

II. EXTRANJERO

EL SISTEMA DE TUTELA CAUTELAR EN EL CONTENCIOSO-ADMINISTRATIVO ALEMAN TRAS LA REFORMA DE 1991

SUMARIO: A. ESQUEMA BÁSICO DEL SISTEMA DE TUTELA CAUTELAR EN EL CONTENCIOSO-ADMINISTRATIVO ALEMÁN: I. *Bases constitucionales:* 1. Tutela judicial efectiva y tutela cautelar. 2. Tutela judicial efectiva y efecto suspensivo automático. II. *La estructura dual (Zweispurigkeit) del sistema de tutela cautelar en el contencioso-administrativo alemán:* 1. Suspensión del acto administrativo. 2. La orden provisional: a) Supuestos en los que procede. b) Subsidiariedad de la orden provisional.—B. LA REGULACIÓN DE LA SUSPENSIÓN DEL ACTO ADMINISTRATIVO EN LOS §§ 80 Y 80A VWGO: I. *El efecto suspensivo automático:* 1. Efecto suspensivo, ejecutividad y ejecución forzosa del acto. 2. Contenido y alcance del efecto suspensivo: a) ¿Cesación de la ejecutividad o cesación de la eficacia del acto? b) ¿Efecto suspensivo en actos de denegación? c) ¿Efecto suspensivo en actos de efecto mixto? d) ¿Efecto suspensivo en actos aparentes y nulos de pleno derecho? 3. ¿Efecto suspensivo de recursos inadmisibles y/o infundados? 4. Comienzo y duración del efecto suspensivo: a) Comienzo del efecto suspensivo. b) Duración del efecto suspensivo. II. *La exclusión del efecto suspensivo automático. Supuestos de ejecutividad inmediata del acto:* 1. Supuestos previstos directamente en la VwGO: a) Actos de liquidación tributaria y de imposición de costas administrativas. b) Actos imposterables de la policía de ejecución. c) Otros supuestos regulados en leyes federales. 2. La declaración administrativa de la ejecutividad inmediata del acto. III. *La suspensión del acto en vía administrativa:* 1. Suspensión de oficio y a instancia de parte. 2. Autoridad competente para suspender el acto. 3. ¿Es necesario solicitar previamente la suspensión del acto en vía administrativa frente a actos inmediatamente ejecutivos? 4. Criterios materiales de decisión. IV. *Tutela judicial cautelar frente a actos inmediatamente ejecutivos:* 1. Criterios materiales de decisión. 2. Pronunciamientos posibles. Forma, contenido y efectos jurídicos. 3. Tribunal competente para suspender el acto en vía cautelar. 4. Recurso procedente en caso de desestimación de la solicitud de tutela judicial cautelar. 5. Modificación de Autos de suspensión del acto. V. *La regulación específica de la suspensión de actos administrativos de doble efecto:* 1. Efecto suspensivo global de la impugnación de actos de doble efecto. 2. Estructura básica del sistema de tutela cautelar en relación a actos de doble efecto. 3. En particular, los llamados litigios de solicitantes en competencia. 4. Criterios materiales de decisión.—C. LA REGULACIÓN DE LA ORDEN PROVISIONAL COMO MEDIDA CAUTELAR POSITIVA EN EL § 123 VWGO: I. *Correlación de pretensiones procesales principales y clases de órdenes provisionales. En particular, disfunciones del sistema dual vigente de tutela cautelar:* 1. Correlación de pretensiones y clases de órdenes provisionales. 2. Disfunciones del sistema dual vigente de tutela cautelar. II. *Criterios materiales de decisión.* III. *Contenido y alcance de la orden provisional. En particular, sus límites:* 1. Discrecionalidad judicial en la determinación del contenido de la orden provisional. 2. Límites de la discrecionalidad judicial en la determinación del contenido de la orden provisional: a) El límite último del pronunciamiento posible en el proceso principal: aa) Regla general. bb) En particular, la procedencia de órdenes provisionales en el ámbito de potestades discrecionales de la Administración. b) Prohibición de anticipar el resultado del proceso principal. Excepciones de dicho principio: aa) Regla general. bb) Excepciones. IV. *Aspectos formales de la orden provisional.* V. *Indemnización por daños y perjuicios.*

El 1 de enero de 1991 entró en vigor la cuarta reforma (1) que desde su sanción en 1960 ha experimentado la Ley alemana de la Jurisdicción contencioso-administrativa (*Verwaltungsgerichtsordnung*, VwGO). Ella afecta, particularmente, aunque no de manera decisiva, como se verá a lo largo de este trabajo, a los preceptos de la VwGO que regulan las medidas cautelares del proceso contencioso-administrativo, principalmente los §§ 80 (80a) y 123 (2). La actualidad del tema en España, de la

(1) Cuarta Ley modificadora de la Ley de la Jurisdicción contencioso-administrativa, de 17 de diciembre de 1990, BGBl. I, pág. 2809.

(2) El § 80a ha sido introducido, precisamente, por la reforma, que, en este punto, comentaremos más adelante. Forma parte igualmente de los preceptos de la VwGO que regulan las medidas cautelares el § 47.8, referente a la emanación de órdenes provisionales en el procedimiento de control de normas de los *Länder* con rango inferior a ley (§ 47). Por su naturaleza y estructura estudiaremos este precepto, sin embargo, en el contexto de las órdenes provisionales, que encuentran su regulación principal en el § 123 (véase *infra* C).

Los §§ 80, 80a y 123 VwGO tienen el siguiente tenor:

§ 80: «1) El recurso administrativo y el recurso contencioso-administrativo, por los que se pretende la anulación de un acto administrativo de gravamen, tienen efecto suspensivo. Ello también rige respecto de los actos administrativos constitutivos y declarativos así como de los actos administrativos de doble efecto (§ 80a).

2) Dichos recursos no tienen efecto suspensivo:

1. cuando se dirigen contra actos de liquidación tributaria o de imposición de costas administrativas;

2. cuando se dirigen contra actos impostergables de la policía de ejecución;

3. en otros supuestos regulados por ley federal;

4. cuando la autoridad que dictó el acto o la competente para resolver el recurso administrativo ha ordenado especialmente la ejecutividad inmediata del acto en interés público o en interés preponderante de un interesado.

3) En los casos del párrafo segundo, número 4, el interés especial en la ejecutividad inmediata del acto debe ser motivado por escrito. Ello no es necesario cuando la autoridad adopta en interés público una medida de necesidad, expresamente calificada como tal, en situaciones de peligro inminente, particularmente cuando se deban temer perjuicios para la vida, la salud o la propiedad.

4) La autoridad que dictó el acto y la competente para resolver el recurso administrativo pueden en los casos del párrafo segundo suspender la ejecución del acto, salvo que por ley federal se disponga lo contrario. Cuando el acto sea de liquidación tributaria o de imposición de costas administrativas la autoridad puede supeditar la suspensión a la prestación de una caución. Cuando el acto sea de liquidación tributaria o de imposición de costas administrativas, se lo deberá suspender si existen serias dudas sobre su legalidad o su ejecución implica para el administrado un rigor excesivo, no justificado por un interés público preponderante.

5) Previa solicitud el Tribunal competente en el proceso principal puede en los casos del párrafo segundo, números 1 a 3, suspender total o parcialmente el acto impugnado, y en los casos del párrafo segundo, número 4, restablecer total o parcialmente el efecto suspensivo del recurso. La solicitud procede con anterioridad a la interposición del recurso contencioso-administrativo. Si en el momento de decidir el acto ya está ejecutado, el Tribunal puede ordenar la anulación de la ejecución. El restablecimiento del efecto suspensivo puede hacerse depender de la prestación de una caución o de otras medidas de seguridad. También se lo puede disponer con un plazo determinado.

6) En los casos del párrafo segundo, número 1, la solicitud del párrafo quinto sólo es admisible si previamente la autoridad ha desestimado total o parcialmente una demanda de suspensión en vía administrativa. Ello no rige cuando:

1. la autoridad no hubiere decidido sobre tal demanda en un plazo adecuado, sin indicar razón suficiente;

2. amenace la autoridad con ejecutar el acto en vía forzosa.

cual el libro del Profesor GARCÍA DE ENTERRÍA *La batalla por las medidas cautelares* es el más reciente y significativo testimonio, y su coincidencia con una —modesta y por ello discutida— reforma del Derecho alemán en este punto, pueden generar interés en una exposición esquemática de las líneas generales así como de los problemas centrales del sistema de tutela cautelar en el contencioso-administrativo alemán (3).

Antes de referirme, sin embargo, de manera más pormenorizada a su configuración legal actual y en su respectivo contexto a los problemas a

7) El Tribunal competente en el proceso principal puede en todo momento anular o modificar Autos referentes a solicitudes del párrafo quinto. Cualquier de las partes puede solicitar la anulación o modificación de dichos Autos en razón de nuevas circunstancias o de circunstancias que sin negligencia de la parte interesada no hubieren sido alegadas en el procedimiento originario.

8) En casos de urgencia puede decidir el presidente de sección o de sala. Su decisión puede ser recurrida dentro de las dos semanas posteriores a su notificación ante el pleno de la sección o sala.»

§ 80a: «1) Cuando un tercero recurra un acto administrativo que favorece a su destinatario, la autoridad podrá:

1. previa solicitud del favorecido ordenar la ejecutividad inmediata del acto según lo dispuesto en el § 80, párrafo segundo, número 4;

2. previa solicitud del tercero suspender la ejecución del acto y disponer medidas provisionales para el aseguramiento de sus derechos.

2) Cuando el afectado recurra un acto administrativo de gravamen que favorece a un tercero, la autoridad podrá previa solicitud de éste ordenar la ejecutividad inmediata del acto según lo dispuesto en el § 80, párrafo segundo, número 4.

3) El Tribunal puede a instancia de parte modificar, anular o disponer medidas de las previstas en los párrafos primero y segundo. El § 80, párrafos quinto a octavo, son de aplicación.»

§ 123: «1) El Tribunal puede, a instancia de parte e incluso con anterioridad a la interposición del recurso contencioso-administrativo, dictar una orden provisional en relación al objeto litigioso, cuando exista peligro de que por una modificación de las circunstancias se pueda frustrar o dificultar esencialmente la realización de un derecho del solicitante. Ordenes provisionales también proceden respecto de la regulación de un estado provisional referido a una relación jurídica litigiosa, cuando dicha regulación aparezca como necesaria, sobre todo en relaciones jurídicas de cierta permanencia, para impedir perjuicios esenciales o la amenaza de violencia o por otras razones.

2) Para la emanación de órdenes provisionales es competente el Tribunal que conozca del proceso principal. Dicho Tribunal es el de primera instancia y, cuando el proceso se encuentre en fase de apelación, el Tribunal de apelación. El § 80, párrafo octavo, es de aplicación.

3) Para la emanación de órdenes provisionales rigen los §§ 920, 921, 923, 926, 928, 939, 941 y 945 de la Ley de Enjuiciamiento Civil en forma análoga.

4) El Tribunal decide mediante Auto.

5) Los párrafos primero a tercero no son de aplicación en los supuestos de los §§ 80 y 80a.»

(3) Un estudio monográfico global del contencioso-administrativo alemán, incluido su sistema de tutela cautelar, contiene la tesis doctoral (inédita en prensa) de GONZÁLEZ-VARAS IBÁÑEZ, «La jurisdicción contencioso-administrativa en Alemania», presentada el 14 de junio de 1991; véase igualmente su artículo *La regulación expresa de otra medida cautelar paralela al efecto suspensivo del acto administrativo en el proceso contencioso-administrativo*, «Rev. Vasca de Derecho Procesal y Arbitraje», III (1991), págs. 353 y ss., así como el de PAREJO ALFONSO, *La tutela judicial cautelar en el orden contencioso-administrativo*, «REDA», 49, págs. 198 y ss.

cuya solución obedeció la última reforma, así como a aquellos otros que ésta dejó sin resolver, conviene, para una mejor comprensión, dar un breve repaso preliminar al esquema básico del sistema alemán de tutela cautelar.

A. ESQUEMA BÁSICO DEL SISTEMA DE TUTELA CAUTELAR EN EL CONTEN-
CIOSO-ADMINISTRATIVO ALEMÁN

I. *Bases constitucionales*

1. *Tutela judicial efectiva y tutela cautelar.*

La tarea de dotar a la tutela cautelar de una fundamentación constitucional tuvo y tiene relevancia principalmente para la interpretación (y no para la creación) de los preceptos del derecho procesal ordinario que regulan las medidas cautelares, pues éstos no nacieron con la sanción de la Ley Fundamental de Bonn (LFB), sino que, aunque con un alcance sensiblemente menor, ya existían con anterioridad a dicho momento (4). Téngase en cuenta, por lo demás, que el margen de interpretación abierto por dichas disposiciones es amplio, puesto que, como más adelante se comprobará, contienen una escasa programación normativa de las decisiones judiciales en vía cautelar, tanto en lo referente a los criterios materiales de decisión como al contenido y al alcance posibles de las mismas.

Pues bien, vinculan la jurisprudencia y la doctrina alemanas la exigencia constitucional de una tutela cautelar a la garantía constitucional de una tutela judicial efectiva (5), derivada de la dimensión procesal de los derechos fundamentales (6), tanto cuando de su protección se trata como, por efecto del derecho fundamental a la tutela judicial del artículo 19.4 LFB, cuando se deben proteger derechos públicos subjetivos otorgados por el derecho ordinario. En este sentido, sostiene en particular el Tribunal Constitucional Federal alemán que la tutela judicial de los derechos públicos subjetivos de los ciudadanos sólo será efectiva si pone a disposición de las partes medios que permitan evitar que durante el proceso se consumen hechos que, comprobada *a posteriori* la ilegalidad de la actuación administrativa que los originó, sean irreversibles y/o tengan efectos irreparables.

(4) Cfr. FINKELNBURG/JANK, *Vorläufiger Rechtsschutz im Verwaltungsverfahren*, 3.ª ed., 1986, págs. 4 y s.

