

aus: Instituto Europeo de Justicia  
Comisión Administrativa,  
Weg. von Santiago Rosado Pacheco,  
hacia dot

## LA PROTECCIÓN JURÍDICO-ADMINISTRATIVA EN LA REPÚBLICA FEDERAL DE ALEMANIA\*

DR. IUR. ARND UHLE Y MARC LEHR\*\*

### A. FUNDAMENTOS DEL SISTEMA PROCESAL DE LA REPUBLICA FEDERAL DE ALEMANIA

La protección jurídica administrativa es una parte esencial del sistema procesal de la República Federal de Alemania, donde el control de las decisiones de la Administración se otorga fundamentalmente a la *jurisdicción contencioso-administrativa*. Se entiende por jurisdicción contencioso administrativa una parte independiente del Poder Judicial, cuyos órganos en el ámbito del Derecho administrativo sólo están sometidos a la Ley<sup>1</sup>, retrotrayéndose su raíz al Siglo XIX<sup>2</sup>.

La fuente principal que regula la protección jurídica administrativa es la Ley de la Jurisdicción Contencioso Administrativa (en adelante: LJCA; título alemán: Verwaltungsgerichtsordnung, VwGO)<sup>3</sup> que procede del año 1960<sup>4</sup> y que unificó, en su momento, la organización y el procedimiento judicial de la jurisdicción contencioso administrativa alemana. Se trata de una Ley federal dictada en aplicación de las competencias concu-

\* El presente trabajo ha sido traducido desde su versión alemana por el Prof. Dr. Santiago Rosado Pacheco.  
\*\* Dr. iur. habilitado Arnd Uhle es Privatdozent en la Facultad de Derecho de la Ludwig-Maximilians-Universität de Munich. Actualmente desempeña la Cátedra de Derecho público, en particular Derecho administrativo así como Ciencia de la Administración y Derecho comparado en la Facultad de Derecho de la Universidad Técnica de Dresde. Marc Lehr es Ayudante del Prof. Dr. Justus Meyer en la Universidad Técnica de Dresde y ha sido promovido como becario de la Fundación Konrad Adenauer en Derecho europeo para un tema sobre la regulación de las ayudas por el Prof. Dr. Joachim Lege, de la Ernst-Moritz-Arndt-Universität de Greifswald.

<sup>1</sup> Württenberger, Verwaltungsprozessrecht, 1998, acotación 1. El Derecho administrativo se subdivide en Derecho administrativo y Derecho procesal administrativo.

<sup>2</sup> Hufen, Verwaltungsprozessrecht, 5. edición 2003, § 2; Württenberger, en el lugar citado en (nota 1), acotación 36 hasta 63.

<sup>3</sup> En la versión de 19. 3. 1991 (BGBl. I 1991, S. 686), modificada el 22. 3. 2005 (BGBl. I 2005, S. 837).

<sup>4</sup> BGBl. I 1960, p. 17.

rrentes<sup>5</sup> del artículo 74. 1.1, en relación con el artículo 72.1 y el 70 de la Ley Fundamental (Grundgesetz)<sup>6</sup> A los Estados Federados alemanes les corresponde únicamente la regulación en la ejecución de la LJCA —en particular les corresponde la distribución de la denominada cláusula de apertura en el marco de la organización (por ejemplo, Art. 73 párrafo 1. 2 n° 1 y n° 3 LJCA)<sup>7</sup>. En las Leyes de los Estados Federados se determinan, por ejemplo, la sede de los Tribunales Contencioso-administrativos o las competencias para el proceso contradictorio en casos determinados<sup>8</sup>.

### I. El criterio constitucional central de la protección jurídica, Art. 19 apartado 4 de la Ley Fundamental

La protección jurídica administrativa no sólo está sometida a reserva de ley, sino que además está constitucionalmente fijada en la Ley Fundamental (Grundgesetz) —en efecto, el Art. 19, apartado 4, frase 1 está redactado en estos términos:

*“Todo el que se vea lesionado en sus derechos por obra del poder público, podrá acudir a la vía judicial”.*

Esta denominada *garantía a la vía judicial* es entendida como “norma constitucional para todo el ordenamiento jurídico”<sup>9</sup>. Se encuentra en el primer capítulo de la Ley Fundamental (Grundgesetz, “De los Derechos Fundamentales”) como norma procesal<sup>10</sup>. Es un derecho fundamental para todos, siendo su característica que vale tanto para nacionales como extranjeros y para personas físicas como, también, para jurídicas<sup>11</sup>.

<sup>5</sup> Sobre las competencias federales en la Ley Fundamental (Grundgesetz) próximamente de forma pormenorizada Uhle, en: Maunz/Dürig, Grundgesetz Kommentar (en preparación), Art. 70 al 75; Tomo V.

<sup>6</sup> La Ley Fundamental de la República Federal de Alemania (Grundgesetz) de 23 de mayo de 1949 (BGBl. I 1949, p. 1) modificada el 26.7.2002 (BGBl. I 2002, p. 2863).

<sup>7</sup> Introducción al orden estatal federal alemán: Hess, Grundzüge des Verfassungsrechts der Bundesrepublik Deutschland, 20. edición 1995, capítulo 7 (acotación 216 y ss.).

<sup>8</sup> Para las del Estado Federado de Sajonia (Freistaat Sachsen): Ley sobre la Justicia en las ciudades de Sajonia (Ley de Justicia de Sajonia – Gesetz über die Justiz im Freistaat Sachsen, SächsJG) de 24.11.2000 (SächsGVBl. 2000), p. 482) modificada el 5.4.2004 (SächsGVBl. 2004, p. 147): §§ 2 al 22 y ss. Por ejemplo véase las notas 42, 76, 131.

<sup>9</sup> BVerfGE (resoluciones del Tribunal Constitucional Federal) 58, 1 (40).

<sup>10</sup> Krüger/Sachs, en: Sachs, Grundgesetz Kommentar, 3. edición 2003, Art. 19 acotación 114.

<sup>11</sup> El Art. 19, apartado 3 de la Ley Fundamental (Grundgesetz) otorga constitucionalmente, personalidad jurídica de derecho privado. Sin embargo, es cuestionado si en la regulación constitucional pública y, en particular, en el Art. 19, apartado 4, de la Ley Fundamental (Grundgesetz) las personas jurídicas de Derecho público (por ejemplo, las Corporaciones locales) pueden alegarla. Véase Krüger/Sachs, en el lugar citado en. (Nota 10), Art. 19 acotación 89 y ss. y 114; Schmidt-Assmann, en: Maunz/Dürig, Grundgesetz Kommentar (compilación intercambiable, posición: Febrero 2005, 44. suplemento), Tomo III (Art. 17-27), Art. 19 párrafo 4 acotación 38 y ss. correspondientes con posterior documentación. Se ha discutido posteriormente si las personas jurídicas extranjeras poseen la garantía a la vía judicial del Art. 19, párrafo 4 de la Ley Fundamental (Grundgesetz). La opinión predominante es afirmativa (por todos Schmidt-Assmann, en: Maunz/Dürig, en el mismo lugar, Art. 19 párrafo 4 acotación 40); otras opiniones: Krüger/Sachs, en el lugar citado en (nota 10), Art. 19 acotación 52 y s. y 114.

En el plano del Derecho constitucional no sólo hay determinaciones para la protección jurídica administrativa en el artículo 19 párrafo 4 de la Ley Fundamental (Grundgesetz), sino también en otros preceptos: para todas las jurisdicciones se aplica el Capítulo 9 de la Ley Fundamental (Grundgesetz), titulado “de la Jurisdicción” (Art. 92 hasta 104 de la Ley Fundamental). Especialmente se debe señalar aquí el precepto relativo a la *independencia del juez*, Art. 97, apartado 1 de la Ley Fundamental (Grundgesetz)<sup>12</sup> y el derecho fundamental a ser oídos legalmente del Art. 103, apartado 1 de la Ley Fundamental (Grundgesetz). Sin embargo, la regla constitucional determinante para la protección jurídica —también para la contencioso-administrativa— en Alemania es el Art. 19, apartado 4, frase 1 de la Ley Fundamental. Por eso vamos a ocuparnos de cerca, en el siguiente capítulo, de ello. De esta manera se ponen de manifiesto numerosas características de la garantía a la vía judicial, las cuales determinan la ampliación de los recursos en la LJCA y sobre las que se ha vuelto en muchas ocasiones. El estado de las cosas dispuesto por el Art. 19, apartado 4 es que (1.) alguien que por el poder público (2.) sea lesionado en sus derechos, podrá acudir (3.) a la vía judicial.

#### 1. El concepto de poder público

El concepto de poder público se refiere a un *poder soberano estatal*. En consecuencia, el Art. 19, apartado 4, frase 1 incluye la actuación de las autoridades del Estado alemán, pero no comprende las decisiones de Instituciones europeas o de Estados extranjeros<sup>13</sup>. No es relevante, sin embargo, que el Estado —bien la Federación o los Estados Federados— actúe a través de sus propias autoridades (Administración estatal directa) o a través de personas jurídicas de Derecho público —por ejemplo, Corporaciones locales o Establecimientos y Fundaciones— que aparecen como parte colaboradora de la Administración estatal.

Teniendo en cuenta la conocida separación de poderes, se hace necesario, además, precisar y delimitar el concepto de poder público entre<sup>14</sup> el legislativo, el ejecutivo y el judicial (Art. 20, apartado 2 frase 1 y apartado 3) —y como primera aportación a la jurisdicción contencioso administrativa— *el poder ejecutivo*. Este es el objeto de la garantía a la vía judicial, cuando cumple funciones públicas, delimitándose así el usual modo de proceder

<sup>12</sup> La regulación esencial detallada de la judicatura (cualificación, nombramientos, “ampliación” de la independencia, etc) se puede encontrar en la ley alemana sobre jueces (Deutsches Richtergesetz) de 8.9.1961 (BGBl. I 1961, p. 1665), nuevamente regulada el 19.4.1972 (BGBl. I 1972, p. 713), modificada el 22.3.2005 (BGBl. I 2005, p. 837).

<sup>13</sup> Sin embargo, las autoridades alemanas aplican el Derecho europeo (ejecución administrativa), quedando abierta la vía judicial del Art. 19, apartado 4, frase 1 de la Ley Fundamental (Grundgesetz); Krüger/Sachs, en el lugar citado en (nota 10), Art. 19 acotación 115 a. E.; Schmidt-Assmann, en: Maunz/Dürig, en el lugar citado en (nota 11), Art. 19, apartado 4 acotación 51.

<sup>14</sup> Se ha cuestionado si el Art. 19, apartado 4 frase 1, otorga, también, derecho frente a los indultos estatales y determinados actos políticos (por ejemplo, el poder extranjero); en este sentido: Krüger/Sachs, en el lugar citado en (nota 10), Art. 19 acotación 119; Schmidt-Assmann, en: Maunz/Dürig, en el lugar citado en (nota 11), Art. 19, apartado 4 acotación 80 y ss.

del Gobierno y la Administración<sup>15</sup>. La actividad de Derecho privado del comercio del Estado, fundamentalmente la contratación y otras formas de actuación, no se incluyen en la garantía a la vía judicial del Art. 19, apartado 4 de la Ley Fundamental (Grundgesetz): La protección jurídica en estos ámbitos no se fundamenta en la regulación constitucional de los derechos fundamentales, sino en el principio general constitucional de garantía judicial<sup>16</sup>, como principio del Estado de Derecho<sup>17</sup>.

El poder legislativo, a través del Parlamento, no es considerado poder público en el sentido del Art. 19, apartado 4, frase 1 de la Ley Fundamental (Grundgesetz)<sup>18</sup>. La protección jurídica debe buscarse aquí únicamente a través del recurso de amparo constitucional del Art. 93, apartado 1, n° 4 de la Ley Fundamental (Grundgesetz) ante el Tribunal Constitucional Federal<sup>19</sup>.

Las resoluciones del Poder Judicial tampoco pueden atacarse por la referencia a la garantía de la vía judicial. El Art. 19, apartado 4 de la Ley Fundamental (Grundgesetz) permite la protección jurídica a través del Juez, pero no *contra* el Juez<sup>20</sup>. De lo contrario las resoluciones judiciales podrían entrar en un círculo vicioso siempre sometidas de nuevo a una revisión judicial<sup>21</sup>. Tampoco la garantía a la vía judicial otorga derecho a una segunda instancia<sup>22</sup>. El Art. 19, apartado 4 de la Ley Fundamental (Grundgesetz) garantiza una *única revisión* de los actos del poder ejecutivo.

Por ello, el fin puesto de manifiesto por el Art. 19, apartado 4 de la Ley Fundamental (Grundgesetz) es: El particular debe poder someter las resoluciones de la Administración a la revisión judicial independiente y, de este modo —por así decirlo, como efecto de entrada— iniciar el control del poder judicial sobre los intereses individuales enfrentados al poder del Ejecutivo dentro de la división de poderes (función de control). Material-

<sup>15</sup>. Schmidt-Assmann, en: Maunz/Dürig, en el lugar citado en (nota 11), Art. 19, apartado 4 acotación 54 y 81.

<sup>16</sup>. Hüfen, en el lugar citado en (nota 2), capítulo 1 acotación 28; más detallado: Schmidt-Assmann, en: Maunz/Dürig, en el lugar citado en (nota 11), Art. 19, apartado 4 acotación 16 y ss.

<sup>17</sup>. Herzog, en: Maunz/Dürig, en el lugar citado en (nota 11), Art. 20 Tomo VII acotación 27; Schmidt-Assmann, en el mismo lugar.

<sup>18</sup>. BVerfGE 24, 33 (49 ss.). Se discute si son de aplicación las normas materiales bajo el Art. 19, apartado 4, frase 1 de la Ley Fundamental (Grundgesetz), compárese Krüger/Sachs, en el lugar citado en (nota 10), Art. 19 acotación 122 y ss.; Schmidt-Assmann, en: Maunz/Dürig, en el lugar citado en (nota 11), Art. 19, apartado 4 acotación 70 y ss.-Sobre el Poder legislativo en Alemania especialmente Las Fuentes del Derecho Alemán con más detalle: Uhle, Las Fuentes del Derecho Alemán, en: Santiago Rosado Pacheco (Coordinador), Derecho Europeo Comparado sobre Ley y Reglamento, 2003, p. 53 y ss. y p. 189 y ss.

<sup>19</sup>. También en los Estados Federados pueden elevarse recursos constitucionales ante el Tribunal Constitucional del Estado Federado, vgl. Art. 81, apartado 1 N° 4 Constitución de Sajonia (Verfassung des Freistaates Sachsen) de 27.5.1992 (SächsGVBl. 1992, p. 243).

<sup>20</sup>. Vgl.: Schmidt-Assmann, en: Maunz/Dürig, en el lugar citado en (nota 11), Art. 19, apartado 4 acotación 96 y ss.

<sup>21</sup>. Krüger/Sachs, en el lugar citado en (nota 10), Art. 19 acotación 120.

<sup>22</sup>. Constante jurisprudencia, de las primeras BVerfGE 4, 74 (94 s.); posteriormente BVerfGE 96, 27 (39). Krüger/Sachs, en el lugar citado en (nota 10), Art. 19 acotación 138; Schmidt-Assmann, en: Maunz/Dürig, en el lugar citado en (nota 11), Art. 19, apartado 4 acotación 179.

mente somete (en Derecho público) la actuación de la Administración al Derecho administrativo general y especial<sup>23</sup> así como a la medida de la decisión del Tribunal predeterminado.

## 2. La lesión de los derechos propios

La protección judicial sólo se otorga en los casos en los que se vulneren los derechos de los interesados<sup>24</sup>. Esto es calificado como *Derechos subjetivos*. Sin embargo, el Art. 19, apartado 4, frase 1 de la Ley Fundamental (Grundgesetz) sólo otorga un derecho a la vía judicial pero nunca fundando en derechos de índole subjetiva del demandante, ya que la definición de los derechos subjetivos debe fundamentarse en otras normas<sup>25</sup>.

No es fuente de los derechos subjetivos la regulación de los derechos fundamentales de la Constitución<sup>26</sup>, sino otras normas del derecho. Ahora bien, para saber cuando la legislación califica un derecho como derecho subjetivo debemos apoyarnos en la teoría de la *protección normativa*<sup>27</sup>, que básicamente ha de contestar, de forma afirmativa según los cuatro cánones de la interpretación<sup>28</sup> a las siguientes dos preguntas:

1. ¿Sirve la norma en cuestión a la protección de los intereses individuales porque se dirige a un círculo concreto de destinatarios y no a la generalidad?
2. ¿Tiene por objeto la norma que los destinatarios puedan *obtener judicialmente* la protección de sus derechos individuales?

<sup>23</sup>. Son fundamentales para el Derecho administrativo general, la Ley de procedimiento administrativo del Estado Federal (Verwaltungsverfahrensgesetz des Bundes, VwVfG) de 25.5.1976 (BGBl. I 1976, p. 1253) en la versión de 23.1.2003 (BGBl. I 2003, p. 102), posteriormente modificada el 5.5.2004 (BGBl. I 2004, p. 218) y para el Estado federado (la exposición de *Stelkens/Bonk/Sachs*, Verwaltungsverfahrensgesetz Kommentar, 6. edición 2001, 3 parte [p. 2529 y ss]; el capítulo 1 de la Ley de procedimiento Administrativo de Sajonia [Verwaltungsverfahrensgesetz für den Freistaat Sachsen, SächsVwVfG] en la versión publicada el 10.9.2003 [SächsGVBl. 2003, p. 614] ordenada su validez por el Estado federal (VwVfG). Para materiales particulares de Derecho Administrativo ver, por ejemplo, Derecho prestacional, Derecho de policía, Derecho local, Derecho de la edificación y Derecho del medio ambiente.

<sup>24</sup>. Schmidt-Assmann, en: Maunz/Dürig, en el lugar citado en (nota 11), Art. 19, apartado 4 acotación 8 habla de un "Sistema de resolución de la protección judicial individual".

<sup>25</sup>. Hüfen, en el lugar citado en (nota 2), capítulo 1 acotación 21; Renner, en: Eyermer, Verwaltungsgerichtsordnung Kommentar, 11. edición 2000, capítulo 40 acotación 5; Krüger/Sachs, en el lugar citado en (nota 10), Art. 19 acotación 128, 137; Schmidt-Assmann, en: Maunz/Dürig, en el lugar citado en (nota 10), Art. 19, apartado 4 acotación 21.

