*. ² La representación del *Land* o de las autoridades del *Land*, le puede ser delegada de manera general o para casos determinados.
- (2) El art. 35, apart. 2, es aplicable por analogía.

Artículo 37 [Aptitud]

- (1) El representante del interés federal ante la Corte Federal Administrativa y sus colaboradores permanentes deben tener las mismas aptitudes que quienes ejercen la función de los jueces o satisfacer las condiciones previstas por el art. 110, frase 1, de la ley alemana de jueces (*Deutsches Richtergesetz*).
- (2) El representante del interés general que se desempeña en un tribunal administrativo superior y en un tribunal administrativo debe tener las mismas aptitudes que quien ejerce la función de juez según la ley alemana de jueces; el art. 174 queda intacto.

SECCIÓN 5ª

Administración judicial

Artículo 38 [Control de superintendencia]

- (1) El presidente del tribunal ejerce el control de superintendencia sobre los jueces, funcionarios, empleados y trabajadores del tribunal.

- (2) La autoridad de superintendencia sobre el tribunal administrativo es ejercida por el presidente del tribunal administrativo superior.

Artículo 39 [Limitación de delegaciones de tareas administrativas]

No se pueden delegar tareas administrativas al tribunal fuera de la administración judicial.

SECCIÓN 6ª

Vía jurisdiccional administrativa y competencia

Artículo 40 [Procedencia de la vía jurisdiccional administrativa]

- (1) ¹ La vía jurisdiccional administrativa procede en todos los litigios de derecho público que no sean de naturaleza constitucional, salvo que sean asignados por una ley federal a otro tribunal. ² Los litigios de derecho público concernientes al derecho de los *Länder* pueden ser igualmente asignados a otro tribunal por una ley del *Land*.
- (2) ¹ Para los derechos de naturaleza patrimonial resultantes de una carga particular impuesta por el bien común o resultante de un contrato de depósito en el ámbito del derecho público como, asimismo, los derechos a la indemnización provenientes de la violación de una obligación de derecho público que no tienen por causa un contrato administrativo, es procedente la vía jurisdiccional ordinaria; esto no se aplica a los litigios en cuanto a la existencia y monto de un derecho compensatorio en el ámbito del art. 14, apart. 1, frase 2, de la Ley Fundamental. ² Las disposiciones especiales del derecho de la función pública como asimismo las disposiciones relativas a las vías jurisdiccionales administrativas previstas para la compensación de los perjuicios patrimoniales resultantes de actos administrativos ilegales quedan intactas.

Artículo 41 (Derogado).

Artículo 42 [Acción impugnatoria y de condena]

- (1) Por acción puede ser solicitada la anulación de un acto administrativo (acción impugnatoria —*Anfechtungsklage*—), así como la condena a dictar un acto administrativo denegado u omitido (acción de condena —*Verpflichtungsklage*—).
- (2) En la medida en que la ley no disponga otra cosa, la acción sólo es admisible si el demandante alega que sus derechos están violados por el acto administrativo o su denegación o su omisión.

Artículo 43 [Acción declarativa]

- (1) Por acción puede ser solicitada la declaración de la existencia o de la no existencia de una relación jurídica o la declaración de la nulidad de un acto administrativo, si el demandante tiene un interés legítimo (acción declarativa —*Feststellungsklage*—).
- (2) ¹ La declaración no puede ser solicitada si el demandante puede o hubiera podido defender sus derechos a través de una acción constitutiva tendiente a la modificación de una situación jurídica (*Gestaltungsklage*) o de prestación (*Leistungsklage*). ² Esta regla no se aplica cuando se solicita la declaración de nulidad de un acto administrativo.

Artículo 44 [Acumulación de pretensiones]

El demandante puede acumular varias pretensiones en una única acción si tienen un mismo demandado, una conexidad y si es competente el mismo tribunal.

Artículo 44a [Remedios contra actos administrativos de mero trámite]

¹ Los remedios contra actos de trámite de la autoridad administrativa pueden ser interpuestos sólo simultáneamente con los re-

medios procedentes contra los actos que deciden sobre el fondo.

²Ello no se aplica si los actos de trámite de la autoridad administrativa son ejecutorios o son dirigidos contra un tercero que no es parte.

Artículo 45 [Competencia *ratione materiae*]

El tribunal administrativo decide en primera instancia sobre todos los litigios en los que es procedente la vía jurisdiccional administrativa.

Artículo 46 [Competencia del tribunal administrativo superior sobre recursos]

El tribunal administrativo superior conoce respecto de los siguientes recursos:

1. Apelación (*Berufung*) contra las sentencias del tribunal administrativo,
2. Recurso de queja (*Beschwerde*) contra otras decisiones del tribunal administrativo.

Artículo 47 [Competencia del tribunal administrativo superior en caso de control abstracto de normas]

- (1) A solicitud, el tribunal administrativo superior decide dentro de su jurisdicción sobre la validez
 1. de las ordenanzas dictadas en virtud de disposiciones del Código Urbanístico así como de los reglamentos emitidos sobre la base del art. 246, apart. 2, del Código Urbanístico,
 2. de otras normas jurídicas de rango inferior a las leyes de los *Länder*, en la medida en que la legislación del *Land* así lo disponga.
- (2) ¹La demanda puede ser formulada por cualquier persona física o jurídica, que alega que es o que en un tiempo previsible puede ser violada en sus derechos por la norma jurídica o su aplicación así como por cualquier autoridad administrativa, dentro de un año de haber sido publicada

la norma. ² Debe ser dirigida contra la corporación, establecimiento público o fundación que ha emitido la norma.

³ El tribunal administrativo superior puede otorgar al *Land* y a las demás personas jurídicas de derecho público, cuya competencia ha sido afectada por la norma, la posibilidad de ser oído dentro de un plazo determinado. ⁴ El art. 65, aparts. 1 y 4, y el art. 66, son aplicables por analogía.

- (2a) La demanda de una persona física o jurídica que tiene por objeto un plan urbanístico o una ordenanza según el art. 34, apart. 4, frase 1, aparts. 2 y 3, o el art. 35, apart. 6, del Código Urbanístico es inadmisibles cuando el demandante sólo hace valer objeciones que no hizo valer o las hizo valer en forma tardía en el marco de la presentación pública (art. 3º, apart. 2, del Código Urbanístico) o en el marco de la participación pública del afectado (art. 13, apart. 2, nro. 2, y art. 13a, apart. 2, nro. 1, del Código Urbanístico) y a pesar de que hubiera podido hacerlas valer y si en el proceso de participación le fue indicada la consecuencia jurídica.
- (3) En la medida en que la ley prevé que sólo el tribunal constitucional de un *Land* puede controlar la norma, el tribunal administrativo superior no examina la conformidad de la norma con el derecho del *Land*.
- (4) Si un procedimiento de control de validez de la norma está pendiente de decisión ante un tribunal constitucional, el tribunal administrativo superior puede ordenar la suspensión del trámite hasta la finalización del proceso llevado ante el tribunal constitucional.
- (5) ¹ El tribunal administrativo superior decide por sentencia o si estima que la audiencia oral es necesaria, por vía de resolución. ² Si el tribunal administrativo superior llega a la convicción de que la norma es inválida, la declara ineficaz; en este caso, la decisión tiene efecto obligatorio general y el demandado debe publicar la parte resolutive de la sentencia en la misma forma en la que tendría que ser publicada la norma. ³ El art. 183 es aplicable por analogía a los efectos de la decisión.

- (6) A solicitud, el tribunal puede emitir una medida cautelar si ésta fuera urgentemente necesaria para evitar perjuicios graves o por otras razones esenciales.

Artículo 48 [Competencia de primera instancia de los tribunales administrativos superiores]

- (1) ¹ El tribunal administrativo superior decide en primera instancia sobre el conjunto de litigios referidos a:
1. la construcción, el funcionamiento, toda otra forma de tenencia, la transformación, la clausura, el encierre seguro y el desmontaje de instalaciones en el sentido de los arts. 7º y 9ºa, apart. 3, de la Ley de Energía Nuclear,
 2. el tratamiento, la elaboración, y toda otra utilización de combustibles nucleares fuera de las instalaciones designadas en el art. 7º de la Ley de Energía Nuclear (art. 9º, Ley de Energía Nuclear) y las variaciones sustanciales o modificaciones sustanciales en el sentido del art. 9º, apart. 1, frase 2, de la Ley de Energía Nuclear, como también la conservación de combustibles nucleares fuera de los depósitos del Estado (art. 6º, Ley de Energía Solar),
 3. la construcción, funcionamiento y la modificación de centrales térmicas que queman combustibles sólidos, líquidos y gaseosos y con una potencia térmica superior a los 300 megavatios,
 4. procedimientos de planificación para la construcción y el funcionamiento o la modificación de cables de alta tensión al aire libre que tienen una tensión nominal de más de ciento diez kilovoltios o más, cables a tierra con una tensión de más de ciento diez kilovoltios o gasoductos con un diámetro de más de trescientos milímetros como también la modificación de la traza de la línea,
 5. los procedimientos relativos a la construcción, funcionamiento y la modificación sustancial de instalaciones fijas destinadas a la incineración o a la desintegración térmica de residuos y que tienen una capacidad media anual (capacidad efectiva) de más de cien mil toneladas

y de instalaciones fijas dentro de las cuales los residuos aprobados por el art. 41 de la ley relativa al ciclo económico y a los residuos que son almacenados o puestos en depósito, en su totalidad o en parte,

6. la construcción, ampliación o la modificación y el funcionamiento de aeropuertos civiles y los terrenos de aterrizajes civiles con zona limitada de protección urbanística,
7. los procedimientos de planificación para la construcción o la modificación de nuevas líneas de tranvías, de trenes con sustento magnético y de ferrocarriles públicos, como también para la construcción o la modificación de estaciones de maniobras y de contenedores,
8. los procedimientos de planificación para la construcción o la modificación de rutas federales de larga distancia,
9. los procedimientos de planificación para la nueva construcción o la extensión de vías navegables federales.

²La primera frase es aplicable también a los litigios relativos a las autorizaciones que son otorgadas en lugar de una aprobación de una planificación, así como a los litigios derivados del conjunto de autorizaciones y permisos cuya obtención es necesaria para la planificación, incluso si ellas se refieren a instalaciones anexas que tengan una relación espacial y funcional con la planificación. ³Los *Länder* pueden prever por ley que el tribunal administrativo superior decida en primera instancia en los litigios concernientes al otorgamiento de la posesión en los casos señalados en la primera frase.

- (2) Además, el tribunal administrativo superior decide en primera instancia en los recursos contra las interdicciones de asociaciones dictadas por una autoridad administrativa superior del *Land* en virtud del art. 3º, apart. 2, nro. 1, de la Ley de Asociaciones (*Vereinsgesetz*) y contra las medidas dictadas en virtud del art. 8º, apart. 2, frase 1, de esta misma ley.

Artículo 49 [Decisiones de la Corte Federal Administrativa en vía de recurso]

La Corte Federal Administrativa decide sobre los siguientes recursos:

1. la casación contra las sentencias de tribunales administrativos superiores en virtud del art. 132,
2. la casación contra las sentencias de tribunales administrativos, en virtud de los arts. 134 y 135,
3. El recurso de queja (*Beschwerde*) intentada en virtud del art. 99, apart. 2, y del art. 133, apart. 1, de la presente ley, así como del art. 17a, apart. 4, frase 4, de la Ley sobre la Organización Judicial.

Artículo 50 [Competencia de la Corte Federal Administrativa en única instancia]

- (1) La Corte Federal Administrativa decide en primera y última instancia:
 1. sobre los litigios de derecho público de naturaleza no constitucional entre la Federación y los *Länder* y entre diferentes *Länder*,
 2. sobre acciones contra las interdicciones de asociación pronunciadas por el ministro federal del Interior en virtud del art. 3º, apart. 2, nro. 2, de la ley sobre asociaciones y contra las medidas dictadas en virtud del art. 8º, apart. 2, frase 1, de esta misma ley,
 3. sobre los litigios contra órdenes de deportación según el art. 58a de la ley de residencia y su ejecución,
 4. sobre las acciones basadas en la competencia del servicio federal de inteligencia,
 5. sobre las acciones contra medidas y decisiones en virtud del art. 44a de la ley de diputados y de las reglas de conducta para los miembros del Parlamento alemán (*Bundestag*),
 6. sobre todos los litigios que se refieren a los procedimientos de planificación y procedimientos de autorización de planes designados en la ley general de ferrocarriles, en

la ley federal de rutas de larga distancia, en la ley federal de vías navegables o la ley federal de planeamiento para trenes con sustento magnético.

- (2) (Derogado).
- (3) Si la Corte Federal Administrativa considera, en virtud del apart. 1, nro. 1, que un litigio tenga carácter de derecho constitucional, ella reenvía el asunto a la Corte Constitucional Federal para su decisión.

Artículo 51 [Ejecución de la prohibición de una asociación parcial]

- (1) Si se tiene que ejecutar la prohibición de la asociación total en vez de la prohibición de una asociación parcial, en virtud del art. 5º, apart. 2, de la ley sobre asociaciones, se deberá suspender el procedimiento relativo a una acción de esta asociación parcial contra la prohibición pronunciada contra ella hasta que se dicte la decisión sobre la acción interpuesta contra la prohibición de la asociación total.
- (2) En el caso previsto en el apart. 1, una decisión de la Corte Federal Administrativa vincula a los tribunales administrativos superiores.
- (3) La Corte Federal Administrativa informa a los tribunales administrativos superiores respecto de las acciones interpuestas por una asociación según el art. 50, apart. 1, nro. 2.

Artículo 52 [Competencia territorial del tribunal administrativo]

La competencia territorial se determina conforme a lo siguiente:

1. En los litigios concernientes a bienes inmuebles o a un derecho o a relaciones jurídicas ligados a un determinado lugar, es territorialmente competente el tribunal administrativo en cuya circunscripción está situado el bien o el lugar.
2. ¹ En el caso de una acción impugnatoria contra el acto administrativo emanado de una autoridad federal o de una corporación, de un establecimiento o de una fundación de de-

recho público, que dependen directamente de la Federación, es territorialmente competente el tribunal administrativo en cuya circunscripción la autoridad federal, la corporación, el establecimiento o la fundación tengan su sede, con excepción de las disposiciones contenidas en los aparts. 1 y 4.

² Esto se aplica igualmente a las acciones de imposición de dictar un acto administrativo en los casos previstos en la frase 1. ³ No obstante, en los litigios donde se aplica la ley sobre procedimiento de asilo, es competente territorialmente el tribunal administrativo en cuya circunscripción el extranjero debe permanecer según la ley sobre el procedimiento de asilo; si no resulta aplicable la competencia territorial, la misma será fijada conforme al nro. 3. ⁴ Para acciones contra la Federación en materias que recaen en la competencia de las representaciones diplomáticas y consulares de la República Federal Alemana en el extranjero, en cuya circunscripción el Gobierno Federal tiene su sede.