(5) Cfr. Sentencias del Tribunal Constitucional Federal BVerfGE 11, 233 (=Colección oficial, tomo 11, pág. 233); 35, 274; 37, 150; 38, 57; 40, 257; 44, 195; 46, 178; 48, 292; 51, 284; 59, 170; 65, 70; 67, 58; 69, 227.

(6) Cfr. BVerfGE 53, 30 (65) (=Colección oficial, tomo 53, págs. 30 y especialmente 65); 63, 131 (143); 73, 280 (296); 77, 170 (229 ss.); véase, igualmente, el trabajo fundamental de HABERLE, *Grundrechte im Leistungsstaat*, en VVDStRL 30 (1972), págs. 86 y ss., así como 121 y ss.

2. *Tutela judicial efectiva y efecto suspensivo automático.*

Ahora bien, mientras en el punto anterior existe unanimidad de criterio, no ocurre lo mismo respecto de la cuestión, que va más allá, de si también el principio de la tutela judicial efectiva exige que la impugnación de actos de gravamen tenga, por regla general, efecto suspensivo automático o, lo que es lo mismo, que los supuestos de ejecutividad inmediata (7) tengan carácter excepcional. La cuestión es teórica (8), pues se trata, precisamente, de la solución del derecho procesal ordinario, que a continuación se estudiará.

Esta solución, por el contrario, adquiere importancia cuando entra en conflicto, como ocurre en medida creciente, con el Derecho comunitario, que bien puede exigir en determinados supuestos que actos nacionales que lo ejecuten tengan carácter ejecutivo inmediato (9).

II. *La estructura dual (Zweispurigkeit) del sistema de tutela cautelar en el contencioso-administrativo alemán*

El contencioso-administrativo alemán conoce dos medidas cautelares que se estructuran en correlación con las dos modalidades básicas de pretensiones procesales (principales), a saber, la pretensión de anulación de un acto administrativo de gravamen (*Anfechtungslage*), y las pretensiones prestacionales, que pueden estar dirigidas a condenar a la Administración a dictar un acto administrativo favorable (pretensión obligacional o *Verpflichtungsklage*) o a realizar u omitir una actuación material, en el primer supuesto favorable al recurrente y en el segundo limitadora de sus derechos (pretensión prestacional general o *allgemeine Leistungsklage*).

(7) El término ejecutividad inmediata es equívoco, pues también en los casos en los que el efecto suspensivo de un hipotético recurso no está excluido, el acto es, en realidad, «inmediatamente» ejecutivo, salvo que se impugnara. Es en este sentido en el que se utilizará de aquí en adelante dicho término.

(8) Mientras así lo sostiene el propio TCF en BVerfGE 35, 382 (402); 38, 52 (57); 51, 268 (284); 67, 43 (58); 69, 220 (227); 69, 315 (372), y con él la doctrina dominante (cfr. FINKELNBURG/JANK, *op. cit.* (n. 5), págs. 178 y s.; SAUTHOFF, *Sofortvollzug und vorläufiger Rechtsschutz*, NVwZ 1988, págs. 697 y ss.), consideran que ya se da cumplimiento al principio de tutela judicial efectiva si, careciendo el recurso de efecto suspensivo automático, se contempla en el proceso contencioso-administrativo la posibilidad de que el Tribunal suspenda la ejecutoriedad del acto impugnado KOPP, *Verwaltungsgerichtsordnung*, 8.ª ed., 1989, § 80, nota marginal 1; SCHOCH, *Vorläufiger Rechtsschutz und Risikoverteilung im Verwaltungsrecht*, 1988, págs. 1118 y ss., así como *Grundfragen des vorläufigen verwaltungsgerichtlichen Rechtsschutzes*, VerwArch 82 (1991), pág. 150, y RENCK, *Sofort vollziehbares Unrecht?*, NVwZ 1988, págs. 700 y s.

(9) Así lo decidió, por ejemplo, el Tribunal de Justicia de la CE en el caso C-217/88 (Comisión c. RFA). Colección 1990 I, pág. 2879=EuZW 1990, 384, condenando a Alemania a excluir el efecto suspensivo mediante la declaración de la ejecución o ejecutividad inmediata del acto. Véase al respecto igualmente TRIANTAFYLLOU, *Zur Europäisierung des vorläufigen Rechtsschutzes*, NVwZ 1992, págs. 129 y ss., concretamente 132 y s.

1. *Suspensión del acto administrativo* (10).

Si en el proceso principal procediera la pretensión de anulación, la medida cautelar correlativa será la suspensión del acto impugnado, originada por regla, como se dijo, con carácter automático por la interposición del recurso, ya sea en la vía administrativa o jurisdiccional (§ 80.1 VwGO).

En los supuestos de exclusión del efecto suspensivo o, como se dijo, también llamados de ejecutividad inmediata (*sofortige Vollziehung* o *Vollziehbarkeit*), el recurrente puede solicitar ante el Tribunal contencioso-administrativo competente en el proceso principal protección jurídica cautelar (§ 80.5). Esta, en su caso, se le otorga: *a*) en los supuestos de ejecutividad inmediata previstos directamente en la VwGO (§ 80.2.1 a 3), mediante la suspensión jurisdiccional del acto impugnado (*Anordnung der aufschiebenden Wirkung*), y *b*) en los supuestos en los que la ejecutividad inmediata ha sido ordenada por la Administración (§ 80.2.4 VwGO), mediante el restablecimiento jurisdiccional del efecto suspensivo del recurso (*Wiederherstellung der aufschiebenden Wirkung*).

La diferencia, como se habrá visto, es puramente terminológica, pues en ambos casos de lo que se trata es de la suspensión del acto impugnado por parte del Tribunal contencioso-administrativo, siendo tan sólo diverso el origen de la ejecutividad inmediata del acto.

Si el acto impugnado, inmediatamente ejecutivo en su origen, ya hubiera sido ejecutado con anterioridad a su suspensión jurisdiccional en vía cautelar, el Tribunal contencioso-administrativo puede anular la ejecución y restablecer por sí mismo el *status quo ante* o condenar a la Administración a su provisional restablecimiento (§ 80.5.3).

2. *La orden provisional* (11).

a) *Supuestos en los que procede.*

Si en el proceso principal procediera, por el contrario, cualquier pretensión distinta a la de anulación, es decir, básicamente una pretensión prestacional (12), se obtiene, en su caso, protección cautelar positiva mediante la emanación de una orden provisional (*einstweilige Anordnung*) por parte del Tribunal contencioso-administrativo competente en el proceso principal, previa solicitud del interesado, procedente incluso con anterioridad a la interposición del recurso (§ 123 VwGO).

Lo mismo ocurre respecto de la tutela cautelar en procedimientos de control de normas de los *Länder* con rango inferior a ley (§ 47.8).

(10) Véase *infra* B.

(11) Véase *infra* C.

(12) Pues carecen, por regla, de relevancia en el procedimiento cautelar las pretensiones declarativas (*Feststellungsklage*).

b) *Subsidiariedad de la orden provisional.*

El § 123 establece en su párrafo quinto expresamente que «en los casos de los §§ 80 y 80a» no cabe la protección cautelar por medio de órdenes provisionales. De aquí se infiere el carácter de este procedimiento como medida cautelar subsidiaria (13) para todos aquellos supuestos en los que no procede la pretensión de anulación, es decir, en los que el objeto del litigio no es un acto administrativo de gravamen.

B. LA REGULACIÓN DE LA SUSPENSIÓN DEL ACTO ADMINISTRATIVO
EN LOS §§ 80 Y 80A VwGO

I. *El efecto suspensivo automático (§ 80.1)*

1. *Efecto suspensivo, ejecutividad y ejecución forzosa del acto.*

El efecto suspensivo automático significa que la ejecutividad (14) del acto administrativo (de gravamen) está condicionada resolutoriamente por su impugnación dentro del plazo previsto por la ley (15). Por ello se dice en Alemania que los actos administrativos son ejecutivos, a salvo de que sean impugnados (16).

El mero condicionamiento (resolutorio) de la ejecutividad ya proporciona protección cautelar anticipada, aunque sólo frente a una ejecución forzosa del acto (17). Ello es consecuencia de que las leyes de ejecución forzosa de actos administrativos de los *Länder* exigen como presupuesto de la misma la firmeza o, al menos, la ejecutividad inmediata del acto (18), es decir, la exclusión del efecto suspensivo de un hipotético recurso o del recurso ya interpuesto.

Si estando suspendido el acto, la Administración lo ejecuta de todos modos, el acto de ejecución forzosa es ilegal y puede, a su vez, ser impugnado. Sin embargo, el § 187.3 VwGO autoriza a los *Länder* a excluir en su legislación de desarrollo de la VwGO el efecto suspensivo de la impugnación de actos de ejecución forzosa (19). En tales casos se

(13) Cfr. BENDER, *Die einstweilige Anordnung (§ 123 VwGO)*, VBIBW 1986, pág. 321.

(14) Sobre la cuestión de si constituye el objeto de la suspensión la eficacia del acto o, por el contrario, sólo su ejecutividad, véase *infra* B.1.2.a).

(15) Los §§ 70 y 74 VwGO establecen para el recurso administrativo y el recurso contencioso-administrativo, respectivamente, un plazo de impugnación de un mes desde la notificación del acto.

(16) Cfr., por ejemplo, REDEKER/VON OERTZEN, *Verwaltungsgerichtsordnung*, 10.^a ed., 1991, § 80, n. marg. 7.

(17) Cfr. FINKELNBURG/JANK, *op. cit.* (n. 4), pág. 177.

(18) Véase, por ejemplo, el § 2 de la Ley de Ejecución Forzosa de Actos Administrativos (*Verwaltungsvollstreckungsgesetz*) de Baden-Württemberg.

(19) Véase, por ejemplo, el § 9 de la Ley de desarrollo de la VwGO (*Ausführungsgesetz zur VwGO, AGVwGO*) de Baden-Württemberg.

habla de una ejecución fáctica (*faktische Vollziehung*), frente a la cual se debe garantizar protección cautelar. De lo contrario, la Administración tendría en sus manos eludir el efecto suspensivo respecto del acto principal o inicial, al carecer la impugnación del acto que ilegalmente lo ejecuta en vía forzosa de tal efecto.

Obviamente, siempre cabe la posibilidad de solicitar del Tribunal contencioso-administrativo competente la suspensión en vía cautelar del acto de ejecución forzosa (§ 80.5 VwGO).

Aquí, sin embargo, la opinión predominante en la jurisprudencia y la doctrina entiende que se debe otorgar tutela cautelar en relación al acto inicial impugnado, como si éste fuera inmediatamente ejecutivo (20). La diferencia estriba en que el Tribunal contencioso-administrativo no puede restablecer el efecto suspensivo donde ya lo hay con carácter automático. Por ello el pronunciamiento es, en este caso, declarativo del efecto suspensivo (*Feststellung der aufschiebenden Wirkung*) (21) y la aplicación del § 80.5 VwGO, por tanto, analógica. La ventaja de otorgar tutela cautelar en relación al acto inicial y no al acto ilegal de ejecución forzosa reside en el carácter reglado que se le atribuye al pronunciamiento declarativo del efecto suspensivo (sobre el acto inicial), mientras que la suspensión jurisdiccional en vía cautelar (del acto de ejecución forzosa) es considerada mayoritariamente, como se verá más adelante, una decisión discrecional del Tribunal.

Al igual que en los supuestos de suspensión jurisdiccional de actos inmediatamente ejecutivos ya ejecutados, a los que se asimila el presente caso, el Tribunal acompaña el pronunciamiento declarativo del efecto suspensivo sobre el acto inicial con un pronunciamiento anulatorio de la ejecución (§ 80.5.3).

Si la Administración lo desobedece y continúa la ejecución fáctica, no se puede ejecutar la decisión judicial, pues se trata sólo de un pronunciamiento declarativo. La protección cautelar se obtiene en este caso por vía de la orden provisional (§ 123). Por esta razón se habla aquí de un supuesto de excepcional concurrencia sucesiva de las dos medidas cautelares, en referencia al principio general según el cual existe entre ambas una relación de subsidiariedad (22).

Como se habrá podido comprobar, la suspensión automática del acto principal impugnado, por un lado, y, por otro, la habitual exclusión legal del efecto suspensivo de la impugnación de actos que lo ejecutan (ilegalmente) en vía forzosa, lleva aparejado un desequilibrio en la protección cautelar de difícil solución jurídica, que la reforma del año pasado dejó sin resolver.

(20) Véase para más detalle *infra* B.IV.

(21) Cfr. FINKELNBURG/JANK, *op. cit.* (n. 4), págs. 12, 275 y ss.; KOPP, *op. cit.* (n. 8), § 80, n. marg. 10 y 75 y ss.; REDEKER/VON OERTZEN, *op. cit.* (n. 16), § 80, n. marg. 29; BOSCH/SCHMIDT, *Praktische Einführung in das verwaltungsgerichtliche Verfahren*, 4.ª ed., 1988, pág. 256; recientemente, VGH (Tribunal Superior Administrativo) Mannheim VBIBW 1991, págs. 219 y s.

(22) Respecto de los supuestos de concurrencia simultánea, véase *infra* B.V.3.

2. Contenido y alcance del efecto suspensivo.

a) ¿Cesación de la ejecutividad o cesación de la eficacia del acto administrativo?

La cuestión de si el efecto suspensivo de la impugnación se refiere a la eficacia o, por el contrario, sólo a la ejecutividad del acto administrativo, constituye una de las controversias clásicas del sistema de tutela cautelar alemán (23). Relevancia práctica tenía (y tiene aún hoy, según algunos) esta cuestión básicamente en los siguientes casos: en primer lugar, respecto de los actos administrativos de gravamen declarativos o constitutivos (*feststellende y gestaltende Verwaltungsakte*), que no son susceptibles de ejecución en sentido estricto; en segundo lugar, respecto de los actos administrativos de doble efecto, donde se discutía si el efecto suspensivo abarcaba también (automáticamente) el disfrute provisional del acto por parte del tercero favorecido; y, finalmente, respecto de los actos de separación del servicio de funcionarios, donde se discutía si el funcionario afectado debía reembolsar los emolumentos percibidos durante la suspensión del acto, tras ser desestimado su recurso en el proceso principal. En este último supuesto, si el efecto suspensivo hacía cesar la eficacia del acto, no procedía el reembolso, puesto que entonces los emolumentos habrían sido pagados con causa. Esta faltaba, por el contrario, si sólo había sido suspendida provisionalmente la ejecutividad del acto, de tal modo que entonces se estaría ante un enriquecimiento sin causa.