<sup>26</sup>. Krüger/Sachs, en el lugar citado en (nota 10), Art. 19 acotación 27.

<sup>27</sup>. Fundamental BVerfG (Tribunal Supremo Contencioso Administrativo Federal), Neue Zeitschrift für Verwaltungsrecht (NVwZ) 1987, 409; Happ, en: Eyermer, en el lugar citado en (nota 25), capítulo 42 acotación 86 y s.; Krüger/Sachs, en el lugar citado en (nota 10), Art. 19 acotación 129; Schmidt-Assmann, en: Maunz/Dürig, en el lugar citado en (nota 11), Art. 19 acotación 127 y ss.; Wahl/Schütz, en: Schoch/Schmidt-Assmann/Pietzner, Verwaltungsgerichtsordnung (compilación intercambiable, posición: septiembre 2004, 10. suplemento), Tomo I, § 42 apartado 2 acotación 45 y ss.; Maurer, Allgemeines Verwaltungsrecht, 15. edición 2004, § 8 acotación 2 para un somero examen de dos cuestiones (1. Obligación jurídica de la Administración - 2. Defensa de los intereses individuales)

<sup>28</sup>. Literalidad, Historia, Sistemática, Telos.

Si se responde afirmativamente a estas preguntas los derechos subjetivos quedan incluidos en la denominada *teoría de la protección normativa*. En un paso posterior se debe examinar qué ocurre cuando el derecho subjetivo es vulnerado. Por eso es suficiente con la incorporación de una inminente lesión de un derecho.

### 3. El contenido de la protección jurídica

Si se dan las circunstancias anteriormente explicadas se otorga la protección jurídica ante los Tribunales de acuerdo con el Art. 92 y 97 de la Ley Fundamental (Grundgesetz)<sup>29</sup>. Así se produce el mandato de la *garantía de la efectividad de la protección jurídica*. La protección contra la violación del derecho debe estar fundada en un control eficaz<sup>30</sup> de la jurisdicción. La amplitud del control jurisdiccional<sup>31</sup> de la Administración tiene que concederse sin límites en el enjuiciamiento y en las medidas que se adopten.

Producida una violación del derecho, ésta debe ser reparada. Desde el punto de vista de la efectividad judicial puede ser indispensable que se reconozca la violación del derecho, la condena a una prestación o se dicte una sentencia indemnizatoria<sup>32</sup>. Las sentencias deben ser cumplidas, una vez firmes y ejecutables<sup>33</sup>. También la efectiva protección jurídica requiere ser dictada a tiempo, ya que para ciertas pretensiones la protección jurídica debe resolverse en un procedimiento<sup>34</sup> esencialmente rápido. La efectividad de la protección jurídica exige que los colectivos sociales puedan ser ayudados en los costes procesales (Art. 166 LJCA en relación con Arts. 144 y siguientes de la Ley de Enjuiciamiento Civil<sup>35</sup>). Aquí actúa también, junto al Art. 19, apartado 4 de la Ley Fundamental (Grundgesetz), el principio de igualdad del Art. 3, apartado 1 en relación con el principio social del Estado del Art. 20, apartado 1 de la misma Ley Fundamental (Grundgesetz), lo que permite considerar la ayuda a los costes procesales como una regulación constitucional<sup>36</sup>.

El sistema de estos estándares específicos mínimos de la protección jurídica debe ser regulado detalladamente y le incumbe al legislador. En otras palabras: la efectiva protección jurídica debe regularse "en el marco del sistema procesal contencioso-administrati-

<sup>29</sup>. BVerfGE 11, 232 (233 y s.); 49, 329 (340).

<sup>30</sup>. Constante Jurisprudencia, inicialmente BVerfGE 35, 263 (274), posteriormente BVerfGE 101, 397 (407).

<sup>31</sup>. *Schmidt-Assmann*, en el lugar citado en (nota 27), Art. 19, apartado 4 acotación 180 y ss.

<sup>32</sup>. *Krüger/Sachs*, en el lugar citado en (nota 27), Art. 19 acotación 136 m.w.N.

<sup>33</sup>. *Krüger/Sachs*, en el lugar citado en (nota 27, Art. 19 acotación 147; *Schmidt-Assmann*, en el lugar citado en (nota 27), Art. 19, apartado 4, acotación. 289 y ss.

<sup>34</sup>. *Schmidt-Assmann*, en el lugar citado en (nota 27) Art. 19, apartado 4 acotación 262 y ss. extrae del Art. 19, apartado 4 de la Ley Fundamental (Grundgesetz) un "mandato de rapidez (también con la referencia a los correspondientes procedimientos del Tribunal Europeo de Derechos Humanos)

<sup>35</sup>. Ley de Enjuiciamiento Civil (Zivilprozessordnung) de 30.1.1877 (RGBl. 1877, p. 83), en la versión publicada de 12.9.1950 (BGBl. I 1950, p. 1950, 455, 512, 533), posteriormente modificada el 21.4.2005 (BGBl. I 2005, p. 1073).

<sup>36</sup>. En esta línea argumentativa, también BVerfGE 78, 104 (117 y ss.).

vo establecido<sup>37</sup>—protección jurídica administrativa en el marco de la LJCA—. No se ha establecido constitucionalmente la exigencia de una segunda instancia (véase A.I.1.) ni existe ninguna determinación constitucional explícita sobre la estructura de la salas. El interés de una regulación constitucional de la estructura del procedimiento ha de ser autorizado por el Legislador, vinculada a los requisitos específicos de la protección jurídica, en tanto que estos no violen el *derecho* al control judicial efectivo y eficaz<sup>38</sup>. El establecimiento de determinadas formalidades son de aplicación (para la presentación de la demanda etc.), la representación procesal, plazos y otros criterios<sup>39</sup>. Esto es lo que ha llevado a cabo el Legislador en el contenido de la LJCA, como vamos a ver a continuación.

## II. Las diferentes jurisdicciones en el Derecho alemán

### 1. Panorama

Según el Art. 92 de la Ley Fundamental (Grundgesetz) la función jurisdiccional se ejerce en Alemania, por los Tribunales Federales y los Tribunales de los Estados Federados previstos por la Constitución. El Art. 95, apartado 1 de la Ley Fundamental (Grundgesetz) establece las cinco ramas de la jurisdicción: la jurisdicción ordinaria, laboral, contencioso-administrativa, social y financiera (véase el diagrama 1). La Ley Fundamental (Grundgesetz) divide la jurisdicción por materias determinadas, en función de la especialidad y los grandes conocimientos del juez de manera que se queden establecidas las correspondientes separaciones en el Derecho procesal. Además, hay que tener en cuenta la Jurisdicción del Tribunal Constitucional tanto del Estado Federal como de los Estados Federados<sup>40</sup>.

Está establecido procesalmente para las mencionadas jurisdicciones una vía de recurso, aunque no sea constitucionalmente exigible; esta regla dispone el proceso a través de diversos Tribunales ordenados jerárquicamente para la resolución de recursos, de manera que los Tribunales superiores pueden dictar resoluciones manteniendo, modificando o suspendiendo las de los Tribunales inferiores. Constitucionalmente los Tribunales inferiores no están vinculados por el fallo de los Tribunales superiores. De hecho, los Tribunales inferiores se apartan raramente de las sentencias de los superiores, puesto que corren el riesgo de que sus decisiones sean anuladas en la resolución del recurso por la instancia.

En la Jurisdicción contencioso-administrativa existen, de acuerdo con la regulación de los artículos 2, 45, 46, 49 de la LJCA, en primera instancia los Tribunales administrativos<sup>41</sup>,

<sup>37</sup>. BVerfGE 10, 264 (267 y s.)

<sup>38</sup>. BVerfGE 37, 93 (96); 37, 150 (153); puesto de manifiesto por: *Schmidt-Assmann*, en el lugar citado en (nota 27), Art. 19, apartado 4 acotación 233 y ss.

<sup>39</sup>. *Krüger/Sachs*, en el lugar citado en (nota 10) Art. 19 acotación 139 con posterior documentación.

<sup>40</sup>. Respecto a ello *Sturm*, en: *Sachs*, en el lugar citado en (nota 10), Art. 93 acotación 16 y ss., 19 y ss.

<sup>41</sup>. Recibiendo esta parte general la denominación de *procedimiento contencioso administrativo*, siendo por ello la instancia común.

en segunda instancia los Tribunales superiores<sup>42</sup> y en tercera y última instancia el Tribunal Contencioso Administrativo Federal<sup>43</sup> (BVerwG)<sup>44</sup>. Los Tribunales administrativos y los superiores son Tribunales del Estado federado. En los Tribunales administrativos decide, conforme al Art. 5, apartado 3, frase 1 de la LJCA una Sala, compuesta por tres jueces vitalicios profesionales (Art. 15 LJCA) y dos jueces honorarios (Arts. 19 y ss LJCA). La delegación de un asunto en un único juez es posible con los requisitos del Art. 6 LJCA. En los Tribunales Superiores y en el Tribunal Contencioso Administrativo Federal resuelve el Pleno (Art. 9, apartado 3, frase 1 y Art. 10, apartado 3 LJCA).

La administración de los Tribunales se regula en el Art. 4 LJCA en relación con el Art. 21, a) y siguientes de la Ley orgánica del Poder Judicial<sup>45</sup> y Arts. 38 y siguientes de la LJCA, tratando, por ejemplo, del reparto de asuntos, la composición de las salas y la ejecución del servicio de inspección.

<sup>42</sup> En tres Estados federados, para los Tribunales Superiores Contencioso Administrativos, se mantiene la tradicional denominación de "Verwaltungsgerichtshof", de acuerdo con el artículo 184 LJCA. Para *Baden-Württemberg*: § 1, apartado 1, frase 1 de la Ley de lo Contencioso Administrativo de 16 de agosto de 1994 (Gesetz zur Ausführung der Verwaltungsgerichtsordnung, BWGBl. 1994, p. 162), posteriormente modificada el 1.7.2004 (BWGBl. 2004, p. 469); para *Bayern*: Art. 1, apartado 1, frase 1 de la Ley de lo Contencioso Administrativo (Gesetz zur Ausführung der Verwaltungsgerichtsordnung) en su versión de 20 de junio de 1992 (BayGVBl. 1992, p. 162), posteriormente modificada el 27.12.2004 (BayGVBl. 2004, p. 541); para *Hessen*: § 1, apartado 1, frase 1 Ley de lo Contencioso Administrativo de Hesse (Hessisches Gesetz zur Ausführung der Verwaltungsgerichtsordnung) en su versión de 27 de octubre de 1997 (HessGVBl. I 1997, p. 381), posteriormente modificada el 21.3.2005 (HessGVBl. I 2005, p. 229)

<sup>43</sup> Conforme al § 2 LJCA tiene su sede en Leipzig.

<sup>44</sup> En casos especiales tanto los Tribunales Contencioso Administrativo Superiores (Oberverwaltungsgerichte bzw. Verwaltungsgerichtshöfe) así como también el Tribunal Contencioso Administrativo Federal (Bundesverwaltungsgericht) pueden ser competentes en primera instancia, véase Arts. 47 y s., 50 LJCA.

<sup>45</sup> Ley del Poder Judicial (Gerichtsverfassungsgesetz, GVG) de 27.1.1877 (RGBl. 1877, p. 41) en la versión publicada el 9.5.1975 (BGBl. I 1975 p. 1077), posteriormente modificada el 24.6.2005 (BGBl. I 2005, p. 1841). Esta Ley se ocupa de los aspectos esenciales de la jurisdicción civil y penal.

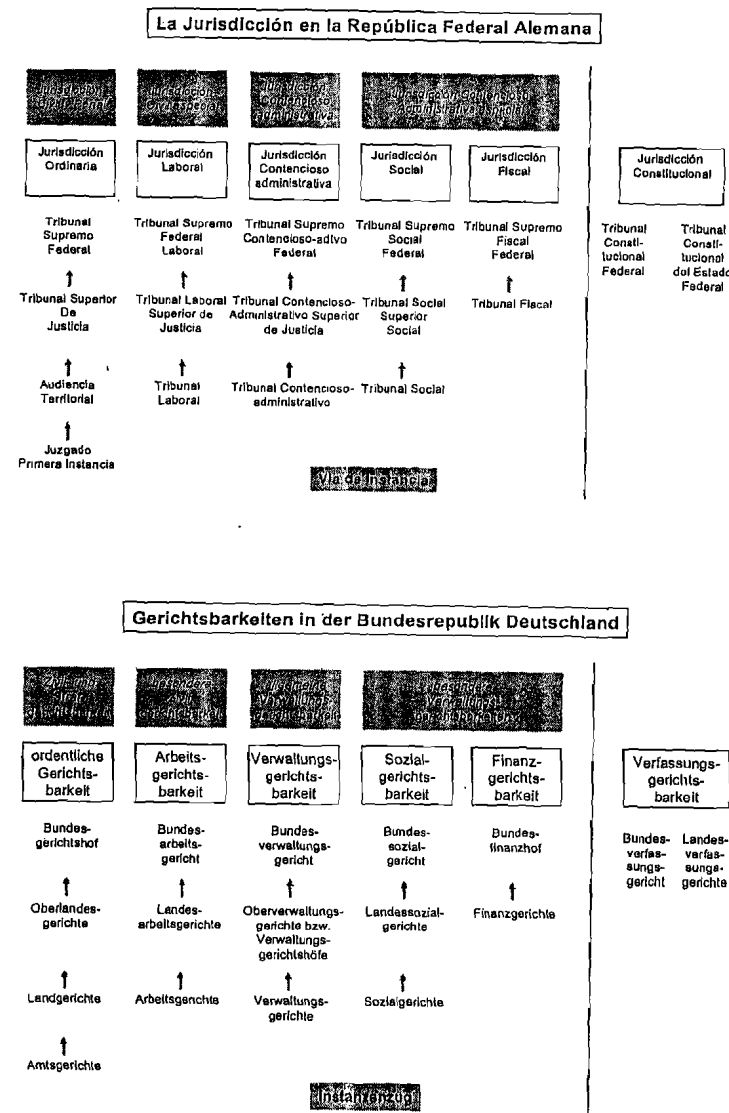


Diagrama 1 – El sistema de la protección jurídica en la República Federal Alemana

## 2. La vía judicial contencioso administrativa (ordinaria)

El Art. 19, apartado 4 de la Ley Fundamental (Grundgesetz) garantiza sólo la protección jurídica contra los actos del poder público alemán. Por ello el acceso a la jurisdicción contencioso administrativa depende del sometimiento del correspondiente asunto a la jurisdicción alemana. Esta determinación procede del Art. 173, frase 1 de la LJCA en relación con los Arts. 18 y ss. de la Ley orgánica del Poder Judicial. Sin embargo, este aspecto plantea, en el marco del proceso contencioso administrativo, problemas de competencia para las Misiones diplomáticas y las Representaciones consulares<sup>46</sup>.

### a) La cláusula general de la jurisdicción contencioso administrativa, el artículo 40, apartado 1, frase 1 LJCA

El acceso a la vía judicial contencioso administrativa se define en el Art. 40, apartado 1, frase 1:

*"La vía judicial contencioso administrativa esta abierta para todos los litigios de derecho público que no son de naturaleza constitucional, en la medida en que estos litigios no estén expresamente atribuidos por una ley federal a otra jurisdicción"*<sup>47</sup>.

Sin embargo existen también regulaciones especiales—aunque raras— que remiten algunos casos a la jurisdicción contencioso administrativa, sin que sea necesario acudir a esta cláusula general. Por ejemplo, se declara expresamente la vía judicial contencioso administrativa para los asuntos de funcionarios de acuerdo con los Arts. 126, apartados 1 y 2 de la Ley de Funcionarios<sup>48</sup>, para los litigios de los Soldados según el Art. 82, apartado 1 y 2 de la Ley del Soldado<sup>49</sup>. En el centro del sistema está la *cláusula general* del Art. 40, apartado 1, frase 1 LJCA.

### aa) Los litigios jurídico-públicos

Para que sea competente la vía judicial contencioso-administrativa debe tratarse de un asunto jurídico-público. Esto se produce cuando el litigio es consecuencia inmediata de la aplicación del Derecho público a una situación de hecho, o bien cuando las normas de Derecho público son discutidas<sup>50</sup>. La autoridad actúa bajo normas de Derecho públi-

<sup>46</sup>. Hufen, en el lugar citado en (nota 2), § 11 acotación 1 y s.

<sup>47</sup>. Por el contrario el § 13 de la Ley del Poder Judicial (Gerichtsverfassungsgesetz, GVG) ordena que: "pertenecen a la jurisdicción ordinaria todos los litigios de derecho civil o penal, que no estén sometidos a la competencia de la Autoridad de la Administración o de la Jurisdicción contencioso administrativa o bien hayan sido encargados o sometidos a Tribunales especiales por disposición de una ley federal".

<sup>48</sup>. La Ley marco de funcionarios (Rahmengesetz zur Vereinheitlichung des Beamtenrechts) de 1.7.1957 (BGBl. I 1957, p.667) en la versión de 31.3.1999 (BGBl. I 1999, p. 654), posteriormente modificada el 21.6.2005 (BGBl. I 2005, p. 1818).

<sup>49</sup>. Ley sobre el régimen del Soldado (Gesetz über die Rechtsstellung der Soldaten-Soldatengesetz), nueva regulación publicada el 30.5.2005 (BGBl. I 2005, p. 1482).

<sup>50</sup>. Ehlers, en: Schoch/Schmidt-Assmann/Pietzner, en el lugar citado en (nota 27), § 40 acotación 204 y ss.; Rennert, en: Eyermann, en el lugar citado en (nota 25), § 40 acotación 31

co cuando las disposiciones aplicadas en el ejercicio de su función se realizan con soberanía y, por ello, se aplica el *privilegio de la Administración*, para el que no pueden estar autorizados u obligados los particulares<sup>51</sup>. Ámbitos característicos, por ejemplo, son el derecho de la construcción, de policía, tributario o el derecho industrial.