3. ¹ Para todas las cuestiones referidas a las acciones impugnatorias que no son las establecidas en los nros. 1 y 4, será competente territorialmente el tribunal administrativo en cuya circunscripción el acto administrativo ha sido emitido. ² Si el referido acto ha sido dictado por una autoridad administrativa cuya competencia abarca a varias circunscripciones de tribunales administrativos, es competente el tribunal administrativo en cuya circunscripción la persona agraviada tiene su sede o su residencia. ³ Si falta tal sede o residencia dentro del ámbito de competencia de la autoridad administrativa, se determina la competencia por las disposiciones contenidas en el nro. 5. ⁴ Sin embargo, para las acciones impugnatorias contra actos administrativos referidas a la autoridad central para la distribución de cupos de estudio establecidas por los *Länder*, el tribunal será competente territorialmente en cuya circunscripción la autoridad tiene su asiento. ⁵ Esta regla se aplica igualmente a las acciones de condena en los casos previstos por las frases 1, 2 y 4.

4. ¹ Para todas las acciones fundadas en una relación presente o pasada de funcionario, juez, servicio militar obligatorio o profesional o servicio civil de objetores de conciencia y para litigios que se refieren al establecimiento de tal relación es territorialmente competente el tribunal administrativo donde el demandante o el demandado tienen su residencia oficial o, por defecto, su residencia. ² Si el demandante o el demandado no tienen su residencia oficial o residencia alguna dentro del ámbito de competencia de la autoridad administrativa que ha emitido el acto administrativo original, será territorialmente competente el tribunal en cuya circunscripción la autoridad administrativa tiene su sede. ³ Las frases 1 y 2 se aplican por analogía para las acciones según el art. 79 de la ley reguladora de las relaciones jurídicas de las personas que caen en el ámbito del art. 131 de la Ley Fundamental.

En los restantes casos, es competente territorialmente el tribunal administrativo en cuya circunscripción el demandado tiene su sede, residencia o, por defecto, su permanencia o tuvo su última residencia o permanencia.

Artículo 53 [Determinación del tribunal competente por el tribunal superior]

- (1) El tribunal de grado inmediatamente superior determina el tribunal competente dentro de la Justicia Administrativa:
1. si el tribunal en principio competente no puede, en el caso específico, ejercer su jurisdicción en razón de un impedimento de derecho o de hecho,
 2. si, a causa de los límites territoriales de varias circunscripciones jurisdiccionales, no es posible determinar con certeza el tribunal competente que intervendrá en el litigio,
 3. si la jurisdicción está prevista por el art. 52 y que varios tribunales son conjuntamente competentes,
 4. si varios tribunales se declaran competentes por decisiones que tienen alcance de decisión firme,

5. si varios tribunales, en los cuales uno es competente para asumir el litigio, han declinado su competencia por decisión firme.
- (2) Si el art. 52 no permite determinar el tribunal territorialmente competente, la Corte Federal Administrativa decide el tribunal competente.
- (3) ¹ Cualquier parte en el litigio y todo tribunal comprendido en el litigio puede recurrir al tribunal de instancia superior o a la Corte Federal Administrativa. ² El tribunal requerido puede decidir sin audiencia oral.

TÍTULO II Procedimiento

SECCIÓN 7ª Disposiciones generales de procedimiento

Artículo 54 [Exclusión y recusación]

- (1) Los arts. 41 a 49 del Código de Procedimiento Civil son aplicables por analogía para la exclusión y recusación de las personas pertenecientes al servicio de justicia.
- (2) Está igualmente excluido del ejercicio de sus funciones el juez o el juez honorario que ha intervenido en el procedimiento administrativo anterior.
- (3) Se considera que existe sospecha de parcialidad en el sentido del art. 42 del Código de Procedimiento Civil si el juez o el juez honorario ha sido parte en la representación de una corporación cuyos intereses están afectados por el proceso.

Artículo 55 [Disposiciones aplicables por analogía]

Los arts. 169 y 171a a 198 de la Ley sobre la Organización Judicial, relativa a la publicidad, policía de la sesión, al idioma judicial, a la deliberación y al voto, son aplicables por analogía.

Artículo 55a [Presentación de documentos vía electrónica]

- (1) ¹ Las partes pueden remitir al tribunal documentos electrónicos en la medida en que ello esté admitido para el ámbito de competencia por reglamento del Gobierno Federal o de los gobiernos de los *Länder*. ² El reglamento determina el momento a partir del cual se pueden remitir dichos documentos electrónicos al tribunal como, asimismo, la forma y el modo en el cual deben ser remitidos dichos documentos. ³ Para los documentos que se equiparen a un escrito firmado deben contener una firma electrónica calificada según el art. 2º, nro. 3, de la Ley de Firmas Electrónicas. ⁴ Además de la firma calificada electrónica también se puede admitir otro procedimiento seguro que garantice la autenticidad e integridad de los documentos electrónicos remitidos. ⁵ Los gobiernos de los *Länder* pueden delegar la habilitación reglamentaria a las supremas autoridades de los *Länder* competentes para la Justicia Administrativa. ⁶ La admisión de la remisión electrónica puede ser limitada a tribunales o procesos particulares. ⁷ El reglamento del Gobierno Federal no requiere de la aprobación del Consejo Federal (*Bundesrat*).
- (2) ¹ Un documento electrónico se considera recibido en el tribunal cuando haya sido remitido de acuerdo con la forma y modo determinado por el reglamento enunciado en el apart. 1, frases 1 y 2, y si fue grabado por el dispositivo para la recepción. ² No se aplican las disposiciones de esta ley sobre el acompañamiento de copias para las demás partes. ³ Si el documento no cumple con los requisitos impuestos, el tribunal deberá comunicarlo sin demora al remitente con la indicación de las condiciones técnicas básicas vigentes.
- (3) En la medida en que el juez o el funcionario fedatario de la Secretaría Judicial prescriben la firma ológrafa, es suficiente para cumplir con esta forma la grabación como documento electrónico, si las personas responsables añaden su nombre y apellido y agregan al final del documento una

firma electrónica calificada con los requisitos establecidos en el art. 2º, nro. 3, de la Ley de Firmas Electrónicas.

Artículo 55b [Expedientes electrónicos]

- (1) ¹ Los expedientes procesales pueden ser llevados electrónicamente. ² El Gobierno Federal y el Gobierno de los Länder regulan para su ámbito respectivo a través de un reglamento el momento a partir del cual los expedientes procesales tienen que ser llevados en forma electrónica. ³ En el reglamento deberán ser indicadas las condiciones organizativas técnicas básicas para la formación, el elevamiento y el archivo de los expedientes electrónicos. ⁴ Los gobiernos de los *Länder* pueden delegar la habilitación a las supremas autoridades de los Länder competentes para la Justicia Administrativa. ⁵ La admisión del expediente electrónico puede ser limitada a tribunales y procesos particulares. ⁶ El reglamento del Gobierno Federal no requiere la aprobación del Consejo Federal (*Bundesrat*).
- (2) Documentos que no corresponden a la forma en la cual se lleva el expediente tienen que ser adaptados a la forma correspondiente y en ese formato tienen que ser agregados al expediente, en la medida en que el reglamento según el apart. 1 no indique lo contrario.
- (3) Los documentos originales deberán ser archivados al menos hasta que la terminación del proceso sea por decisión firme.
- (4) ¹ Si un documento presentado en forma escrita fue traspasado en un documento electrónico éste tiene que contener una indicación de dicho traspaso dentro del documento y cuándo y por quién el traspaso fue efectuado. ² Si un documento electrónico fue traspasado en forma escrita, la versión impresa debe contener la indicación de qué resultado arroja el examen de integridad del documento, a quién el examen de firma arroja como autor de la firma y en qué momento el examen de firma indica la efectuación de la firma.

- (5) Documentos producidos según el apart. 2 deberán servir como base del proceso en la medida en que no exista ningún motivo de duda razonable respecto a la concordancia con el documento presentado.

Artículo 56 [Notificación]

- (1) Las órdenes y decisiones por las cuales se inicia el cómputo de un plazo como asimismo la fijación de fechas y las citaciones deben ser notificadas, en caso de un pronunciamiento, sólo si una disposición expresamente lo disponga.
- (2) El planteo de oficio tiene lugar según las normas del proceso civil.
- (3) Aquel que no reside en el territorio nacional tiene que designar un mandatario de notificación a requerimiento.

Artículo 56a [Aviso público]

- (1) ¹ Si se exigen notificaciones iguales a más de 50 personas, el tribunal puede ordenar para el proceso ulterior la notificación por aviso público. ² Dicha resolución tiene que indicar en qué diarios los avisos tienen que ser publicados; se deben prever diarios que tengan difusión en el ámbito en el cual la decisión presumiblemente producirá efectos. ³ La resolución debe ser notificada a las partes. ⁴ Las partes tienen que ser advertidas de qué forma se notificarán las sucesivas resoluciones y cuándo se las tendrá por notificadas. ⁵ Dicha resolución es irrecurrible. ⁶ El tribunal puede revocar dicha resolución en cualquier momento; debe revocarla cuando los requisitos de la frase 1 no estaban o ya no están cumplidos.
- (2) ¹ El aviso público debe ser realizado mediante anuncio en la tabla del tribunal o por la colocación en un sistema informático electrónico que tiene acceso público en el tribunal y por publicación en el Boletín Oficial Electrónico del Gobierno Federal (*Elektronischer Bundesanzeiger*), así como en los diarios indicados por la resolución según el

apart. 1, frase 2. ² Además puede ser efectuado por un sistema de información y de comunicación determinado por el tribunal. ³ En caso de una decisión es suficiente el aviso público de la parte dispositiva del fallo y de la indicación de los recursos disponibles. ⁴ En vez del documento a notificar se puede avisar públicamente una comunicación en la cual se indica dónde el documento puede ser consultado. ⁵ La imposición de la fecha o de una citación debe ser avisada públicamente con el texto completo.

- (3) ¹ Al documento se lo considera notificado en aquel día en que hayan transcurrido dos semanas a contar del día de la publicación en el Boletín Oficial del Gobierno (*Bundesanzeiger*); esto tiene que ser advertido en cada publicación. ² Luego de la publicación del aviso público de la decisión, las partes pueden solicitar por escrito la expedición de una copia certificada; ello tiene que ser advertido igualmente en la publicación.

Artículo 57 [Cómputo del plazo]

- (1) El cómputo del plazo comienza, en la medida en que no exista otra disposición al respecto, con la notificación, o si ésta no está prescripta, con la comunicación o el pronunciamiento.
- (2) Para los plazos rigen las disposiciones de los arts. 222, 224, aparts. 2 y 3, arts. 225 y 226 del Código de Procedimiento Civil.

Artículo 58 [Comienzo del cómputo del plazo]

- (1) El cómputo del plazo para un recurso o de cualquier otro remedio se inicia cuando la parte fue informada por escrito o por vía electrónica sobre el remedio, la autoridad administrativa o el tribunal en los cuales deberá presentarse el remedio, sobre la sede y el plazo que debe ser observado.
- (2) ¹ Si dicha información no ha sido cumplida o ha sido realizada en forma incorrecta, la interposición del remedio sólo

será admisible si se interpone dentro del plazo de un año desde la notificación, comunicación o pronunciamiento del mismo, salvo que la interposición dentro del plazo de un año fue imposible por causa de fuerza mayor o fue efectuada una información por escrito o por vía electrónica en el sentido de que el remedio no fuere procedente. ²El art. 60, apart. 2, es aplicable por analogía para el caso de fuerza mayor.

Artículo 59 [Información obligatoria en caso de actos administrativos]

Si una autoridad administrativa federal emite un acto administrativo susceptible de impugnación, por escrito o por vía electrónica, éste debe ser acompañado por una explicación por la cual el interesado está informado sobre el remedio procedente contra el acto administrativo, sobre el órgano donde el remedio debe ser interpuesto y sobre el plazo.

Artículo 60 [Reposición al estado anterior]

- (1) Si alguien, sin culpa, estuviera impedido de cumplir el plazo legal, a su solicitud se deberá otorgar la reposición al estado anterior.
- (2) ¹ La demanda se deberá interponer dentro de las dos semanas después de haberse superado el impedimento; en el caso de haber incumplido el plazo para la fundamentación del recurso de apelación, de la demanda de admisión de la apelación, de la casación, del recurso de queja de no admisión o del recurso de queja, el plazo es de un mes. ² Los hechos para la fundamentación de la demanda deben ser alegados fehacientemente en el momento de la interposición o en el proceso sobre la demanda. ³ El acto jurídico omitido deberá ser suplido dentro del plazo de presentación de la demanda. ⁴ Si ello ha ocurrido se puede otorgar la reposición aun sin demanda.
- (3) La demanda de reposición es inadmisibile después de un año contado a partir del plazo incumplido, salvo que por fuer-

za mayor haya sido imposible la interposición de dicha demanda antes del cómputo del plazo de un año.

- (4) Sobre la demanda de reposición decide el mismo tribunal que debe conocer sobre el acto jurídico incumplido.
- (5) La reposición es irrecurrible.

Artículo 61 [Capacidad de ser parte]

Tienen capacidad para intervenir en un proceso:

1. las personas físicas y jurídicas,
2. las asociaciones en la medida en que les puede competir un derecho,
3. las autoridades administrativas en la medida en que el derecho de un *Land* lo dispone.

Artículo 62 [Capacidad procesal]

- (1) Tienen capacidad para realizar actos procesales:
 1. los que tienen capacidad para contratar según el derecho civil,
 2. los que según el derecho civil están limitados en su capacidad para obrar, en la medida en que están reconocidos capaces de contratar relativo al objeto del proceso por las disposiciones del derecho civil o público.
- (2) Si existiera una restricción al consentimiento según el art. 1903 del Código Civil por el objeto del proceso, un tutelado capaz para contratar sólo es capaz para la realización de actos procesales en tanto que, según las disposiciones del derecho civil, puede actuar sin consentimiento del tutor, o está reconocido capaz de obrar según la disposición del derecho público.
- (3) Las asociaciones así como las autoridades actúan a través de sus representantes legales y los consejos de dirección.
- (4) Arts. 53 hasta 58 del Código de Procedimiento Civil son aplicables por analogía.

Artículo 63 [Partes]

Son partes en el proceso

1. el demandante,
2. el demandado,
3. el tercero interesado (art. 65),
4. el representante del interés federal ante la Corte Federal Administrativa o el representante del interés público si hace uso de su facultad de participación.

Artículo 64 [Litisconsorcio]

Las disposiciones de los arts. 59 hasta 63 del Código de Procedimiento Civil relativos a litisconsorcio se aplicarán por analogía.