Pues bien, da la impresión que la última reforma ha venido a zanjar la controversia en el sentido de la teoría de la cesación de la eficacia, al establecer el § 80.1.2 VwGO en su nueva redacción que el efecto suspensivo también se produce respecto de actos declarativos y/o constitutivos, así como de los actos administrativos de doble efecto (24). Ello, sin embargo, es puesto en duda por los partidarios de la teoría de la cesación de la ejecutividad (25), que ya antes sostenían también que el efecto suspensivo abarcaba a los actos declarativos y/o constitutivos, al no ser decisivo para la ejecutividad que los actos sean susceptibles de ejecución en sentido estricto, sino, por el contrario, que el acto genere sus consecuencias jurídicas, sean ejecutables o no.

Como se ha podido comprobar, la controversia carece básicamente de consecuencias prácticas, más aún tras la reforma de 1991, a partir de la cual ya sólo es discutible la solución del caso del reembolso del sueldo

(23) Por la teoría de la cesación de la eficacia véase, por ejemplo, EYERMANN/FRÖHLER, *Verwaltungsgerichtsordnung*, 9.ª ed., 1988, § 80, n. marg. 4 y 7, y por la teoría de la cesación de la ejecutividad la jurisprudencia del Tribunal Administrativo Federal: BVerwGE 13, 1 (=Colección oficial, tomo 13, pág. 1); 18, 72; 24, 98; 66, 218; asimismo, REDEKER/VON OERTZEN, *op. cit.* (n. 16), § 80, n. marg. 4 y 5.

(24) En este sentido, SCHOCH, *Der vorläufige Rechtsschutz im 4. VwGO-Änderungsgesetz*, NVwZ 1991, págs. 1121 y ss. (1122).

(25) Cfr., por ejemplo, REDEKER/VON OERTZEN, *op. cit.* (n. 16), § 80, n. marg. 4 y 5.

percibido por un funcionario separado del servicio durante la suspensión de la medida.

b) *¿Efecto suspensivo en actos de denegación?*

Contra actos de denegación no procede, como ya se indicó al inicio, la pretensión de anulación y, por tanto, el efecto suspensivo, sino la pretensión obligacional. El efecto suspensivo, por lo demás, no conduciría al otorgamiento provisional del acto solicitado, de tal modo que en estos casos la tutela cautelar sólo se puede obtener por vía de la orden provisional.

c) *¿Efecto suspensivo en actos administrativos de efecto mixto (Verwaltungsakte mit Mischwirkung)?*

En la teoría alemana se entiende por actos administrativos de efecto mixto aquellos que son al mismo tiempo favorables y gravosos para su destinatario. Este es el caso generalmente cuando se otorga un acto favorable, pero con un elemento accesorio (*Nebenbestimmung*) gravoso, por ejemplo, una condición, una reserva de revocación, etc. En estos supuestos un efecto suspensivo del recurso limitado al elemento gravoso del acto, con la consecuencia de que el recurrente pueda gozar provisionalmente, por ejemplo, de una autorización sin ningún tipo de limitaciones, presupone, conforme al esquema de correlación entre pretensión procedente en el proceso principal y medida cautelar correspondiente, que el elemento accesorio sea en sí mismo un acto administrativo distinto del principal que limita, o bien que proceda una anulación parcial del acto, en la medida de su ilegalidad, tal y como prevé el § 113.1.1 VwGO. Cuando el elemento accesorio carezca de la calidad de acto administrativo (lo que por la naturaleza del elemento accesorio ocurre por regla general), la procedencia de una anulación parcial y, por tanto, el efecto suspensivo limitado al elemento gravoso dependerá de que el acto principal pueda subsistir legal y razonablemente también sin dicho elemento accesorio (26).

Caso distinto, por supuesto, es el otorgamiento de un acto favorable diverso en su alcance del solicitado. Ello ocurre cuando se otorga una licencia de edificación para un edificio distinto de aquel para el cual el solicitante pretendía la autorización, por ejemplo, se autorizan sólo dos plantas, mientras se solicitaba la autorización de tres. Aquí no se trata de elementos accesorios, sino de un acto de denegación parcial, respecto del cual, como se vio antes, no procede en el proceso principal la preten-

(26) Véase en la jurisprudencia reciente del Tribunal Administrativo Federal BVerwGE 65, 139, así como la del OVG (Tribunal Superior Administrativo) Münster DVBl. 1991, págs. 1366 y s.

sión de anulación, sino la pretensión obligacional, cuya protección cautelar únicamente se dispensa por vía de la orden provisional.

d) *¿Efecto suspensivo en actos administrativos aparentes y nulos de pleno derecho?*

Asimismo, se discute el efecto suspensivo en actos administrativos nulos de pleno derecho así como en los actos aparentes, que sólo a primera vista parecen serlo, pero que en realidad son inexistentes como tal, por ejemplo, por falta de notificación. Contra actos nulos de pleno derecho procede, en principio, la pretensión declarativa (*Feststellungsklage*, § 43 VwGO), que, obviamente, no tiene efecto suspensivo. Sin embargo, aunque en rigor es improcedente, también se admite aquí por razones de riesgo procesal la pretensión de anulación, pues de lo contrario, cuando el acto resulta sólo ser anulable y no nulo de pleno derecho, el recurrente habría perdido el plazo para impugnarlo tras haber sido desestimada la pretensión declarativa. En este caso opera, pues, el efecto suspensivo respecto de actos nulos de pleno derecho (27).

La extensión de este criterio a los supuestos de actos aparentes es, sin embargo, discutida (28).

3. *¿Efecto suspensivo de recursos inadmisibles y/o infundados?*

Otra de las controversias clásicas en torno al efecto suspensivo se refiere a la cuestión de si también opera en los casos de recursos inadmisibles y/o infundados. El § 80.1 VwGO, en cualquier caso, sólo habla del «efecto suspensivo del recurso», sin especificar si éste debe ser admisible y si debe estar fundado o no.

Mayor coincidencia parece existir, de todos modos, respecto de los recursos infundados. Estos producirían siempre el efecto suspensivo, dado que, de lo contrario, se negaría, precisamente, la protección cautelar automática que mediante el efecto suspensivo se pretende proporcionar (29). No faltan, sin embargo, quienes niegan el efecto suspensivo, al menos, al recurso manifiestamente infundado (30).

El criterio de la inadmisibilidad manifiesta es, por otro lado, el que propugna la opinión dominante para distinguir entre recursos que producen el efecto suspensivo y aquellos que no lo producen (31). Los que

(27) Cfr. en la jurisprudencia reciente VGH Mannheim NVwZ 1991, págs. 1195 y s.

(28) En sentido afirmativo, FINKELNBURG/JANK, *op. cit.* (n. 4), pág. 189; en sentido contrario, la sentencia citada del VGH Mannheim NVwZ 1991, págs. 1195 y s.

(29) Cfr. FINKELNBURG/JANK, *op. cit.* (n. 4), pág. 197.

(30) Véase, por ejemplo, EYERMANN/FRÖHLER, *op. cit.* (n. 23), § 80, n. marg. 14.

(31) Cfr. WÜRTEMBERGER, *Verwaltungsgerichtsbarkeit*, 1990, págs. 210 y s.; KOPP, *op. cit.* (n. 8), § 80, n. marg. 29; FINKELNBURG/JANK, *op. cit.* (n. 4), págs. 193 y ss.; SCHMITT GLAESER, *Verwaltungsprozeßrecht*, 10.ª ed., 1990, págs. 136 y ss.

sostienen que el recurso manifiestamente infundado no tiene efecto suspensivo, se lo niegan inclusive a todo recurso inadmisibile, aunque la inadmisibilidad no sea manifiesta (32). Por otro lado, se sostiene, en el otro extremo, que ni siquiera la inadmisibilidad manifiesta excluye el efecto suspensivo (33).

Desde el punto de vista de la opinión dominante se requiere definir los supuestos de inadmisibilidad manifiesta. En este sentido, se consideran tales:

- la falta de una actuación de la Administración sujeta al Derecho público;
- también una actuación administrativa de carácter jurídico-público, cuando carezca de la calidad de acto administrativo;
- la falta manifiesta de legitimación, es decir, de una potencial lesión de un derecho público subjetivo;
- y, por fin, la interposición del recurso manifiestamente fuera de término.

4. Comienzo y duración del efecto suspensivo.

a) Comienzo del efecto suspensivo.

El efecto suspensivo comienza con la interposición del recurso administrativo o contencioso-administrativo que contiene la pretensión de anulación en relación a un acto administrativo de gravamen (§ 80.1 VwGO). Hasta dicho momento el acto es ejecutivo, aunque, como se dijo, no ejecutable en vía forzosa mientras corra el plazo de impugnación.

El § 80.1 VwGO, sin embargo, no dice si el efecto suspensivo opera sólo *ex nunc* o si, por el contrario, es retroactivo. Tanto una interpretación del precepto conforme al artículo 19.4 LFB, que consagra el derecho fundamental a una tutela judicial efectiva, como una sistemática indican que lo último, es decir, el efecto suspensivo retroactivo, es lo correcto. Si en los supuestos de ejecutividad inmediata (exclusión del efecto suspensivo) el Tribunal puede establecer el efecto suspensivo y, en dicho caso, anular la ejecución y ordenar el restablecimiento del *status quo ante* (§ 80.5.3), cuando el acto ya hubiere sido ejecutado, tal retroactividad debe ser válida también para el efecto suspensivo automático.

Admitido el carácter retroactivo del efecto suspensivo, se plantea a continuación, sin embargo, la cuestión de si la autoridad que dictó el acto está obligada a restablecer el *status quo ante*, cuando, al margen por supuesto de la vía forzosa, el acto hubiera sido ejecutado con anterioridad a la interposición del recurso, incluso voluntariamente. Fuera de

(32) Cfr. EYERMANN/FRÖHLER, *op. cit.* (n. 23), § 80, n. marg. 14 y 14b.

(33) Véase, sobre todo, BVerwGE 13, 1 (8 y s.).

duda está la posibilidad de solicitar del Tribunal que ordene dicho restablecimiento en aplicación analógica del mencionado § 80.5.3 (34). La cuestión de si la Administración debe por sí misma hacerlo es, por el contrario, controvertida (35).

b) *Duración del efecto suspensivo.*

Tampoco contiene el § 80 VwGO regulación expresa alguna referente a la duración del efecto suspensivo. Sobre todo falta una determinación de si el efecto suspensivo cesa con la desestimación del recurso administrativo previo hasta una eventual interposición del recurso contencioso-administrativo, que nuevamente suspendería el acto. Por el contrario, cabría sostener que el efecto suspensivo no cesa con la desestimación del recurso administrativo y se mantiene hasta que haya transcurrido el plazo para interponer el recurso contencioso, es decir, hasta que el acto haya adquirido firmeza. También en este punto existe disparidad de criterio. Quienes sostienen que el efecto suspensivo no cesa hasta que el acto haya adquirido firmeza (36), apoyan su punto de vista en una interpretación del precepto conforme al derecho fundamental a una tutela judicial efectiva y sin lagunas, consagrado en el artículo 19.4 LEF. La posición contraria (37), por otro lado, remite al tenor literal del § 80.1 VwGO que, al hacer referencia al «efecto suspensivo del recurso administrativo y del recurso contencioso-administrativo», indicaría —se piensa— el carácter independiente del efecto suspensivo generado por uno y otro recurso.

Por lo demás, hay que recordar que, cuando excepcionalmente la Administración declara la ejecutividad inmediata del acto, es decir, excluye el efecto suspensivo del recurso interpuesto, dicho efecto cesa con anterioridad a la desestimación del recurso o al momento en el que el acto adquiere firmeza.

Finalmente, se debe indicar también que, al igual que el efecto suspensivo es retroactivo, también tiene dicho carácter la cesación del mismo en el momento en el que, según el punto de vista compartido, se desestima el recurso o adquiere firmeza el acto impugnado (38).

(34) Cfr. FINKELNBURG/JANK, *op. cit.* (n. 4), pág. 198; KOPP, *op. cit.* (n. 8), § 80, n. marg. 33; REDEKER/VON OERTZEN, *op. cit.* (n. 16), § 80, n. marg. 7.

(35) En sentido afirmativo, por ejemplo, FINKELNBURG/JANK, *op. cit.* (n. 4), pág. 198, y REDEKER/VON OERTZEN, *op. cit.* (n. 16), § 80, n. marg. 7; en sentido contrario, KOPP, *op. cit.* (n. 8), § 80, n. marg. 33.

(36) Cfr. FINKELNBURG/JANK, *op. cit.* (n. 4), pág. 198, con más indicaciones.

(37) Cfr., por ejemplo, REDEKER/VON OERTZEN, *op. cit.* (n. 5), § 80, n. marg. 7.

(38) Cfr. KOPP, *op. cit.* (n. 8), § 80, n. marg. 36; REDEKER/VON OERTZEN, *op. cit.* (n. 16), § 80, n. marg. 7.

II. *La exclusión del efecto suspensivo automático.*

Supuestos de ejecutividad inmediata del acto (§ 80.2 VwGO)

Cuando la VwGO (§ 80.2.1 a 3) excluye por sí misma o habilita (§ 80.2.4) en determinados supuestos a la Administración a excluir el efecto suspensivo automático de un hipotético recurso o de un recurso ya interpuesto, el acto administrativo es, en términos de la VwGO, inmediatamente ejecutivo (*sofort vollziehbar*) o, mejor dicho, su ejecutividad (39) no está condicionada resolutoriamente por su potencial impugnación.

1. *Supuestos de ejecutividad inmediata del acto previstos directamente en la VwGO (§ 80.2.1 a 3) (40).*

a) *Actos de liquidación tributaria (Abgaben) y de imposición de costas (Kosten) administrativas (§ 80.2.1)*

El primer grupo de actos administrativos cuya impugnación no tiene, por ley, efecto suspensivo está constituido por actos de liquidación tributaria y de imposición de costas administrativas. La exclusión del efecto suspensivo obedece aquí, como es obvio, a la necesidad de asegurar la financiación de las funciones públicas (41).