De este modo se comprueba como la protección jurídica administrativa tiene arraigo en el Art. 19, apartado 4, frase 1 de la Ley Fundamental (Grundgesetz): ya que los litigios de Derecho público se producen por la ejecución del Poder público de las normas jurídicas, mientras que las relaciones privadas del Poder público no entran en el ámbito de la Jurisdicción contencioso administrativa.

### bb) Los litigios no constitucionales

Tampoco los litigios pueden ser de naturaleza constitucional, ya que están sometidos al Tribunal *Constitucional*. La jurisprudencia considera un litigio constitucional partiendo de un *doble criterio jurisdiccional-constitucional* en relación con la apreciación de los interesados y la materia del asunto<sup>52</sup>. En primer lugar se debe tratar de un sujeto jurídico que participe directamente en la vida constitucional (por ejemplo, el Estado federal, los Estados federados, el Parlamento, el Ministro federal o un Diputado) y discuta sobre derechos y obligaciones directamente derivados de la Ley Fundamental (Grundgesetz), por lo que la vía judicial contencioso administrativa está vedada. Aquí es donde radica la diferencia entre la protección jurisdiccional del proceso de defensa de los derechos fundamentales del Art. 19, apartado 4, frase 1 de la Ley Fundamental (Grundgesetz), que habilita a un sujeto de derechos fundamentales como individuo, del de los órganos constitucionales que no son sujetos de derechos fundamentales<sup>53</sup>.

<sup>51</sup>. En cualquier caso sobre el predominio de "la teoría del privilegio" ("Sonderrechtstheorie"), Ehlers, en: Schoch/Schmidt-Assmann/Pietzner, en el lugar citado en (nota 27), § 40 acotación 220 y ss. (también sobre otras apreciaciones); Hufen, en el lugar citado en (nota 2), § 11 acotación 21 y ss.; Rennert, en: Eyermann, en el lugar citado en (nota 25), § 40 acotación 44.

<sup>52</sup>. Ehlers, en: Schoch/Schmidt-Assmann/Pietzner, en el lugar citado en (nota 27), § 40 acotación 141; Hufen, en el lugar citado en (nota 2), § 11 acotación 21 y ss.; Rennert, en: Eyermann, en el lugar citado en (nota 25), § 40 acotación 18 y ss.

<sup>53</sup>. Es raro que la garantía judicial constitucional incluya la impugnación contra las leyes del Parlamento como acto formal del Poder legislativo (véase A.I.1). Sobre este Poder se produce también el control de las normas formales, como ocurre con el recurso constitucional individual del Art. 93, apartado 1, nº 4º de la Ley Fundamental, en un litigio constitucional y, por ello, en una materia constitucional (así resulta también: BVerfGE 70, 35 [55]; BVerwGE [Resoluciones del Tribunal Supremo Contencioso Administrativo Federal] 75, 330 [334]; 80, 355 [358]), en el mismo sentido aquí no opera el doble criterio jurisdiccional constitucional. Para Rennert, en: Eyermann, en el lugar citado en [nota 25], § 40 acotación 21 y 27 existe en este caso también un doble criterio jurisdiccional-constitucional, sólo que el Legislador debe ser considerado un sujeto jurídico constitucional como demandado (y siendo demandado por derechos y obligaciones de la Constitución).

## b) Otras competencias de la vía judicial

También hay casos en los que la materia de un litigio de Derecho público no pertenece al ámbito constitucional y, además, las disposiciones correspondientes los remiten a otra jurisdicción. Se habla aquí de normas especiales de separación. Es evidente que este proceder se explica para la competencia de las *Jurisdicciones especiales* de lo Social (Art. 51 de la Ley de la Jurisdicción Social<sup>54</sup>) y la Tributaria (Art. 33 Ley de la Jurisdicción Tributaria<sup>55</sup>). Además el derecho procesal alemán remite asuntos a la competencia de la Jurisdicción ordinaria; así han sido remitidas a la Jurisdicción ordinaria las resoluciones sobre expropiaciones (Art. 14, apartado 3, frase 4 de la Ley Fundamental) y las indemnizaciones derivadas de sanción<sup>56</sup> (Art. 68 Ley del Derecho sancionador<sup>57</sup>), así como los asuntos de responsabilidad administrativa (Art. 34, frase 3 de la Ley Fundamental). Estas competencias tienen su justificación en parte por razones históricas y en parte en la relativa juventud de la Jurisdicción contencioso administrativa<sup>58</sup>.

También, la vía judicial por sí misma puede fijar —con pequeñas limitaciones— el conocimiento del asunto. En virtud del Art. 173 de la LJCA en relación con el Art. 17a de la Ley orgánica del Poder Judicial, el Tribunal puede declarar su mejor derecho para conocer de los litigios judiciales (Apartado 1) o declararse incompetente y remitirlos al Tribunal competente (Apartado 2). Ninguna de estas resoluciones puede ser recurrida. En estas remisiones, hasta cierto punto, se puede solicitar la aclaración de los “errores” en que se ha incurrido al buscar la protección jurídica ante una vía equivocada. Pero, sin embargo, no se dispone por parte del Tribunal de una libre disponibilidad de vías judiciales, porque está sometido a la vigencia del Derecho en virtud del Art. 20, apartado 3, referencia 3 de la Ley Fundamental (Grundgesetz) y, además, no puede faltar a la regulación competencial.

## B. LA PROTECCIÓN JURÍDICA POR LA JURISDICCIÓN CONTENCIOSO ADMINISTRATIVA (ORDINARIA)

### I. El proceso contencioso-administrativo

La sustanciación del proceso contencioso administrativo se regula en el capítulo 9 de la LJCA (Arts. 81 y ss.). El procedimiento se inicia con la demanda, Art. 81 LJCA.

<sup>54</sup> Ley de Jurisdicción Social (Sozialgerichtsgesetz) de 3.9.1953 (BGBl. I 1953, p. 1239), en la versión publicada el 23.9.1975 (BGBl. I 1975, p. 2535), posteriormente modificada el 22.3.2005 (BGBl. 2005, p. 837).

<sup>55</sup> Ley de la Jurisdicción Tributaria (Finanzgerichtsordnung) de 6.10.1965 (BGBl. I 1965, p. 1477) en la versión publicada el 28.3.2001 (BGBl. I 2001, 442), posteriormente modificada el 22.3.2005 (BGBl. I 2005, p. 837).

<sup>56</sup> Aquí actúa la Administración pública. En oposición a las penas de privación de libertad que están reservadas por el Art. 104, apartado 2, frase 1 de la Ley Fundamental (Grundgesetz) al Juez y, por ello, a la Jurisdicción ordinaria, por lo que no se incluyen en el Art. 19, apartado 4, frase 1 de la Ley Fundamental (Grundgesetz).

<sup>57</sup> Ley sobre el derecho sancionador (Gesetz über Ordnungswidrigkeiten) de 24.5.1968 (BGBl. I 1968, p. 481) en la versión de 19.2.1987 (BGBl. I 1987, p. 602), posteriormente modificada el 22.3.2005 (BGBl. I 2005, p. 837).

<sup>58</sup> *Eblers*, en: Schoch/Schmidt-Assmann/Pietzer, en el lugar citado en (nota 27), § 40 acotación 499, 520 para la responsabilidad administrativa; *Bonk*, en: Sachs, en el lugar citado en (nota 10), Art. 34 acotación 112.

Acto seguido se celebra una vista oral<sup>59</sup> en la que el Tribunal examina de manera concluyente los fundamentos de la petición judicial y dicta una resolución (Art. 101 LJCA) que, en general, se convierte en Sentencia (Art. 107 LJCA).

### 1. Los principios del procedimiento

En la Jurisdicción contencioso administrativa rigen los siguientes principios de procedimiento o preceptos, que determinan el carácter del proceso:

- *Principio de audiencia legal*: según el Art. 103, apartado 1 de la Ley Fundamental (Grundgesetz) todo el mundo tiene el derecho a ser oído legalmente por un Tribunal —y, por ello, también por un Tribunal contencioso administrativo—, que se detalla en el Art. 108, apartado 2 LJCA. La sentencia no podrá estar fundada más que en los hechos y elementos de juicio aportados por las partes. Este principio general afecta tanto a la declaración judicial como al deber de notificación e información de los Tribunales. En consecuencia se encuentran en la LJCA, por ejemplo, un derecho a la consulta del expediente (Art. 100), a la información sobre la prueba y su resultado (Art. 97 LJCA), así como un derecho a exponer y motivar (Art. 104, apartado 1). Además el Tribunal tiene que considerar las alegaciones de las partes<sup>60</sup>.
- *Principio dispositivo*: Según el Art. 19, apartado 4, frase 1 de la Ley Fundamental (Grundgesetz) se sigue la regla de la protección jurídica de los intereses individuales. Esto se corresponde con el precepto según el cual el demandante “dispone del proceso”. El decide el objeto del litigio e inicia el procedimiento con la interposición de la demanda. El Tribunal está vinculado a la petición de la demanda (Art. 88 LJCA —*ne ultra petita*—). Además el demandante puede disponer del desistimiento (Art. 92, frase 1 LJCA) o del allanamiento en el proceso (Art. 173, frase 1 LJCA en relación con el Art. 307 de la Ley de enjuiciamiento civil). Por ello puede interponer recursos. La dirección o la modificación del procedimiento le corresponde al Tribunal.
- *Impulso judicial*: el denominado impulso judicial se pone de manifiesto claramente. Conforme a ello corresponde a los Tribunales la notificación de las órdenes y resoluciones (Art. 56, apartado 2 LJCA), los plazos (Art. 102 LJCA), los emplazamientos a los interesados, etc.
- *Principio de investigación de oficio o inquisitorio*: existe el principio de investigación de oficio respecto de la averiguación de los hechos. Según el Art. 86, apartado 1, frase 1, El Tribunal investiga de oficio los hechos, no estando vinculado por

<sup>59</sup> En virtud del § 84, apartado 1, frase 1 LJCA es posible adoptar decisiones sin vista oral cuando “el asunto no presenta especiales dificultades ni en los hechos, ni en el derecho, siempre que los hechos estén claramente establecidos” La Resolución se dicta una vez contestada la demanda (“*Gerichtsbescheid*”). Además puede dictarse resolución, sin vista oral, por acuerdo de las partes, en virtud del § 101, apartado 2 LJCA.

<sup>60</sup> *Degenhart*, en: Sachs, en el lugar citado en (nota 10), § 103 acotar 8 y ss.; *Schmidt, Jörg*, en: Eyermann, en el lugar citado en (nota 25), § 108 acotación 10 y ss.

las propuestas y argumentaciones probatorias de las partes<sup>61</sup>. Detrás de ello está la idea de la efectividad de la protección jurídica.<sup>62</sup> El ciudadano se encuentra en peor situación que el poder estatal<sup>63</sup>, por lo que no se le atribuye la investigación de oficio. Dentro de las pruebas, conforme al Art. 96, apartado 1, frase 2 LJCA, son destacables el reconocimiento judicial, la testifical, la pericial así como la documental.

- *Principio de la libre valoración de la prueba:* Según el Art. 108, apartado 1, frase 1 LJCA el Tribunal decide "según su libre convicción, formada a partir de los resultados del conjunto del procedimiento". No existen reglas apriorísticas. Algo se tiene por válido cuando el juez no tiene dudas sobre ello<sup>64</sup>.
- *Principios especiales sobre el procedimiento:* tal como expusimos, rige el principio de oralidad en el procedimiento (*oralidad*).

Según el Art. 55 LJCA en relación con el Art. 169 frase 1 de la Ley del Poder Judicial rige el principio de publicidad de las sesiones (*publicidad*).

Según el Art. 96, apartado 1, frase 1 LJCA las pruebas se practican en vista pública, con la posibilidad de la participación de las partes (*inmediación*). Este principio tiene también como consecuencia que sólo los jueces que actúan en la vista pueden dictar la sentencia (Art. 112 LJCA).

Teniendo en cuenta la duración de los procedimientos, la LJCA aspira a que todo lo principal del proceso se resuelva en la vista oral (*principio de concentración*). De esta manera las actuaciones precedentes son simple preparación de la vista según el Art. 87 LJCA.

En resumen, lo más destacable del carácter de los principios del proceso contencioso administrativo en el Estado de Derecho<sup>65</sup>, consiste en la protección de los derechos individuales<sup>66</sup> y la garantía de la efectividad de la protección jurídica.

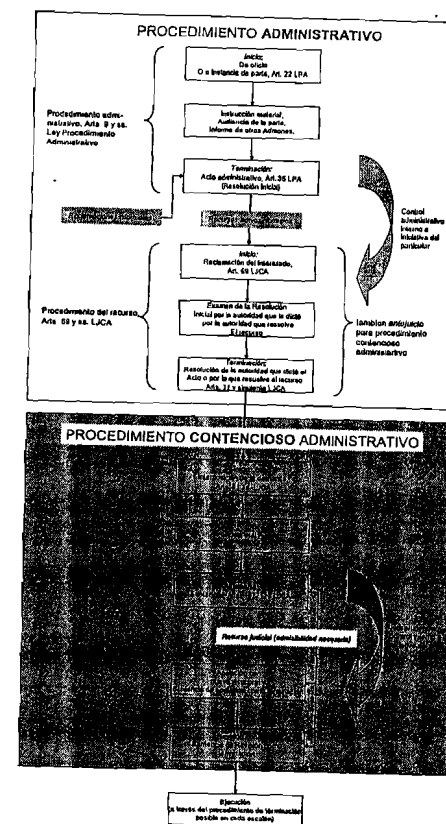


Diagrama 2- Desarrollo del proceso completo de las Instancias (para actos administrativos)

## 2. Los recursos

Contra las resoluciones de las autoridades administrativas existen diversos recursos. Se entiende por recurso el poder otorgado a una persona por el Ordenamiento jurídico para proceder a una revisión de una decisión estatal adoptada en un procedimiento<sup>67</sup>. Los recursos se distinguen en formales y no formales. Los *no formales* se caracterizan porque no requieren una determinada forma ni un plazo y se interponen libremente. En este contexto pueden mencionarse las reclamaciones sobre acciones inspectoras y las disciplinarias<sup>68</sup>. Todos pertenecen a un ámbito de control interno de la Administración, no im-

<sup>61</sup> Geiger, en Eyermann, en el lugar citado en (nota 25), § 86 acotación 2a; Schenke, Verwaltungsprozessrecht, 8. edición 2002, acotación 22.

<sup>62</sup> Geiger, en: Eyermann, en el lugar citado en (nota 25), § 86 acotación 5.

<sup>63</sup> Schenke, en el lugar citado en (nota 61), acotación 21.

<sup>64</sup> Schmidt, Jörg, en: Eyermann, en el lugar citado en (nota 25), § 108 acotación 3 con posterior documentación.

<sup>65</sup> Hüfen, en el lugar citado en (nota 2), § 35 acotación 2 y 29.

<sup>66</sup> Hüfen, en el lugar citado en (nota 2), § 14 acotación 122 habla de un "Sistema de acción de daños de la LJCA".

<sup>67</sup> Schenke, en el lugar citado en (nota 61) acotación 1.

<sup>68</sup> Recientemente en: Schenke, en el lugar citado en (nota 61), acotación 2 y ss.



plicando, sin embargo, una exigencia jurídica de resolver la impugnación no formal<sup>69</sup>. Por eso, los recursos no formales no cuentan para el *proceso* contencioso administrativo, sólo los *formales* justifican tal derecho. Los *recursos formales* son, por tanto, más eficaces y efectivos —pero también están sometidos a ciertos requisitos. De entre ellos destaca el recurso de alzada, el cuál tiende al control interno de la Administración. No obstante, los más importantes son los recursos judiciales. Primero, están la demanda y otros tipos de procedimientos. Contra la sentencia dictada (o la resolución del Tribunal) puede ser interpuesto el recurso de apelación (Arts. 124 y ss. LJCA) y el de revisión (Arts. 132 y ss. LJCA). En estos casos, la resolución impugnada no adquiere validez y no puede ser ni ejecutada ni cumplida (*efecto suspensivo*). El expediente es remitido desde un Tribunal a la instancia superior (*efecto devolutivo*).

En la *Instancia de apelación* se examina por completo, de nuevo, el caso en sus aspectos jurídicos y materiales, de acuerdo con el Art. 128 LJCA; valorando otra vez los hechos y considerando las pruebas. La máxima extensión del examen corresponde siempre al Tribunal Administrativo de primera instancia. En el recurso de *Revisión* sólo se examinan las cuestiones de derecho, de acuerdo con los Arts. 137 y ss. de la LJCA. Además, existe un recurso de *queja* (Arts. 146 y ss. LJCA) que puede ser interpuesto contra todas las resoluciones que no son formalmente Sentencias o Resoluciones del Tribunal. Este recurso, según el Art. 149 LJCA, no posee efectos suspensivos, pero permite el enjuiciamiento de los aspectos de hecho y de derecho de la resolución impugnada.

### 3. Las costas del proceso y la ejecución de resoluciones

Las costas en el proceso contencioso administrativo, según el Art. 154, apartado 1 de la LJCA, son pagadas por la parte que pierde. Lo mismo ocurre, en virtud del Art. 154, apartado 2, para los recursos. Véase el Art. 155 LJCA. En la conciliación cada una de las partes paga la mitad de las costas, Art. 160 frase 1.

La ejecución (ejecución necesaria) de las resoluciones de lo contencioso administrativo se rige esencialmente por el Art. 167, apartado 1 LJCA en relación con los Arts. 704 y ss., de la Ley de Enjuiciamiento Civil. Se trata ampliamente en el capítulo diecisiete de la LJCA (Arts. 167 hasta 172)<sup>70</sup>.

## II. Notas comunes a todos los procedimientos

La Jurisdicción contencioso administrativa alemana conoce diferentes procedimientos con diversos encuadres y cuantiosas notas comunes, pero también mostrando determinadas diferencias. Antes de que sean tratados en detalle los procedimientos, se expone a continuación un panorama sobre las notas comunes afectadas del proceso.

<sup>69</sup> Schenke, en el lugar citado en (nota 61), acotación 6.

<sup>70</sup> Véase en: Württenberger, en el lugar citado en (nota 1), acotación 742 y ss.

### 1. El panorama de los diferentes procedimientos

El tipo de procedimiento preciso se determina en el sistema de la protección jurídica administrativa alemán por la petición judicial del demandante.