Artículo 65 [Invitación de terceros interesados]

- (1) Mientras que el proceso no haya terminado por decisión firme o todavía esté pendiente en una instancia superior, el tribunal puede de oficio, a solicitud de parte, invitar a terceros cuyos intereses estén afectados por la decisión.
- (2) Si los terceros participan en la relación jurídica litigiosa de manera que la decisión sólo puede ser tomada uniformemente también contra ellos deben ser invitados (invitación obligatoria —*notwendige Beiladung*—).
- (3) ¹ Si cabe considerar invitar según el apart. 2 a más de 50 personas, el tribunal puede ordenar por resolución que se invitan sólo a tales personas que lo demanden dentro de un plazo determinado. ² La resolución es irrecurrible. ³ Debe ser avisado en el Boletín Oficial Electrónico del Gobierno Federal (*Elektronischer Bundesanzeiger*). ⁴ Debe ser publicada además en diarios que estén difundidos en el ámbito en que la decisión presumiblemente tenga efectos. ⁵ El aviso puede ser efectuado además en un sistema de información y comunicación determinado para avisos por el tribunal. ⁶ El plazo tiene que ser de por lo menos tres meses desde el momento de su publicación en el Boletín Oficial Electrónico del Gobierno Federal (*Elektronischer Bundesanzeiger*). ⁷ En la publicación en los diarios se debe comu-

nicar el día del vencimiento del plazo. ⁸ Para la reposición al estado anterior, en el caso de incumplimiento del plazo, se aplica el art. 60 por analogía. ⁹ El tribunal debe invitar a personas que estén afectadas por la decisión en una medida especial también sin solicitud de parte.

- (4) ¹La resolución de invitación debe ser notificada a todas las partes. ²En ella deberá constar el estado de la causa y el fundamento de la invitación. ³La invitación es irrecurrible.

Artículo 66 [Derechos procesales de los terceros interesados]

¹ El tercero interesado puede dentro de las demandas de la parte hacer valer, en forma independiente, defensas y acciones y efectuar todos los actos jurídicos válidos. ² Demandas materialmente distintas solamente pueden ser interpuestas cuando se trata de un caso de invitación obligatoria del tercero.

Artículo 67 [Representación procesal]

- (1) Las partes pueden actuar por sí mismas en el litigio ante el tribunal administrativo.
- (2) ¹ Las partes pueden actuar representadas por un abogado o por un profesor de Derecho de una universidad alemana en el sentido de la Ley marco de Universidades con habilitación para ser juez. ² Por lo demás están habilitados para representar ante el tribunal administrativo solamente:
1. Los empleados de la parte o de un establecimiento (art. 15, Ley de las Sociedades Anónimas) que están vinculados con ella, autoridades administrativas y personas jurídicas de derecho público, inclusive las fusiones formadas en el desempeño de sus funciones públicas pueden hacerse representar por empleados de otras autoridades administrativas o de personas jurídicas de derecho público, inclusive las fusiones formadas en el desempeño de sus funciones públicas.
 2. Los familiares mayores de edad (art. 15, Código Impositivo, art. 11, Ley de Convivencia de Vida), personas

con habilitación para ser juez y litigantes, cuando la representación no forma parte de una actividad remunerada.

3. Asesores de impuestos (*Steuerberater*), gestores tributarios (*Steuerbevollmächtigte*), revisores de cuentas (*Wirtschaftsprüfer*) y contadores públicos juramentados, personas y asociaciones en el sentido del art. 3º, nro. 4, de la ley de Asesoramiento Tributario, así como sociedades en el sentido del art. 3º, nros. 2 y 3, de la ley de Asesoramiento Tributario que actúan a través de personas en el sentido del art. 3º, nro. 1, de la ley de Asesoramiento Tributario en asuntos impositivos.
4. Asociaciones profesionales de la agricultura para sus miembros.
5. Sindicatos y asociaciones de empleadores así como la agrupación de tales asociaciones para sus miembros o para otras asociaciones o agrupaciones con orientación comparable y sus miembros.
6. Asociaciones cuyas tareas estatutarias abarcan esencialmente la representación de intereses comunitarios, consultas y representación de destinatarios de beneficios según el derecho social de indemnización o de personas discapacitadas y que ofrecen bajo consideración de la naturaleza y alcance de su actividad así como del círculo de sus miembros, la garantía para una representación procesal competente para sus miembros en asuntos de beneficios para víctimas de guerra y del derecho de los discapacitados así como de los asuntos relacionados con ellos.
7. Personas jurídicas cuyas participaciones están todas en la propiedad económica en una de las organizaciones indicadas en los nros. 5 y 6, cuando la persona jurídica exclusivamente actúa para asesoramiento jurídico y representación procesal de esa organización y de sus miembros o de otras asociaciones o agrupaciones con una orientación similar y de sus miembros, en conformidad con sus estatutos y cuando la organización responde por los actos de sus apoderados.

³ Apoderados que no sean personas naturales actúan a través de sus órganos y con el representante procesal encargado para representar.

- (3) ¹ El tribunal rechaza apoderados que no están habilitados de conformidad con el apart. 2 por resolución irrecurrible. ² Actos procesales de un apoderado no habilitado y las notificaciones o comunicaciones a este apoderado son válidas hasta su rechazo. ³ El tribunal puede a los apoderados indicados en el apart. 2, frase 2, nro. 1, y a través de una resolución irrecurrible, prohibir la representación ulterior si no están en posición de describir en forma adecuada la relación litigiosa y circunstancial.
- (4) ¹ Ante la Corte Federal Administrativa y el tribunal administrativo superior las partes deben, salvo en el proceso de beneficio de litigar sin gastos, ser representadas por apoderados procesales. ² Esto también se aplica para actos procesales a través de los cuales se inicia un proceso ante la Corte Federal Administrativa o un tribunal administrativo superior. ³ Se admiten como apoderados sólo las personas indicadas en el apart. 2, frase 1. ⁴ Autoridades administrativas y personas jurídicas del derecho público inclusive las agrupaciones constituidas para el cumplimiento de sus funciones públicas pueden ser representadas por sus propios empleados con habilitación para ser juez de otras autoridades administrativas o personas jurídicas del derecho público inclusive las agrupaciones constituidas para el cumplimiento de sus funciones públicas. ⁵ Ante el tribunal administrativo superior también son admitidas como apoderados las personas y organizaciones indicados en el apart. 2, frases 3 a 7. ⁶ Una parte, que en conformidad con las frases 3 y 5 tiene derecho a representación, se puede representar sola.
- (5) ¹ Jueces no pueden presentarse ante el tribunal como apoderados a los cuales pertenecen. ² Jueces honorarios no pueden, salvo en los casos del apart. 2, frase 2, nro. 1, presentarse ante un órgano al cual pertenecen. ³ Apart. 3, frases 1 y 2, se aplican analógicamente.

- (6) ¹ El poder es acompañado por escrito en los expedientes del tribunal. ² Puede ser acompañado tardíamente, para ello el tribunal puede determinar un plazo. ³ La falta de poder puede ser alegada en cualquier momento del proceso. ⁴ El tribunal tiene que tomar en consideración de oficio una falta del poder, cuando no se presenta un abogado como apoderado. ⁵ Si se designó un apoderado todas las notificaciones o comunicaciones del tribunal deberán ser dirigidas a él.
- (7) ¹ En la audiencia las partes pueden comparecer con asistencia jurídica. ² Asistente jurídico puede ser quien sea competente como apoderado para representar en las audiencias del proceso en donde las partes pueden litigar por sí mismas. ³ El tribunal puede admitir a otras personas como asistentes jurídicos, cuando esto sea pertinente y exista la necesidad según las circunstancias de cada caso en particular. ⁴ Apart. 3, frases 1 y 3, y apart. 5, se aplican por analogía. ⁵ Lo presentado por el asesor jurídico vale como lo presentado por la parte, en cuanto no ha sido revocado o confirmado en forma inmediata.

SECCIÓN 8ª

Disposiciones especiales para la acción impugnatoria y de condena a dictar un acto

Artículo 68 [Procedimiento previo]

- (1) ¹ Antes de interponer una acción impugnatoria hay que revisar la legalidad y la oportunidad del acto en un procedimiento previo. ² Tal revisión no es necesaria cuando una ley así lo determine o cuando
1. el acto administrativo emanare de una autoridad suprema federal o de una autoridad suprema de un *Land* salvo que una ley prescriba la casación, o
 2. la resolución de remedio (*Abhilfebescheid*) o la resolución del recurso administrativo previo (*Widerspruchbescheid*) contiene por primera vez un agravio.

- (2) Para la acción de condena se aplica el apart. 1 por analogía, cuando la solicitud de emitir un acto administrativo fue denegada.

Artículo 69 [Interposición del recurso administrativo previo (*Widerspruch*)]

El procedimiento previo empieza con la interposición del recurso administrativo previo.

Artículo 70 [Forma y plazo del recurso]

- (1) ¹El recurso administrativo previo debe ser interpuesto dentro del mes luego de que el acto fuera notificado al agraviado, por escrito o por acta ante la autoridad administrativa que haya dictado el acto. ²El plazo también puede ser cumplido a través de la interposición del recurso administrativo previo ante la autoridad administrativa, que debe dictar resolución en dicho recurso.
- (2) Arts. 58 y 60, aparts. 1 hasta 4, son de aplicación por analogía.

Artículo 71 [Derecho a ser oído]

Si la anulación o la modificación de un acto administrativo en el procedimiento previo por vez primera produce un agravio, se debe escuchar al afectado antes de emitir la resolución del remedio (art. 72) o de la resolución del recurso administrativo previo.

Artículo 72 [Remedio a través de la autoridad administrativa]

Si la autoridad administrativa que ha dictado el acto considera que el recurso administrativo previo es fundado, remedia la situación y decide sobre los costes.

Artículo 73 [Decisión del recurso administrativo previo]

- (1) ¹ Si la autoridad administrativa no remedia la situación, se emite una decisión sobre el recurso administrativo previo por resolución. ² Esta resolución debe ser emitida por:
1. la autoridad administrativa superior inmediata mientras que la ley no determine otra autoridad superior,
 2. la autoridad administrativa que ha emitido el acto, si la autoridad administrativa inmediatamente superior es una autoridad federal suprema o una autoridad suprema de un *Land*,
 3. en asuntos de autogobierno la autoridad administrativa de autogobierno en la medida en que la ley no determine otra cosa.
- ³ Prescindiendo de la frase 2, nro. 1, la ley puede indicar que la autoridad administrativa que ha emitido el acto también es competente para emitir la decisión sobre el recurso administrativo previo.
- (2) ¹ Disposiciones en las cuales en el procedimiento previo del apart. 1, comisiones y consejos deciden en lugar de una autoridad administrativa quedan intactas. ² Las comisiones y consejos pueden, prescindiendo del apart. 1, nro. 1, ser establecidas en la autoridad administrativa que haya emitido el acto administrativo.
- (3) ¹ La decisión del recurso administrativo previo debe ser fundada, debe incluir la indicación del recurso que corresponda y debe ser notificada. ² Se notifica por oficio de acuerdo con lo que reglamenta la ley de notificación administrativa (*Verwaltungszustellungsgesetzes*). ³ La decisión del recurso administrativo previo también debe indicar quién asume los costos.

Artículo 74 [Plazo de la acción impugnatoria]

- (1) ¹ La acción impugnatoria deberá ser interpuesta dentro del mes de haber sido notificado el recurso administrativo previo. ² Si según el art. 68 no corresponde un recurso admi-

nistrativo previo se deberá interponer la acción dentro del mes de haber sido notificado el acto.

- (2) Para la acción de condena a dictar un acto rige el apart. 1 analógicamente, cuando se rechazó la solicitud de emitir el acto administrativo.

Artículo 75 [Acción por silencio de la autoridad administrativa]

¹ Si no se ha decidido sobre un recurso administrativo previo o sobre la solicitud de emitir un acto administrativo sin suficiente fundamentación en el plazo adecuado, se admite la acción prescindiendo del art. 68. ² La acción no puede ser interpuesta antes de que transcurran tres meses desde la interposición del recurso administrativo previo o la solicitud de emisión de un acto administrativo, salvo que por circunstancias particulares del caso se exija un plazo menor. ³ Si existiera un fundamento suficiente para que todavía no se hubiera resuelto el recurso administrativo previo o el acto solicitado todavía no ha sido emitido, el tribunal puede suspender el procedimiento hasta el transcurso de un plazo determinado por él, que puede ser prorrogado. ⁴ Si dentro de este plazo, establecido por el tribunal, se resolviera el recurso o se emitiera el acto se declara terminado el proceso principal.

Artículo 76 (Derogado).

Artículo 77 [Sustitución de disposiciones sobre procedimientos previos]

- (1) Todas las normas federales incluidas en otras leyes sobre procedimientos de recursos de reposición o de súplica quedan reemplazadas por esta sección.
- (2) Lo mismo rige para normas a nivel de los *Länder* para recursos de reposición o de súplica como requisito previo de la demanda ante la Justicia Administrativa.

Artículo 78 [Demandado]

- (1) La acción debe ser dirigida
 1. contra la Federación, el *Land* o la corporación, cuya autoridad administrativa emitiera el acto impugnado o que ha omitido dictar el acto administrativo solicitado; para designar al demandado alcanza con señalar la autoridad administrativa,
 2. en la medida en que el derecho del *Land* lo dispone, en contra de la misma autoridad administrativa que emitió el acto u omitió emitir el acto solicitado.
- (2) Cuando se ha dictado una resolución sobre un recurso administrativo previo que contiene por vez primera un agravio (*Beschwer*) (art. 68, apart. 1, frase 2, nro. 2) la autoridad administrativa en el sentido del apart. 1 es la autoridad administrativa que resuelve el recurso administrativo previo.

Artículo 79 [Objeto de la acción impugnatoria]

- (1) El objeto de la acción impugnatoria es
 1. el acto administrativo original, con su forma y contenido de la resolución del recurso administrativo previo,
 2. la resolución del remedio o la resolución sobre el recurso administrativo previo contiene por primera vez un agravio.
- (2) ¹La resolución sobre el recurso administrativo previo puede ser objeto único de la acción de impugnación y en la medida en que contiene un agravio separable adicional en relación con el acto administrativo original. ²Como agravio adicional también se considera la violación de un precepto procedimental esencial en la medida en que la decisión del recurso administrativo previo se fundamente en base a dicha violación. ³Art. 78, apart. 2, se aplica por analogía.