El concepto de tributo (*öffentliche Abgabe*) del § 80.2.1 no difiere, en principio, del concepto de tributo definido en el antiguo § 1 de la Ley General Financiera (*Abgabenordnung*, AO) y abarca, en cualquier caso, impuestos (*Steuern*) (42), tasas (*Gebühren*) y contribuciones especiales (*Beiträge*). Por el contrario, se discute si también son subsumibles en dicho concepto otro tipo de cargas fiscales, como, por ejemplo, los impuestos especiales (*Sonderabgaben*). Mayoritariamente se favorece una interpretación teleológica del precepto, orientada al fin de asegurar la financiación general de las funciones públicas, que permita, en un sentido extensivo, englobar toda carga fiscal, subsumible o no en el concepto clásico de tributo contenido en el antiguo § 1 AO (43). Carecen, por tanto, de carácter ejecutivo inmediato actos de liquidación referidos a cargas fiscales cuya función no sea primordialmente la de contribuir a la financiación general de las funciones públicas, sino, por ejemplo, como

(39) Sobre la cuestión de si constituye el objeto de la suspensión la eficacia del acto o, por el contrario, sólo su ejecutividad, véase *supra* B.I.2.a).

(40) Respecto de la ejecutividad inmediata de actos de ejecución forzosa prevista en la legislación de desarrollo de la VwGO de los *Länder* en base a la habilitación del § 187.3 VwGO, véase *supra* B.I.1.

(41) Cfr., por ejemplo, WURTENBERGER, *op. cit.* (n. 31), pág. 215; KOPP, *op. cit.* (n. 9), § 80, n. marg. 37.

(42) Cuando no son competentes, como ocurre por regla general, los Tribunales de la jurisdicción financiera (*Finanzgerichte*).

(43) Cfr. BVerwG NVwZ 1987, pág. 64; REDEKER/VON OERTZEN, *op. cit.* (n. 16), § 80, n. marg. 16; KOPP, *op. cit.* (n. 8), § 80, n. marg. 37; WURTENBERGER, *op. cit.* (n. 31), pág. 216.

ocurre a menudo en los impuestos especiales (*Sonderabgaben*), a una finalidad de regulación político-económica.

También requiere una precisión en un doble sentido el concepto de costas administrativas. En primer lugar, sólo se refiere a actos independientes de imposición de costas correspondientes a un procedimiento administrativo en cuyo marco se dictó un acto favorable, y no a actos de gravamen que simplemente acompañan una decisión principal de contenido material con una imposición de costas accesoria (44). En tal caso, el efecto suspensivo originado por una impugnación del acto se extiende, naturalmente, a sus elementos accesorios y, por tanto, también a la imposición de costas.

En segundo lugar, no abarca este supuesto de ejecutividad inmediata a los actos de imposición de costas generadas en vía de ejecución forzosa, es decir, actos de imposición de multas coercitivas y de gastos de ejecución subsidiaria (45), pues no contribuyen en primer término a la financiación general de las funciones públicas, sino a la efectividad de las obligaciones concretadas en el acto inicial.

La ejecutividad inmediata de actos de ejecución forzosa no se deriva, pues, del § 80.2.1 VwGO, sino, en todo caso, de la legislación de desarrollo de la VwGO de los *Länder* que, como ya se indicó, puede, en base a la habilitación del § 187.3 VwGO, excluir el efecto suspensivo de recursos dirigidos contra tales actos.

b) *Actos impostergables de la policía de ejecución (§ 80.2.2 VwGO).*

El segundo grupo de actos administrativos que, por ley, tienen carácter ejecutivo inmediato, lo forman, en términos de la VwGO, los actos impostergables de la policía de ejecución (*unaufschiebbare Anordnungen und Maßnahmen des Polizeivollzugsdienstes*).

Para una mejor comprensión de este supuesto hay que hacer referencia brevemente a la estructura organizativa y competencial de la policía en Alemania. Allí se distingue, esquemáticamente, entre policía administrativa (*Verwaltungspolizei*), es decir, las llamadas autoridades de policía en el sentido clásico o autoridades del orden (*Polizeibehörden/ Ordnungsbehörden*), de un lado, y policía de ejecución (*Vollzugspolizei o Polizeivollzugsdienst*), de otro. Las competencias en materia de policía corresponden, en principio, a la policía administrativa, cuyos actos ejecuta la policía de ejecución. Excepcionalmente, posee, sin embargo, la policía de ejecución una competencia originaria de urgencia (*Eilzuständigkeit*), cuando concurre una situación de peligro que exige

(44) Cfr. EYERMANN/FRÖHLER, *op. cit.* (n. 23), § 80, n. marg. 19; REDEKER/VON OERTZEN, *op. cit.* (n. 16), § 80, n. marg. 15; KOPP, *op. cit.* (n. 8), § 80, n. marg. 37.

(45) Cfr. REDEKER/VON OERTZEN, *op. cit.* (n. 16), § 80, n. marg. 15; KOPP, *op. cit.* (n. 8), § 80, n. marg. 37.

una intervención policial inmediata y que, por tanto, no permite aguardar la decisión de la policía administrativa (46). El ejemplo clásico lo constituye la regulación policial del tráfico, ya sea por medio de órdenes individuales de funcionarios de la policía de ejecución o de señales de tráfico, a las que se aplica, dado que se las considera resoluciones generales (*Allgemeinverfügungen*) y, por tanto, actos administrativos, analógicamente este supuesto de ejecutividad inmediata (47).

Ahora bien, sería probablemente difícil distinguir en situaciones que ya de por sí se las califica de urgencia entre actos imposterables y aquellos otros que sí lo serían. De hecho, hay quienes sostienen que tal distinción no tiene sentido (48), pero ello implica afirmar, en contra del sentido subyacente en la formulación del supuesto, que todos los actos dictados lícitamente, es decir, en situaciones de urgencia, por la policía de ejecución son inmediatamente ejecutivos. Mientras se interpreten extensivamente los supuestos de competencia de la policía de ejecución, el derecho fundamental a una tutela judicial efectiva, que garantiza, de acuerdo con la doctrina constitucional dominante en Alemania, la regla del efecto suspensivo automático, exige, sin embargo, distinguir entre urgencia e imposterabilidad.

c) *Otros supuestos de ejecutividad inmediata regulados en leyes federales (§ 80.2.3 VwGO).*

El § 80.2.3 VwGO remite a otros supuestos de exclusión del efecto suspensivo regulados en leyes federales y tiene, consecuentemente, sólo carácter declarativo. No es posible aquí enumerar todos los casos de ejecutividad inmediata regulados en la legislación federal (49). Pero hay que hacer referencia nuevamente a los límites de la exclusión por ley del efecto suspensivo automático, ya que no se pueden derivar de la propia VwGO, pues el precepto comentado sólo tiene carácter declarativo. Aquí vuelve a operar, aunque abriendo un margen muy amplio, el derecho fundamental a una tutela judicial efectiva en su interpretación dominante, según la cual exige dicho derecho como estándar mínimo que el efecto suspensivo automático sea la regla y su exclusión la excepción (50).

(46) Véase, por ejemplo, el § 46 de la Ley de Policía (*Polizeigesetz*) de Baden-Württemberg.

(47) Cfr. BOSCH/SCHMIDT, *op. cit.* (n. 21), pág. 254; KOPP, *op. cit.* (n. 8), § 80, n. marg. 38; REDEKER/VON OERTZEN, *op. cit.* (n. 16), § 80, n. marg. 17; BVerwG NJW 1978, pág. 656.

(48) Cfr., por ejemplo, WÜRTEMBERGER, *op. cit.* (n. 31), pág. 217.

(49) Véase el listado contenido en FINKELNBURG/JANK, *op. cit.* (n. 4), págs. 212 y ss.

(50) Véase *supra* A.1.2.

2. *La declaración administrativa de la ejecutividad inmediata del acto (Anordnung der sofortigen Vollziehbarkeit, § 80.2.4 y § 80.3 VwGO).*

Carece también el recurso de efecto suspensivo cuando la autoridad que dictó el acto o la autoridad competente para resolver el recurso administrativo ordena su ejecutividad inmediata en interés público o, si se trata de un acto administrativo de doble efecto, en interés preponderante del sujeto favorecido (§ 80.2.4 VwGO). La VwGO exige, pues, para excluir el efecto suspensivo de un hipotético recurso o del recurso ya interpuesto una ponderación del interés público o privado en la ejecutividad (incondicionada) del acto (*Vollzugsinteresse*) con el interés del afectado en una suspensión del mismo (*Aussetzungsinteresse*).

El problema central de estos supuestos reside, como ya se apuntó al comienzo y se analizará más detalladamente a partir de aquí, en la vinculación de la potestad para excluir el efecto suspensivo a una mera ponderación de intereses y, por tanto, en la escasa programación normativa de dicha potestad, lo cual significa de cara al control de legalidad de su ejercicio por parte del Tribunal contencioso-administrativo en vía cautelar (§ 80.5 VwGO) la falta de criterios materiales de decisión suficientemente determinados. La precisión generalmente aceptada de que la prevalencia constitucional del efecto suspensivo automático exige para su exclusión un interés público específico en la ejecutividad inmediata del acto que vaya más allá del mero interés público general en que se aplique la ley (51), apenas permite una mayor concreción del criterio decisorio, toda vez que dicha precisión del interés público se exceptúa cuando ya por sí misma la norma habilitante vincula la emanación del acto impugnado a una situación de urgencia (52).

Es probablemente por ello que la jurisprudencia y la doctrina dominantes sostienen, con apoyo en el tenor literal del § 80.5 VwGO («Previa solicitud del afectado el Tribunal puede restablecer el efecto suspensivo del recurso»), que la decisión judicial sobre la suspensión cautelar de un acto inmediatamente ejecutivo es una decisión discrecional originaria del Tribunal (*originäre Ermessensentscheidung*) y no, como corresponde por regla a la función revisora de la jurisdicción, una decisión en derecho y además de mero control (53). Aun así, permanece el problema que se deriva de la falta de claros criterios materiales que orienten y vinculen la decisión judicial sobre el mantenimiento de la ejecutividad inmediata del acto o el restablecimiento del efecto suspensivo del recurso. Siendo, pues, el Tribunal a quien se reserva, en definitiva, la decisión última, conviene abordar esta cuestión con más detalle cuando más

(51) Cfr. BVerwG NJW 1974, pág. 1294; REDEKER/VON OERTZEN, *op. cit.* (n. 16), § 80, n. marg. 20; KOPP, *op. cit.* (n. 8), § 80, n. marg. 52.

(52) Cfr. BOSCH/SCHMIDT, *op. cit.* (n. 21), pág. 254.

(53) Cfr. REDEKER/VON OERTZEN, *op. cit.* (n. 16), § 80, n. marg. 52; KOPP, *op. cit.* (n. 8), § 80, n. marg. 78; BOSCH/SCHMIDT, *op. cit.* (n. 21), pág. 257.

adelante se trate sobre la tutela judicial cautelar frente a actos cuya impugnación carece de efecto suspensivo.

Aquí, por el contrario, me limitaré a referir las exigencias formales de la decisión administrativa de excluir el efecto suspensivo del recurso y las consecuencias jurídicas de su inobservancia. Básicamente, se supe- dita dicha decisión a dos requisitos de carácter formal: primero, el deber de motivarla, regulado en el § 80.3.1 VwGO, el cual sólo se exceptúa en situaciones de urgencia (§ 80.3.2 VwGO), y segundo, el deber de audiencia previa del afectado (54). Por cuanto se refiere al deber de motivación, se debe señalar que la excepción mencionada carece de toda relevancia, puesto que si se trata de una situación de urgencia lo más probable es que el acto lo haya dictado la policía de ejecución y que tenga carácter impostergradable, de tal modo que, como se explicó, ya por ley estaría excluido el efecto suspensivo y no haría falta excluirlo administrativamente (55).

Si la declaración administrativa de la ejecutividad inmediata del acto incumple las exigencias formales, el Tribunal está obligado, si así lo solicita el afectado, a anularla, sin entrar en el fondo (56). Por el contrario, no procede el restablecimiento del efecto suspensivo, lo cual se pretende por regla en vía cautelar, puesto que, por una parte, ello no es posible sin entrar en el fondo y, por otra, impediría que, una vez subsanada la falta de motivación, la Administración volviera a declarar la ejecutividad inmediata del acto (57). En tal caso, el afectado debe solicitar nuevamente tutela judicial cautelar, entrando el Tribunal esta vez sí en el fondo, es decir, ponderando los intereses contrapuestos.

III. *La suspensión del acto en vía administrativa (§§ 80.4 y 80.6 VwGO)*

La autoridad que dictó el acto así como la autoridad competente para resolver el recurso administrativo poseen la potestad de suspender la ejecutividad de actos cuya impugnación carece (o carecería) de efecto suspensivo, salvo que dicha potestad esté excluida por ley federal (§ 80.4.1 VwGO).

(54) El deber de audiencia previa se deriva de una aplicación del § 28 de la Ley de Procedimiento Administrativo (VwVfG). Aquí sólo se discute si la aplicación es directa o analógica, lo cual depende de que se considere a la declaración administrativa de la ejecutividad inmediata del acto, a su vez, acto administrativo de gravamen o no —cfr. REDEKER/VON OERTZEN, *op. cit.* (n. 16), § 80, n. marg. 27, y KOPP, *op. cit.* (n. 8), § 80, n. marg. 41 y s.—.

(55) Cfr. BOSCH/SCHMIDT, *op. cit.* (n. 21), pág. 255.

(56) Cfr. REDEKER/VON OERTZEN, *op. cit.* (n. 16), § 80, n. marg. 27a; BOSCH/SCHMIDT, *op. cit.* (n. 21), pág. 255.

(57) Véase *infra* B.IV.2.