Si el objeto del litigio se dirige contra un *acto administrativo*, se interpone una *acción de anulación o una acción de obligación* (Art. 42, apartado 1 LJCA). El acto administrativo es un concepto nuclear de los materiales del Derecho administrativo, y a él se anuda el Derecho procesal. Está definido en el Art. 35, frase 1 de la Ley de Procedimiento Administrativo como:

*“ Toda resolución, disposición u otra medida soberana dictada por una autoridad para regular un caso concreto en el ámbito del Derecho público y que goza de efectos inmediatos hacia el exterior ”.*

De ello resulta que el acto administrativo constituye la “decisión estándar” de la autoridad. Ejemplos particulares evidentes son las licencias de urbanismo, las subvenciones, los nombramientos de funcionarios o también los actos policiales de exclusión. En la acción de anulación se pretende judicialmente acabar con un acto administrativo de gravamen. En la acción de obligación se pretende que se dicte un acto administrativo declarativo. Estas acciones para obtener mediante resolución judicial un acto administrativo, o para la eliminación de un gravamen<sup>71</sup>, pueden ser reiteradas a través de la *acción declarativa*, la cual puede ser considerada con más detalle.

Cuando la Administración debe conceder *otras prestaciones*, que no se contienen en un acto administrativo, se debe perseguir este fin a través de la *acción de condena a una prestación ordinaria*. Esta acción puede pretender un hacer, un soportar o un omitir por parte de la Autoridad<sup>72</sup>. Típicos asuntos objeto de la acción de condena a una prestación ordinaria son la concesión de información pública<sup>73</sup>, la revocación de una prevención pública o la limitación de emisiones generales de los vertederos. Si se solicita sólo el examen de validez o invalidez de una determinada *medida legal*, se emplea la acción declarativa ordinaria (Art. 43, apartado 1 LJCA). Por ejemplo pueden ser utilizadas en la relación funcional o en la generalidad de las vías públicas. También pertenece al ámbito de la acción declarativa ordinaria la declaración de nulidad de un acto administrativo (denominada *acción declarativa de nulidad*), ya que el ejercicio de la acción de anulación, en efecto, es una defensa improcedente, como diferencia, por no invalidar los actos administrativos. El fondo de esta diferencia constituye una *peculiaridad del Derecho administrativo alemán*. Si el acto administrativo infringe un precepto legal es ilegal. Pero eso no significa que no sea obligatorio para el destinatario. Más bien se trata de actos administrativos ilegales, según el Art. 43 de la Ley de Procedimiento Administrativo, pero, por principio, eficaces contra los que el interesado puede dirigirse formulando una acción de anulación. Por el contrario, los actos administrativos nulos poseen graves y ofensivos

<sup>71</sup> Schmidt, Jörg, en: Eyermann, en el lugar citado en (nota 25), § 113 acotación 76. Esta resolución es mencionada en el § 43, apartado 2 de la Ley de Procedimiento Administrativo (VwVfG). Un acto administrativo se dicta de esta forma cuando la Autoridad suspende el plazo sin motivo alguno.

<sup>72</sup> Happ, en: Eyermann, en el lugar citado en (nota 25), § 42 acotación 62; Pietzcker, en: Schoch/Schmidt-Assmann/Pietzner, en el lugar citado en (nota 27), § 42, apartado 1 acotación 152.

<sup>73</sup> Según la BVerwGE 31, 301 (306 y s.) también un acto administrativo puede excepcionalmente otorgarla.

defectos<sup>74</sup> y, a priori, por eso son ineficaces (Art. 44 de la Ley de Procedimiento Administrativo), aunque puede ser necesario que la nulidad sea declarada judicialmente. El proceso contencioso administrativo asegura el objeto de la acción declarativa de nulidad.

Finalmente otro procedimiento es el *control abstracto de normas* (Art. 47 LJCA). Aquí los Tribunales de lo Contencioso Administrativo Superiores de Justicia (Oberverwaltungsgerichts bzw. Verwaltungsgerichtshöfe) deciden sobre la validez de las *normas inferiores a la ley del Estado federado*—por ejemplo, sobre la validez de los reglamentos ministeriales o los estatutos de las corporaciones administrativas—. El caso más relevante lo ofrecen los planes urbanísticos del Art. 10, apartado 1 de la Ley del Suelo<sup>75</sup>. Los derechos de construcción están sometidos al control de reglamentos y estatutos cuando así lo permite el Derecho del Estado federado<sup>76</sup>. De esta manera los Estados Federados tienen un papel en la Ley de la Jurisdicción contencioso-administrativa (VwGO), ya que mediante el Art. 70, apartado 1 de la Ley Fundamental (Grundgesetz) se les otorga competencia para el Derecho administrativo general y especial<sup>77</sup>.

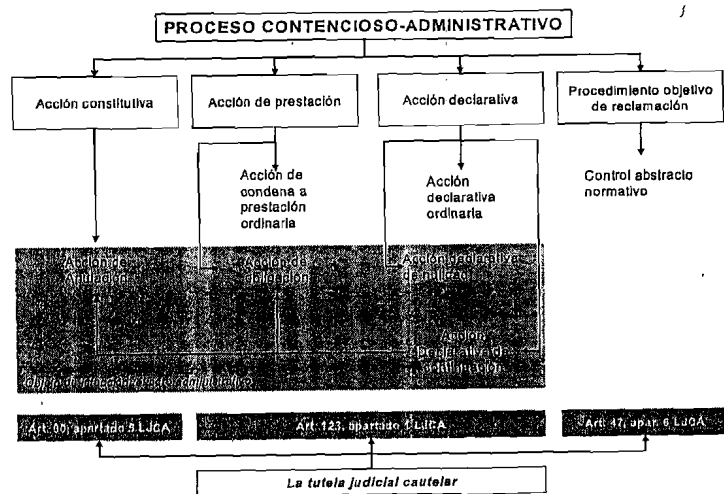


Diagrama 3- los tipos del procedimientos según la LJCA (incluye la protección cautelar)

<sup>74</sup> Por ejemplo este es el caso cuando en los actos administrativos escritos no se reconoce a la autoridad que los dicta o cuando no se han podido cumplir los fundamentos de hecho del acto administrativo.

<sup>75</sup> Código urbanístico (Baugesetzbuch) de 23 de junio de 1960 (BGBl I 1960, p. 341) posteriormente modificado el 21. 6. 2005 (BGBl. I 2005, p. 1818).

<sup>76</sup> Esta posibilidad es utilizada por los Estados federales de Berlín, Hamburgo y Renania del Norte-Westfalia. Véase § 24, apartado 1 de la ley de Sachs)G. En estos Estados federados todavía permanece la garantía del Tribunal constitucional a través del recurso de amparo. No se liga al control de la ley. Este solo puede producirse incidentalmente en el marco de una acción contra el acto, que se apoya en las normas inferiores a ley. En estos casos se examina si la norma inferior a ley autorizada vulnera la ley y por ello es nula, de manera que el acto no se ajusta a la autorización.

<sup>77</sup> La Ley de Procedimiento Administrativo (VwVfG), como Ley Federal, solo tiene vigencia para los procedimientos de las autoridades federales o en las delegaciones a los Estados federados, § 1, apartado 1 de la Ley de Procedimiento Administrativo (VwVfG).

## 2. La distinción fundamental entre admisibilidad y motivación

El Derecho procesal alemán ha distinguido entre la admisión y la motivación de la demanda. Resumidamente consiste en lo siguiente<sup>78</sup>: la *admisibilidad* contesta a la pregunta decisiva de si el Tribunal puede decidir (el asunto<sup>79</sup>), la *motivación*, por el contrario, contesta a la pregunta de si el asunto contenido en la demanda puede tener éxito. Esto ocurre, por ejemplo, en la acción de anulación cuando el acto administrativo impugnado es ilegal y el demandado es lesionado en sus derechos (Art. 113, apartado 1, frase 1 LJCA). La admisión se regula esencialmente por la LJCA. La motivación de la demanda se enjuicia materialmente por el Derecho administrativo general o especial.

Tanto la decisión sobre la admisión como sobre la motivación es una función del Tribunal<sup>80</sup>. Si no se dan todos los requisitos de admisión, la acción o, mejor dicho, la petición es declarada inadmisibile (excepto en el caso del Art. 173 LJCA en relación con el Art. 17ª de la Ley orgánica del Poder Judicial, véase A. II.2.b). Se dicta la denominada *sentencia procesal*<sup>81</sup>. De lo contrario se dicta una *sentencia de fondo* sobre la petición de la demanda.

## 3. La importancia del tiempo para la protección jurídica

El elemento temporal en el proceso contencioso-administrativo tiene relevancia para todos desde dos puntos de vista. Para crear paz es necesario que la justicia se dicte en un plazo no ilimitado. De ahí que el recurso a los tribunales esté sometido (a) a determinados plazos y, además, el tiempo juega, también, un papel (b) en la percepción de la decisión material. Como promedio, un proceso contencioso-administrativo dura en primera instancia más de un año<sup>82</sup>. El peligro radica en que la resolución se dicte demasiado tarde y que se modifique en el intervalo el objeto y el derecho aplicable. Todos estos problemas deben ser resueltos en el proceso contencioso administrativo.

### a) Los plazos procesales

Desde el punto de vista de la Administración, en el proceso contencioso administrativo se juzga la paz y la seguridad jurídicas de todos. Por eso, tiene un interés de saber que más allá de los plazos sus resoluciones son inatacables<sup>83</sup>. Pero, también, los terceros—por ejemplo el constructor en un litigio sobre una licencia de construcción—están interesa-

<sup>78</sup> Ehlers, en: Schoch/Schmidt-Assmann/Pietzner, en el lugar citado en (nota 27), Introducción al § 40 acotación 1 y ss.

<sup>79</sup> Ehlers, en: Schoch/Schmidt-Assmann/Pietzner, en el lugar citado en (nota 27), Introducción al § 40 acotación 7.

<sup>80</sup> Tribunal Constitucional, Neue Juristische Wochenschrift (NJW) 1983, 1923.

<sup>81</sup> Para estas y posteriores sentencias: *Wierienberger*, en el lugar citado en (nota 1) acotación 592 y s.

<sup>82</sup> Por ejemplo, 15'7 meses en el Tribunal Administrativo de Colonia.

(Véase: <http://www.vg-koeln.nrw.de/presse/presse/2005/p0504071.htm>).

<sup>83</sup> Schmidt-Assmann, en: Maunz/Dürig, en el lugar citado en (nota 11), Art. 19, apartado 4, acotación

dos. Por eso los plazos para la solicitud de la protección jurídica se plantean como plazos ciertos y dan oportunidad para el asesoramiento adecuado.

La LJCA fija los plazos que deben ser observados dentro del procedimiento contencioso para ciertas formas procesales. El plazo general de impugnación es el de *un mes*. Sin embargo, existen otros para interponer otros recursos formales:

- recurso administrativo previo al ejercicio de las acciones de anulación y de obligación, Art. 70, apartado 1, frase 1 LJCA,
- acción de anulación y de obligación, Art. 74 LJCA, y
- recurso contra las resoluciones jurisdiccionales, Arts. 84, apartado 2, 124a, apartado 2, frase 1, 139, apartado 1, frase 1 LJCA.

Las resoluciones administrativas deben incluir la información sobre los recursos procedentes. Si se omite este dato, el plazo de impugnación es de *un año* (Art. 58, apartado 2 LJCA). En el procedimiento de control abstracto de normas con categoría inferior a ley el plazo es de *dos años* desde la publicación de la norma impugnada (Art. 47, apartado 2, frase 1 LJCA). Este extenso plazo se justifica por que el particular –al impugnar un acto administrativo– no queda siempre afectado individualmente por la publicación de un Estatuto o de un Reglamento.

La falta de suspensión de los plazos procesales puede hacer *perder* una demanda, en caso de que el demandante a partir de un determinado período de tiempo (momento a quo) “mantenga inactiva la situación, o haya permitido el transcurso razonable del mismo para reclamar su derecho”<sup>84</sup> (momento ad quem).

En algunos casos excepcionales se puede solicitar la extensión de los plazos a la situación anterior, cuando alguien sin culpa haya paralizado los plazos (Art. 60 LJCA) –por ejemplo, por enfermedad imprevista–.

Si han pasado los plazos de impugnación del acto administrativo, éste no puede ser jurisdiccionalmente impugnado. Toda la eficacia del acto administrativo (no nulo) adquiere *firmeza*. Esto es condición para que el acto administrativo pueda ejecutarse<sup>85</sup>. Si la actuación de la autoridad administrativa no se realiza a través de un acto, la firmeza no puede ser adquirida. En estos supuestos la acción de condena a una prestación ordinaria y la acción declarativa *no están sujetas a plazo*, aunque puede darse algún supuesto de sujeción.

- b) El factor tiempo y la decisión sobre el fondo: el proceso principal – tutela judicial cautelar – modificación de los hechos y situación jurídica

Los requisitos de duración del proceso contencioso administrativo manifestados por el Art. 19, apartado 4, frase 1 de la Ley Fundamental (Grundgesetz) sólo se formulan

<sup>84</sup>. BVerfGE 32, 305 (309 y s.).

<sup>85</sup>. Pe. § 2 Nr. 1 Ley de Ejecución Administrativa de Sajonia (Verwaltungsvollstreckungsgesetz für den Freistaat Sachsen) en la versión publicada el 10.9.2003 (SächsGVBl. 2003, p. 614, modificada en p. 913).

vagamente<sup>86</sup>. Particularmente, no se fija una duración máxima, que imponga la infracción de los principios jurídicos procesales. Tampoco el plazo de 10 años de la duración del procedimiento fue admitido como criterio de la efectividad de la protección jurídica por el Tribunal Constitucional<sup>87</sup>.

Como consecuencia de la tendencia a una larga duración del proceso contencioso alemán que alcanza al criterio de la efectividad de la protección jurídica, se ha debido recurrir a las resoluciones jurisdiccionales cautelares<sup>88</sup> (*tutela judicial cautelar*). De lo contrario se producirían frecuentemente hechos consumados y daños irreparables, ya que la sentencia del proceso principal llegaría demasiado tarde. Tal resultado en la protección jurídica sería contrario a la garantía del Art. 19, apartado 4, frase 1 de la Ley Fundamental (Grundgesetz).

La tutela judicial cautelar se establece a través de la LJCA. La elección del procedimiento determina el tipo de acción del procedimiento principal según el Art. 123, apartado 5 de la LJCA. Los principios de la resolución provisional están determinados por el Art. 123, apartado 1 de la LJCA, respecto de la acción de obligación, de la declarativa y de condena a una prestación ordinaria. Para la acción de anulación la tutela judicial cautelar se regula en el Art. 80, apartado 5 de la LJCA. Los procedimientos en ambos casos son diferentes.

Por último, el factor tiempo adquiere un significado especial cuando entre la resolución adoptando medidas de la autoridad administrativa y la resolución jurisdiccional se produce un cambio en los hechos o en el derecho aplicable. En principio, se enjuicia la admisibilidad y la motivación de una acción sobre los hechos y fundamentos de derecho en la fecha de la vista oral<sup>89</sup>. Sólo si se ha seguido un procedimiento administrativo especial antes del judicial (Art. 68 y 80, apartado 6 LJCA) la resolución de admisión (o mejor: de acceso<sup>90</sup>) viene determinada por la fecha de la entrada en el Tribunal.

En relación con la motivación de la acción de anulación, otros autores sitúan la fecha para enjuiciar los hechos y los fundamentos de derecho en la última resolución administrativa<sup>91</sup>, porque el acto administrativo en este momento ha adquirido su forma determinante para ser enjuiciado conforme al Art. 79, apartado 1, n° 1 LJCA. Este criterio lo sigue también el Tribunal Supremo siempre que, según el derecho material, no se observe otra fecha más relevante<sup>92</sup>.

<sup>86</sup>. Véase nota 34.

<sup>87</sup>. BVerfG, NJW 2001, 216.

<sup>88</sup>. Krüger/Sachs, en el lugar citado en (nota 10), Art. 19 acotación 148 y ss.; Schmidt-Assmann, en Maunz/Dürig, en el lugar citado en (nota 11), Art. 19, apartado 4 acotación 273.

<sup>89</sup>. Sobre la admisibilidad: Hufen, en el lugar citado en (nota 2), § 24 acotación 14 y ss.; Schenke, en el lugar citado en (nota 61), acotación 60, 782 y ss. (una exposición más detallada del litigio); Württenberger, en el lugar citado en (nota 1), acotación 608 y ss.

<sup>90</sup>. Sobre la aplicación de este concepto Schenke, en el lugar citado en (nota 61), acotación 61a, 998, aunque sin referencia al plazo previo del procedimiento.

<sup>91</sup>. Hufen, en el lugar citado en (nota 2), § 24 acotar 8 y ss.; Württenberger, en el lugar citado en (nota 1), acotación 613 y ss.

<sup>92</sup>. BVerwGE 64, 218 (221 y s.); 78. 243 (244 y s.); Schmidt, Jörg, en: Eyer mann, en el lugar citado en (nota 25), § 113 acotación 45.

#### 4. La orientación de la realización del derecho subjetivo

Tal como se afirmó (A.I.2), en la regulación del proceso del Art. 19, apartado 4, frase 1 de la Ley Fundamental (Grundgesetz) ocupa una posición destacada el enjuiciamiento legal de los derechos individuales. Este enjuiciamiento se realiza en el proceso contencioso administrativo no sólo en la motivación, sino también en la decisión de admisión bajo la comprobación de los criterios de legitimación y —en tanto que se reserva (véase B.II.4.b)— de los intereses declarativos<sup>93</sup>. El sentido de los requisitos de la decisión radica en la exclusión de la denominada acción popular<sup>94</sup>. El proceso es un medio de tutelar lesiones jurídicas (acción de daños). Ningún ciudadano debe poder reclamar judicialmente sobre daños a derechos o intereses que no les afecten<sup>95</sup>. Tal proceso altruista está por principio excluido<sup>96</sup>. De este modo ha de encontrarse un compromiso entre la rápida ejecución legal y la defensa de los derechos del particular.