Artículo 80 [Efecto suspensivo]

- (1) ¹ El recurso administrativo previo y la acción impugnatoria tienen efecto suspensivo. ² Esto también rige para actos administrativos constitutivos y declarativos así como para actos administrativos con doble efecto (art. 80a).
- (2) ¹ El efecto suspensivo no corresponde en
1. la imposición de impuestos públicos y costes,
 2. órdenes y medidas improrrogables de oficiales de policía,
 3. otros casos previstos por ley federal o derecho de un *Land* mediante ley de un *Land*, en especial para recursos administrativos previos y acciones de terceros, contra actos administrativos que contemplen inversiones o la creación de puestos de trabajo,
 4. los casos en que la ejecución inmediata sea ordenada especialmente, por interés público o por un interés predominante de una parte de la autoridad administrativa que emitió el acto o que debe decidir sobre el recurso administrativo previo.
- ² Los *Länder* pueden determinar, también, los remedios que no contienen efectos suspensivos mientras se dirijan a medidas en el ámbito de la ejecución administrativa forzosa según el derecho federal.
- (3) ¹ En los casos del apart. 2, nro. 4, se debe fundamentar por escrito el especial interés en la ejecución inmediata del acto administrativo. ² No se requiere una fundamentación especial si la autoridad administrativa, en peligro inminente, particularmente en caso de amenaza de perjuicios para la vida, la salud o propiedad, toma preventivamente dicha medida de emergencia en base al interés público.
- 4) ¹ La autoridad administrativa que haya emitido el acto administrativo o debía decidir sobre el recurso administrativo previo puede, en los casos del apart. 2, suspender la ejecución en la medida en que las leyes federales no dispongan otra cosa. ² También puede suspender la ejecución como medida preventiva en caso de imposición de impues-

tos públicos o costes previa caución. ³La suspensión en casos de impuestos públicos y costos debe proceder si existen dudas serias en cuanto a la legalidad del acto administrativo atacado o cuando la ejecución del pago de los impuestos y/o costos tuviere consecuencias de rigor injustas que no son exigidas por intereses públicos predominantes.

- (5) ¹ A solicitud, el tribunal de la causa principal puede ordenar el efecto suspensivo en forma total o parcial en los casos del apart. 2, nros. 1 hasta 3, en el caso del apart. 2, nro. 4, puede reestablecerlo en forma total y parcial. ²La demanda es admisible aún antes de la interposición de la acción impugnatoria. ³ Si en el momento de la decisión el acto ya se encontrara ejecutado puede el tribunal ordenar la suspensión de la ejecución. ⁴El reestablecimiento al estado anterior del efecto suspensivo puede depender de un seguro de garantía o de otras obligaciones accesorias. ⁵ También puede ser estipulado un plazo.
- (6) ¹ En los casos del apart. 2, nro. 1, sólo es admisible la demanda según apart. 5 cuando la autoridad administrativa haya denegado total o parcialmente la solicitud de suspensión de la ejecución. ² Esto no rige cuando
1. la autoridad administrativa sin comunicar una motivación suficiente, dentro de un plazo razonable, no haya decidido sobre la solicitud, o
 2. amenace una ejecución forzosa.
- (7) ¹ El tribunal de la causa principal puede, en cualquier momento, modificar o revocar las demandas adoptadas según el apart. 5. ² Cada parte puede solicitar la modificación o la revocación, por cambio de circunstancias o por circunstancias que no ha hecho valer con anterioridad sin culpa en el proceso originario.
- (8) En casos urgentes puede decidir el presidente.

Artículo 80a [Acto administrativo con doble efecto]

- (1) Cuando un tercero interpone un remedio contra un acto administrativo dirigido a otra persona que lo beneficia puede la autoridad administrativa
 1. a solicitud del beneficiado según el art. 80, apart. 2, nro. 4, ordenar la inmediata ejecución,
 2. a solicitud de un tercero según el art. 80, apart. 4, suspender la ejecución y tomar medidas preventivas a fin de asegurar los derechos del tercero.
- (2) Cuando un afectado interpone un remedio por un acto administrativo que lo perjudica pero beneficia a un tercero, la autoridad administrativa puede a solicitud del tercero según el art. 80, apart. 2, nro. 4, ordenar la inmediata ejecución.
- (3) ¹ El tribunal puede, a solicitud, modificar o revocar las medidas de acuerdo con los aparts. 1 y 2 o adoptar dichas medidas. ² Art. 80, aparts. 5 hasta 8 se aplican por analogía.

Artículo 80b [Fin y permanencia del efecto suspensivo]

- (1) ¹ El efecto suspensivo del recurso administrativo previo y de la acción impugnatoria finaliza cuando el acto es irrecurrible o cuando la acción impugnatoria fuera denegada en primera instancia, después de haber transcurrido tres meses del plazo legal para la fundamentación del recurso procedente contra la decisión denegatoria. ² Esto también se aplica cuando la ejecución haya sido suspendida por la autoridad administrativa o que el efecto suspensivo haya sido instaurado u ordenado por el tribunal, a menos que la autoridad administrativa suspendiera la ejecución hasta que el acto sea irrecurrible.
- (2) El tribunal administrativo superior puede, a solicitud, ordenar la permanencia del efecto suspensivo.
- (3) Art. 80, aparts. 5 hasta 8, y art. 80a se aplican por analogía.

SECCIÓN 9ª

Procedimiento en primera instancia**Artículo 81 [Interposición de la acción]**

- (1) ¹ La acción debe ser interpuesta por escrito ante el tribunal. ² Ella puede ser interpuesta ante el tribunal administrativo también por acta ante el funcionario fedatario de la Secretaría Judicial.
- (2) De la acción y de toda su documentación, salvo lo dispuesto en el art. 55a, apart. 2, frase 2, se deberá acompañar copias para las demás partes.

Artículo 82 [Contenido del escrito de demanda]

- (1) ¹ La acción debe indicar al demandante, al demandado y el objeto de la demanda. ² Debe contener una petición determinada. ³ Los hechos y los medios de prueba para su fundamentación deben ser indicados acompañando, en original o en copia, el acto impugnado y la resolución del recurso administrativo previo.
- (2) ¹ Si la acción no cumple con las exigencias nombradas, el presidente o un juez determinado por él (el ponente) tiene que exigir al demandante que complete los documentos en un plazo determinado. ² Él puede indicar un plazo perentorio al demandante para completar los documentos, cuando falte uno de los requisitos mencionados en el apart. 1, frase 1. ³ El art. 60 se aplica por analogía para la reposición al estado anterior.

Artículo 83 [Decisión sobre la competencia en razón de la materia y del territorio]

¹ Se aplican por analogía los arts. 17 hasta 17b de la Ley sobre la Organización Judicial para la competencia en razón de la materia y del territorio. ² Las resoluciones dictadas conforme el art. 17a, apart. 2 y 3, de la Ley sobre la Organización Judicial, son irrecurribles.

Artículo 84 [Decisión por sentencia simplificada]

- (1) ¹ El tribunal puede decidir sin audiencia oral, a través de una sentencia simplificada (*Gerichtsbescheid*), cuándo el objeto no presenta dificultades especiales fácticas o jurídicas y el contenido haya sido aclarado. ² Las partes deben ser escuchadas con anterioridad. ³ Las disposiciones sobre sentencias se aplican por analogía.
- (2) Las partes pueden, dentro del mes de haber sido notificadas de la resolución judicial,
 1. apelar si es procedente (art. 124a),
 2. solicitar la admisión de la apelación o de la audiencia oral; si se utilizan ambos remedios una audiencia oral tiene lugar,
 3. interponer el recurso de casación si éste fuera admitido,
 4. interponer el recurso de queja de no admisión o solicitar audiencia oral, cuando haya sido declarado inadmisibles el recurso de casación, si se utilizan ambos remedios tendrá lugar la audiencia oral,
 5. solicitar audiencia oral si un recurso no es procedente.
- (3) La sentencia simplificada tiene los efectos de una sentencia; si se solicita en plazo audiencia oral queda como no dictada.
- (4) Si se solicita audiencia oral el tribunal puede prescindir en la sentencia de la enunciación de los hechos y de los fundamentos de la decisión, en la medida en que sigue la fundamentación de la sentencia simplificada y que lo haga constar en su decisión.

Artículo 85 [Notificación de la acción]

¹ El presidente ordena la notificación de la acción al demandado. ² Junto con la notificación se debe solicitar al demandado que conteste por escrito; el art. 81, apart. 1, frase 2, se aplica por analogía. ³ Para ello se puede establecer un plazo.

Artículo 86 [Principio instructorio]

- (1) ¹ El tribunal, de oficio, investigará los hechos; tiene que dar participación a las partes. ² El tribunal no está vinculado con las alegaciones y las presentaciones de prueba de las partes.
- (2) Una prueba que fuera presentada en audiencia oral solamente puede ser rechazada por resolución fundada del tribunal.
- (3) El presidente debe procurar que se remedien los errores formales, se aclaren las demandas vagas, se formulen demandas pertinentes, se completen datos fácticos insuficientes y que se realicen todas las alegaciones esenciales para la comprobación y valoración de los hechos.
- (4) ¹ Las partes deberán presentar escritos para la preparación de la audiencia oral. ² Para ello, el presidente puede convocarlas a tal fin en un plazo perentorio. ³ Los escritos deberán ser enviados a las partes de oficio.
- (5) ¹ A los escritos se acompañarán los documentos o los documentos electrónicos a que se hace referencia, en original o copia, completa o en extractos. ² Si los documentos son de conocimiento de la contraparte o muy abundantes, es suficiente su indicación exacta acompañada del ofrecimiento de otorgar acceso en el tribunal.

Artículo 87 [Disposiciones preparatorias]

- (1) ¹ El presidente o el ponente deberá, antes de la audiencia oral, disponer de todas las medidas necesarias para concluir el litigio, de ser posible, en una sola audiencia oral. ² Él puede especialmente
 1. citar a las partes a fin de discutir el contenido y el estado del litigio y para terminar el litigio a través de una conciliación y documentar un arreglo judicial,
 2. proponer a las partes la complementación o la explicación de sus escritos preparatorios, la presentación de los documentos, la transmisión de los documentos electrónicos y la presentación de otros objetos idóneos para la presentación en el tribunal, especialmente imponer

un plazo para la aclaración de determinados puntos vagos,

3. reunir información,
 4. disponer la presentación de documentos o el envío de la transmisión de documentos electrónicos,
 5. disponer la presentación personal de las partes; art. 95 se aplica por analogía,
 6. citar testigos y peritos a la audiencia oral.
- (2) Todas las medidas deben ser comunicada a las partes.
- (3) ¹ El presidente o el ponente puede procurar pruebas individuales. ² Esto puede ocurrir siempre que simplifique el proceso y que es de suponer desde el inicio que el tribunal pueda valorar adecuadamente el resultado de las pruebas, también sin una impresión inmediata de la producción de pruebas.

Artículo 87a [Procedimiento preparatorio]

- (1) El presidente decide en caso de que la decisión tenga lugar en el procedimiento previo,
 1. sobre la suspensión y la paralización del procedimiento,
 2. en caso de desistimiento de la acción, renuncia al derecho invocado o allanamiento de la acción, también sobre la demanda del beneficio de litigar sin gastos,
 3. en caso de conclusión anticipada del litigio en la causa principal, también sobre la demanda del beneficio de litigar sin gastos,
 4. sobre la cuantía del proceso,
 5. sobre costes,
 6. sobre la citación de terceros.
- (2) Con consentimiento de las partes el presidente también puede decidir en lugar de la Cámara o de la sala respectiva.
- (3) Si se ha designado un ponente deberá decidir éste en lugar del presidente.

Artículo 87b [Rechazo de alegación tardía]

- (1) ¹ El presidente o el ponente puede imponerle al demandante un plazo para alegar hechos respecto de las cuestiones consideradas o no consideradas en el procedimiento administrativo que lo perjudiquen. ² La imposición de plazos conforme la frase 1 puede ser vinculada con la imposición de un plazo según art. 82, apart. 2, frase 2.
- (2) El presidente o el ponente puede, referente a determinados sucesos, imponer a una parte, determinado plazo
1. para alegar hechos o indicar medios de prueba,
 2. para presentar documentos u otros bienes muebles así como transmitir documentos electrónicos en la medida en que la parte tiene obligación de hacerlo.
- (3) ¹ El tribunal puede rechazar alegaciones y medios de prueba que fueran presentados fuera de término según los aparts. 1 y 2 y decidir sin más investigaciones cuando
1. su admisión según la libre convicción del tribunal entorpeciera la finalización del litigio, y
 2. la parte no justificara suficientemente el retraso, y
 3. la parte hubiera sido informada sobre las consecuencias del incumplimiento del plazo.
- ² El fundamento de la justificación deberá ser acreditado a petición del tribunal. ³ La frase 1 no es aplicable cuando con escasos esfuerzos también es factible investigar los hechos sin la colaboración de la parte.

Artículo 88 [*Ultra petita*]

El tribunal no puede decidir más allá de lo pretendido en la acción pero no está vinculado con la formulación de las demandas.

Artículo 89 [Reconvención]

- (1) ¹ En el tribunal donde tramita la acción puede ser presentada su reconvención cuando la contrapetensión está relacionada con la pretensión alegada en la acción o con los medios de defensa alegados contra ella. ² Esto no es apli-

cable, si en los casos del art. 52, nro. 1, es competente otro tribunal para la acción de contrapretensión.

- (2) En los casos acción impugnatoria y de condena a dictar un acto, la reconvención es improcedente.

Artículo 90 [Litispendencia]

- (1) La litispendencia se produce con la presentación de la acción.

Artículo 91 [Modificación de la acción]

- (1) Una modificación de la acción es admisible cuando las restantes partes consientan la misma o el tribunal encuentre la modificación pertinente.
- (2) El consentimiento de los demandados en la modificación de la acción ha de ser aceptado si en un escrito o en audiencia oral el demandado ha contestado la acción modificada sin oponerse a ella.
- (3) La decisión de que no exista una modificación de la acción o no es admisible no se puede recurrir independientemente.

Artículo 92 [Desistimiento]

- (1) ¹ El demandante puede, hasta que no haya quedado firme la sentencia, desistir de la acción. ² El desistimiento después de haber presentado las demandas en la audiencia oral presupone el consentimiento del demandado e igualmente del representante del interés público, si éste ha participado en la audiencia oral. ³ El consentimiento se presupone cuando, dentro de las dos semanas de haber sido notificado del escrito de desistimiento, no se lo contradice; el tribunal tiene que señalar esta consecuencia.
- (2) ¹ La acción se presupone desistida si el demandante, a pesar del requerimiento del tribunal, no impulsa el proceso por más de dos meses seguidos. ² Apart. 1, frases 2 y 3, se aplican por analogía. ³ En el requerimiento se le deberá

aclarar al demandante las consecuencias legales según frase 1 y art. 155, apart. 2. ⁴El tribunal declara por resolución que la acción se considera desistida.