1. *Suspensión de oficio y a instancia de parte.*

La Administración puede suspender el acto de oficio o a instancia de parte, incluso antes de la interposición del recurso, lo cual se deriva de lo primero. Con el tenor literal del precepto es difícilmente compatible la interpretación según la cual la suspensión estaría excluida de oficio y sólo sería posible a instancia de parte en los supuestos de ejecutividad inmediata previstos directamente en la VwGO. Se arguye en este sentido que la Administración debe respetar, mientras el afectado no solicite lo contrario, la voluntad del legislador de que una impugnación de dichos actos carezca, en principio, de efecto suspensivo (58). Esta cuestión, sin embargo, carece de relevancia práctica, puesto que basta, en cualquier caso, con la correspondiente solicitud del afectado para que la Administración pueda suspender el acto.

La decisión de la Administración por la que se desestima tal solicitud no es recurrible, pues el afectado tiene, en cualquier caso, la posibilidad de recabar la decisión última del Tribunal en vía cautelar (§ 80.5 VwGO).

2. *Autoridad competente para suspender el acto.*

Cuatro cuestiones se discuten en este contexto: primero, el momento en el que, en su caso, la autoridad que dictó el acto pierde la competencia para suspenderlo en favor de la autoridad competente para resolver el recurso administrativo; segundo, y relacionado con lo primero, el momento en el que comienza la competencia para suspender el acto de la autoridad del recurso administrativo; tercero, el momento en el que finaliza dicha competencia; y cuarto, el eventual efecto vinculante respecto de una u otra autoridad de la decisión de suspender el acto adoptada por una de ellas.

Por lo que se refiere al primer punto, la opinión dominante sostiene que la competencia de la autoridad que dictó el acto para suspenderlo no se ve afectada por el carácter devolutivo del recurso administrativo, de tal modo que su interposición no reduce dicha competencia a la autoridad competente para resolverlo (59), es decir, por regla, la autoridad superior (§ 73 VwGO).

Respecto de la cuestión, conexas con la anterior, del inicio de la competencia para la suspensión de la autoridad del recurso, se discute si aquél se produce no antes de la remisión del recurso administrativo a la autoridad competente para resolverlo por parte de la que dictó el acto o

(58) Cfr. HORTNAGL/STRATZ, *Die Neuregelung des vorläufigen Rechtsschutzes durch das 4. VwGO-Änderungsgesetz*, VBlBW 1991, págs. 326 y ss., concretamente pág. 327.

(59) Cfr. SCHOCH, *op. cit.* (n. 24), NVwZ 1991, pág. 1122; REDEKER, *Die Neugestaltung des vorläufigen Rechtsschutzes in der Verwaltungsgerichtsordnung*, NVwZ 1991, págs. 526 y ss., concretamente pág. 528; HORTNAGL/STRATZ, *op. cit.* (n. 58), VBlBW 1991, pág. 326.

si, por el contrario, aquélla ya posee tal competencia con anterioridad a la interposición del recurso o a la remisión del mismo por parte de la autoridad inicial. La doctrina mayoritaria vincula la respuesta a esta cuestión a la competencia de la autoridad del recurso para declarar la ejecutividad inmediata del acto. El § 80.2.4 VwGO, sin embargo, no contiene limitación alguna respecto de la potestad de la autoridad del recurso para excluir el efecto suspensivo con anterioridad a la interposición del mismo. Por lo tanto, se debería negar también la postergación de su competencia para suspender el acto a tal momento (60).

Igualmente, se vincula el límite temporal de la potestad de suspender el acto de la autoridad del recurso al término de su competencia para declarar su ejecutividad inmediata. Este se produce, de acuerdo con la opinión dominante, con la desestimación del recurso administrativo, de tal modo que cesa también la competencia para suspender el acto en dicho momento (61).

Resta, por último, la cuestión de si vincula la decisión de suspender el acto de una de las dos autoridades a la otra. Aquí o bien opera el principio de prioridad o el principio jerárquico, sin que exista consenso al respecto en la jurisprudencia y la doctrina (62).

3. *¿Es necesario solicitar previamente la suspensión del acto en vía administrativa para poder obtener tutela judicial cautelar frente a actos inmediatamente ejecutivos?*

Antes de la reforma del año pasado esta cuestión se discutía en relación a una posible inadmisibilidad de la solicitud de tutela judicial cautelar por falta de necesidad de protección jurisdiccional (*Rechtsschutzbedürfnis*) cuando no se había previamente solicitado la suspensión del acto en vía administrativa.

La reforma ha venido a zanjar la cuestión en el sentido mayoritariamente aceptado hasta ahora de que, a lo sumo, cabía exigir del afectado una solicitud previa en vía administrativa en los supuestos de exclusión del efecto suspensivo previstos directamente por la ley y no en aquellos otros en los que había sido la Administración, precisamente, la autora de tal exclusión. En este sentido, el § 80.6 VwGO, introducido por la reforma, sólo exige una solicitud previa ante la Administración para el acceso a la tutela judicial cautelar del § 80.5 VwGO respecto de los actos de liquidación tributaria e imposición de costas administrativas, cuya impugnación, como ya se indicó, carece de efecto suspensivo de acuerdo con el § 80.2.1 VwGO.

Se exceptúa, sin embargo, este requisito en los supuestos de inactivi-

(60) Cfr., por ejemplo, SCHOCH, *op. cit.* (n. 24), NVwZ 1991, pág. 1122.

(61) Cfr. HÖRTNAGL/STRATZ, *op. cit.* (n. 58), VBIBW 1991, págs. 327 y s.

(62) Por el efecto vinculante de la decisión de suspender el acto adoptada por la autoridad del recurso se manifiestan, por ejemplo, REDEKER/VON OERTZEN, *op. cit.* (n. 16), § 80, n. marg. 34.

dad de la Administración así como en los de amenaza con ejecución del acto en vía de apremio (§ 80.6.2 VwGO).

4. *Criterios materiales de decisión (§ 80.4.3 VwGO).*

El § 80.4.3 VwGO sólo contiene criterios materiales de decisión respecto de la suspensión en vía administrativa de actos de liquidación tributaria e imposición de costas administrativas. En lo demás, rige el criterio genérico de la ponderación de intereses, sobre el que trataremos más adelante.

De acuerdo con el § 80.4.3 VwGO, la Administración debe suspender el acto cuando existan serias dudas acerca de su legalidad o implique su ejecución un rigor excesivo (*unbillige Härte*) para el afectado, no justificado por un interés público preponderante.

Claro está que este criterio decisorio en la práctica sólo podrá adquirir relevancia frente a la autoridad competente para resolver el recurso administrativo, puesto que si la autoridad que dictó el acto tuviera serias dudas sobre su legalidad o considerara que su ejecutividad inmediata implica un rigor excesivo, seguramente no lo hubiera dictado.

IV. *Tutela judicial cautelar frente a actos administrativos inmediatamente ejecutivos (§ 80.5 VwGO)*

La estructura básica del sistema de tutela judicial cautelar en supuestos de ejecutividad inmediata del acto impugnado, que presupone siempre, al menos, la interposición previa del recurso administrativo, ya se ha explicado al comienzo. Ahora es posible realizar un examen más pormenorizado.

1. *Criterios materiales de decisión.*

Como ya se indicó, el Tribunal contencioso-administrativo adopta en vía cautelar, de acuerdo con la jurisprudencia y la doctrina dominantes, una decisión discrecional originaria de carácter sumario acerca del mantenimiento de la exclusión o del restablecimiento del efecto suspensivo del recurso. Esta decisión está sólo orientada y vinculada, en principio, por el criterio de la ponderación de intereses. Únicamente respecto de los actos de liquidación tributaria y de imposición de costas administrativas se la considera también vinculada por el criterio de las dudas serias sobre la legalidad del acto impugnado, así como el del rigor excesivo de su ejecutividad inmediata, a pesar de que sólo se establece así expresamente para la suspensión en vía administrativa (63).

(63) Cfr. BOSCH/SCHMIDT, *op. cit.* (n. 21), pág. 257; REDEKER/VON OERTZEN, *op. cit.* (n. 16), § 80, n. marg. 46; WURTENBERGER, *op. cit.* (n. 31), pág. 221.

Sin embargo, en todos los supuestos de ejecutividad inmediata se constata claramente una combinación del criterio de la ponderación de intereses con el específico de los actos tributarios y de costas, pues tal ponderación se estructura materialmente, como sostienen la jurisprudencia y la doctrina dominantes, en base a un examen sumario de las expectativas de estimación del recurso en el proceso principal (*summarische Prüfung der Erfolgsaussichten des Rechtsbehelfs in der Hauptsache*) y, por tanto, de la legalidad del acto (64). Dicho de otra manera: según la técnica del *fumus boni iuris*. Se afirma que, de igual manera que no puede admitirse un interés público preponderante en la ejecutividad inmediata de un acto que con toda probabilidad se revele como ilegal, tampoco se puede admitir un interés preponderante del afectado en que se restablezca el efecto suspensivo de su recurso, si éste es manifiestamente infundado (65). Paradójicamente, el criterio de la ponderación de intereses adquiere, de este modo, mayor precisión que el de las dudas serias y el del rigor excesivo, que pueden, a veces, ser incluso más restrictivos.

De cualquier manera, no existe unanimidad de criterio ni en la jurisprudencia ni en la doctrina acerca de si el examen sumario de las expectativas de estimación del recurso es un criterio material de decisión autónomo y previo al de la ponderación de intereses propiamente dicha. Si así fuera, esta ponderación operaría sólo subsidiariamente cuando el carácter sumario del procedimiento cautelar no permitiera realizar una previsión, siquiera aproximada, de las expectativas de éxito del recurso (supuestos llamados en Alemania de *non liquet*) (66). Otro punto de vista afirma, por el contrario, que esta previsión es sólo un elemento más de la ponderación de intereses, junto a la confrontación entre la gravedad de las consecuencias que tendría el mantenimiento de la ejecutividad del acto si posteriormente se estimara el recurso, y la gravedad que tendría la suspensión en el caso de que posteriormente se lo desestimara (67). De hecho, la ponderación de intereses en sentido estricto determina que los Tribunales suspendan siempre actos cuya ejecutividad inmediata produce ineludiblemente efectos irreversibles e irreparables, independientemente de las expectativas de éxito del recurso. Tal es lo que ocurre, por ejemplo, con la orden de demolición de un edificio o la de expulsión de un extranjero (68).

La solución del problema de fondo referente a la vaguedad del criterio de la ponderación de intereses y del carácter aparentemente discrecional de la decisión judicial, sin embargo, sigue abierta, cuando el examen sumario de la legalidad del acto impugnado sólo conduce a un

(64) Cfr. REDEKER/VON OERTZEN, *op. cit.* (n. 16), § 80, n. marg. 49; KOPP, *op. cit.* (n. 8), § 80, n. marg. 69 y s.; BOSCH/SCHMIDT, *op. cit.* (n. 21), págs. 257 y ss.; WÜRTEMBERGER, *op. cit.* (n. 31), págs. 221 y s.

(65) Cfr. BVerfGE 79, 275 (281).

(66) Cfr., por ejemplo, BOSCH/SCHMIDT, *op. cit.* (n. 21), págs. 257 y ss.

(67) Cfr., por ejemplo, WÜRTEMBERGER, *op. cit.* (n. 31), pág. 222.

(68) Cfr. BOSCH/SCHMIDT, *op. cit.* (n. 21), pág. 258; BVerfGE 35, 382 (385).

juicio aproximado, lo cual es lo más frecuente. En estos casos se trata de determinar si cuando tal juicio revela que el éxito del recurso, aunque probable, no es manifiesto, el Tribunal podría denegar la suspensión del acto, como no tiene inconvenientes en sostener la opinión dominante. Por ello, una corriente crítica en la doctrina propugna, de un lado, reducir el criterio de la ponderación de intereses íntegramente a la técnica del *fumus boni iuris* (*materiell-akzessorische Vorausbeurteilung*) y, de otro, negar el carácter discrecional de la decisión judicial. Por lo tanto, en los casos en los que el desenlace del proceso principal está abierto el Tribunal sólo podría mantener la ejecutividad del acto si así lo exige, por excepción, su carácter eminentemente urgente (69). La rigidez de un modelo que prescinde, aun como criterio subsidiario, de la ponderación de intereses, se compensa, por lo general, con una formulación negativa del *fumus boni iuris*, según la cual, por regla, basta para otorgar protección cautelar con que el recurso no aparezca desprovisto de fundamento (70).

2. Pronunciamientos posibles. Forma, contenido y efectos jurídicos.

Sobre el contenido de los pronunciamientos posibles en el procedimiento de tutela judicial cautelar del § 80.5 VwGO ya se ha hablado, por lo que basta aquí con su enumeración:

a) la suspensión jurisdiccional del acto impugnado o, lo que es lo mismo, el restablecimiento del efecto suspensivo del recurso (§ 80.5.1 VwGO); la terminología varía sólo según que la exclusión de dicho efecto esté prevista directamente en la VwGO o que haya sido ordenada por la Administración;

b) la anulación de la ejecución cuando el acto, inmediatamente ejecutivo en su origen, ya fue ejecutado con anterioridad a su suspensión en vía judicial cautelar; este pronunciamiento, a su vez, puede ir acompañado de la condena de restablecer el *status quo ante*; y

c) el pronunciamiento meramente declarativo del efecto suspensivo del recurso, cuando la Administración ejecuta fácticamente el acto suspendido con carácter automático por la interposición del recurso, o cuando el acto, inmediatamente ejecutivo en su origen, había sido suspendido posteriormente en vía judicial cautelar.

(69) Cfr. esencialmente SCHOCH, *op. cit.* (n. 8), VerwArch 82 (1991), págs. 167 y ss.

(70) El desarrollo doctrinal del criterio de la ponderación de intereses en Alemania tiene interés para el entendimiento en España del artículo 122.2 de la Ley reguladora de la Jurisdicción contencioso-administrativa. Bien es cierto que éste no menciona expresamente la ponderación de intereses como criterio de procedencia de la suspensión del acto impugnado, sino la ocasión de «daños o perjuicios de reparación imposible o difícil». Sin embargo, se lee en la Exposición de Motivos (V.7) de la Ley que al juzgar sobre la procedencia de la suspensión «se debe ponderar, ante todo, la medida en que el interés público exija la ejecución, para otorgar la suspensión, con mayor o menor amplitud, según el grado en que el interés público esté en juego».