##### a) La legitimación para ejercitar una acción

La exigencia de legitimación resulta para la acción de anulación y la acción de obligación del Art. 42, apartado 2 LJCA:

*“En la medida en que la ley no disponga otra cosa, la demanda sólo es admisible cuando el demandante haga valer que el acto administrativo ha lesionado sus derechos o por haber rehusado u omitido su emisión”.*

Esta norma se aplica también por *analogía* a la acción de condena a una prestación ordinaria<sup>97</sup>, a la declarativa<sup>98</sup>, al recurso<sup>99</sup> y a la tutela judicial cautelar<sup>100</sup>, y que ha de ser evitado

<sup>93</sup>. Así ha sido entendido el interés declarativo por la doctrina dominante. Véase en B. II. 4. b),

<sup>94</sup>. *Schenke*, en el lugar citado en (nota 61), acotación 490; *Wahl/Schütz*, en: Schoch/Schmidt-Assmann/Pietzner, en el lugar citado en (nota 27), § 42, apartado 2, acotación 5 y ss. Se entiende por acción popular la acción que puede interponer cualquiera sin consideración a su propio interés particular, compárese *Köbler*, Juristisches Wörterbuch, 11. edición Munich 2002, p. 374.

<sup>95</sup>. *Würtenberger*, en el lugar citado en (nota 1), acotación 274.

<sup>96</sup>. En cualquier caso ésta existe. Sin embargo es denominada de forma distinta como acción consorcial (altruista). Aquí se trata de una determinación legal. En el § 61 de la ley de protección de la naturaleza y el paisaje (Gesetz über Naturschutz und Landschaftspflege-BNatSchG) de 25.3.2002 (BGBl I 2002, pág. 1193), modificada posteriormente el 21.6.2005 (BGBl I 2005, pág. 1818) se puede demandar judicialmente la protección del medio ambiente y la naturaleza. Compárese con la Ley de Procedimiento Administrativo (BVerfG), NVwZ 2001, 1148 (1149).

<sup>97</sup>. *Happ*, en: Eyermann, en el lugar citado en (nota 25), § 42 acotación 80; *Wahl/Schütz*, en: Schoch/Schmidt-Assmann/Pietzner, en el lugar citado en (nota 27), § 42, apartado 2 acotación 33.

<sup>98</sup>. BVerwGE 100, 262 (271), BVerwG, NVwZ 1991, 470; Deutsches Verwaltungsblatt (DVBl.) 1995, 1250; *Wahl/Schütz*, en: Schoch/Schmidt-Assmann/Pietzner, en el lugar citado en (nota 27), § 42, apartado 2 acotación 33.

<sup>99</sup>. *Happ*, en: Eyermann, en el lugar citado en (nota 25), § 42 acotación 80; *Hufen*, en el lugar citado en (nota 2), § 6 acotación 24 y ss.; *Wahl/Schütz*, en: Schoch/Schmidt-Assmann/Pietzner, en el lugar citado en (nota 27), § 42, apartado 2 acotación 36.

<sup>100</sup>. *Happ*, en: Eyermann, en el lugar citado en (nota 25), § 42 acotación 80; *Wahl/Schütz*, en: Schoch/Schmidt-Assmann/Pietzner, en el lugar citado en (nota 27), § 42, apartado 2 acotación 35.

en estos procedimientos de la acción popular (demanda o instancia). No sólo se enjuicia aquí la efectiva producción de un daño jurídico, sino también la posibilidad de que se haya producido en virtud de la denominada *teoría de la posibilidad*. La legitimación sólo se deniega cuando, de una forma clara, no puedan ser vulnerados los derechos del demandante<sup>101</sup>. Como consecuencia de que la lesión jurídica debe presentarse como una *posibilidad*, son sus fundamentos de hecho los que constituyen el objeto del enjuiciamiento.

En la práctica implica que, en el marco del examen de la legitimación, únicamente se enjuicia si alguno de los derechos subjetivos del demandante puede ser vulnerado. La fuente de este derecho son los derechos fundamentales<sup>102</sup> y el concreto ordenamiento jurídico en consideración. La anteriormente mencionada *teoría de la protección de la norma* (véase A.I.2) adquiere para este objeto su significado determinante. En la mayoría de los casos son innecesarias más amplias consideraciones, ya que la libertad de acción general del Art. 2, apartado 1 de la Ley Fundamental (Grundgesetz) concede una amplia protección contra las actuaciones estatales<sup>103</sup>. Cada destinatario de una medida administrativa tiene la posibilidad de impugnarla en virtud de su derecho fundamental del Art. 2, apartado 1 de la Ley Fundamental (Grundgesetz), de manera que la legitimación puede ser admitida. Esta “Construcción” se denomina como *teoría del destinatario*<sup>104</sup>.

Más problemáticos son los casos en que un tercero no es destinatario de un acto administrativo —por ejemplo, un vecino que impugna una licencia de construcción de otro propietario o el competidor de una empresa que recibe una subvención<sup>105</sup>. Aquí en este caso debe ser examinado si la norma tomada en consideración despliega efectos *frente a terceros*.

##### b) La declaración de un interés

La acción declarativa ordinaria según el Art. 43, apartado 1, inciso segundo sólo es admisible:

*“cuando el demandante tiene un legítimo interés en su inmediata declaración (acción declaratoria)”.*

<sup>101</sup>. BVerwG 95, 133 (134); detalladamente en otro sentido véase: *Wahl/Schütz*, en: Schoch/Schmidt-Assmann/Pietzner, en el lugar citado en (nota 27), § 42, apartado 2 acotación 65 y ss.

<sup>102</sup>. Sobre su impugnación en tiempos recientes, véase *Wahl/Schütz*, en: Schoch/Schmidt-Assmann/Pietzner, en el lugar citado en (nota 27), § 42, apartado 2 acotación 57 y ss. Los derechos subjetivos sólo pueden ser regulados por normas con rango inferior a la Constitución (rango aplicativo de los derechos concretos). Sólo se permite el recurso de amparo constitucional cuando existe un vacío. Esta subsidiaridad contradice al más alto rango del derecho constitucional.

<sup>103</sup>. Denominado “Elfes-Formel”, Ley de Procedimiento Administrativo (BVerfGE) 6, 32 (36 y ss.); para ello: *Legge*, Die allgemeine Handlungsfreiheit gemäss Art. 2 I GG, Jura 2002, 753; *Murswiele*, en: Sachs, en el lugar citado en (nota 10) Art. 2 acotación 52 y siguiente.

<sup>104</sup>. *Hufen*, en el lugar citado en (nota 2) § 14 acotación 75 y ss.

<sup>105</sup>. Más ejemplos sobre este y otros tipos: *Hufen*, en el lugar citado en (nota 2), § 14 acotación 85 y ss.; *Würtenberger*, en el lugar citado en (nota 1), acotación 281 y ss.

Bajo esta expresión se encuentran, como principio, todo tipo de intereses jurídicos, económicos e ideales<sup>106</sup>. Con esto se pone de manifiesto que los intereses del demandante no provienen de la vulneración de derechos. Sin embargo, la jurisprudencia exige la legitimación del Art. 42, apartado 2 LJCA por analogía para evitar la acción popular<sup>107</sup>. No obstante se ha objetado que el derecho del Art. 43, apartado 1 LJCA atenúa intencionalmente los requisitos de acceso<sup>108</sup>. Una acción de interés debe ser admisible directamente. La Jurisprudencia ha cambiado la acción declarativa en una acción de daños.

En la práctica ocurre que, bajo ambas concepciones poco separadas una de otra, detrás de una declaración de interés en una relación jurídica también se da la posibilidad de una lesión jurídica. Muchos autores consideran innecesaria la legitimación porque es suficiente con la declaración de una "relación jurídica concreta", recurriendo a la regulación excepcional del Art. 42, apartado 2 LJCA (VwGO)<sup>109</sup>. Sin embargo, tal posición a penas se ajusta al procedimiento del Art. 43, apartado 1 LJCA.

Se produce un gran "riesgo de acción popular" en estos casos en los que un demandante solicita la declaración de la existencia o inexistencia de una relación jurídica que afecte a otros sujetos jurídicos (denominada *relación jurídica de terceros*). En este caso se requiere que el demandante tenga un interés declarativo directo en esa relación jurídica<sup>110</sup>. En realidad no es un tema de legitimación.

### c) La motivación

En la motivación la lesión de un derecho es un punto central del enjuiciamiento según el Art. 113, apartado 1, frase 1 LJCA. En los supuestos de las acciones de anulación y obligación, el texto tanto del Art. 113, apartado 1, frase 1 como el posterior apartado 5, frase 1 LJCA lo dejan bien claro:

(1) "En la medida en que el acto administrativo sea ilegal y el demandante haya sido lesionado en sus derechos, el Tribunal anulará el acto administrativo y declarará su desconformidad. (...)"

(5) "En la medida en que se haya rehusado u omitido, de manera ilegal, la emisión de un acto administrativo y el demandante haya sido lesionado en sus derechos, el Tribunal obligará a la autoridad administrativa a dictar de oficio el acto solicitado, cuando el asunto esté visto para sentencia. (...)"

<sup>106</sup>. BVerwG, NJW 990, 1804; NVwZ 1991, 470 (471); NVwZ 1998, 403 (404); Pietzcker en: Schoch/Schmidt-Assmann/Pietzner, en el lugar citado en (nota 27), § 43 acotación 33.

<sup>107</sup>. Véase la nota 98. Posteriormente (y discrepando de *Wahl/Schütz*) Pietzcker, en: Schoch/Schmidt-Assmann/Pietzner, en el lugar citado en (nota 27), § 43 acotación 28 y ss.

<sup>108</sup>. *Wahl/Schütz* en: Schoch/Schmidt-Assmann/Pietzner, en el lugar citado en (nota 27), § 42, apartado 2 acotación 23.

<sup>109</sup>. *Hufen*, en el lugar citado en (nota 2), § 18 acotación 26 y ss.

<sup>110</sup>. BVerwG DVBl. 1998, 49.

Aquí se demuestra que, en el plano de la admisibilidad, no se realiza ningún examen de los detalles de la lesión jurídica, sino que el objeto es el enjuiciamiento del razonamiento. Como demuestra el texto del Art. 113, apartado 1, frase 1 y el apartado 5, frase 1 LJCA, la acción sólo está fundada en tal acto administrativo (mejor dicho en haberlo rehusado u omitido) ilegal y en que el demandante ha sido lesionado en sus derechos, por lo que se debe reponer el daño jurídico del demandante por la ilegalidad del acto administrativo (mejor dicho, de haberlo rehusado u omitido) ("con la correspondiente actuación"). La decisión del Tribunal depende de la lesión del derecho subjetivo.

Esta circunstancia, a la vez, determina el plan de trabajo del Tribunal. Este enjuicia la actuación de la Administración no ampliamente (en virtud de una aproximación a la norma) sino sólo en la medida en que la norma *protege al demandante*<sup>111</sup> — excepcionalmente en la medida en que la norma *protege a terceros*—. Esto obedece no sólo a exigencias de economía procesal, sino también al arraigo de los derechos individuales frente a la Administración en el Art. 19, apartado 4, frase 1 de la Ley Fundamental (Grundgesetz).

Este principio fundamental sufre una importante relativización en la acción de los destinatarios de un acto administrativo de gravamen. La autoridad administrativa que vulnera la validez de un derecho mediante resolución conteniendo un acto de gravamen, por violación de una ley o cualquier norma jurídica, incurre en una acción *ilegal*. Porque bajo la validez de la regulación constitucional alemana del derecho fundamental general de libertad de acción del Art. 2, apartado 1 de la Ley Fundamental (Grundgesetz)<sup>112</sup>, existe un derecho subjetivo de los ciudadanos a la defensa contra la ilegalidad de los gravámenes impuestos por el poder público, ya que la resolución conteniendo un acto administrativo ilegal no solo vulnera el derecho objetivo, sino también la regulación constitucional de los derechos subjetivos de los ciudadanos. Por ello, se considera, últimamente, tal ilegalidad en relación con los destinatarios como una vulneración de un derecho subjetivo, y también cuando se vulnera una norma con el único propósito de aclararla, demostrándose el exclusivo carácter objetivo, por lo que no está a disposición de los derechos subjetivos de los ciudadanos. Es decir, la vulneración del derecho objetivo será considerada como subjetiva, por lo que en estos casos se debe producir un amplio enjuiciamiento legal. Por ejemplo, el acto dictado por una autoridad administrativa incompetente va contra la legalidad de este principio. La regulación legal de la competencia aquí ha sido vulnerada sin que haya una norma de cobertura. Por tanto el destinatario de un acto administrativo de esta naturaleza (por ejemplo, el propietario en una licencia de urbanismo) puede, bajo la referencia de su derecho fundamental del Art. 2, apartado 1 de la Ley Fundamental (Grundgesetz), impugnar con éxito la incompetencia de la autoridad administrativa —mientras que un tercero (por ejemplo, el vecino del propietario) no puede hacerlo.

<sup>111</sup>. *Happ*, en *Eysermann*, en el lugar citado en (nota 25) § 42 acotación 72.

<sup>112</sup>. El texto exacto de la norma dice: "Todos tienen derecho al libre desarrollo de su personalidad, siempre que no vulneren los derechos de otro y no atenten al ordenamiento constitucional o a la ley moral". Véase nota 103.

5. *La defensa contra el abuso de la protección jurídica y la subsidiaridad de la vulneración legal—la exigencia general de la protección jurídica*

La protección jurídica puede estar basada en la exigencia general de protección que se solicita como condición tácita de la sentencia a través de todos los procedimientos contencioso-administrativos. Esta exigencia es reconocida en general y se obtiene de la regulación constitucional de la vía judicial del Art. 19, apartado 4, frase 1 de la Ley Fundamental (Grundgesetz)<sup>113</sup>. Esta exigencia general de protección jurídica falla<sup>114</sup> cuando

- (1) su solicitud puede ser conseguida por otra vía más sencilla y rápida o eficiente (*acción superflua*)<sup>115</sup>,
- (2) el resultado (hipotético) no mejora la situación jurídica del demandante<sup>116</sup> (*acción inútil*) o
- (3) el demandante no tenga un interés jurídico digno de protección.

Estos intereses fallan en los casos de pérdida del derecho (véase B.II. a), de renuncia de la acción o cuando se presenta la demanda con abuso del derecho (por ejemplo, pedir asilo con apoyo en una prolongación de la estancia).

*Acción superflua* es, por ejemplo, la acción de condena a una prestación ordinaria de una autoridad administrativa contra un ciudadano, cuando lo requerido es el contenido de un posible acto administrativo, que posteriormente puede ser ejecutado. Además la acción de condena a una prestación ordinaria falla, en tanto que exigencia de protección jurídica, porque no debe ser presentada por una demanda de la autoridad administrativa. Por último, se incurre en una *acción inútil*, por ejemplo, cuando se interpone la acción en relación con la negación a prestar el servicio militar cuando uno ha sido declarado útil para el servicio<sup>117</sup>.

6. *La necesidad de agotar la vía administrativa—particularmente el procedimiento previo*

Para que se abra el plazo para interponer la demanda, la autoridad administrativa se debe haber ocupado previamente del asunto: De manera que, sin solicitud de un acto administrativo o una prestación de la autoridad administrativa no hay acción contencioso-administrativa para la protección jurídica general. Por ello, se pone de manifiesto como un asunto de gran importancia el agotamiento de la vía administrativa, denominado procedimiento previo, que esté determinado para adoptar la correspondiente resolución. Este procedimiento administrativo previo para la acción de anulación y la de obligación (en su forma desestimatoria) está regulado conforme al Art. 68, apartado 1 y apartado 2

<sup>113</sup>. BVerfGE 104, 220 (232).

<sup>114</sup>. Para la ordenación de los grupos: *Eblers*, en: Schoch/Schmidt-Assmann/Pietzner, en el lugar citado en la (nota 27), anotación al § 40 acotación 81 y ss.; *Rennert*, en Eyer mann, en el lugar citado en (nota 25) anotación al § 40 acotación 11 y ss.

<sup>115</sup>. Generalmente reconocida, véase BVerfGE 61, 126 (135), BGHZ (decisiones del Tribunal Supremo en materia civil) 55, 201 (206).

<sup>116</sup>. BVerwGE 78, 85 (91).

<sup>117</sup>. BVerwGE 61, 246 (247), para un caso similar.

LJCA, una vez transcurrido el plazo de un mes desde la notificación del acto administrativo (Art. 70, apartado 1, frase 1 LJCA). El Art. 68, apartado 1, frase 1, dispone:

*"Para la interposición de una acción de anulación, la legalidad y oportunidad de un acto administrativo debe ser controlada en el marco de un recurso administrativo previo"*.

Esta vía administrativa previa aparece para el ciudadano como el primer escalón de la protección jurídica<sup>118</sup>. Además, el procedimiento administrativo previo da ocasión a un autocontrol de los propios actos y contribuye a la descarga del Tribunal<sup>119</sup>.

Con la interposición del recurso se producen—como en el recurso jurisdiccional contra las resoluciones judiciales (véase B.I.2)—el efecto *devolutivo* y *suspensivo*. Primero entenderá la autoridad administrativa que dictó el acto para su posible reforma. Si el recurso no es acogido, la competencia resolutoria se traspasa, en virtud del Art. 73, apartado 1, frase 1 LJCA, a la autoridad administrativa jerárquicamente superior a la que dictó el acto. El Art. 80, apartado 1, frase 1 LJCA impone el efecto suspensivo de un acto administrativo que ha sido impugnado administrativamente por un ciudadano, de manera que no puede ser ejecutado<sup>120</sup>. La autoridad administrativa que resuelve no sólo enjuicia la legalidad del acto administrativo, sino también su oportunidad<sup>121</sup> y dicta su resolución en lugar de la resolución de la autoridad administrativa que dictó el acto primigenio. Este control de la oportunidad puede efectuarse exclusivamente por la autoridad administrativa e impide el enjuiciamiento del poder judicial (Art. 114, frase 1 LJCA). El recurso del ciudadano estará, también, fundado, cuando se trata de una resolución de oportunidad de la Administración, en la improcedencia de la misma por perjudicar sus intereses. En este caso el escalón de la lesión jurídica no se traspasa, por lo que el procedimiento del recurso administrativo se aparta del ideal del Art. 19, apartado 4, frase 1 de la Ley Fundamental (Grundgesetz). Aunque, por otra parte, se comprueba que el procedimiento previo de la autoridad administrativa carece de vía judicial a tenor de esta norma, ya que no se corresponde con una acción popular, por aplicación análoga del Art. 42, apartado 2 LJCA que lo excluye de la facultad para recurrir<sup>122</sup>. Un problema importante en el procedimiento

<sup>118</sup>. Esta vía legal no puede ser cerrada por la autoridad administrativa, en virtud del Art. 19, apartado 4, frase 1 de la Ley Fundamental (Grundgesetz) ya que se trata de una resolución del juez garantizada; *Krüger/Sachs*, en el lugar citado en la (nota 10), Art. 19 acotación 134; *Schmidt-Assmann*, en: Maunz/Dürig, en el lugar citado en (nota 11), Art. 19, apartado 4 acotación 173.