- (3) ¹Si se desistió de la acción o si se la considera desistida, el tribunal la archiva por resolución y declara las consecuencias legales de dicho desistimiento que se derivan de esta ley. ²La resolución es irrecurrible.

Artículo 93 [Acumulación y separación de procesos]

¹El tribunal puede a través de una resolución, acumular varios procesos con idéntico objeto y que tramitan ante su sede en un juicio y una decisión común y luego volver a separarlos. ²Puede ordenar que varias pretensiones de una misma acción tramiten por procesos separados y que se resuelvan por separado.

Artículo 93a [Proceso modelo (*Musterverfahren*)]

- (1) ¹Si la legalidad de una medida administrativa es objeto de más de veinte procesos, el tribunal puede sustanciar uno o más procesos aptos y suspender los restantes (*Musterverfahren*). ²Las partes deben ser oídas con anterioridad. ³La resolución es irrecurrible.
- (2) ¹Cuando sobre los procesos sustanciados se haya resuelto con decisión firme, el tribunal puede, después de la audiencia de las partes, resolver los procesos suspendidos, si el tribunal opina unánimemente que los litigios comparados con los procesos modelos firmes no tienen particularidades esenciales fácticas o jurídicas y que los hechos están aclarados. ²El tribunal puede introducir las pruebas producidas en un proceso modelo; puede ordenar, según su discrecionalidad, repetir la declaración de un testigo o la nueva pericia por el mismo u otro perito. ³El tribunal puede rechazar presentaciones de pruebas sobre hechos sobre los que en el proceso modelo ya han sido producidos si su admisión, según su libre convicción, no contribuye a la comprobación de hechos nuevos relevantes para la decisión y demorarían la finalización del proceso. ⁴El rechazo pue-

de ser declarado en la decisión según frase 1. ⁵ Corresponde, a las partes, en contra de la resolución de la frase 1, el recurso que sería admisible cuando el tribunal hubiera decidido por sentencia. ⁶ Se le debe informar sobre los recursos a las partes.

Artículo 94 [Suspensión del proceso]

El tribunal puede, si la decisión del litigio depende total o parcialmente de la existencia o inexistencia de una relación jurídica que conforma el objeto de otro litigio pendiente o que debe ser constatado por la autoridad administrativa, ordenar que el proceso sea suspendido hasta la finalización del otro litigio o hasta la decisión de la autoridad administrativa.

Artículo 95 [Comparecencia personal]

- (1) ¹ El tribunal puede ordenar la comparecencia personal de una parte. ² En caso de incomparecencia puede advertir bajo apercibimiento de multa de coacción similar al de la no comparecencia de un testigo a una audiencia. ³ En el caso de incomparecencia culposa el tribunal fija por resolución la multa advertida. ⁴ La advertencia y la fijación de multa pueden reiterarse.
- (2) Si la parte es una persona jurídica o una asociación se debe advertir y fijar la multa de coacción al representante legal según la ley o el estatuto.
- (3) El tribunal puede solicitar que una corporación de derecho público o una autoridad administrativa participante envíe un funcionario o un empleado a la audiencia oral que debe acompañar en forma escrita la acreditación de su representación y estar suficientemente informado sobre la situación jurídica y fáctica.

Artículo 96 [Obtención de pruebas]

- (1) ¹ El tribunal producirá pruebas en la audiencia oral. ² Puede específicamente efectuar inspecciones oculares, interrogar testigos, peritos y partes y solicitar documentos.

- (2) El tribunal puede en los casos pertinentes antes de la audiencia oral, a través de uno de sus miembros como juez por mandato producir prueba o requerir a otro tribunal la producción de prueba.

Artículo 97 [Términos probatorios]

¹ Las partes serán informadas de todos los términos probatorios y pueden estar presentes en la producción de la prueba. ² Pueden efectuar preguntas pertinentes a testigos y peritos. ³ Si una pregunta es objetada decide el tribunal.

Artículo 98 [Obtención de la prueba]

En tanto la ley no dispone lo contrario se aplican por analogía para la producción de prueba los arts. 358 hasta 444 y 450 hasta 494 del Código de Procedimiento Civil.

Artículo 99 [Obligación de dar vista e informes por parte de la autoridad administrativa]

- (1) ¹ Las autoridades administrativas están obligadas a presentar documentos o expedientes y a transmitir documentos electrónicos y a dar informaciones. ² Si el conocimiento del contenido de estos documentos, expedientes, documentos electrónicos o de estas informaciones produjera perjuicio al interés general de la Federación o de un *Land* o si según una ley o por razón de su carácter dichos hechos deben mantenerse en secreto, la autoridad administrativa de control última competente puede negarse a presentar los documentos o expedientes, la transmisión de los documentos electrónicos y a dar informaciones.
- (2) ¹ A solicitud de una parte el tribunal administrativo superior sin audiencia oral puede declarar a través de una resolución, si el rechazo de la presentación de los documentos o de los expedientes, de la transmisión de los documentos electrónicos o la entrega de informaciones es lícito. ² En caso de que la autoridad administrativa federal última rechace la presentación, transmisión o información con el fundamento de que el conocimiento del contenido de los

documentos, de los expedientes, o de las informaciones produce perjuicio al interés general de la Federación, decide el tribunal administrativo federal; lo mismo se aplica cuando el tribunal administrativo federal según el art. 50 es competente para la causa principal. ³ La demanda debe ser presentada ante el tribunal competente de la causa principal. ⁴ Éste entrega la demanda y los expedientes de la causa principal según el art. 189 al órgano competente. ⁵ La autoridad administrativa última de control a requerimiento de este órgano tiene que presentar los documentos o los expedientes o la transmisión de los documentos electrónicos o la información denegada según apart. 1, frase 2. ⁶ Ella debe ser invitada a este procedimiento. ⁷ El procedimiento está sujeto a las normas que rigen la protección material de secretos. ⁸ Si no se puede cumplir con éstas o si la autoridad administrativa competente de control hace valer que existen motivos específicos para el mantenimiento del secreto o de la protección del secreto en cuanto a la entrega de los documentos o de los expedientes o de la transmisión de los documentos electrónicos al tribunal, se efectuará la presentación o la transmisión según frase 5, de tal manera que los documentos, expedientes o documentos electrónicos se pongan a disposición del tribunal en locales que están destinados por la autoridad administrativa última de control. ⁹ Para los expedientes y documentos electrónicos presentados según frase 5 y para los fundamentos particulares alegados según frase 8 no es aplicable el art. 100. ¹⁰ Los miembros del tribunal están obligados a guardar secreto; los fundamentos de la decisión no deberán hacer reconocible la forma y el contenido de los documentos, expedientes, documentos electrónicos e informaciones mantenidos secretos. ¹¹ Para el personal que no ejerce la función de juez rigen las normas de protección de los secretos personales. ¹² En cuanto la Corte Federal Administrativa no haya decidido se puede apelar la resolución con un recurso en forma independiente. ¹³ Sobre el recurso de queja en contra de la resolución del tribunal administrativo superior

decide la Corte Federal Administrativa. ¹⁴ Para el procedimiento del recurso de queja rigen las frases 4 a 11 por analogía.

Artículo 100 [Acceso a los expedientes]

- (1) Las partes pueden tener acceso a los expedientes del tribunal y a los expedientes presentados ante el tribunal.
- (2) ¹ Las partes pueden a su cargo solicitar la expedición a través de la Secretaría Judicial de ejemplares, extractos, impresiones y copias de documentos. ² Según discrecionalidad del presidente puede permitirse a la persona apoderada según el art. 67, apart. 2, frase 2, nros. 3 a 6, llevar los expedientes a su domicilio real o legal, el acceso electrónico o la transmisión electrónica del contenido de los expedientes. ³ Art. 87a, apart. 3, se aplica por analogía. ⁴ En el caso del acceso electrónico al contenido de los expedientes se debe asegurar que solamente la persona apoderada según el art. 67, apart. 2, frase 2, nros. 3 a 6, sea la que tenga acceso. ⁵ Para la transmisión de documentos electrónicos se deberá consignar la totalidad de los documentos con una firma electrónica calificada según el arts. 2, nro. 3, de la ley de firmas electrónicas y proteger contra un conocimiento no autorizado.
- (3) A los proyectos de sentencias, resoluciones, providencias y los trabajos de preparación y los documentos que se refieren a votaciones no se otorga el acceso a los expedientes según los aparts. 1 y 2.

Artículo 101 [Principio de oralidad]

- (1) El tribunal decide, salvo que no haya ninguna otra disposición, en base a la audiencia oral.
- (2) Con el consentimiento de las partes el tribunal puede decidir sin audiencia oral.
- (3) Decisiones del tribunal que no son sentencias pueden ser emitidas sin audiencia oral mientras que no haya ninguna otra disposición.

Artículo 102 [Citación]

- (1) ¹ En cuanto se fije la fecha de la audiencia oral, se deberá citar a las partes con una antelación no menor a dos semanas, en la Corte Federal Administrativa este plazo se extiende a por lo menos cuatro semanas. ² En casos urgentes el presidente puede acortar el plazo.
- (2) En la citación se deberá indicar que, en caso de incomparecencia de una de las partes, también se podrá efectuar la audiencia y decidir sin ella.
- (3) Los tribunales de la Justicia Administrativa pueden sesionar también fuera de su sede, si ello es necesario para la conclusión pertinente del caso.
- (4) Art. 227, apart. 3, frase 1, del Código de Procedimiento Civil, no se aplica.

Artículo 103 [Desarrollo del juicio]

- (1) El presidente abre y conduce la audiencia oral.
- (2) Luego de indicar el asunto a tratar, el presidente o el ponente expone el contenido esencial de los expedientes.
- (3) Después de ello, se le concede la palabra a las partes para que ellas presenten sus demandas y las fundamenten.

Artículo 104 [Obligación judicial de cuestionar y aclarar]

- (1) El presidente, con las partes, debate jurídica y fácticamente el objeto del litigio.
- (2) ¹ El presidente tiene que permitir que cualquier miembro del tribunal, a petición, pueda efectuar preguntas. ² Si se objeta una pregunta decide el tribunal.
- (3) ¹ Después del debate del litigio el presidente declara la audiencia oral concluida. ² El tribunal puede decidir la reapertura de la audiencia oral.

Artículo 105 [Levantamiento de acta]

Para el levantamiento del acta se aplican los arts. 159 a 165 del Código de Procedimiento Civil por analogía.

Artículo 106 [Conciliación]

¹ Para concluir el litigio en forma parcial o total las partes pueden levantar un acta de conciliación ante el tribunal o el juez por mandato o del juez requerido a tal fin, en la medida en que puedan disponer del objeto de la conciliación. ² Una conciliación judicial también puede ser concluida a través de una propuesta del tribunal, del presidente o del ponente, emitida en forma de resolución, que las partes aceptan en forma escrita ante el tribunal.

SECCIÓN 10ª

Sentencias y otras decisiones**Artículo 107 [Sentencia]**

La acción, en la medida en que no se haya regulado de otra forma, se decidirá por sentencia.

Artículo 108 [Fundamentos de la sentencia]

- (1) ¹ El tribunal decidirá según su libre convicción formada por el resultado íntegro del proceso. ² En la sentencia se indicarán los fundamentos que produjeron la convicción judicial.
- (2) La sentencia solamente se podrá fundamentar en base a los hechos y resultados probatorios conforme a los cuales las partes hayan podido pronunciarse.

Artículo 109 [Sentencia incidental]

Sobre la admisión de la acción solamente se puede decidir a través de una sentencia incidental.

Artículo 110 [Sentencia parcial]

Si sólo una parte del objeto del litigio está en condiciones de ser decidida, el tribunal puede expedirse a través de una sentencia parcial.

Artículo 111 [Sentencia incidental sobre los fundamentos]

¹ Si en una acción de prestación (*Leistungsklage*) se cuestiona la cuantía y los fundamentos, el tribunal puede, a través de una sentencia incidental, decidir sobre el fundamento por adelantado. ² El tribunal puede, si la demanda es declarada fundada, ordenar que se litigue sobre la cuantía.

Artículo 112 [Jueces participantes en el dictado de la sentencia]

La sentencia solamente puede ser dictada por jueces y jueces honorarios que hayan participado en el debate en el cual se basa la sentencia.

Artículo 113 [Contenido de la sentencia]

- (1) ¹ En tanto el acto administrativo es ilícito y ello haya lesionado los derechos del demandante, el tribunal anulará el acto administrativo y la eventual decisión del recurso administrativo previo. ² Si el acto administrativo fue ya ejecutado, el tribunal a solicitud puede expedir también qué y cómo la autoridad administrativa deberá retrotraer la ejecución. ³ Esta decisión solamente es admisible cuando la autoridad administrativa esté capacitada para hacerlo y esta cuestión esté en condiciones de ser decidida. ⁴ Si el acto administrativo mediante la anulación o de otra manera no tiene más efectos, el tribunal puede a través de una sentencia, a solicitud, declarar que el acto ha sido ilícito si el demandante tiene un interés legítimo en esa declaración.
- (2) ¹ Si el demandante pretende la modificación de un acto administrativo, que fija un importe pecuniario o que contiene una declaración al respecto, el tribunal puede variar el importe o sustituir la declaración por otra. ² Si el examen del importe a fijar o a declarar exige un dispendio insignificante, el tribunal puede determinar la modificación del acto administrativo mediante la indicación de las condicio-

nes fácticas o jurídicas que injustamente han sido consideradas o no consideradas, de tal manera que permita a la autoridad administrativa calcular el importe en base a esa decisión. ³ La autoridad administrativa informa a las partes inmediatamente, sin más trámite e informalmente, el resultado del nuevo cálculo; luego de que haya quedado firme la sentencia se deberá comunicar nuevamente el acto administrativo con el contenido modificado.

- (3) ¹ Si el tribunal considera necesaria otra aclaración puede, sin tener que decidir sobre el fondo del asunto, anular el acto administrativo y la decisión del recurso administrativo previo en tanto que las investigaciones todavía necesarias en su forma y alcance sean trascendentes y la anulación sea pertinente teniendo también en consideración los intereses de las partes. ² A solicitud puede el tribunal dictar una medida cautelar hasta el dictado del nuevo acto administrativo, puede especialmente disponer que se denegar garantías o que éstas permanezcan total o parcialmente o que las prestaciones no deban ser devueltas momentáneamente. ³ La resolución puede ser modificada o revocada en cualquier momento. ⁴ Una decisión según la frase 1 solamente puede ser dictada dentro de los seis meses desde la entrada de los expedientes de la autoridad administrativa en el tribunal.
- (4) Si se puede solicitar una prestación, además de la anulación del acto administrativo, es admisible la condena a la prestación en el mismo proceso.
- (5) ¹ Si la denegación u omisión de un acto administrativo es ilícita y ello ha lesionado los derechos del demandante, el tribunal, cuando el asunto está en condiciones de ser decidido, deberá declarar la obligación de la autoridad administrativa de ejecutar la actuación administrativa solicitada. ² En caso contrario, declarará la obligación de responder al demandante bajo la consideración de la interpretación jurídica del tribunal.