En todos los casos la decisión puede tener un alcance total o meramente parcial, es decir, limitado a una parte del acto impugnado. Asimismo, el Tribunal puede vincular estos pronunciamientos al cumplimiento de determinadas medidas de seguridad (*Auflagen*) o a la prestación de una caución (*Sicherheitsleistung*), según lo establecido en el § 80.5.4 VwGO. Ello tiene importancia, básicamente, en los casos en los que el Tribunal decide suspender el acto sobre la base de una mera ponderación de intereses, porque el carácter sumario del procedimiento cautelar no le permitió realizar un juicio aproximado acerca de las expectativas de estimación del recurso en el proceso principal. De este modo, se logra un cierto equilibrio con el interés público en la ejecutividad del acto impugnado, pues mediante tales medidas o la prestación de una caución se le otorga suficiente protección.

En vía cautelar la decisión judicial tiene lugar mediante Auto (*Beschluß*), lo que permite que la celebración del juicio oral sea facultativa (§ 80.5.1 y § 101.3 VwGO).

El Auto que suspende el acto impugnado tiene, básicamente, dos efectos: primero, retrotrae la suspensión al momento en el que el acto fue dictado (71) y, segundo, prohíbe que la Administración declare nuevamente la ejecutividad inmediata del acto (72). Se discute, por el contrario, la cuestión de si la decisión judicial impide que la Administración dicte un nuevo acto de contenido idéntico con carácter ejecutivo inmediato. La opinión dominante sostiene que este supuesto se debe tratar de forma análoga al anterior, pues no existiría materialmente diferencia alguna entre excluir nuevamente el efecto suspensivo sobre el acto ya dictado o dictar un nuevo acto inmediatamente ejecutivo de contenido idéntico (73).

3. Tribunal competente para suspender el acto en vía cautelar.

Como ya se ha apuntado, es competente en vía cautelar el Tribunal competente en el proceso principal. Cuando éste todavía no se haya iniciado y sólo se demande el restablecimiento del efecto suspensivo del recurso administrativo previo, la decisión corresponderá al Tribunal de primera instancia que tuviera la competencia para iniciarlo (§ 80.5.1 VwGO). Una vez iniciado el proceso principal la determinación del Tribunal competente depende de la fase procesal en la que se formaliza la demanda de suspensión. Si se solicita tutela judicial cautelar, aunque es improbable, en fase de apelación o de casación, serán competentes para conocer de dicha solicitud, respectivamente, el Tribunal Superior Admi-

(71) Cfr., por ejemplo, REDEKER/VON OERTZEN, *op. cit.* (n. 16), § 80, n. marg. 59.

(72) Cfr. KÖPPL, *Erneute Vollzugsanordnung nach Wiederherstellung der aufschiebenden Wirkung durch das Gericht*, DÖV 1979, págs. 249 y ss.

(73) Cfr. FINKELNBURG/JANK, *op. cit.* (n. 4), págs. 266 y s.; REDEKER/VON OERTZEN, *op. cit.* (n. 16), § 80, n. marg. 65; recientemente, OVG Bremen NVwZ 1991, págs. 1194 y s.; en sentido contrario, también recientemente, VGH Mannheim NVwZ 1991, págs. 1000 y s.

nistrativo (OVG/VGH) o el Tribunal Administrativo Federal (BVerwG), el cual, al adoptar una decisión discrecional originaria, podrá excepcionalmente investigar los hechos.

Para casos de especial urgencia el § 80.8 VwGO establece la competencia uninominal del presidente de sala o sección del Tribunal competente. Su decisión es recurrible ante el pleno de la sala o sección, la cual decide nuevamente como si de un caso normal se tratara (§ 80.8.2 VwGO).

4. *Recurso procedente en caso de desestimación de la solicitud de tutela judicial cautelar.*

Contra el Auto por el que se desestima la suspensión jurisdiccional del acto impugnado en vía cautelar procede el recurso de queja (*Beschwerde*, § 146 VwGO) ante el Tribunal Superior Administrativo (OVG/VGH), salvo cuando en primera instancia fuera competente él mismo o el Tribunal Administrativo Federal (BVerwG).

El recurso de queja carece, a su vez, de efecto suspensivo, por lo que el acto sigue siendo inmediatamente ejecutivo (74). Sin embargo, la suspensión puede ser dispuesta por el Tribunal *a-quo* (§ 149.1.2 VwGO) o por el *ad-quem* tras la formalización del recurso de queja (§ 173 VwGO en conexión con el § 572.3 de la LEC=ZPO).

Al igual que el Tribunal competente en vía cautelar, también el Tribunal que conoce del recurso de queja adopta una decisión discrecional originaria sobre el mantenimiento de la exclusión o el restablecimiento del efecto suspensivo del recurso administrativo o contencioso (75).

Contra la desestimación del recurso de queja no cabe otro recurso (§§ 150 y 152.1 VwGO).

5. *Modificación de Autos de suspensión del acto (§ 80.7 VwGO).*

El Tribunal competente en el proceso principal posee, de acuerdo con el § 80.7 VwGO, la potestad de modificar «en todo momento», de oficio o a instancia de parte, un Auto de suspensión. Ello puede ocurrir, por ejemplo, cuando *a posteriori* se compruebe que la previsión originaria de las expectativas de estimación del recurso en el proceso principal o la ponderación de intereses realizada eran incorrectas. Por regla general, se tratará de modificar un Auto del mismo Tribunal, pero también puede ocurrir que éste modifique una decisión adoptada por el Tribunal superior con motivo de un recurso de queja. Ello es posible a pesar de la inferioridad jerárquica, ya que no se trata de una decisión revisora en vía

(74) Cfr. BOSCH/SCHMIDT, *op. cit.* (n. 21), pág. 264.

(75) Cfr., por ejemplo, REDEKER/VON OERTZEN, *op. cit.* (n. 16), § 80, n. marg. 62.

de recurso. Si el Tribunal de primera instancia modifica, por ejemplo, actuando como Tribunal competente en el proceso principal, la resolución del recurso de queja por el que el Tribunal Superior Administrativo (OVG/VGH) suspendía el acto impugnado, el afectado podrá atacar el Auto modificador nuevamente con el recurso de queja.

Una modificación a instancia de parte presupone la alegación de «nuevas circunstancias» o de «circunstancias que sin negligencia de la parte interesada no se hubieren alegado en el procedimiento cautelar originario» (§ 80.7.2 VwGO). En ello se diferencia de una modificación de oficio, que puede tener su origen en un cambio de criterio jurídico no vinculado al conocimiento de nuevos datos.

V. *La regulación específica de la suspensión de actos administrativos de doble efecto (§ 80a VwGO)*

La regulación autónoma del sistema de tutela cautelar en relación a los actos administrativos de doble efecto constituye, junto a algunas pocas modificaciones menores de carácter aclarativo en parte ya mencionadas, el auténtico nervio de la reforma introducida en 1991 (76). Ella vino a poner fin a la, sin duda, hasta ese momento principal controversia doctrinal del sistema de tutela cautelar en el contencioso-administrativo alemán (77). Se trata de la también llamada relación jurídico-administrativa tripolar (*dreipoliges Verwaltungsrechtsverhältnis*), en la que un mismo acto administrativo tiene para un sujeto efectos favorables y para otro efectos gravosos (78). Tres son los problemas estructurales básicos que plantean los actos administrativos de doble efecto al sistema de protección cautelar: primero, el problema de si el efecto suspensivo de la impugnación del acto o cargo del sujeto perjudicado abarca automáticamente o no su disfrute provisional por parte del tercero favorecido, ya que en caso contrario sólo se obtendría protección cautelar por vía de la orden provisional, que no es automática (79); segundo, el problema del privilegio excesivo del sujeto perjudicado mediante el efecto global de la suspensión automática del acto impugnado, frente al interés, también legítimo, del sujeto favorecido en una pronta realización del beneficio obtenido; y tercero, el problema de la vía para

(76) Cfr. al respecto STELKENS, *Das Gesetz zur Neuregelung des verwaltungsgerichtlichen Verfahrens*, NVwZ 1991, pág. 218; KOPP, *Anderungen der Verwaltungsgerichtsordnung zum 1.1.1991*, NJW 1991, págs. 526 y s.; PAGENKOPF, *Die VwGO-Novelle*, DVBl. 1991, págs. 291 y s.; SCHOCH, *op. cit.* (n. 24), NVwZ 1991, págs. 1121 y ss.; HÖRTNAGL/STRATZ, *op. cit.* (n. 58), VBfBW 1991, págs. 326 y ss.

(77) Véase el exhaustivo estudio de esta controversia en SCHOCH, *Vorläufiger Rechtsschutz...* (n. 8), págs. 372 y 1108.

(78) El ejemplo clásico lo constituyen las licencias de edificación en el Derecho urbanístico.

(79) Esto está relacionado con la controversia ya abordada acerca de si el efecto suspensivo de la impugnación del acto se refiere a su eficacia o, por el contrario, sólo a su ejecutividad (véase *supra* B.I.2.a).

otorgar protección cautelar a la persona perjudicada cuando el sujeto favorecido, generalmente el beneficiario de una licencia, autorización o concesión, hacía uso de la misma a pesar de la impugnación con efecto suspensivo automático.

Al convertir en ley la antigua jurisprudencia y doctrina mayoritarias, la reforma ha zanjado, por un lado, la discusión relativa a si el efecto suspensivo abarca el aprovechamiento provisional del beneficio obtenido por el sujeto favorecido (§ 80.1.2 VwGO), y, por otro, introducido soluciones para los dos problemas restantes, derivados de la solución dada al primero (§ 80a VwGO).

1. *Efecto suspensivo global de la impugnación de actos administrativos de doble efecto (§ 80.1.2 VwGO).*

Como ya se indicó, el § 80.1.2 VwGO establece expresamente en su nueva redacción que el efecto suspensivo de la impugnación de actos administrativos de gravamen también tiene lugar en el caso de la impugnación de actos de doble efecto por parte de la persona perjudicada. En cuanto al sistema de tutela cautelar, el § 80.1.2 VwGO remite a la regulación específica del nuevo § 80a VwGO, cuya estructura se orienta según la del § 80.2 a 5 VwGO.

Al mismo tiempo, el § 123.5 VwGO establece en su nueva redacción que en estos casos no se puede recurrir a la orden provisional. Por consiguiente, el legislador ha optado claramente por otorgar protección cautelar en la relación jurídico-administrativa tripolar por la vía de la suspensión del acto.

Más adelante se hará referencia a la excepción, constituida por los llamados litigios de solicitantes en competencia.

2. *La estructura básica de la tutela cautelar en relación a actos administrativos de doble efecto (§ 80a VwGO).*

Impugnado el acto con efecto suspensivo automático por el sujeto perjudicado, se pueden dar dos situaciones merecedoras de protección cautelar: por un lado, el interés del perjudicado en impedir que la persona favorecida continúe haciendo uso del beneficio obtenido, y, por otro, el interés del beneficiado en que se excluya el efecto suspensivo mediante la declaración de la ejecutividad inmediata del acto. En el primer caso, el sujeto perjudicado, es decir, el recurrente, puede, de acuerdo con el § 80a.1.2 VwGO, solicitar de la autoridad de la cual emanó el acto que se dispongan medidas provisionales para asegurar la suspensión real del mismo (*einstweilige Maßnahmen zur Sicherung der Rechte des Dritten*). Si la autoridad lo omite, el recurrente puede, conforme al § 80a.3 VwGO, solicitar judicialmente que disponga el Tribunal tales medidas cautelares positivas. Para ello dicho precepto remite al §

80.5 VwGO, que, como se vio, regula la protección judicial cautelar frente a actos de gravamen.

En cualquier caso, el sujeto favorecido puede, según el § 80a.1.1 VwGO, solicitar de la autoridad que le otorgó el acto que declare su ejecutividad inmediata en aplicación del § 80.2.4 VwGO, el cual, como ya se dijo, lo autoriza cuando el interés del beneficiario sea preponderante. Si la autoridad desestima tal solicitud, éste puede renovarla en vía judicial cautelar, nuevamente en aplicación del § 80a.3 VwGO en conexión con el § 80.5 VwGO.

En caso de que la autoridad hubiera excluido, a instancia del sujeto favorecido, el efecto suspensivo de la impugnación, quien requiere protección cautelar es la persona perjudicada, es decir, el recurrente. En tal supuesto, la protección se obtiene solicitando en vía judicial cautelar el restablecimiento del efecto suspensivo de su recurso (§ 80a.3 en conexión con el § 80.5 VwGO). Ello plantea la cuestión de si previamente es necesario solicitar la suspensión del acto en vía administrativa, al establecer el § 80a.3 VwGO —mediante la remisión genérica al § 80.5 a 8 VwGO— la aplicación analógica del § 80.6, que regula este punto en relación al procedimiento general de tutela cautelar frente a actos inmediatamente ejecutivos. Esta pregunta se debe responder en sentido contrario, pues de acuerdo con un principio general, ya explicado, no es exigible solicitar previamente protección cautelar en vía administrativa cuando ha sido la propia Administración quien excluyó el efecto suspensivo (80).

Si, restablecido judicialmente el efecto suspensivo, el sujeto favorecido continúa haciendo uso del beneficio obtenido, rige lo dicho al comienzo respecto de la inobservancia del efecto suspensivo automático.

3. *En particular, los llamados litigios de solicitantes en competencia.*

Como ya se apuntó, la subsidiariedad de la orden provisional, también respecto de la protección cautelar frente a actos de doble efecto, no implica siempre la exclusividad del régimen procesal de la suspensión del acto, regulado en los §§ 80 y 80a VwGO. Por el contrario, se discute la excepcional concurrencia —simultánea (81)— de ambas medidas cautelares en los llamados litigios de solicitantes en competencia (*Prätendenten-* o *Konkurrentenstreit*), en los que el solicitante de una única o de una última autorización, licencia o concesión, que no le ha sido otorgada, pretende que se le acuerde la autorización, etc., en vía cautelar, con suspensión de la ejecutividad inmediata de la otorgada a otro. Aquí la concurrencia de las dos medidas cautelares depende, conforme al esquema de correlación, de que también concurren en el proceso principal las pretensiones de anulación y obligacional. Esta cuestión

(80) Cfr. SCHOCH, *op. cit.* (n. 24), NVwZ 1991, págs. 1125 y s.