<sup>119</sup>. Para las funciones del procedimiento de recursos: *Hufen*, en el lugar citado en (nota 2), § 5 acotación 15 y ss.; *Schenke*, en el lugar citado en (nota 61), acotación 645 y ss.

<sup>120</sup>. BVerwGE 13, 1 (6); 66, 218 (222). Otra versión de la inhibición de la eficacia, la aportación de: *Hufen*, en el lugar citado en (nota 2), § 8 acotación 5 en relación con el § 32 acotación 2 y ss.

<sup>121</sup>. En materia de Administración local, el examen y la competencia para resolver de la autoridad en relación con la oportunidad está limitada, véase el § 27, apartado 1, frase 2 de la ley de SächsJG. El § 73, apartado 1, frase 2 n° 3 LJCA no permite que se produzca, en materia de auto-administración, ningún efecto devolutivo. Aquí se aplica la garantía de la Administración local del Art. 28, apartado 2, frase 1 de la Ley Fundamental (Grundgesetz) como límite del control de la autoridad administrativa estatal sobre la administración local.

<sup>122</sup>. Algo nebulosamente formulado *Hufen*, en el lugar citado en (nota 2), § 7 acotación 23, el recurrente no tiene la necesidad de fundamentar la validez de un derecho subjetivo. También *Schenke*, en el lugar citado en (nota 61), acotación 650 señala que debe existir un derecho subjetivo. De cualquier forma no está claro si es inoportuno.

administrativo del recurso es la denominada *reformatio in peius*. No se trata de una singularidad procesal, sino que la autoridad que ha dictado el acto tiene la carga de modificarlo en la protección legal (denominada *Verböserung: reformatio in peius*)<sup>123</sup>. Para la doctrina más autorizada es posible bajo estrictos presupuestos, cuando el recurrente ha impedido la firmeza y, por consiguiente, no saca provecho de la confianza de la persistencia del acto administrativo inicial<sup>124</sup>. La *reformatio in peius* requiere una resolución material de la autoridad administrativa que resuelve, para la que tiene que ser competente y tener la correspondiente autorización<sup>125</sup>. Este es el supuesto en el cuál la autoridad que resuelve es la autoridad de control<sup>126</sup> o cuando le corresponde volver a conocerlo.

En resumen, la aplicación de la vía administrativa previa como vía legal no es inútil pero se aprecia como una restricción de la protección jurídica del Art. 19, apartado 4, frase 1 de la Ley Fundamental (*Grundgesetz*)<sup>127</sup>.

### 7. Los requisitos generales de admisibilidad relativas a las partes

Forman parte de los requisitos de admisibilidad relativas a las partes en el proceso contencioso administrativo: la capacidad para ser parte, la capacidad procesal y la postulación. Además se discute si forma parte como requisito de admisibilidad la cita correcta en la demanda del demandado.

#### a) La capacidad para ser parte

Según el Art. 61 LJCA

*"Tienen capacidad para ser parte en el proceso:*

1. *las personas físicas y jurídicas,*
2. *las asociaciones, cuando puedan ser titulares de un derecho,*
3. *las autoridades administrativas, con la condición de que el Derecho del Estado Federado así lo disponga".*

<sup>123</sup> Detalladamente sobre este problema tipo: *Dolde*, en Schoch/Schmidt-Assmann/Pietzner, en el lugar citado en (nota 27), § 68 acotación 47 y ss.; *Hufen*, en el lugar citado en (nota 2), § 9 acotación 15 y ss.; *Rappert*, en: Eyermann, en el lugar citado en (nota 25), § 68 acotación 17 y ss.; *Schenke*, en el lugar citado en (nota) 61 acotación 687 y ss.

<sup>124</sup> *Schenke*, en el lugar citado en (nota 61), acotación 691.

<sup>125</sup> *Hufen*, en el lugar citado en (nota 2) § 9 acotación 19.

<sup>126</sup> Se entiende así el control de oportunidad (*Fachaufsicht*) en el ámbito estatal por el que es enjuiciada la legalidad y la oportunidad de la acción administrativa y establecido un procedimiento legal por la misma autoridad que controla.

<sup>127</sup> BVerfGE 35, 65 (72); 40, 237 (256).

Dentro de las personas jurídicas, de acuerdo con el Art. 61 LJCA no sólo se encuentran las de derecho privado (Sociedad Anónima, Sociedad Limitada, las uniones con capacidad jurídica)<sup>128</sup>, sino también las entidades administrativas como el Estado Federal, los Estados Federados o las Corporaciones Locales. El Art. 61, n° 2 LJCA incluye las sociedades de Derecho civil, pero también partidos políticos<sup>129</sup>. Este modelo de capacidad para ser parte ha sido concebido además para encajar a cada sujeto en sus correspondientes normas<sup>130</sup>. De ahí que también tengan capacidad como parte el Pleno del Ayuntamiento o el Alcalde. La remisión dispuesta por el Art. 61, n° 3 LJCA al Derecho de los Estados Federados finalmente no ha sido llevada a cabo por todos los Estados Federados<sup>131</sup>. No obstante si el Derecho del Estado Federado contiene una determinada norma sobre capacidad para ser parte, en estos casos, se aplica en el proceso a favor de los órganos administrativos.

#### b) La capacidad procesal

Según el Art. 62 LJCA

(1) *"Tienen capacidad para realizar actuaciones procesales*

1. *las personas que poseen capacidad de obrar conforme al Derecho civil,*
2. *las personas que tengan limitada la capacidad de obrar por el Derecho civil, pero tengan capacidad como interesados en el procedimiento administrativo de acuerdo con el Derecho civil o el Derecho público..."*
- (3) *"Para las asociaciones y las autoridades sus representantes legales, sus órganos directivos o los delegados especialmente designados a tal efecto..."*

Son interesados en el procedimiento las personas naturales con capacidad de obrar determinadas por el Código civil en sus Arts. 2, 104 y ss.<sup>132</sup>, es decir para actuar en el régimen jurídico privado (contratando etc.).

Para personas jurídicas y representantes de las autoridades administrativas —reguladas como parte en el propio derecho del Estado Federado— hay gran número de regula-

<sup>128</sup> Dentro de las personas jurídicas se comprenden también la sociedad colectiva y la sociedad en comandita, las cuales pueden demandar o ser demandadas en nombre propio. Véase *Schmidt, Jörg*, en: Eyermann, en el lugar citado en (nota 25), § 61 acotación 5.

<sup>129</sup> BVerwG, NVwZ 1995, 590.

<sup>130</sup> *Bier*, en: Schoch/Schmidt-Assmann/Pietzner, en el lugar citado en (nota 27), § 61 acotación 6; *Schmidt, Jörg*, en: Eyermann, en el lugar citado en (nota 25), § 61 acotación 10.

<sup>131</sup> Véase *Hufen*, en el lugar citado en (nota 2), § 12 acotación 27. Esta posibilidad del § 61, n° 3 LJCA ha sido cumplida, por ejemplo, por el § 5, apartado 1 de la Ley de lo contencioso administrativo del Estado Federado de Nordrhein-Westfalen (*Gesetz zur Ausführung der Verwaltungsgerichtsordnung*) de 26. Marzo. 1960 (NRW GVBl. 1960, pág. 47), posteriormente modificada el 18. 11. 2003 (NRW GVBl. pág. 715). En el Estado Federado de Sajonia no ha sido completado el § 61 n° 3 VwGO.

<sup>132</sup> Código civil (*Bürgerliches Gesetzbuch*) de 18. Agosto 1896 (RGBl. 1896, 195) en la versión publicada el 2.1. 2002 (BGBl. I 2003, p. 42, 2909 y BGBl. I 2003, p. 738), posteriormente modificado el 7. julio 2005 (BGBl. 2005, p. 1970).

ciones especiales en el Derecho público. Así, por ejemplo, de acuerdo con el Art. 51, apartado 1, frase 2, de la Ley municipal de Sajonia<sup>133</sup>, el Ayuntamiento es representado por el Alcalde o en el Estado de Sajonia, en general, para el gobierno regional competente la autoridad administrativa superior al órgano correspondiente (Art. 4, apartado 1, frase 1, Reglamento de representación de Sajonia<sup>134</sup> en relación con el Art. 2, Art. 6, apartado 1 de la Ley de Procedimiento Administrativo de Sajonia<sup>135</sup>). Por último, las personas jurídicas privadas son representadas en el proceso por sus órganos directivos (por ejemplo, la presidencia de una Sociedad Anónima según el Art. 78, apartado 1 de la Ley de Sociedades Anónimas<sup>136</sup>).

### c) La postulación

La representación mediante abogado sólo es necesaria para el Tribunal Supremo y el Tribunal Superior de Justicia, según el Art. 67, apartado 1, frase 1 LJCA<sup>137</sup>. Para el Tribunal Administrativo no es necesaria la representación mediante abogado —permitido expresamente por el Art. 67, apartado 2, frase 1 LJCA.

### d) El demandado

Según el Art. 78 LJCA

(1) "La demanda ha de dirigirse

1. contra el Estado Federal, el Estado Federado o la Corporación cuya autoridad dictó el acto administrativo impugnado o ha omitido el acto administrativo solicitado, siendo suficiente con designar en la demanda la autoridad,

2. si el Derecho del Estado Federado lo dispone, contra la misma autoridad que dictó el acto administrativo impugnado u omitió el acto administrativo solicitado."

(2) "Cuando se dicta una resolución resolviendo un recurso (Art. 68, apartado 1, frase 2, n° 2), será la autoridad administrativa que ha resuelto conforme al apartado 1."

Esta regulación se establece sólo en el lugar sistemático de las acciones de anulación y obligación. Esta expresión considerada como *portadora de los principios del derecho* es aplicable a la Administración de la autoridad actuante demandada. Este principio general se aplica también a todos los demás procedimientos. El Art. 78 LJCA se utiliza, además, por

<sup>133</sup> Gemeindeordnung für den Freistaat Sachsen en la versión publicada el 18. Marzo 2003 (SächsGVBl. 2003, S. 55), posteriormente modificada el 11.5.2005 (SächsGVBl. 2005, S. 155).

<sup>134</sup> Reglamento del Gobierno de Sajonia sobre la representación del Estado de Sajonia en procedimientos legales (reglamento de representación, Vertretungsverordnung) en la versión publicada el 27. Diciembre 1999 (SächsGVBl. 2000, p. 2), modificado el 10. Abril 2003 (SächsGVBl. p. 94).

<sup>135</sup> Ley de Organización Administrativa del Estado de Sajonia (Sächsisches Verwaltungsorganisationsgesetz) de 25 noviembre 2003 (SächsGVBl. 2003, p. 899).

<sup>136</sup> La Ley de Sociedades Anónimas (Aktiengesetz) de 6. 9. 1965 (BGBl. I. 1965, p. 1089), posteriormente modificada el 15. 12. 2004 (BGBl. I 2004, p. 3408).

<sup>137</sup> También pueden ser representadas las partes por profesores de derecho.

analogía<sup>138</sup>. Cuando el Derecho del Estado Federado no ha establecido nada sobre la posibilidad del Art. 78, apartado 1, n° 2 LJCA<sup>139</sup>, tienen la consideración de Administración demandada todas las correspondientes del Estado Federado y de las Corporaciones Locales (municipios, distritos, comarcas, mancomunidades, etc.)<sup>140</sup>.

El alcance del Art. 78 LJCA ha sido criticado de diferentes maneras. Para la doctrina más autorizada no juega ningún papel en la resolución de admisión. Mantiene la opinión de que el Art. 78 LJCA regula la legitimación pasiva —es decir, la regulación material de la capacidad para que la Administración sea parte legitimada<sup>141</sup>— que será contestada en la motivación de la acción<sup>142</sup>. La opinión contraria considera que el Art. 78 LJCA contiene una exigencia sobre la facultad procesal para estar en el proceso (pasivamente), por la cuál se pone de manifiesto la capacidad procesal para continuar en el proceso como parte demandada<sup>143</sup>, por lo que ha de ser enjuiciado en la admisibilidad.

En la práctica, no se produce ninguna dificultad, bajo la consideración del Art. 78, apartado 1, frase 1 LJCA, ya que es suficiente con la indicación en la demanda de la autoridad administrativa como parte demandada. La controversia reseñada sobre el Art. 78 LJCA en relación con la resolución de admisión o de fondo, es más bien de naturaleza académica.

### e) Excurso: el coadyuvante

Conforme al Art. 63 LJCA junto al demandante y al demandado también pueden participar en el procedimiento los coadyuvantes. Según el Art. 65 LJCA, el Tribunal puede emplazar en la causa, de oficio o por petición a este efecto, a otras personas cuyos intereses puedan ser afectados por la resolución judicial. Junto a este *coadyuvante simple*, el Art. 65, apartado 2 distingue el *coadyuvante obligatorio*, cuando están implicados en la resolución del derecho litigioso de manera que se hace necesaria dictar una decisión común, éstos deben ser emplazados por el Tribunal. Típico ejemplo para esta clase de relación triangular son las relaciones jurídicas entre el vecino, la autoridad urbanística y el propietario o el funcionario que ha obtenido el concurso de traslado, el que no lo ha obtenido y la autoridad que lo ha convocado<sup>144</sup>. La autorización urbanística o la resolución del concurso puede ser o bien denegada o bien otorgada.

Según el Art. 66 LJCA rige tanto para el demandante, como para el demandado y el coadyuvante el principio procesal "*de igualdad de armas*". Siendo de aplicación para todos,

<sup>138</sup> Hufen, en el lugar citado en (nota 2), § 12 acotación 44.

<sup>139</sup> Un ejemplo contrario: § 5, apartado 2, frase 1 Gesetz zur Ausführung der Verwaltungsgerichtsordnung von Nordrhein-Westfalen.

<sup>140</sup> Una exposición sobre los supuestos problemáticos en Hufen, en el lugar citado en (nota 2), § 12 acotación 39.

<sup>141</sup> Hufen, en el lugar citado en (nota 2), § 12 acotación 39.

<sup>142</sup> BVerwG, NVwZ-RR 1990, 44; Happ, en: Eyermann, en el lugar citado en (nota 25), § 78 acotación 1; Württemberg, en el lugar citado en (nota 1), acotación 596.

<sup>143</sup> Hufen, en el lugar citado en (nota 2), § 12 acotación 41 y siguiente; Schenke, en el lugar citado en (nota 61), acotación 546.

<sup>144</sup> Más ejemplos en Hufen, en el lugar citado en (nota 2), § 12 acotación 9.



es imprescindible para el coadyuvante necesario. De esta manera se logra que los coadyuvantes interesados en cierto modo entren en la protección jurídica constitucional y sean oídos legalmente, si se hace valer efectivamente este derecho procesal.

Por medio del coadyuvante se mejora la posibilidad de la reclamación legal para los intereses de terceros. Esto se fundamenta en la paz jurídica y en la denominada economía procesal<sup>145</sup>. La "cualidad procesal" consiste en la extensión de los efectos jurídicos de la sentencia a todas las partes —también a los coadyuvantes. Dicho de otra manera: Si el coadyuvante necesario no fuera parte en el procedimiento (como en el caso expuesto arriba el propietario o el funcionario que ha obtenido el concurso), no estaría vinculado por la sentencia y quedaría fuera de la protección jurídica, ya que no se cumplirían los requisitos de la decisión de fondo para el coadyuvante.

#### 8. Otros requisitos de admisibilidad

Existen todavía algunos otros requisitos de admisibilidad en el proceso judicial. Así el proceso se organiza en relación con la competencia material y territorial del Tribunal (contencioso-administrativo)<sup>146</sup>. La regulación correspondiente se encuentra en los Arts. 52 y 45 LJCA.

Los Arts. 81 y siguientes LJCA regulan otros requisitos formales de la demanda. Ésta debe ser formulada por escrito<sup>147</sup> conteniendo el demandante, el demandado y el objeto de la demanda y de acuerdo con el Art. 55 LJCA, en relación con el Art. 184 de la Ley del Poder Judicial, ha de ser redactada en lengua alemana.

Además no puede existir identidad entre el objeto litigioso y una sentencia, que se oponga a su validez en una nueva sentencia. Del mismo modo no puede haber un litigio cuando ya está conociendo otro tribunal (con arreglo al Art. 90 LJCA). De lo contrario la demanda ha de ser inadmitida (Art. 173, frase 1 Ley orgánica del Poder Judicial, en relación con el Art. 17, apartado 1, frase 2 de la misma ley).

### III. Los procedimientos particulares

Después de ser aclarados, en virtud del Art. 19, apartado 4, frase 1 de la Ley Fundamental (Grundgesetz), los medios jurídicos formales y los requisitos comunes de la admisión y la motivación, se pondrán de manifiesto en los siguientes números los procedimientos particulares. Por ello se entrará en las peculiaridades hasta ahora no mencionadas.

<sup>145</sup> *Hufen*, en el lugar citado en (nota 2), § 12 acotación 4.

<sup>146</sup> Sobre la competencia judicial véase más arriba A.II.2.

<sup>147</sup> También, en su lugar, es suficiente mediante telegrama o telefax, véase *Ortloff*, en: Schoch/Schmidt-Assmann/Pietzner, *Verwaltungsgerichtsordnung* (compilación intercambiable, posición: septiembre 2004 10. suplemento), Tomo II, § 81 acotación 8.