Artículo 114 [Control de discrecionalidad]

¹ En tanto que la autoridad administrativa está facultada a actuar discrecionalmente el tribunal debe revisar también si el acto administrativo o la denegación o la omisión del acto administrativo es ilícito, en base a que se excedieron los límites del poder discrecional o el poder discrecional no ha sido ejercido de una manera que corresponde a la finalidad de la autorización. ² La autoridad administrativa puede adicionar consideraciones discrecionales con respecto al acto administrativo aun todavía en el proceso ante la Justicia Administrativa.

Artículo 115 [Demandas contra la decisión del recurso administrativo previo]

Los arts. 113 y 114 se aplican por analogía, cuando según el art. 79, apart. 1, nro. 2, y apart. 2, la decisión del recurso administrativo previo es objeto de la acción impugnatoria.

Artículo 116 [Publicidad y notificación de la sentencia]

- (1) ¹ La sentencia se publicará cuando haya habido una audiencia oral, generalmente cuando finaliza la audiencia oral, en casos especiales en un plazo establecido en forma inmediata que no debe pasar las dos semanas. ² La sentencia debe ser notificada a las partes.
- (2) En vez de la publicidad es admisible la notificación de la sentencia; la sentencia entonces debe estar a disposición en la Secretaría Judicial dentro de las dos semanas luego de la audiencia oral.
- (3) Si el tribunal decide sin audiencia oral, se reemplaza la publicidad por la notificación a las partes.

Artículo 117 [Forma y contenido de la sentencia]

- (1) ¹ La sentencia se expide “En nombre del pueblo”. ² Será redactada en forma escrita y firmada por los jueces que hayan participado en la decisión. ³ Si un juez está impedido de firmarla, el presidente dejará constancia o si éste está

impedido por el juez más antiguo, indicándose la causa del impedimento al final de la sentencia. ⁴No es necesaria la firma de los jueces honorarios.

- (2) La sentencia debe contener
1. la designación de las partes, sus representantes legales y los apoderados con el nombre, profesión, domicilio y posición en el proceso,
 2. la designación del tribunal y los nombres de los miembros que participaron en la decisión,
 3. la parte dispositiva de la sentencia,
 4. los hechos,
 5. los fundamentos de la decisión,
 6. la indicación de los recursos que correspondan.
- (3) ¹ Los hechos de las demandas presentadas deberán describirse señalando los puntos esenciales del litigio. ² Las especificaciones se remitirán en escritos, protocolos u otros documentos aparte, en tanto que de ellos surja suficientemente el estado de los hechos y de la causa.
- (4) ¹ Una sentencia que en su publicación no haya estado dictada en forma completa, deberá ser puesta a disposición en la secretaría judicial dentro del plazo de dos semanas desde el momento de la publicación. ² Si esto no puede ser efectuado excepcionalmente, la sentencia firmada por los jueces sin los hechos, fundamentos e indicación de los recursos que correspondan deberá ser entregada en la Secretaría Judicial; los hechos, fundamentos e indicación de los recursos que correspondan deberán ser puestos luego a disposición lo antes posible, deberá ser firmada nuevamente por los jueces y entregados en la Secretaría Judicial.
- (5) El tribunal puede desistir de otra exposición de los fundamentos en tanto que se remita a la fundamentación del acto administrativo y del recurso administrativo previo lo hace constar en su decisión.
- (6) ¹ El funcionario fedatario de la Secretaría Judicial tiene que señalar el día de la notificación y en el caso del art. 116, apart. 1, frase 1, señalar el día de la publicación y firmar

dicha indicación. ² Si los expedientes se han llevado en forma electrónica el funcionario fedatario de la Secretaría Judicial tiene que guardar la indicación en un documento especial. ³ El documento se anexará en forma inseparable con la sentencia.

Artículo 118 [Rectificación de errores manifiestos]

- (1) Errores de ortografía, de cálculo y otros errores manifiestos semejantes en la sentencia serán rectificadas en todo momento.
- (2) ¹ Sobre la rectificación se puede decidir sin audiencia oral previa. ² La decisión de rectificación se mencionará en la sentencia y en las copias. ³ Si la sentencia fue dictada en forma electrónica, la resolución deberá dictarse también en forma electrónica y se anexará inseparablemente a la sentencia.

Artículo 119 [Rectificación de los hechos]

- (1) Si los hechos de la sentencia contienen otras inexactitudes y vaguedades se puede solicitar su rectificación dentro de las dos semanas de haber sido notificada la sentencia.
- (2) ¹ El tribunal decide por resolución sin presentación de prueba. ² Dicha resolución es irrecurrible. ³ En la decisión solamente intervienen aquellos jueces que hayan intervenido en la sentencia. ⁴ Si uno de los jueces está impedido desempata el voto del presidente. ⁵ La resolución de rectificación se señala en la sentencia y sus copias. ⁶ Si la sentencia se dictó en forma electrónica, la resolución deberá dictarse también en forma electrónica y se anexará inseparablemente a la sentencia.

Artículo 120 [Sentencia complementaria]

- (1) Si se ha omitido en forma parcial o total una petición de acuerdo con los hechos presentados de una de las partes o sus costes, se deberá, a solicitud de la parte, complementar la sentencia a través de una decisión posterior.

- (2) La decisión debe ser solicitada dentro de las dos semanas de notificada la sentencia.
- (3) La audiencia oral tendrá como objeto único la parte no resuelta del litigio.

Artículo 121 [Sentencia firme]

Las sentencias firmes tienen efecto vinculante en cuanto se haya decidido sobre su objeto,

1. a las partes y sus sucesores legales y
2. en el caso del art. 65, apart. 3, a las personas que no hayan presentado una petición de intervenir como terceros o en el plazo establecido en la citación.

Artículo 122 [Resoluciones]

- (1) Los arts. 88, 108, apart. 1, frase 1, 118, 119 y 120, se aplican por analogía para las resoluciones.
- (2) ¹ Las resoluciones deben ser fundadas, cuando pueden ser impugnadas por recurso o deciden sobre remedios. ² Las resoluciones sobre la suspensión de la ejecución (arts. 80, 80a) y sobre medidas cautelares (art. 123) así como las resoluciones después de la conclusión anticipada del litigio en la causa principal (art. 161, apart. 2) siempre deben fundamentarse. ³ Las resoluciones que deciden sobre un recurso no requieren de otra fundamentación ni necesitan de otra motivación en cuanto rechazan el recurso por infundado.

SECCIÓN 11^a **Medidas cautelares**

Artículo 123 [Objeto y procedimiento]

- (1) ¹ A solicitud el tribunal puede, aun antes de la interposición de la acción, dictar una medida cautelar en cuanto al

objeto del litigio cuando exista peligro que por cambio de la situación existente se frustre o se dificulte esencialmente la realización de un derecho del demandante. ² Medidas cautelares también son admisibles para regular una situación provisoria respecto de la relación jurídica del litigio, cuando esta regulación resulta necesaria sobre todo en casos de relaciones jurídicas continuadas, para evitar desventajas o impedir algún peligro inminente o por otros motivos.

- (2) ¹ Para el dictado de una medida cautelar es competente el tribunal de la causa principal. ² Es el tribunal de primera instancia y cuando la causa principal se encuentre en etapa de apelación, el tribunal competente es el tribunal de apelación. ³ Art. 80, apart. 8, se aplica por analogía.
- (3) Para el dictado de medidas cautelares rigen los arts. 920, 921, 923, 926, 928 hasta 932, 938, 939, 941 y 945 del Código Procesal Civil por analogía.
- (4) El tribunal decide por resolución.
- (5) Las normas de los aparts. 1 a 3 no rigen para los casos de los arts. 80 y 80a.

TÍTULO III

Recursos ordinarios y recurso de revisión

SECCIÓN 12^a

Apelación

Artículo 124 [Admisibilidad de la apelación]

- (1) Contra sentencias definitivas, incluidas las sentencias parciales según el art. 110 y las sentencias incidentales según arts. 109 y 111, las partes pueden interponer un recurso de apelación si éste fue admitido por el tribunal administrativo o el tribunal administrativo superior.
- (2) La apelación solamente es admisible,

1. cuando existan dudas serias sobre la rectitud de la sentencia,
2. cuando el asunto presenta dificultades fácticas o jurídicas especiales,
3. cuando el asunto tenga relevancia esencial,
4. cuando la sentencia discrepa con una decisión del tribunal administrativo superior, de la Corte Federal Administrativa, de la sala conjunta de las Cortes Supremas Federales o de la Corte Constitucional Federal y se basa en dicha discrepancia, o
5. cuando hace valer y existe un defecto en el procedimiento para cuyo juzgamiento sea competente el tribunal de apelación, y sobre el cual pudiera haberse basado la decisión.

Artículo 124a [Admisión y fundamentación de la apelación]

- (1) ¹ El tribunal administrativo admite la apelación en la sentencia si se cumplen los requisitos del art. 124, apart. 2, nro. 3 o nro. 4. ² El tribunal administrativo superior está vinculado a dicha admisión. ³ El tribunal administrativo no es competente para rechazar la admisión de la apelación.
- (2) ¹ La apelación debe ser interpuesta, si fuera admitida por el tribunal administrativo, dentro de un mes de haber sido notificado de la sentencia completa ante el tribunal administrativo. ² La apelación debe indicar la sentencia impugnada.
- (3) ¹ La apelación en los casos del apart. 2 deberá ser fundamentada dentro de los dos meses de notificada la sentencia completa. ² La fundamentación debe ser, siempre que no haya sido interpuesta junto con la apelación, presentada ante el tribunal administrativo superior. ³ El plazo de fundamentación, a solicitud realizada antes de su vencimiento, puede ser ampliado por el presidente de la sala. ⁴ La fundamentación debe contener una petición determinada así como los fundamentos de la impugnación alegados detalladamente (los fundamentos de la apelación). ⁵ La

apelación es inadmisiblesi carece de alguno de estos requisitos.

- (4) ¹ Si la apelación no está admitida en la sentencia del tribunal administrativo, se deberá solicitar la admisión dentro de un mes de la notificación de la sentencia completa. ² La petición se deberá interponer ante el tribunal administrativo. ³ Ésta debe indicar la sentencia impugnada. ⁴ Dentro de los dos meses después de notificada la sentencia completa se deben alegar las razones por las cuales la apelación debe ser admitida. ⁵ En tanto que la fundamentación no haya sido presentada junto con la petición, se la debe presentar ante el tribunal administrativo superior. ⁶ La interposición de la petición suspende los efectos de la sentencia firme.
- (5) ¹ Sobre la petición decide el tribunal administrativo superior por resolución. ² La apelación debe ser admitida cuando una de las razones del art. 124, apart. 2, haya sido alegada y exista. ³ La resolución debe ser fundamentada brevemente. ⁴ Con el rechazo de la petición adquiere firmeza la sentencia. ⁵ Si el tribunal administrativo superior admite la apelación, el proceso de petición continuará como proceso de apelación; no se requiere la interposición de una apelación.
- (6) ¹ La apelación en el caso del apart. 5, debe ser fundamentada dentro de un mes después de la notificación de la resolución sobre la admisión de la apelación. ² La fundamentación debe ser presentada ante el tribunal administrativo superior. ³ Apart. 3, frases 3 hasta 5, se aplican por analogía.

Artículo 125 [Procedimiento de apelación. Decisión en caso de inadmisibilidad]

- (1) ¹ Para el procedimiento de la apelación rigen las disposiciones del Título II por analogía siempre que no resulte algo distinto de esta sección. ² Art. 84 no se aplica.
- (2) ¹ Si la apelación es inadmisibles debe ser rechazada. ² La decisión puede ser emitida por resolución. ³ Las partes deben

ser oídas con anterioridad. ⁴ Contra la resolución le corresponde a las partes el recurso que hubiera sido admisible si el tribunal hubiera decidido por sentencia. ⁵ Las partes deben ser informadas sobre este recurso.

Artículo 126 [Desistimiento de la apelación]

- (1) ¹ La apelación puede ser desistida hasta el momento en que la sentencia quede firme. ² El desistimiento luego de haber presentado las peticiones en la audiencia oral presupone el consentimiento del demandante y si participara un representante del interés público en la audiencia oral el suyo también.
- (2) ¹ La apelación se presupone desistida si el apelante a pesar de haber sido solicitado por el tribunal no impulsa el proceso en un plazo mayor de tres meses. ² Apart. 1, frase 2, se aplica por analogía. ³ En la solicitud que surge de la frase 1 y art. 155, apart. 2, se le debe indicar al apelante las consecuencias legales de su proceder. ⁴ El tribunal declara por resolución que la apelación se considera desistida.
- (3) ¹ El desistimiento origina la pérdida del recurso interpuesto. ² El tribunal decide por resolución los costes.

Artículo 127 [Adhesión a la apelación]

- (1) ¹ El demandado y las restantes partes pueden adherirse a la apelación. ² La adhesión a la apelación se interpondrá ante el tribunal administrativo superior.
- (2) ¹ La adhesión es también procedente cuando la parte haya renunciado a la apelación o el plazo para la apelación o la petición a la admisión de la apelación haya transcurrido. ² Ella será admisible hasta pasado un mes luego de la notificación del escrito de fundamentación de la apelación.
- (3) ¹ La adhesión a la apelación debe ser fundamentada en el escrito de la adhesión. ² Art. 124a, apart. 3, frases 2, 4 y 5, se aplican por analogía.
- (4) La adhesión a la apelación no requiere de una admisión.
- (5) La adhesión pierde su efecto cuando se desiste de la apelación o ésta es declarada inadmisibile.

Artículo 128 [Alcance del control judicial]

¹ El tribunal administrativo superior revisa el litigio dentro del límite de la petición de la apelación con el mismo alcance que el tribunal administrativo. ² También tiene en cuenta nuevos hechos y pruebas.

Artículo 128a [Nuevos alegatos y pruebas]

- (1) ¹ Nuevos alegatos y medios de prueba que no fueron presentados en el plazo fijado en primera instancia (art. 87b, aparts. 1 y 2), sólo pueden ser admitidos si de acuerdo con la libre convicción del tribunal, no demora la finalización del litigio o si la parte justifica suficientemente dicha demora. ² La causa de la justificación debe ser acreditada a solicitud del tribunal. ³ Frase 1 no se aplica cuando la parte, en primera instancia, no ha sido informada sobre las consecuencias del incumplimiento del plazo de acuerdo con el art. 87b, apart. 3, nro. 3, o si es viable con poco esfuerzo investigar el asunto también sin participación de la parte.
- (2) Alegatos y pruebas, que el tribunal administrativo haya rechazado justificadamente, también quedan excluidos en el proceso de apelación.