(81) Respecto de los supuestos de concurrencia sucesiva, véase *supra* B.I.1.

es discutida. La opinión dominante en la jurisprudencia (82) y la doctrina (83) estima necesaria la combinación de ambas pretensiones, dado que una pretensión obligacional aislada chocaría en el caso de su estimación con la firmeza que en el interín adquirió el acto otorgado a su beneficiario, razón por la cual se debería impugnar, en todo caso, también dicho acto para mantener disponible el «bien escaso» que se requiere. De otro lado, una opinión discrepante (84) considera suficiente las posibilidades (limitadas) de una revisión de oficio de actos firmes favorables (85) en el supuesto de estimación *a posteriori* de la pretensión obligacional.

De seguir a la opinión mayoritaria, sin embargo, el solicitante rechazado que pretende el otorgamiento provisional de la autorización, licencia o concesión adjudicada con ejecutividad inmediata a un tercero, debe solicitar en vía cautelar el restablecimiento del efecto suspensivo de su recurso de anulación contra el otorgamiento del acto a aquél y al mismo tiempo una orden provisional, por la cual la autorización, etc., se le conceda a él provisionalmente.

4. Criterios materiales de decisión.

Como se vio, el legislador ha optado por equilibrar los intereses contrapuestos en la relación jurídico-administrativa tripolar manteniendo, en principio, el efecto suspensivo del recurso del sujeto perjudicado, pero dando a la persona favorecida, al mismo tiempo, la posibilidad de obtener, en su caso, protección cautelar mediante la declaración de la ejecutividad inmediata del acto.

Sin embargo, permanece también aquí el problema de fondo de la vaguedad del criterio material de decisión de la ponderación de intereses, derivado de la remisión al § 80.2.4 VwGO. Las dificultades, como es claro, se agudizan en las relaciones tripolares (Administración-administrado-administrado), en las que la paridad de los intereses contrapuestos obliga a estructurar tal ponderación en base al examen sumario de las expectativas de estimación del recurso en el proceso principal. Por lo tanto, cuando en casos de un *non liquet*, es decir, de imposible previsión sumaria, siquiera aproximada, de la legalidad o ilegalidad del acto im-

(82) La jurisprudencia más reciente en este punto se refiere a los litigios de solicitantes en competencia de autorizaciones de emisoras de radio y televisión o de frecuencias. Véanse, por ejemplo, las sentencias OVG Berlin DVBl. 1991, págs. 1265 y s.; OVG Koblenz NVwZ 1990, págs. 1087 y s., y DVBl. 1991, pág. 332.

(83) Cfr. FINKELNBURG/JANK, *op. cit.* (n. 4), pág. 14; REDEKER/VON OERTZEN, *op. cit.* (n. 16), § 80a, n. marg. 14; KOPP, *op. cit.* (n. 8), § 80, n. marg. 24; WÜRTEMBERGER, *op. cit.* (n. 31), pág. 131.

(84) Cfr. HUBER, *Konkurrenzschutz im Verwaltungsrecht - Schutzanspruch und Rechtsschutz bei Lenkungs- und Verteilungsentscheidungen der öffentlichen Verwaltung*, 1991, págs. 473, 477; JADE, *Anmerkung zu BayVGH BayVBl. 1990, 179, BayVBl. 1990*, págs. 183 y s.

(85) § 48.2 a 4 de las Leyes de Procedimiento Administrativo (*Verwaltungsverfahrensgesetz*, VwVfG) de la Federación y de los *Länder*.

pugnado, la ponderación tenga que prescindir del *fumus boni iuris*, chocará con la práctica carencia de otros elementos de valoración que permitan decantar la decisión, bien a favor de los intereses del favorecido o del perjudicado (86).

En la práctica, la imposibilidad de realizar un juicio provisional, siquiera aproximado, acerca de la legalidad del acto es lo más frecuente, sobre todo, cuando se trata de la impugnación de autorizaciones de grandes instalaciones industriales por parte de las personas afectadas. El interés natural de éstas es, obviamente, paralizar provisionalmente la construcción y la entrada en funcionamiento de la instalación, lo cual logran con el efecto suspensivo automático. De otro lado, la suspensión de la autorización implica un riesgo de rentabilización considerable para la inversión del beneficiario, que, consecuentemente, solicitará en vía cautelar la declaración de la ejecutividad inmediata de la autorización. Cuando el carácter sumario del procedimiento cautelar no permite realizar un juicio provisional, siquiera aproximado, sobre las expectativas de estimación del recurso, la jurisprudencia reciente ha orientado su decisión en base a dos criterios accesorios (*Hilfskriterien*): primero, la concurrencia de un interés también público en una pronta realización del beneficio obtenido por el sujeto favorecido, lo que puede ocurrir, precisamente, cuando se trata de la autorización de una instalación industrial, por ejemplo, en una zona económicamente deprimida; y segundo, la posibilidad de limitar el alcance del efecto suspensivo, por ejemplo, declarando la ejecutividad inmediata de la licencia de edificación, pero manteniendo la suspensión respecto de la autorización de funcionamiento (87).

Fuera de ello, se discute un tercer criterio accesorio que diferencia entre dos tipos fundamentales de actos de doble efecto. Este criterio tiene su punto de apoyo en el § 80a, que distingue en el primer y segundo párrafo, aunque evitando un trato diferenciado, entre, primero, actos que favorecen a su destinatario y perjudican a un tercero (por ejemplo: la licencia de edificación respecto del propietario del predio y de su vecino), y, segundo, actos de gravamen para su destinatario que, al mismo tiempo, favorecen a un tercero (por ejemplo: la declaración de ruina respecto del propietario del inmueble y del vecino nuevamente). De acuerdo con esta concepción, se considera que, cuando el acto favorece a su destinatario y perjudica a un tercero, prevalecería, en principio, el interés del primero en la ejecutividad inmediata del acto, mientras que, cuando el acto es gravoso para su destinatario y favorable a un tercero, prevalecería, en principio también, el interés del destinatario en la suspensión del acto (88).

(86) Cfr. REDFKER/VON OERTZEN, *op. cit.* (n. 16), § 80a, n. marg. 9 y ss.; REDEKER, *op. cit.* (n. 59), NVwZ 1991, pág. 530; SCHOCH, *op. cit.* (n. 24), NVwZ 1991, pág. 1124.

(87) Cfr. el exhaustivo análisis jurisprudencial en REDEKER/VON OERTZEN, *op. cit.* (n. 16), § 80a, n. marg. 11.

(88) Cfr. REDEKER, *op. cit.* (n. 59), NVwZ 1991, pág. 530.

C. LA REGULACIÓN DE LA ORDEN PROVISIONAL COMO MEDIDA CAUTELAR POSITIVA EN EL § 123 VwGO

I. Correlación de pretensiones procesales principales y clases de órdenes provisionales. En particular, disfunciones del sistema dual vigente de tutela cautelar

1. *Correlación de pretensiones y clases de órdenes provisionales.*

Ya se hizo referencia al comienzo al carácter de la orden provisional como medida cautelar subsidiaria para todos aquellos supuestos en los que no procede en el proceso principal la pretensión de anulación, es decir, en los que el objeto del litigio no es un acto administrativo de gravamen (o de doble efecto). Este esquema de correlación se debe precisar, sin embargo, al haber, por un lado, una amplia pluralidad de posibles pretensiones de condena, a las que, en primer término, se refiere la tutela judicial positiva, y, por otro, dos clases de órdenes provisionales: la orden provisional de aseguramiento de un derecho (*Sicherungsanordnung*, § 123.1.1 VwGO) y la orden provisional de regulación (*Regelungsanordnung*, § 123.1.2 VwGO).

Hasta hoy la delimitación entre ambas clases de órdenes provisionales y la clasificación de las pretensiones principales correlativas constituyen una de las controversias clásicas de la dogmática del § 123 VwGO, aunque de naturaleza puramente teórica, pues las dos clases de órdenes provisionales se rigen básicamente por los mismos criterios materiales de decisión, como más tarde se verá. Es por ello que en la jurisprudencia reciente se renuncia directamente a delimitarlas, interpretándose esta medida cautelar, precisamente, en el sentido de una única cláusula general subsidiaria del sistema de tutela cautelar (89).

Siendo ello, sin duda, correcto, en la doctrina se procura, de todos modos, buscar una cierta sistematización. La más convincente, y probablemente dominante, distingue entre pretensiones cuyo objeto es la conservación del *status quo* jurídico y aquellas otras cuyo objeto es la ampliación de los derechos y de la esfera de actuación del recurrente. De acuerdo con esta concepción, se obtendría, en su caso, protección cautelar en el primer supuesto por medio de una orden provisional de aseguramiento de un derecho y en el segundo por medio de una orden provisional de regulación (90).

De allí se deriva, básicamente, el siguiente esquema de correlación de pretensiones y clases de órdenes provisionales (91): se corresponde en

(89) Cfr. REDEKER/VON OERTZEN, *op. cit.* (n. 16), § 123, n. marg. 5; KOPP, *op. cit.* (n. 8), § 123, n. marg. 6; EYERMANN/FRÖHLER, *op. cit.* (n. 23), § 123, n. marg. 6.

(90) Cfr. SCHOCH, *Vorläufiger Rechtsschutz...*, *op. cit.* (n. 8), págs. 1469 y ss.

(91) Cfr. también BENDER, *op. cit.* (n. 13), VBlBW 1986, págs. 322 y s.

vía cautelar la orden provisional de aseguramiento de un derecho con las modalidades negatoria y negatoria preventiva de la pretensión prestacional general (*Unterlassungsklage* y *vorbeugende Unterlassungsklage*) (92), cuyos objetos son, respectivamente:

- a) la condena de la Administración a omitir una actuación material de limitación, y
- b) la condena a omitir la emanación de un acto administrativo de gravamen (93).

Por otra parte, la orden provisional de regulación se corresponde en vía cautelar con la pretensión obligacional y con la modalidad positiva de la pretensión prestacional general (94), cuyos objetos son, respectivamente:

- a) la condena de la Administración a dictar un acto administrativo favorable, y
- b) la condena de la misma a realizar una actuación material favorable, incluido el restablecimiento del *status-quo-ante* alterado previamente por una actuación ilegal de la Administración, limitadora de derechos del particular (*Folgenbeseitigungsklage*).

2. *Disfunciones del sistema dual vigente de tutela cautelar.*

Lo anterior pone de manifiesto que —en contra de un frecuente malentendido— en el contencioso-administrativo alemán, tanto en lo referente a las diversas pretensiones como a las medidas cautelares que les corresponden, no cabe pensar en una nítida accesoria del proceso contencioso según la delimitación corriente en el Derecho administrativo sustantivo entre la actividad administrativa de limitación (*Eingriffsverwaltung*) y la actividad administrativa de prestación (*Leistungsverwaltung*). En efecto, ni las pretensiones prestacionales o de condena ni la orden provisional se limitan a operar como formas de protección jurisdiccional en el ámbito de la actividad administrativa de prestación, como lo demuestra el hecho de que la pretensión negatoria frente a una actuación material de limitación y la pretensión de restablecimiento del *status-quo-ante* alterado por una actuación previa ilegal sean modalidades de la pretensión prestacional general. *De lege lata*, al menos, la concepción correcta es, pues, aquella que comprende a la

(92) Cfr. REDEKER/VON OERTZEN, *op. cit.* (n. 16), § 123, n. marg. 9.

(93) Debe advertirse que, siendo ello válido para toda tutela judicial preventiva, sólo excepcionalmente procede la pretensión negatoria preventiva frente a actos de gravamen, al satisfacerse en tales casos la necesidad de protección jurisdiccional (*Rechtsschutzbedürfnis*), por regla, mediante el efecto suspensivo automático de la impugnación del acto dictado o, cuando el acto fuere inmediatamente ejecutivo, mediante la posibilidad de obtener protección judicial cautelar al amparo del § 80 VwGO.

(94) Cfr. REDEKER/VON OERTZEN, *op. cit.* (n. 16), § 123, n. marg. 7.

pretensión prestacional y, correlativamente, a la orden provisional como pretensión y medida cautelar subsidiarias.

El malentendido, sin embargo, tiene su origen en el argumento comúnmente esgrimido para explicar la diferencia cualitativa existente entre las dos vías de protección cautelar y que consiste en que una de ellas, la suspensión del acto administrativo de gravamen, se obtiene, al menos por regla, de forma automática y la otra no. La explicación de esta situación sería, desde tal punto de vista, que, en la medida en la cual la suspensión del acto de gravamen, a diferencia de lo que ocurriría aparentemente en todos los casos en los que procede la orden provisional, persigue la conservación cautelar del *status quo* jurídico y no la ampliación provisional de los derechos y de la esfera de actuación del solicitante, se debería lograr aquélla con mayor facilidad que la medida cautelar positiva. Esta argumentación, sin embargo, es a todas luces incorrecta, pues desconoce lo anteriormente explicado, a saber, que la orden provisional, al menos *de lege lata*, no sólo opera como forma de protección cautelar en el ámbito de la actividad administrativa de prestación, sino también en el de la actividad de limitación, cuando ésta se produce por medio distinto al del acto administrativo de gravamen.