#### 1. La acción de anulación

En virtud del Art. 19, apartado 4, frase 1 de la Ley Fundamental (Grundgesetz), se ha puesto de relieve reiteradamente que la ilegalidad del acto administrativo que no traspase los límites de la nulidad (véase B.II.1), sólo puede ser suprimida con el ejercicio de una acción judicial concreta: para esta finalidad debe formularse la acción de anulación, por lo que le incumbe la denominada carga de anulación<sup>148</sup>.

Los requisitos de admisión de la acción de impugnación se han expuesto ya ampliamente lo que, en cierto modo, pone de manifiesto las "normas-estándares de la protección jurídica" del derecho contencioso administrativo alemán. Considerando conjuntamente los más importantes *requisitos materiales generales* para todos los procedimientos, éstos son los siguientes:

- interposición correcta de la demanda, Arts. 81 y siguientes LJCA (B.II.8),
- apertura de la vía judicial contencioso administrativa, Art. 40 LJCA (A.II.2),
- competencia material y territorial del Tribunal, Arts. 45, 52 LJCA (B.II.8),
- capacidad general de las partes, Art. 61 LJCA (B.II.7. a),
- capacidad procesal, Art. 62 LJCA (B.II.7. b),
- postulación, Art. 67 LJCA (B.II.7. c),
- (apreciación) de la legitimación pasiva para comparecer en el proceso, Art. 78 LJCA (B.II.7. d),
- necesidad (general) de la protección jurídica (B.II.5).

Por el contrario, para que la acción sea procedente varían *los requisitos materiales especiales*. Según el Art. 42, apartado 1, punto 1 LJCA el acto administrativo se impugna mediante la acción de anulación (véase B.II.1). De este principio dependen los siguientes requisitos de admisión especiales:

- la legitimación para ejercitar una acción, Art. 42, apartado 2 LJCA (B.II.4.a),
- el agotamiento sin resultado de la vía administrativa previa, Arts. 68 y siguientes LJCA (B.II.6),
- el plazo de un mes para la impugnación, Art. 74, apartado 1 LJCA (B.II.3. a).

Según el Art. 113, apartado 1, frase 1, el punto central de la motivación se produce por la ilegalidad del acto administrativo y por la lesión de los derechos del demandante (B.II.2 y B.II.4.c). El enjuiciamiento de la legitimación pasiva se realiza desde el punto de vista del Art. 78 LJCA (B.II.7.d). La ilegalidad de un acto administrativo puede fundarse en tres causas: (1) la falta de un requisito legal necesario de la autorización<sup>149</sup>, (2) un vicio formal en la competencia, el procedimiento y la forma y (3) por último, un vicio material —por ejemplo, la falta de los requisitos impuestos al acto administrativo por la norma de

<sup>148</sup> *Schmidt-Assmann*, en: Maunz/Dürig, en el lugar citado en (nota 11), Art. 19, apartado 4 acotación 237.

<sup>149</sup> Para el Derecho estatal la regulación de la reserva de ley es necesaria como norma para el Poder ejecutivo que interviene en los derechos de los particulares como fundamento legal, compárese *Sachs*, en: *Sachs*, en el lugar citado en (nota 10), Art. 20 acotación 113 y ss.

la autorización o la falta de definición de la consecuencia jurídica. Cuando la autoridad administrativa impone discrecionalmente la determinación de consecuencias jurídicas, se aplica la definición de las particularidades establecidas por el Art. 114, frase 1 LJCA. Esta discrecionalidad se produce cuando lo estima la autoridad administrativa superior (resolución discrecional) o se impone como tal medida (actividad discrecional)<sup>150</sup>, pudiendo ser considerados sus fundamentos por el poder del tribunal. Sin embargo, éste no puede ocupar el lugar que le corresponde a la autoridad administrativa que aplica la discrecionalidad. El control del tribunal administrativo, según el Art. 114, frase 1 LJCA, sólo se produce si "se traspasan los márgenes legales de la discrecionalidad o se usa esta discrecionalidad en disconformidad con la finalidad de la autorización" —denominado vicio de discrecionalidad.

## 2. La acción de obligación

La acción de obligación se conoce en el derecho contencioso administrativo alemán en dos formas (Art. 42, apartado 1, par. 1 y par 3 LJCA): La autoridad administrativa puede denegar la solicitud de un acto administrativo. Aquí el demandante formula una acción de obligación en forma de *acción contra la denegación*. También existe la posibilidad de que la autoridad administrativa no conteste a la solicitud del ciudadano (Art. 42, apartado 1, par. 3 LJCA). Aquí se formula la acción de obligación en forma de *acción por inactividad*.

Para la acción contra la denegación se remite a los requisitos generales y especiales de la demanda. Pero para la acción por inactividad se producen dos especialidades: Cuando la autoridad administrativa de la primera solicitud no contesta y no se dicta ninguna respuesta expresa —ni siquiera negativa— no existe la posibilidad de formular recurso administrativo por parte del solicitante. Esto se pone de manifiesto en el Art. 68, apartado 2 y en el Art. 75, frase 1, par. 2 LJCA. Tampoco existe ningún plazo para la interposición de la demanda en la acción por inactividad en el sentido del Art. 74 LJCA, sino un plazo razonable, en virtud del Art. 75 frase 1 y frase 2, que se entiende como regla no excede de tres meses al menos y durante este período la autoridad administrativa puede dictar su resolución.

Según el Art. 113, apartado 5, frase 1 LJCA se declara la estimación de la ilegalidad y la lesión de derechos cuando el demandante tiene *Derecho* al acto administrativo (véase B.II.4.c). En consecuencia la legitimación se manifiesta, según el Art. 42, apartado 2, con la posibilidad de la existencia del derecho. Se debe hacer notar que aquí no se puede aplicar para la legitimación la teoría del destinatario, ya que de lo contrario, como es bien sabido, al no contestar la autoridad administrativa la solicitud se abriría la posibilidad de formular la acción y la acción popular sin fundamento en un derecho subjetivo<sup>151</sup>.

<sup>150</sup> Sobre la discrecionalidad: *Hufen*, en el lugar citado en (nota 2), § 25 acotación 28 y siguientes; *Marner*, en el lugar citado en (nota 27), § 7 acotación 7; *Renner*, en: Eyermann, en el lugar citado en (nota 25), § 114 acotación 10 y siguientes.

<sup>151</sup> *Hufen*, en el lugar citado en (nota 2), § 15 acotación 17.

La estimación tiene otra especialidad cuando la acción de obligación se formula contra un acto administrativo dictado por la Administración con discrecionalidad. Si el Tribunal comprueba que los correspondientes requisitos del acto administrativo son cumplidos y la autoridad administrativa dispone de discrecionalidad para determinar las consecuencias jurídicas del mismo, no puede obligar a dictar el acto administrativo, estando *concluso para sentencia*. En estos casos, el tribunal dispone la obligación de resolver el asunto teniendo en cuenta las pautas jurídicas de la sentencia (Art. 113, apartado 5, frase 2 LJCA). Sólo excepcionalmente el tribunal puede obligar a la autoridad administrativa a dictar el acto administrativo (en la forma solicitada): cuando pueda reducir la discrecionalidad a una única decisión posible —reducción de la discrecionalidad a cero<sup>152</sup>.

## 3. La acción declarativa

La protección jurídica efectiva requiere bajo determinados requisitos que también el *cumplimiento*<sup>153</sup> de un acto administrativo pueda ser alcanzado mediante una resolución judicial. Se aplica en particular para la defensa del acto administrativo, ya que puede agotarse el plazo para su cumplimiento<sup>154</sup> (Art. 43, apartado 2 LJCA), pudiéndose interponer una acción (de anulación). Para estos casos, el Art. 113, apartado 1, frase 4, dispone que:

*"el Tribunal dictará la sentencia solicitada para que declare la ilegalidad del acto administrativo, cuando el demandante tenga un interés legítimo en esta declaración"*

Esta forma de protección jurídica se lleva a cabo (B.II.1) a través de la denominada *acción declarativa*. El Art. 113, apartado 1, frase 4 LJCA rige sólo, como demuestra su tenor literal, para la acción de anulación instada por el demandante. No obstante, es reconocido por todos que esta norma se extiende también por analogía a la *acción de obligación*<sup>155</sup>. Del mismo modo se permite una acción declarativa en ambos casos, cuando se solicita el cumplimiento por el demandante<sup>156</sup>. Detrás de esta ampliación del texto normativo se encuentra el mandato constitucional de la protección jurídica efectiva.

La acción declarativa procede, por regla general, como continuación procesal de las acciones de anulación u obligación, cuando ha terminado el plazo permitido para interponer éstas<sup>157</sup>: así una acción improcedente de anulación u obligación se convierte en una acción declarativa procedente para el cumplimiento de acto administrativo litigioso. Aquí es relevante que esté agotada tanto la vía administrativa como el plazo. La acción declarativa

<sup>152</sup> BVerwGE 78, 40 (46).

<sup>153</sup> Para ello: B.II. 1 y en particular nota 71.

<sup>154</sup> *Schmidt, Jörg*, en: Eyermann, en el lugar citado en (nota 25), § 113 acotación 78. Aquí se pueden reconocer otras consecuencias de los factores temporales en la protección judicial; sin embargo, se pone de manifiesto muchas posibilidades para el cumplimiento.

<sup>155</sup> BVerwGE 89, 354 (355); *Hufen*, en el lugar citado en (nota 2), § 18 acotación 65.

<sup>156</sup> *Gerhardt*, en: Schoch/Schmidt-Assmann/Pietzner, en el lugar citado en (nota 147), § 113 acotación 97.

<sup>157</sup> *Schmidt, Jörg*, en: Eyermann, en el lugar citado en (nota 25), § 113 acotación 72.

no está ligada a un plazo y tampoco a un procedimiento<sup>158</sup>, ya que pondría de manifiesto algo innecesario como una carga adicional inútil para la autoridad administrativa. También se exige para la acción declarativa, por aplicación analógica del Art. 42, apartado 2 LJCA, la misma legitimación de la acción de anulación y de la de obligación<sup>159</sup>.

El Art. 113, apartado 1, frase 4 LJCA exige especiales requisitos materiales para la declaración de intereses legítimos. Esta se otorga cuando se somete al enjuiciamiento judicial (restitución de intereses)<sup>160</sup> la producción de una perturbación grave y persistente de un derecho fundamental. Esta declaración de intereses es fundamental en el caso de que se prevea una repetición inmediata del mismo litigio (repetición de la actuación)<sup>161</sup>.

Por último, se ha de afirmar que la previsión del proceso de responsabilidad se desarrolla a través de la acción de anulación o de la acción de obligación<sup>162</sup>.

Para proceder a la estimación se requiere que el acto administrativo sea denegatorio o se haya omitido. Una lesión de derechos (desde la fecha de su producción) no se reclama en virtud de lo prescrito por el Art. 113, apartado 1, frase 4 LJCA, sino que se ha de fundamentar en el precepto contenido en el Art. 113, apartado 1, frase 1 LJCA como requisito de la estimación<sup>163</sup>.

#### 4. La acción de condena a una prestación ordinaria

Del mismo modo que la acción de obligación, la formulación de una acción especial de prestación contra un acto administrativo es conocida en el derecho contencioso administrativo alemán en dos formas: como *acción prestacional ejecutiva* y como *acción por omisión*<sup>164</sup>. Además, por analogía, se exigen para la legitimación los requisitos generales materiales del Art. 42, apartado 2 de la Ley de la Jurisdicción (VwGO)<sup>165</sup>. Procede cuando aparece la posibilidad de que el demandante tenga una pretensión contra una actuación administrativa o una omisión de la misma. Para la exigencia general de protección jurídica ha de ser mencionada específicamente (B.II. 6). Como fundamento de la acción de condena a una prestación ordinaria se requiere haber formulado la reclamación previa.

<sup>158</sup>. BVerwGE 109, 203. Sin embargo discutido, véase *Gerhardt*, en: Schoch/Schmidt-Assmann/Pietzner, en el lugar citado en (nota 147), § 113 acotación 79.

<sup>159</sup>. *Hufen*, en el lugar citado en (nota 2), § 18 acotación 82.

<sup>160</sup>. BVerfG, NVwZ 1999, 290 (290 y s.); BVerwGE, NVwZ 1999, 991; *Hufen*, en el lugar citado en (nota 2), § 18 acotación 75 y s., 79 y s.

<sup>161</sup>. *Hufen*, en el lugar citado en (nota 2), § 18 acotar 72 y ss.; *Schmidt; Jörg*, en: Eyermann, en el lugar citado en (nota 25), § 113 acotación 86.

<sup>162</sup>. *Renner*, en: Eyermann, en el lugar citado en (nota 25), § 113 acotación 87 y ss.

<sup>163</sup>. BVerwGE 65, 167 (170 y s.); *Hufen*, en el lugar citado en (nota 2), § 29 acotación 17.

<sup>164</sup>. La acción por omisión ("Unterlassungsklage") no sólo otorga protección jurisdiccional contra lesiones jurídicas efectivas (p. e. contra la reiteración de lesiones jurídicas ya producidas), sino también contra lesiones jurídicas inminentes (o por primera vez). Se denomina entonces acción preventiva por omisión ("vorbeugenden Unterlassungsklage") (*Happ*, en: Eyermann; en el lugar citado en (nota 25), § 42 acotación 66).

<sup>165</sup>. Véase nota 97.

#### 5. La acción declarativa ordinaria y la acción declarativa de nulidad

Según el Art. 43, apartado 1 LJCA, la acción declarativa está al servicio de la declaración de la existencia (acción declarativa positiva) o la inexistencia (acción declarativa negativa) de una *relación jurídica*. En este sentido se entiende que la aplicación de una norma de Derecho público a un caso concreto produce una relación jurídica de una persona con otra o una cosa<sup>166</sup>. Esta amplia definición permite teóricamente que la acción sea subsidiaria de otras acciones –por ejemplo, cuando la Administración tiene derecho a dictar determinados actos administrativos. Teniendo en cuenta que los requisitos materiales especiales de la acción de anulación (en forma de acción constitutiva) o de la acción de obligación y la acción de condena a una prestación ordinaria no han sido tratados, el Art. 43, apartado 2 LJCA ordena que la acción declarativa ordinaria sólo puede interponerse de manera *subsidiaria*. El Art. 42, apartado 2 LJCA se remite, por analogía, para los intereses declarativos y la exigencia de legitimación a lo expuesto más arriba. El Tribunal Supremo se conforma con la denominada legitimación "formal" (véase B.II.4. a) en la formulación de la acción de condena a una prestación ordinaria: debe "servir a la consecución del derecho del demandante"<sup>167</sup>. Se estima la acción cuando la relación litigiosa falla.

El Art. 43, apartado 2, frase 2 regula el caso singular de la acción de condena a una prestación ordinaria denominada *acción declarativa de nulidad* (B.II.1.). Con ello la nulidad de un acto administrativo puede ser declarada<sup>168</sup>. En la acción declarativa no se observa ningún plazo para interponerla ni la necesidad de seguir una vía administrativa previa<sup>169</sup>. Para la estimación, el Tribunal enjuicia la nulidad del acto administrativo y la lesión de derechos del demandante<sup>170</sup>, debiendo ser motivada la nulidad del acto administrativo.

#### 6. La tutela judicial cautelar

##### a) El Art. 80, apartado 5 LJCA

Como ya se indicó (B.II.3.b), el derecho contencioso administrativo alemán conoce dos diferentes formas de la tutela judicial cautelar respecto del acto singular de la Admi-

<sup>166</sup>. Compare *Pietzcker*, en: Schoch/Schmidt-Assmann/Pietzner, en el lugar citado en (nota 27), § 43 acotación 5.

<sup>167</sup>. BVerwG, NVwZ 1991, 470.

<sup>168</sup>. Del mismo modo, la opinión doctrinal más autorizada entiende que esta modalidad de acción permite también la acción de anulación de un acto administrativo nulo (*Pietzcker*, en: Schoch/Schmidt-Assmann/Pietzner, en el lugar citado en (nota 27), § 42, apartado 1 acotación 18), que exactamente se denomina acto inexistente (véase B.II. 2 a.E), procediendo la acción declarativa. El § 43, apartado 2, frase 2 LJCA la establece, aunque como cláusula subsidiaria y, finalmente, debe ser permitida la acción de anulación ("Anfechtungsklage") como acción constitutiva ("Gestaltungsklage").

<sup>169</sup>. Para parte de la doctrina (puesta de manifiesto en *Pietzcker*, en: Schoch/Schmidt-Assmann/Pietzner, en el lugar citado en [nota 27], § 43 acotación 27) es necesario que la petición del demandante esté bajo la autoridad del § 44, apartado 5 de la ley de procedimiento administrativo que regula la nulidad. De lo contrario fallaría la exigencia de la protección jurisdiccional.

<sup>170</sup>. En el mismo sentido *Hufen*, en el lugar citado en (nota 2), § 29 acotación 12 y s.

nistración. En general, el demandante debe formular una solicitud expresa respecto del acto administrativo impugnado, en virtud del Art. 80, apartado 5 LJCA.

Como principio general, el recurso administrativo y la acción de anulación tienen un efecto *suspensivo*, de manera que el acto administrativo no puede ser ejecutado<sup>171</sup>. Este efecto suspensivo pone de manifiesto suficientemente la tutela judicial cautelar. Sin embargo, existen diferentes excepciones a esta regla. Así no procede la suspensión de los efectos, según el Art. 80, apartado 2, frase 1, en el requerimiento de precios y tributos públicos, en las órdenes y medidas insusceptibles de suspensión emanadas de funcionarios de policía y en otros casos especiales *legalmente* previstos<sup>172</sup>. Además, la Administración puede ordenar la ejecución inmediata cuando está pendiente un interés público. Esta orden de ejecución inmediata elimina el efecto suspensivo y debe ser dictada por escrito, conteniendo un motivo preciso (Art. 80, apartado 3 LJCA).