Artículo 129 [Modificación de la sentencia]

La sentencia del tribunal administrativo puede ser modificada sólo en la medida en que dicha modificación fuera solicitada.

Artículo 130 [Devolución al tribunal administrativo]

- (1) El tribunal administrativo superior debe procurar las pruebas necesarias y el mismo tiene que decidir sobre el fondo del asunto.
- (2) El tribunal administrativo superior puede reenviar el asunto al tribunal administrativo en la medida en que sean necesarios otros debates, anulando la sentencia y el proceso 1. en la medida en que el procedimiento ante el tribunal administrativo padezca de un defecto esencial y por ese

- defecto sea necesario producir una prueba amplia y extensa, o
2. cuando el tribunal administrativo aún no ha decidido sobre el fondo del asunto y una parte solicita su devolución.
 - (3) El tribunal administrativo está vinculado a la apreciación jurídica de la decisión sobre la apelación.

Artículo 130a [Rechazo unánime]

¹ El tribunal administrativo superior puede decidir sobre la apelación por resolución cuando, en forma unánime, la considere fundada o infundada y no considere necesaria una audiencia oral. ² Art. 125, apart. 2, frases 3 hasta 5, se aplica por analogía.

Artículo 130b [Redacción simplificada de la sentencia de apelación]

¹ El tribunal administrativo superior en la sentencia sobre la apelación puede referirse a los hechos de la decisión impugnada cuando asume en su totalidad el alcance del pronunciamiento del tribunal administrativo. ² Puede abstenerse de otra exposición de los fundamentos de la decisión en la medida en que rechace la apelación como infundada por los fundamentos de la decisión impugnada.

Artículo 131 (Derogado).

SECCIÓN 13^a **Casación**

Artículo 132 [Admisión de la casación]

- (1) La casación ante la Corte Federal Administrativa es procedente para las partes contra la sentencia del tribunal administrativo superior (art. 49, nro. 1) y contra las resoluciones previstas en el art. 47, apart. 5, frase 1, si el tribunal

administrativo superior o, por el recurso de queja contra la no admisión, la Corte Federal Administrativa la ha declarado admisible.

- (2) La casación es admisible sólo si:
 1. el asunto tiene una relevancia esencial,
 2. la sentencia discrepa de una decisión de la Corte Federal Administrativa, de la sala común de las Cortes Supremas de la Federación o de la Corte Constitucional Federal y se basa sobre esta discrepancia, o
 3. se alega y existe un vicio de procedimiento sobre el cual la decisión es susceptible de basarse.
- (3) La Corte Federal Administrativa está vinculada a la admisión.

Artículo 133 [Recurso de queja de no admisión]

- (1) La no admisión de la casación puede ser impugnada por recurso de queja.
- (2) ¹El recurso de queja debe ser interpuesto ante el tribunal cuya sentencia sería objeto de la casación, dentro de un mes contado a partir de la notificación de la sentencia completa. ²El recurso de queja debe indicar la sentencia impugnada.
- (3) ¹El recurso de queja debe ser fundamentado dentro de dos meses a partir de la notificación de la sentencia completa. ²La fundamentación debe ser presentada ante el tribunal cuya sentencia debe ser objeto de la casación. ³La fundamentación debe exponer respecto de la relevancia esencial del asunto o indicar la decisión de la cual la sentencia discrepa o el vicio del procedimiento.
- (4) La interposición del recurso de queja suspende los efectos de la sentencia firme.
- (5) ¹Si se desestima el recurso de queja, la Corte Federal Administrativa decide por vía de resolución. ²La resolución debe encontrarse sucintamente fundamentada; se puede renunciar a la fundamentación si ello no contribuye a la clarificación de los presupuestos sobre los cuales la casación

debe ser admitida. ³ El rechazo del recurso de queja por la Corte Federal Administrativa tiene por efecto la firmeza de la sentencia.

- (6) Si los presupuestos previstos en el art. 132, apart. 2, nro. 3, son cumplidos, la Corte Federal Administrativa puede, en la misma resolución, anular la sentencia impugnada y reenviar el litigio para una nueva audiencia y decisión.

Artículo 134 [Casación *per saltum*]

- (1) ¹ Las partes pueden interponer la casación contra la sentencia de un tribunal administrativo (art. 49, nro. 2), sin haber acudido previamente a la instancia de apelación, si el demandante y el demandado consienten por escrito la interposición de la casación *per saltum* y si ella es admitida por el tribunal administrativo en la sentencia o por resolución a solicitud. ² La petición para la casación *per saltum* debe ser presentada por escrito dentro de un mes a contar de la notificación de la sentencia completa. ³ El consentimiento a la interposición de la casación *per saltum* debe ser presentada juntamente con la petición o, si la casación es admitida en la sentencia, con el escrito de la casación.
- (2) ¹ La casación debe ser admitida sólo si los presupuestos del art. 132, apart. 2, nros. 1 o 2, están cumplidos. ² La Corte Federal Administrativa está vinculada a la admisión. ³ El rechazo a la admisión es irrecurrible.
- (3) ¹ Si el tribunal administrativo rechaza por resolución la petición de la admisión de la casación, el plazo para la interposición de la petición de admisión de la apelación comienza a correr nuevamente a partir de la notificación de esta decisión, en la medida en que la petición fue presentada en el plazo y forma legal y que la declaración de consentimiento fue presentada conjuntamente. ² Si el tribunal administrativo admite la casación por resolución, el plazo para presentar la casación comienza a correr nuevamente con la notificación de esta decisión.

- (4) La casación no puede basarse en vicios del procedimiento.
- (5) La interposición de la casación y el consentimiento equivalen a la renuncia de la apelación si el tribunal administrativo ha admitido la casación.

Artículo 135 [Casación subsidiaria]

¹ La casación ante la Corte Federal Administrativa es procedente para las partes contra la sentencia de un tribunal administrativo (art. 49, nro. 2), si la apelación está excluida en virtud de una ley federal. ² La casación solamente puede ser interpuesta si el tribunal administrativo o, por recurso de queja contra la no admisión, la Corte Federal Administrativa la haya admitido. ³ Se aplican para la admisión los arts. 132 y 133 por analogía.

Artículo 136 (Derogado).

Artículo 137 [Motivos de casación]

- (1) La casación sólo puede ser fundamentada en el hecho de que la sentencia impugnada haya violado
 - 1. el derecho federal o
 - 2. una disposición de la ley sobre el procedimiento administrativo de un *Land* en cuanto su texto coincide con la ley sobre procedimiento administrativo de la Federación.
- (2) La Corte Federal Administrativa está vinculada a la determinación de los hechos establecidos en la sentencia impugnada salvo que, respecto de estas determinaciones, se aleguen motivos admisibles y fundados de la casación.
- (3) ¹ Si la casación se basa en vicios de procedimiento y si los presupuestos del art. 132, apart. 2, nros. 1 y 2, no están simultáneamente cumplidos, tiene que decidirse sólo sobre los vicios de procedimiento alegados. ² Para lo restante, la Corte Federal Administrativa no está vinculada a los motivos alegados de casación.

Artículo 138 [Motivos de casación absolutos]

Una sentencia debe siempre ser considerada como basada en la violación de derecho federal si

1. el tribunal interviniente no se encontraba regularmente integrado,
2. un juez, excluido del ejercicio de su función en virtud de la ley o recusado con éxito por sospecha de parcialidad, ha participado en la decisión,
3. a una parte le ha sido denegado el derecho a ser oída,
4. una parte no ha sido representada conforme a lo dispuesto en la ley en el proceso, salvo si esta parte ha consentido la sustanciación del proceso de manera expresa o tácita,
5. la sentencia se dictó luego de la audiencia oral cuando las disposiciones relativas a la publicidad del proceso fueron violadas, o
6. la decisión no está fundada.

Artículo 139 [Plazo y fundamentación de la casación]

- (1) ¹La casación debe ser interpuesta por escrito ante el tribunal emisor de la sentencia impugnada, dentro de un mes a partir de la notificación de la sentencia completa o de la resolución sobre la admisión de la casación según el art. 134, apart. 3, frase 2. ²El plazo de la casación está también cumplido si la casación es interpuesta dentro del plazo ante la Corte Federal Administrativa. ³La casación debe indicar la sentencia impugnada.
- (2) ¹Si se desestima el recurso de queja contra la no admisión de la casación o si la Corte Federal Administrativa admite la casación, el proceso de recurso de queja continuará como proceso de casación si la Corte Federal Administrativa no anula la sentencia impugnada en virtud del art. 133, apart. 6; no se requiere la interposición de la casación por el recurrente. ²Esto debe indicarse en la resolución.
- (3) ¹La casación debe ser fundamentada dentro de dos meses a partir de la notificación de la sentencia completa o de la resolución referida a la admisión de la casación prevista en

el art. 134, apart. 3, frase 2; en el caso previsto en el apart. 2, el plazo para la fundamentación de la casación es de un mes a partir de la notificación de la resolución sobre la admisión de la casación. ²La fundamentación debe ser presentada ante la Corte Federal Administrativa. ³El plazo para la fundamentación puede ser extendido por el presidente a solicitud antes de la expiración del plazo. ⁴La fundamentación debe contener una petición determinada, debe indicar la norma jurídica violada y, en la medida en que se invoquen vicios de procedimiento, los hechos que han causado el vicio.

Artículo 140 [Desistimiento de la casación]

- (1) ¹ Puede desistirse de la casación hasta el momento en que la sentencia se encuentre firme. ² El desistimiento, después de las peticiones presentadas en la audiencia oral, presupone el consentimiento del recurrido de la casación y si ha participado en la audiencia oral el representante del interés federal ante la Corte Federal Administrativa, su consentimiento también.
- (2) ¹ El desistimiento tiene por efecto la pérdida del recurso interpuesto. ² El tribunal decide por resolución sobre los costes correspondientes.

Artículo 141 [Proceso de casación]

¹ Las disposiciones sobre apelación son aplicables por analogía a la casación, salvo si la presente sección no dispone otra cosa. ² Los arts. 87a, 130a y 130b no son aplicables.

Artículo 142 [Inadmisibilidad de modificaciones a recursos e invitaciones de terceros]

- (1) ¹ Las modificaciones a los recursos e invitaciones a terceros son inadmisibles en el proceso de casación. ² Esto no se aplica a las invitaciones de terceros según art. 65, apart. 2.

- (2) ¹ Un tercero interesado en el proceso de casación según art. 65, apart. 2, puede reclamar vicios de procedimiento sólo dentro de dos meses a partir de la notificación de la resolución sobre la invitación. ² El plazo puede ser prorrogado por el presidente, a solicitud presentada antes de la expiración del plazo.

Artículo 143 [Procedencia de la casación]

¹ La Corte Federal Administrativa examina si la casación es procedente y si ella ha sido interpuesta y fundamentada en la forma y plazo legal. ² Si una de estas exigencias no se cumple, la casación es inadmisibile.

Artículo 144 [Decisión sobre la casación]

- (1) Si la casación es inadmisibile, la Corte Federal Administrativa la desestima por resolución.
- (2) Si la casación no está fundada, la Corte Federal Administrativa rechaza la casación.
- (3) ¹ Si la casación está fundada, la Corte Federal Administrativa puede
1. decidir ella misma sobre el fondo del asunto,
 2. anular la sentencia impugnada y devolver el asunto para una nueva audiencia y decisión.
- ² La Corte Federal Administrativa devuelve el litigio si el tercero invitado en el proceso de casación conforme el art. 142, apart. 1, frase 2, tiene un interés legítimo en ello.
- (4) Si los fundamentos de la decisión implican una violación del derecho existente, pero la decisión misma es correcta por otros motivos, la casación debe ser rechazada.
- (5) ¹ Si la Corte Federal Administrativa devuelve el asunto, en caso de la casación *per saltum* según el art. 49, nro. 2, y según el art. 134, para otra audiencia y decisión, ella puede también, a su discreción, devolver el asunto al tribunal administrativo superior que hubiera sido competente para la apelación. ² Al procedimiento, ante el tribunal administrativo superior se aplican los mismos principios como si

el litigio se hubiera encontrado pendiente de una apelación correctamente interpuesta.

- (6) El tribunal ante el cual el asunto es devuelto para otra audiencia y decisión debe tomar como fundamento de su decisión la valoración jurídica del tribunal de casación.
- (7) ¹ La decisión sobre la casación no requiere fundamentación, en la medida en que la Corte Federal Administrativa no considera pertinentes los reclamos de vicios de procedimiento. ² La presente disposición no se aplica a reclamos según el art. 138 y, si se alegan con la casación exclusivamente vicios de procedimiento, a reclamos respecto de las cuales se basa la admisión de la casación.

Artículo 145 (Derogado).

SECCIÓN 14^a **Recurso de queja**

Artículo 146 [Admisibilidad del recurso de queja]

- (1) Contra las decisiones del tribunal administrativo, del presidente o del ponente que no sean sentencias o sentencias simplificadas, las partes o los otros alcanzados por la decisión pueden interponer recurso de queja, en la medida en que la presente ley no disponga otra cosa.
- (2) Las instrucciones referidas a la dirección del proceso, las providencias referidas a la aclaración de hechos, las resoluciones referidas a un aplazamiento o a la fijación de un plazo, las resoluciones referidas a pruebas, resoluciones que rechazan las peticiones de pruebas, las resoluciones que deciden sobre acumulación o separación de procesos y de pretensiones y sobre la recusación de personas que pertenecen a los servicios de justicia, no pueden ser impugnadas por vía de recurso de queja.
- (3) Además, salvo que la ley prevea un recurso de queja contra la no admisión de la casación, el recurso de queja no es

procedente en los litigios referidos a los costes, tasas y gastos si el valor del objeto de este recurso no excede a doscientos euros.

- (4) ¹ El recurso de queja contra resoluciones del tribunal administrativo en procedimientos de medidas cautelares (arts. 80, 80a y 123) debe ser fundado dentro de un mes de haber sido notificada la decisión. ² La fundamentación debe ser presentada ante el tribunal administrativo superior, mientras no haya sido fundamentada con el recurso de queja. ³ Debe contener una petición determinada, presentar los fundamentos por los cuales la decisión debe ser modificada o anulada y debe exponer las críticas a la resolución impugnada. ⁴ Si falta uno de estos requisitos, el recurso de queja debe ser desestimado por improcedente. ⁵ El tribunal administrativo remite el recurso de queja sin demoras; el art. 148, apart. 1, no se aplica. ⁶ El tribunal administrativo superior solamente examina los fundamentos alegados.