El Tribunal puede entonces, según el Art. 80, apartado 5, frase 1 LJCA ordenar la suspensión del efecto o, en el caso de que haya sido dictada la orden de la Administración para la inmediata ejecución, *restablecer* el efecto suspensivo. Esta petición puede ser formulada, según el Art. 80, apartado 5, frase 1 LJCA, cuando se interpone la acción de impugnación. Además, los requisitos generales de admisibilidad se extraen de la proximidad de la legitimación en la acción de anulación por aplicación analógica del Art. 42, apartado 2 LJCA<sup>173</sup>. Por eso no es necesario demorar la ejecución administrativa, además es necesario que el punto esencial del derecho discutido no sea gravemente ilícito<sup>174</sup>. Se discute si, en virtud de la protección jurídica general, es necesario que deba ser exigida la petición de suspensión de la ejecución administrativa según el Art. 80, apartado 4 LJCA. Tal exigencia sólo está prevista para la petición en relación con precios y tributos públicos por el Art. 80, apartado 6, frase 1 LJCA por lo que al contrario, tal deber no se impone a la autoridad administrativa<sup>175</sup>. Por ello se habla de la necesidad de una protección jurídica rápida.

El Tribunal debe ponderar en su decisión los intereses públicos para la ejecución del acto administrativo en relación con los *intereses suspensivos* privados del solicitante. Por ello, el Tribunal debe regirse por las perspectivas del asunto central. Si el acto administrativo es manifiestamente ilegal debe otorgarse la petición. Este es también el caso según el cuál la orden inmediata de ejecución de la Administración, según el Art. 80, apartado 3 LJCA, es formalmente defectuosa. Si el acto es claramente legal, debe denegarse la petición. Si el Tribunal no puede realizar una valoración de las perspectivas del asunto central, debe proceder a ponderar los intereses en juego<sup>176</sup>.

<sup>171</sup>. Véase nota 120.

<sup>172</sup>. En estos supuestos la Administración puede aplicar al solicitante provisionalmente la protección judicial y no proceder a la ejecución, § 80, apartado 4 LJCA.

<sup>173</sup>. Véase nota 100.

<sup>174</sup>. *Wirtenberger*, en el lugar citado en (nota 1), acotación 537.

<sup>175</sup>. *Hufen*, en el lugar citado en (nota 2), § 32 acotación 37; *Schmidt, Jörg*, en: Eyermann, en el lugar citado en (nota 25), § 80 acotación 60.

<sup>176</sup>. Detalladamente en: *Schmidt, Jörg*, en: Eyermann, en el lugar citado en (nota 25), § 80 acotación 77 y ss.; *Schoch*, en: Schoch/Schmidt-Assmann/Pietzner, en el lugar citado en (nota 27), § 80 acotación 252 y ss.

## b) El Art. 123 LJCA

El Art. 123 LJCA regula otro tipo de acción fuera de la acción de anulación. Según el Art. 123, apartado 1 LJCA, el Tribunal puede dictar una resolución provisional en forma de *orden de seguridad y orden de regulación*. La orden de seguridad sirve para defender el *status quo* de un derecho subjetivo vigente amenazado legalmente o en estado material de modificación<sup>177</sup>. Su aplicación se fundamenta en particular en la defensa y omisión de un derecho. La orden de regulación se dirige a regular el estado cautelar respecto de una relación jurídica litigiosa. Sirve a la tutela judicial cautelar de un derecho prestacional y extiende el círculo jurídico del peticionario cautelar.

Las modalidades de orden provisional se dictan siempre que se de un pretensión de *derecho material* y un *fundamento*. La orden caracteriza el derecho material en el proceso principal. El fundamento de la orden se refiere a la especial urgencia de la acción legal. Ambos criterios deben manifestarse en la petición (Art. 42, apartado 2 LJCA, por analogía) y ha de examinarse la viabilidad de su motivación. La decisión del Tribunal no puede adelantarse a la decisión material del proceso principal—no pudiendo crearse un estado irreversible—y tampoco otorgar la protección jurídica, lo que sí es posible en el proceso principal<sup>178</sup>.

## 7. La protección jurídica contra los actos normativos de la Administración—El control contencioso-administrativo de normas

El control normativo de las disposiciones administrativas pone de manifiesto un cuerpo extraño en relación con los otros procedimientos, invirtiendo aquí la protección jurídica contra la regulación *normativa* (véase B.II.1 a.E.<sup>179</sup>). Del mismo modo, se actúa aquí no un proceso contradictorio del demandante contra el demandado, sino un procedimiento objetivo de objeción<sup>180</sup>. El Art. 47, apartado 1 LJCA contiene una regulación especial de los requisitos materiales para la protección de intereses. Además de las personas físicas y jurídicas pueden intervenir también las Administraciones públicas. El demandado es conforme al Art. 47, apartado 2, frase 2 la Corporación, el Establecimiento público o la Fundación que ha dictado la norma. La competencia material, conforme al Art. 47, apartado 1, LJCA, le corresponde al Tribunal Superior de Justicia.

El Art. 47, apartado 2, frase 1 presume una legitimación como una acción popular con requisitos materiales especiales. La persona física y jurídica debe poner de manifiesto la posible lesión de sus derechos. Este precepto legitima también a la Administración que deba ejecutar la correspondiente norma. Aquí se muestra el objeto del procedimiento de

<sup>177</sup>. *Happ*, en: Eyermann, en el lugar citado en (nota 25), § 123 acotación 21.

<sup>178</sup>. *Schoch*, en: Schoch/Schmidt-Assmann/Pietzner, en el lugar citado en (nota 147), § 123 acotación 141 y ss.

<sup>179</sup>. Allí, en particular, sobre el objeto y plazo de la demanda.

<sup>180</sup>. *Hufen*, en el lugar citado en (nota 2), § 19 acotación 1 y 6; *Schmidt, Jörg*, en: Eyermann, en el lugar citado en (nota 25), § 47 acotación 5 y ss.

objeción como si se introdujera una “relación jurídico-subjetiva”. Este es el requisito de admisibilidad, que permite llegar únicamente al *enjuiciamiento de fondo* de la legalidad de la norma —pero nunca a la lesión de derechos de los demandantes—. Comprobada la ilegalidad, el Tribunal Superior de Justicia declarará la ineficacia de la norma., conforme al Art. 47, apartado 5, frase 2 LJCA. Según el Art. 47, apartado 6, frase 2 LJCA se puede dictar una resolución provisional de justicia cautelar.

### C. EXCURSO: LAS JURISDICCIONES CONTENCIOSO-ADMINISTRATIVAS ESPECIALES EN MATERIA SOCIAL Y TRIBUTARIA

Junto al proceso contencioso administrativo general que ha sido tratado en las páginas anteriores, existen dos procesos especiales: en materia fiscal y en materia social<sup>181</sup>. Si bien estas materias entran en el ámbito del Derecho administrativo general, responden a una especialización legal separada respecto de las reglas de la vía judicial contencioso-administrativa general (A. II. 2. b). Sobre “materia fiscal” conocen los Tribunales fiscales. La competencia de los Tribunales sociales no cubre en cambio todo el Derecho social. Por ejemplo, la inclusión en los registros federales no posee normas específicas, por lo que es conocido por los tribunales contencioso administrativos generales<sup>182</sup>. El Art. 51 de la Ley Jurisdiccional Social cubre sólo el “clásico” sector de la seguridad social (enfermedad, despido, salarios, prevención y accidentes de trabajo).

En relación con el procedimiento judicial existe un *profuso paralelismo* que resulta en los tres casos del examen judicial de la actuación de la Administración. También los derechos, es decir, las medidas técnicas de la Administración que se contienen en el acto administrativo. Desde la perspectiva constitucional también la Administración tributaria y social pertenecen al Poder ejecutivo en el sentido del Art. 19, apartado 4, frase 1 Ley Fundamental (Grundgesetz), con la consecuencia de que el principio constitucional de la garantía legal se encuentra en la misma circunferencia.

#### I. La estructura distinta de la jurisdicción y el procedimiento

La jurisdicción tributaria sólo tiene *dos instancias* y carece de instancia de apelación. El reparto de asuntos está regulado en los Arts. 5 y siguiente, y 10 de La Ley Jurisdiccional Tributaria (FZO). La jurisdicción social esta constituida con otra estructura distinta a la jurisdicción contencioso-administrativa ordinaria (véase diagrama 1 — el sistema jurisdiccional en la República Federal Alemana). Según el Art. 2 de la Ley de la Jurisdicción Social existen tres instancias. Además existe Audiencia y Sala de Pleno al igual que en la jurisdicción contencioso administrativa general (Arts. 12, 31, 40 de la ley de la jurisdicción social).

<sup>181</sup> La literatura más importante: *Birg*, Steuerrecht, 6. edición 2003, acotación 494 y ss.; *Martens*, Einführung in die Finanzgerichtsbarkeit, Jura 1986, 1 (4 y s.); *Waltermann*, Sozialrecht, 4. edición 2004, acotación 600 y ss.

<sup>182</sup> *Eblers*, en: Schoch/Schmidt-Assmann/Pietzner, en el lugar citado en (nota 27), § 40 acotación 672 y s.

El procedimiento en los Tribunales contencioso administrativos especiales responde ampliamente a los *principios procesales* del proceso contencioso administrativo ordinario. En particular la defensa de los principios constitucionales expuestos que legalmente han sido tenidos en cuenta. Pero también Disposiciones (Art. 64, Art. 69, apartado 1, frase 2 del Reglamento Fiscal, Art. 90 Ley de la Jurisdicción Social) y la autotidad de principios constitucionales igualmente en vigor (Art. 76 Ley Jurisdicción Tributaria (FZO), Art. 103 ley de la Jurisdicción Social). Se ordena el ejercicio de la función (por ejemplo, Art. 71 LJ, Arts. 104, 110 Ley de la Jurisdicción Social). Además, se aplican los principios del procedimiento sobre la libre valoración judicial de la prueba (Art. 96 LJ, Art. 128, apartado 1 de la Ley Jurisdicción Social), así como sobre el procedimiento oral (Art. 90 apartado 1, LJ, Art. 124, apartado 1, Ley jurisdicción Social) la publicidad (Art. 52, apartado 1 reglamento LJ, Art. 61, apartado 1 Ley Jurisdicción Social, en relación con el Art. 169 de la Ley del Poder Judicial) y la inmediatez (Art. 103 LJ, Art. 117, 129 Ley Jurisdicción Social). El procedimiento tiene la posibilidad de ser concentrado en una única instancia (Art. 79 LJ, Art. 106, apartado 2 Ley Jurisdiccional Social).

Existen también divergencias con el procedimiento de la LJCA. Así se aplica por los Arts. 90, 92 y siguiente de la Ley Jurisdiccional Social el denominado principio de la buena fe del demandante. Muchas formalidades no se exigen, de manera que únicamente se aplica la prescripción. El procedimiento contencioso fiscal conoce numerosas pruebas e informaciones de las obligaciones fiscales<sup>183</sup> que son relativamente examinadas.

Un importante paralelismo con la jurisdicción contencioso administrativa pone de manifiesto la necesidad de seguir una vía administrativa previa (de inútil recorrido). Según el Art. 44 de la Ley de la Jurisdicción Tributaria es un derecho la interposición de la acción. Según el Art. 44 de LJ, en general, la interposición de una acción en vía contencioso fiscal posee muchos aspectos comunes con el procedimiento contradictorio de la LJCA, de acuerdo con lo dispuesto en los Art. 347 y siguientes de la LJ<sup>184</sup>. La reclamación es, según el Art. 350 de la LJ aquella que se formula contra un acto administrativo. Este criterio es menos exigente que el análogo de la legitimación del Art. 42, apartado 2 LJCA. Según el Art. 45, apartado 1, frase 1 de la LJ es posible una reclamación sin vía administrativa previa cuando la Administración está de acuerdo.

La reclamación y la demanda tienen un efecto suspensivo según el Art. 86a, apartado 1, frase 1 de la Ley jurisdiccional Social. Esto no es válido, según el Art. 361 de la Ley general tributaria (AO) y del Art. 69 de la LJ, para la reclamación y la demanda en materia tributaria. Lo anterior es así, en cuanto que esta regla corresponde a las exigencias tributarias y presupuestarias públicas, de acuerdo con el Art. 80, apartado 2, frase 1 n° 1 LJCA. De una parte no se deben poner en peligro las finanzas del Estado. De otra las obligaciones dinerarias que, posteriormente se declaran ilegales, son reintegradas con compensación, de manera que el riesgo del daño irreparable no está amenazado al ser

<sup>183</sup> Para esto *Martens*, en el lugar citado en (nota 181), pág. 4 y s.

<sup>184</sup> Ley general tributaria (Abgabenordnung) de 16.3. 1976 (BGBl I 1976, Pág. 613), modificada el 21.6. 2005 (BGBl. I 2005, pág. 1818).

acogido en la figura del efecto suspensivo. Incluso falta el efecto suspensivo y devolutivo de la reclamación según el Art. 367 de la LJT. El recurso contra la resolución judicial suspende en ambas jurisdicciones la resolución impugnada (Art. 64 y siguiente LJT, y Art. 145, apartado 3, Art. 160a, apartado 3 Ley Jurisdiccional Social).

La demanda debe formularse por escrito en el proceso contencioso administrativo y, además, indicar las partes y contra quién se dirige la acción<sup>185</sup> (Art. 64 y siguiente del LJT, Art. 90 Ley Jurisdiccional Social) e interponerse en plazo (Art. 47 LJT, Art. 87 Ley Jurisdiccional Social). Los requisitos materiales que se aplican a las partes son en esencia idénticos (Arts. 57 y siguientes LJT, Arts. 69 y siguientes de la Ley Jurisdiccional Social). Las costas y la ejecución se regulan por los Arts. 135 y siguientes LJT, Arts. 183 y siguientes Ley Jurisdiccional Social y Arts. 150 y siguientes LJT, Art. 198 Ley Jurisdiccional Social. Según el Art. 183, apartado 1 Ley Jurisdiccional Social, el proceso contencioso social está libre de costas para asuntos de la Seguridad Social y cualquier otra prestación.

## II. Los requisitos del procedimiento

También para la jurisdicción social y fiscal hay diferentes requisitos del procedimiento:

- Acción de impugnación (Art. 40, apartado 1, par 1 LJT, Art. 54, apartado 1, par 1 Ley Jurisdiccional Social),
- Acción de obligación (Art. 40, apartado 1, par 3 y par 4 LJT; Art. 54, apartado 1, frase 1 par 2 y par 3, y Art. 88 Ley Jurisdiccional Social),
- Acción de condena a una prestación ordinaria (Art. 40, apartado 1, par 3 y par 4 LJT, Art. 54, apartado 5 Ley Jurisdiccional Social: acción de prestación pura),
- Acción declarativa (Art. 41, apartado 1 LJT, Art. 55 Ley Jurisdiccional Social),
- Acción de determinación (Art. 100, apartado 1, frase 4 LJT; Art. 131, apartado 1, frase 3 Ley Jurisdiccional Social) y
- tutela judicial cautelar (Arts. 69, 114 LJT, Arts. 86a y siguiente Ley Jurisdiccional Social).

Además existen otras formas especiales como la acción modificativa de una resolución fiscal según el Art. 40, apartado 1, par 2, Art. 100, apartado 2 Ley Jurisdicción Tributaria (FGO) como caso específico de la acción de impugnación<sup>186</sup> y la acción de condena a prestación impropia según el Art. 54, apartado 4 Ley Jurisdiccional Social como combinación de la acción de impugnación y de condena a prestación ordinaria<sup>187</sup>. La legitima-

<sup>185</sup>. Según el § 92 de la Ley Jurisdiccional Social (Sozialgerichtsgesetz) éstas indicaciones no son necesarias ("Soll-Vorschrift").

<sup>186</sup>. Cabe la modificación del importe fiscal pero no la reclamación de la revocación de toda la resolución fiscal.

<sup>187</sup>. Según el § 54, apartado 4 Ley Jurisdiccional Social (Sozialgerichtsgesetz), el acto administrativo impugnado implica una prestación que se pretende, de manera que puede ser solicitada mediante la demanda la anulación del acto administrativo y, simultáneamente, la prestación.

ción según el Art. 40, apartado 2 LJT, así como el Art. 54, apartado 1, frase 2 Ley Jurisdiccional Social pone de manifiesto, de nuevo, un requisito material especial<sup>188</sup>. Según el Art. 54 LJT es posible también en casos especiales (asociaciones y sociedades, etc.) una legitimación peculiar -haciendo valer un derecho ajeno en nombre propio-.

La resolución del litigio en estos procedimientos seguidos en las jurisdicciones contencioso-administrativas especiales se subdivide también en admisibilidad y motivación. Proceden las estimaciones, por ejemplo, de las acciones de anulación cuando, según el Art. 100, apartado 1, frase 1 LJT, la ilegalidad del acto administrativo impugnado es lesiva a los derechos del demandante, como sucede en el Art. 113, apartado 1, frase 1 LJCA. Una descripción más detallada no se realiza en este lugar, remitiéndose al marco descrito más arriba<sup>189</sup>.

## D. CONCLUSIÓN

Si, finalmente, se muestra una visión sobre los diversos detalles de regulación de la protección jurídica administrativa y se realiza una consideración conjunta de los diferentes procedimientos, se percibe el siguiente círculo: Es claro que, en la República Federal Alemana, la base del contencioso administrativo se fundamenta en el principio contenido en el Art. 19, apartado 4, frase 1 de la Ley Fundamental (Grundgesetz), que se expone y desarrolla de diversas maneras a través de una sencilla regulación del proceso por parte de la LJCA. De este modo se forma un sistema diferenciado de muchas modalidades procedimentales con requisitos materiales especiales. La abundancia de detalles de regulación y de problemas lo hace aparecer, en efecto, en parte complejo, mostrándose la necesidad de volver a los principios constitucionales comunes, los cuales encuentran su punto central en el alejamiento de la lesión de los derechos subjetivos. En tanto que los derechos de esta naturaleza de los particulares han sido lesionados, el Derecho contencioso-administrativo alemán contiene un sistema completo de defensa contra la acción ilegal de la Administración y favorece el contenido de la garantía judicial de los derechos, en conformidad constitucional, del Art. 19, apartado 4, frase 1 de la Ley Fundamental (Grundgesetz).

<sup>188</sup>. También aquí se aplica por analogía, según la jurisprudencia, la Legitimación de la acción declarativa, véase BFHE (Resoluciones del Tribunal Fiscal Federal) 184, 212 (216).

<sup>189</sup>. Más detalladamente en: *Gräber*, Finanzgerichtsordnung Kommentar, 5. edición 2002; *Ladenwig*, Sozialgerichtsgesetz Kommentar, 7. edición 2002.