Artículo 147 [Forma y plazo del recurso de queja]

- (1) ¹ El recurso de queja se presenta ante el tribunal cuya decisión se impugna, por escrito o por acta ante el funcionario fedatario de la Secretaría Judicial dentro de dos semanas de la notificación de la decisión. ² El art. 67, apart. 1, frase 2, queda intacto.
- (2) El plazo del recurso de queja también está cumplido cuando el recurso de queja se presenta dentro del plazo ante el tribunal del recurso de queja.

Artículo 148 [Admisión y remisión al tribunal administrativo superior]

- (1) Si el tribunal administrativo, el presidente o el ponente cuya decisión se impugna, considera al recurso de queja fundado, debe remediarlo; de lo contrario debe remitirlo inmediatamente al tribunal administrativo superior.

- (2) El tribunal administrativo debe comunicar a las partes la remisión del recurso de queja al tribunal administrativo superior.

Artículo 149 [Efecto suspensivo]

- (1) ¹ El recurso de queja sólo tiene efecto suspensivo cuando tiene como objeto la fijación de multas o de coacción. ² El tribunal, el presidente o el ponente cuya decisión se impugna, puede igualmente decidir que sea provisionalmente suspendida la ejecución de la decisión impugnada.
- (2) Los arts. 178 y 181, apart. 2, de la Ley sobre la Organización Judicial quedan intactos.

Artículo 150 [Decisión del recurso de queja]

El tribunal administrativo superior decide sobre el recurso de queja por resolución.

Artículo 151 [Vía de recurso contra las decisiones del juez por mandato o requerido o del funcionario fedatario]

¹Contra las decisiones del juez por mandato o del juez requerido o del funcionario fedatario se puede solicitar la decisión del tribunal dentro de las dos semanas de su notificación. ²La petición debe ser presentada por escrito o por acta ante el funcionario fedatario de la Secretaría Judicial del tribunal. ³Los arts. 147 a 149 se aplican por analogía.

Artículo 152 [Impugnación de las decisiones del tribunal administrativo superior]

- (1) Decisiones del tribunal administrativo superior no pueden ser impugnadas por un recurso de queja ante el tribunal administrativo federal, salvo en los casos del art. 99, apart. 2, y del art. 133, apart. 1, de esta ley, así como del art. 17a, apart. 4, frase 4, de la Ley sobre la Organización Judicial.

- (2) En el proceso ante el tribunal administrativo federal se aplica para las resoluciones del juez por mandato o juez requerido o del funcionario fedatario de la Secretaría Judicial, el art. 151 por analogía.

Artículo 152a [Reclamo por no ser oído]

- (1) ¹ En el caso del reclamo de una parte agraviada por una decisión del tribunal se debe continuar el proceso cuando
1. no existe un recurso o cualquier otro remedio contra la decisión, y
 2. el tribunal haya violado el derecho de esta parte a ser oído en forma relevante para la decisión.
- ² No corresponde el reclamo contra una decisión anterior a la decisión final.
- (2) ¹ El reclamo debe ser interpuesto dentro de las dos semanas de tener conocimiento de la lesión al derecho a ser oído; la fecha de tener conocimiento debe ser acreditada. ² Después de transcurrir un año desde la notificación de la decisión impugnada, no se puede más interponer el reclamo. ³ Las decisiones notificadas informalmente se consideran como notificadas a partir del tercer día de ser despachadas en el correo. ⁴ El reclamo debe ser presentado por escrito o por acta ante el funcionario fedatario de la Secretaría Judicial del tribunal cuya decisión se impugna. ⁵ Art. 67, apart. 1, queda intacto. ⁶ El reclamo debe indicar la decisión impugnada y tiene que demostrar el cumplimiento de los requisitos del apart. 1, frase 1, nro. 2.
- (3) A las demás partes, se le deberá dar la posibilidad de tomar posición en la medida necesaria.
- (4) ¹ Si el reclamo no es procedente o no es interpuesto en la forma y plazo legal debe ser desestimado por inadmisibile. ² Si el reclamo no está fundado, el tribunal lo rechaza. ³ La decisión se dicta por resolución irrecurrible. ⁴ La resolución debe ser fundada brevemente.
- (5) ¹ Si el reclamo es fundado el tribunal lo remedia prosiguiendo con el proceso, en la medida en que es necesario en vista

- del reclamo. ²El proceso se retrotrae antes de la terminación de la audiencia oral. ³En el proceso escrito se reemplaza la fecha de la terminación de la audiencia oral hasta el momento en que los escritos pudieren ser presentados. ⁴Para el pronunciamiento del tribunal se aplica el art. 343 del Código de Procedimiento Civil por analogía.
- (6) Art. 149, apart. 1, frase 2, se aplica por analogía.

SECCIÓN 15^a
Recurso de revisión

Artículo 153 [Recurso de revisión]

- (1) Un proceso concluido por sentencia firme puede ser revisado conforme las disposiciones del cuarto libro del Código de Procedimiento Civil.
- (2) La competencia para interponer una acción de anulación (*Nichtigkeitsklage*) o una acción de restitución (*Restitutionsklage*) le corresponde también al representante del interés público, en el proceso ante la Corte Federal Administrativa en primera y última instancia, también al representante del interés federal en la Corte Federal Administrativa.

TÍTULO IV
Costes y ejecución

SECCIÓN 16^a
Costes

Artículo 154 [Imposición de los costes]

- (1) La parte vencida soporta los costes del proceso.
- (2) Los costes ocasionados por la presentación infructuosa de un recurso están a cargo de quien ha presentado ese recurso.

- (3) Los costes no pueden ser impuestos a un tercero salvo que haya presentado peticiones o haya presentado un recurso; art. 155, apart. 4, queda intacto.
- (4) Los costes del recurso de revisión del proceso intentado con éxito pueden serles impuestos al Tesoro Público, en la medida en que no fueron ocasionados por la falta de una parte.

Artículo 155 [Distribución de los costes]

- (1) ¹ Si una de las partes obtiene un éxito parcial en la causa y pierde parcialmente, los costes deben ser compensados recíprocamente o distribuidos proporcionalmente. ² Si los costes son compensados recíprocamente, los gastos de justicia son impuestos por mitades a cada una de las partes. ³ Los costes pueden serles impuestos a una parte, si la otra sólo perdió una mínima parte.
- (2) Cualquiera que desiste de una demanda, de una acción, de un recurso o de cualquier otro remedio debe soportar los costes.
- (3) Los costes ocasionados por una demanda concluida por la reposición al estado anterior son impuestos al demandante.
- (4) Los costes ocasionados por la falta de una parte pueden serle impuestos.

Artículo 156 [Costes por allanamiento inmediato]

Si el demandado no ha provocado, por su conducta, la presentación de la acción, los costes son a cargo del demandante cuando el demandado reconoce inmediatamente el derecho.

Artículo 157 (Derogado).

Artículo 158 [Impugnación de la decisión sobre costes]

- (1) La impugnación de la decisión sobre costes es inadmisibile, a menos que un recurso se haya interpuesto en el proceso principal.

- (2) Si no se ha dictado una decisión en el proceso principal, una decisión relativa a los costes es irrecurrible.

Artículo 159 [Procedimiento en caso de varios obligados a costes]

¹ Si la parte que debe soportar los costes está conformada por varias personas, el art. 100 del Código de Procedimiento Civil es aplicable por analogía. ² Si la relación jurídica litigiosa sólo puede ser decidida de manera uniforme frente a la parte obligada a costes, los costes pueden ser impuestos a varias personas como deudores solidarios.

Artículo 160 [Distribución de costes en caso de conciliación]

¹ Si el litigio es concluido definitivamente por una conciliación y si las partes no han convenido lo concerniente a los costes, los gastos de justicia son a cargo de cada una de ellas por mitades. ² Cada una de las partes soporta ella misma los costes extrajudiciales.

Artículo 161 [Decisión de costes por sentencia o por resolución]

- (1) El tribunal debe establecer los costes en la sentencia o si el proceso es concluido de otra manera por resolución.
- (2) ¹ Si el litigio se da por terminado en el proceso principal, el tribunal decide por resolución en razón de equidad sobre los costes, salvo en los casos previstos en art. 113, apart. 1, frase 4; el estado actual de los hechos y del litigio debe ser tomado en consideración. ² El litigio también se da por terminado en el proceso principal, si el demandado no contradice la declaración de la conclusión anticipada del demandante dentro de dos semanas desde la notificación del escrito que contiene la declaración de la conclusión anticipada y haya sido informado por el tribunal de dicha consecuencia.
- (3) En los casos previstos en el art. 75, los costes son siempre impuestos al demandado, cuando el demandante podía es-

perar una decisión de la autoridad administrativa antes de interponer la acción.

Artículo 162 [Definición de costes y reembolsabilidad]

- (1) Integran los costes, los gastos de justicia (tasas y gastos) y los gastos necesarios de las partes a efectos de proseguir o defender su derecho, comprendiendo los gastos del procedimiento previo.
- (2) ¹ Las tasas y gastos de un abogado o de un consejero jurídico, y en los asuntos fiscales, también los de un consejero fiscal o de un revisor de cuentas (*Wirtschaftsprüfer*), son siempre reembolsables. ² En la medida en que un procedimiento previo tuvo lugar, las tasas y los gastos son reembolsables si el tribunal declara necesaria la participación de un apoderado para el procedimiento previo. ³ Personas jurídicas de derecho público y autoridades administrativas pueden solicitar, en lugar de sus gastos efectivos necesarios para servicios de correo y telecomunicaciones, el máximo del monto global determinado en el nro. 7002 del anexo I de la ley reguladora de honorarios de abogados.
- (3) Los costes extrajudiciales soportados por el tercero no son reembolsables salvo que el tribunal los imponga por razones de equidad a la parte vencida o al Tesoro Público.

Artículo 163 (Derogado).

Artículo 164 [Fijación de costes]

El funcionario fedatario del tribunal de primera instancia fija, a solicitud, el monto de los costes a reembolsar.

Artículo 165 [Impugnación de la fijación de los costes]

¹ Las partes pueden impugnar la fijación de los costes a reembolsar. ² El art. 151 se aplica por analogía.

Artículo 165a [Caución por los costes del proceso]

El art. 110 del Código de Procedimiento Civil se aplica por analogía.

Artículo 166 [Beneficio de litigar sin gastos]

Las disposiciones del Código de Procedimiento Civil sobre el beneficio de litigar sin gastos como así también el art. 569, apart. 3, nro. 2, del Código de Procedimiento Civil son aplicables por analogía.

SECCIÓN 17^a
Ejecución forzosa

Artículo 167 [Disposiciones aplicables por analogía del Código de Procedimiento Civil]

- (1) ¹En tanto que la presente ley no disponga otra cosa, el octavo libro del Código de Procedimiento Civil es aplicable por analogía a la ejecución de sentencias. ²El tribunal de la ejecución forzada es el tribunal que intervino en primera instancia.
- (2) Las sentencias sobre acciones impugnatorias y de condena solamente pueden ser declaradas ejecutorias provisionalmente en lo concerniente a los costes.

Artículo 168 [Título ejecutorio]

- (1) Se procede a la ejecución en virtud de
 1. decisiones judiciales firmes y provisionalmente ejecutorias,
 2. medidas cautelares,
 3. conciliaciones judiciales,
 4. resoluciones de fijación de costes,
 5. laudos arbitrales declarados ejecutorios emanados de tribunales arbitrales de derecho público, en la medida en que la decisión sobre el carácter ejecutorio sea firme o declarada provisionalmente ejecutoria.

- (2) Para la ejecución, las partes pueden, a su solicitud, obtener copia fehaciente de la sentencia, sin los hechos y fundamentos jurídicos, cuya notificación equivale a los efectos de una notificación de una sentencia completa.

Artículo 169 [Ejecución según la ley de ejecución administrativa forzosa]

- (1) ¹ Si debe procederse a la ejecución en favor de la Federación, de un *Land*, de una agrupación municipal, de un municipio o de una corporación, de un establecimiento o de una fundación de derecho público, la ejecución se rige según la ley sobre ejecución administrativa forzosa. ² La autoridad de ejecución, en el sentido de la ley de ejecución administrativa forzosa, es el presidente del tribunal de primera instancia; puede requerir, para llevar adelante la ejecución, otra autoridad de ejecución o a un ejecutor judicial.
- (2) Si se procede a la ejecución para forzar acciones, tolerancias u omisiones mediante el auxilio administrativo de los órganos de los *Länder*, se debe proceder según las disposiciones del *Land*.

Artículo 170 [Procedimiento de ejecución forzosa, ejecución forzosa inadmisibles]

- (1) ¹ Si debe procederse a la ejecución contra la Federación, un *Land*, una agrupación municipal, un municipio, una corporación, un establecimiento o una fundación de derecho público en razón de un crédito dinerario, ordena el tribunal de primera instancia la ejecución, a solicitud del acreedor. ² Determina las medidas de ejecución a efectuar y solicita al órgano competente su realización. ³ El órgano requerido está obligado a cumplir la solicitud según las disposiciones de ejecución forzosa que le son aplicables.
- (2) ¹ Antes de dictar la instrucción de ejecución, el tribunal debe informar a la autoridad administrativa o, tratándose de corporaciones, establecimientos o fundaciones de derecho público contra las cuales es llevada la ejecución, a sus re-

presentantes legales, debiendo intimar a adoptar en un plazo fijado por el tribunal todas las medidas tendientes a evitar la ejecución. ² Este plazo no puede exceder de un mes.

- (3) ¹ La ejecución es inadmisiblesobre los bienes que son indispensables para cumplir con tareas públicas o cuya enajenación comprometa un interés público. ² El tribunal decide sobre las objeciones planteadas luego de escuchar a la autoridad administrativa de control competente o, tratándose de las autoridades supremas de la Federación o de los Länder, luego de escuchar al ministro competente.
- (4) Los aparts. 1 a 3 no son aplicables a los institutos de crédito de derecho público.
- (5) El anuncio de ejecución y la observancia de un plazo de espera no son necesarios en caso de ejecución de una medida cautelar.

Artículo 171 [Cláusula ejecutoria]

No es necesaria una cláusula ejecutoria en los casos de los arts. 169, 170, aparts. 1 a 3.

Artículo 172 [Sentencias condenatorias, ejecución forzosa contra autoridades administrativas]

¹ Cuando en los casos previstos en el art. 113, apart. 1, frase 2, y apart. 5, y art. 123, la autoridad administrativa no cumple con la obligación impuesta en la sentencia o en la medida cautelar, el tribunal de primera instancia, a solicitud y fijando un plazo, puede conminar a la autoridad administrativa por resolución con la imposición de una multa coercitiva de hasta diez mil euros y si este plazo transcurre sin resultado, fijar la multa y ejecutarla de oficio. ² La multa coercitiva puede ser reiteradamente conminada, fijada y ejecutada.

TÍTULO V

Disposiciones finales y transitorias

Los arts. 173 a 195 no se traducen.