Y es precisamente éste uno de los principales puntos de apoyo de las críticas a la estructura dual vigente del sistema de tutela cautelar en el contencioso-administrativo alemán (95). En efecto, no se comprende que la conservación cautelar del *status quo* jurídico en relación a una limitación producida por acto administrativo sea automática y que en relación a una limitación material no lo sea. En realidad, sólo cabría un modelo de protección cautelar unitario, ya sea de carácter automático o no. La disfuncionalidad de un sistema de tutela cautelar cuya estructura dual no sea accesoria de la delimitación jurídico-material entre actividad administrativa de limitación y actividad de prestación, se presenta en Alemania en un claro (y clásico) ejemplo (96): la remoción de un funcionario del cargo que ocupa. Según el alcance de dicha remoción, es decir, según se produzca dentro del órgano administrativo al que pertenecía o se lo traslade fuera de él, se considera afectado al funcionario bien en su *status* jurídico funcional o, por el contrario, sólo en su situación laboral funcional dentro del órgano al que está adscrito (97). En el primer caso, la remoción tendría la calidad de acto administrativo (de gravamen). En el segundo supuesto, sin embargo, no la tendría, dado que no se afectaría la esfera jurídica del funcionario, careciendo la remoción, pues, de un efecto jurídico inmediato sobre la esfera de derechos del administrado (*unmittelbare Rechtswirkung nach außen*). Dicho efecto, como es sabido, se exige en Alemania en la definición legal del acto administrativo del § 35 de la Ley de Procedimiento Administrativo (VwVfG). La procedencia de la pretensión de anulación y, por tanto, del

(95) Cfr. por todos SCHOCH, *op. cit.* (n. 8), *VerwArch* 82 (1991), págs. 160 y s.

(96) También alude críticamente a estos casos REDEKER/VON OERTZEN, *op. cit.* (n. 16), § 123, n. marg. 2.

(97) Cfr. BVerwGE 60, 144 (146 y ss.).

efecto suspensivo automático o, por el contrario, de la pretensión negatoria, cuya protección cautelar sólo se dispensa por medio de la orden provisional, no automática, depende, pues, de una sutil diferenciación.

No puede sorprender, consecuentemente, que a partir de principios de la década de los ochenta se propugne en la doctrina la superación del sistema dual vigente de tutela cautelar mediante la unificación de las dos medidas cautelares (98). Sin embargo, a la vista de la modesta reforma del año pasado, y como ocurre en relación a otros problemas estructurales de este sistema (por ejemplo, el de los criterios materiales de decisión), el legislador alemán ha renunciado a una revisión profunda. Por lo que se refiere, al menos, a la estructura dual, dicha reticencia a llevar a cabo grandes proyectos de reforma pareciera obedecer a una decisión político-legislativa de largo alcance, pues ya en 1988 una comisión gubernamental para el estudio de una reforma del proceso contencioso-administrativo se pronunció en contra de la unificación de las dos vías de protección cautelar (99).

II. *Criterios materiales de decisión*

Al menos externamente, las diferencias específicas que presenta la regulación de una y otra medida cautelar no acaban allí. Según se ha dicho, mayoritariamente se considera la suspensión en vía judicial cautelar de un acto de gravamen inmediatamente ejecutivo como una decisión discrecional originaria del Tribunal, orientada por el criterio de la ponderación de intereses. Por el contrario, en la vía cautelar del § 123 VwGO se considera que el Tribunal adopta una decisión en Derecho sobre dos requisitos materiales (elementos reglados) de la orden provisional (100):

- a) la existencia de una pretensión material jurídico-subjetiva, es decir, de un derecho público subjetivo que sustente la pretensión procesal de condena o prestacional en el proceso principal (*Anordnungsanspruch*), y
- b) la necesidad de protección cautelar (*Anordnungsgrund*), que, como se verá más adelante, viene definida de manera diversa, según se trate de una orden provisional de aseguramiento de un derecho o de una de regulación.

Respecto del primero de los requisitos materiales, la pretensión material jurídico-subjetiva, el Tribunal se limita, en base a la técnica del *fumus boni iuris*, a un examen sumario de las expectativas de estima-

(98) Véanse en este sentido las recomendaciones del 54 Congreso de Juristas Alemanes (*Deutscher Juristentag*), celebrado en 1982 (cfr. *Verhandlungen des 54. DJT*, 1982, Bd. II, Sitzungsprotokolle L 223).

(99) Cfr. *Bericht der Bund/Länder-Arbeitsgruppe Verwaltungsgerichtsbarkeit* (Hrsg. *BMJ*), 1988, págs. 67 y ss.

(100) Cfr. por todos WÜRTEMBERGER, *op. cit.* (n. 31), pág. 227.

ción de la pretensión procesal principal (*materiell-akzessorische Vorausbeurteilung der Erfolgsaussichten der Hauptsache*) y, por tanto, a verificar la apariencia de buen derecho (101). De conducir dicho examen sumario a un *non liquet*, es decir, a una situación de imposible previsión sumaria, siquiera aproximada, de la existencia o no de un derecho público subjetivo del solicitante, recurren también aquí la jurisprudencia y la doctrina dominantes subsidiariamente al criterio de la ponderación de intereses en el sentido ya expuesto (102).

La aplicación subsidiaria del criterio de la ponderación de intereses explica por qué la diferente formulación de los criterios materiales de decisión en las dos vías de protección cautelar sólo conlleva, en lo esencial, una diferencia externa o aparente. Por el contrario, no parece esencial la diferencia que se derivaría de la circunstancia de que respecto de la suspensión del acto la ponderación de intereses es objeto de una decisión discrecional del Tribunal, mientras que en el § 123 es un concepto jurídico indeterminado que vincula una decisión en derecho.

Por lo demás, en el ámbito del primero de los requisitos materiales de la orden provisional la aplicación subsidiaria del criterio de la ponderación de intereses plantea un problema adicional: cómo delimitarlo del segundo de estos requisitos, la necesidad de protección cautelar. De acuerdo con el § 123, esta necesidad en la orden provisional de aseguramiento de un derecho se debe tener por acreditada, precisamente, cuando exista el peligro de que por un cambio de las circunstancias se pudiera frustrar el derecho o dificultar esencialmente su realización (*Vereitelung oder wesentliche Erschwerung der Rechtsverwirklichung*). En la orden provisional de regulación, por otra parte, se la debe tener por acreditada cuando sea necesaria para impedir perjuicios o daños esenciales (*wesentliche Nachteile*). De hecho, una opinión minoritaria en la doctrina niega la posibilidad de recurrir subsidiariamente al criterio de la ponderación de intereses en el marco del primero de los requisitos materiales, pues sería precisamente el segundo el que exigiría dicha ponderación (103). Ello es, en efecto, plausible, pero implica negar el otorgamiento de protección cautelar por medio de una orden provisional cuando el examen sumario conduce a un *non liquet*, es decir, a una situación en la que aún no es posible enjuiciar, siquiera provisionalmente, las expectativas de estimación del recurso en el proceso principal. Esta consecuencia, algo drástica, es la que la doctrina dominante trata de evitar.

(101) Cfr. WURTENBERGER, *op. cit.* (n. 31), págs. 227 y s.; KOPP, *op. cit.* (n. 8), § 123, n. marg. 31; REDEKER/VON OERTZEN, *op. cit.* (n. 16), § 123, n. marg. 17; BENDER, *op. cit.* (n. 13), VBIBW 1986, pág. 323.

(102) Cfr. BENDER, *op. cit.* (n. 14), VBIBW 1986, pág. 324; WURTENBERGER, *op. cit.* (n. 31), pág. 228; KOPP, *op. cit.* (n. 9), § 123, n. marg. 30.

(103) Cfr. REDEKER/VON OERTZEN, *op. cit.* (n. 16), § 123, n. marg. 17.

III. *Contenido y alcance de la orden provisional. En particular, sus límites*

1. *Discrecionalidad judicial en la determinación del contenido de la orden provisional.*

El § 123 VwGO no establece el contenido concreto de la orden provisional en cada caso en el que ella proceda. Por el contrario, la determinación de su contenido es discrecional del Tribunal, como se deduce de la remisión al § 938 de la ZPO (Ley de Enjuiciamiento Civil), que regula lo propio respecto de la tutela judicial cautelar en la vía civil. De este modo, queda clara, al menos externamente, la estructura asimétrica de las dos medidas cautelares. Respecto de la suspensión del acto de gravamen la decisión es discrecional del Tribunal, no así, sin embargo, el pronunciamiento posible. Lo contrario ocurre en relación a la orden provisional. Aquí el Tribunal adopta una decisión en derecho sobre la procedencia o no de una orden provisional, mientras que la determinación de su contenido concreto es discrecional del Tribunal. Sin embargo, cabe recordar una vez más que, a excepción de la regla del carácter automático del efecto suspensivo, la estructura de ambas medidas cautelares es, en realidad, bastante más simétrica de lo que parece a primera vista.

2. *Límites de la discrecionalidad judicial en la determinación del contenido de la orden provisional.*

a) *El límite último del pronunciamiento posible en el proceso principal.*

aa) *Regla general.*

El límite último de la discrecionalidad judicial en la determinación del contenido de la orden provisional viene prefigurado por el pronunciamiento judicial posible en el proceso principal. Ello quiere decir que en ningún caso se puede conceder por medio de una orden provisional algo que no pudiera ser objeto del pronunciamiento judicial en dicho proceso.

bb) *En particular, la procedencia de órdenes provisionales en el ámbito de potestades discrecionales de la Administración.*

El límite del pronunciamiento posible en el proceso principal cobra particular relevancia respecto de la cuestión de si proceden órdenes provisionales en relación a prestaciones administrativas discrecionales.

Ello se debe a que no cabe estimar en el proceso principal una pretensión prestacional, ya sea obligacional o prestacional general, cuando el otorgamiento de lo que se requiere, un acto administrativo favorable o cualquier otra prestación administrativa, es discrecional y dicha discrecionalidad no está en el caso concreto reducida a una potestad reglada, de tal modo que una denegación sería en todo caso ilegal (§ 113.5 VwGO).

Si el examen sumario de la pretensión material jurídico-subjetiva ya permite comprobar que la potestad discrecional está reducida en el caso concreto a una potestad reglada, de manera que el solicitante posee un derecho público subjetivo a que se le otorgue lo que requiere, entonces no existe, en principio, inconveniente en que se dicte una orden provisional (104). Cuestión aparte, y que trataremos más adelante, es la que se refiere a otro límite del contenido de la orden provisional, a saber, la prohibición de anticipar el resultado del proceso principal mediante el otorgamiento provisional de lo que se requiere en el proceso principal.

Por el contrario, se discuten los supuestos en los que el examen sumario de la pretensión material jurídico-subjetiva ya revela que la potestad discrecional no está reducida a una potestad reglada o, simplemente, no permite comprobar si se ha producido tal reducción. En el primero de estos supuestos es seguro que lo solicitado en el proceso principal no puede ser otorgado por medio de una orden provisional, pues a falta del correspondiente derecho público subjetivo ello tampoco sería posible en dicho proceso. Es poco claro, por otra parte, si cabe protección cautelar por medio de una orden provisional, al menos, del derecho público subjetivo a que no se deniegue la prestación requerida de manera viciada (*Anspruch auf ermessensfehlerfreie Entscheidung*) (105). Más discutida aún es la procedencia de una orden provisional por la que se otorga cautelarmente lo que se requiere en el proceso principal en el segundo de los supuestos controvertidos, es decir, cuando el examen sumario no permite todavía valorar si en el caso concreto la potestad discrecional está reducida o no a una potestad reglada. También aquí la opinión dominante pareciera inclinarse por admitir sólo la procedencia de una orden provisional por la que se protege cautelarmente el derecho público subjetivo a que no se deniegue la prestación requerida de manera viciada (106).

(104) Cfr. REDEKER/VON OERTZEN, *op. cit.* (n. 16), § 123, n. marg. 8; BENDER, *op. cit.* (n. 13), VBIBW 1986, pág. 322; SCHOCH, *op. cit.* (n. 8), VerwArch 82 (1991), pág. 173.

(105) Cfr. REDEKER/VON OERTZEN, *op. cit.* (n. 16), § 123, n. marg. 8.

(106) Cfr. EYERMANN/FRÖHLER, *op. cit.* (n. 23), § 123, n. marg. 14; VGH München BayVBl 1984, pág. 84; VGH Kassel DVBl 1988, pág. 408. Por el contrario, adoptan también aquí una postura más amplia, por ejemplo, KOPP, *op. cit.* (n. 8), § 123, n. marg. 12; BENDER, *op. cit.* (n. 13), VBIBW 1986, pág. 322; SCHOCH, *op. cit.* (n. 8), VerwArch 82 (1991), pág. 173.

b) *Prohibición de anticipar el resultado del proceso principal.
Excepciones de dicho principio.*

aa) *Regla general.*

El límite principal, ya aludido, de la discrecionalidad judicial en la determinación del contenido de una orden provisional se deriva del principio según el cual está prohibido anticipar el resultado del proceso principal por medio de una orden provisional (*Verbot der Vorwegnahme der Hauptsache*) (107). Ello impide, por regla, en los casos en los que procede la pretensión obligacional, que se otorgue cautelarmente por medio de una orden provisional el acto administrativo que se requiere en el proceso principal, puesto que generalmente la naturaleza de dicho acto no permite su otorgamiento provisional. Por ejemplo, no se puede concebir el otorgamiento provisional de una licencia de edificación, dado que conduciría siempre a que se construyera el edificio cuya licitud, precisamente, se discute en el proceso principal. Excepcionalmente, la naturaleza del acto requerido permite su otorgamiento provisional, por ejemplo, cuando se requiere un nombramiento como funcionario, que se puede efectuar de manera provisional (108). Lo mismo ocurre cuando cabe otorgar provisionalmente una autorización, licencia o concesión, por ejemplo, bajo condición resolutoria o reserva de revocación, si ello no conduce a que en el interín se consume irreversiblemente la actividad autorizada (109), como es el caso en la licencia de edificación.

bb) *Excepciones de la prohibición de anticipar el resultado del proceso principal.*

Las excepciones de dicho principio se vinculan a exigencias derivadas del derecho fundamental a la tutela judicial efectiva (art. 19.4 LFB). Particularmente, procede la anticipación del resultado del proceso principal por medio de una orden provisional cuando el objeto del litigio se resuelve por el transcurso del tiempo con anterioridad a la resolución del proceso principal, es decir, cuando dicha resolución llegue necesariamente tarde (110). Ello ocurre, por ejemplo, cuando durante una campaña electoral un partido político solicita que por medio de una orden provisional se le conceda en la radiotelevisión pública un espacio de publicidad electoral que previamente le fue denegado. Aquí la preten-

(107) Cfr. BOSCH/SCHMIDT, *op. cit.* (n. 21), págs. 270 y s.; FINKELNBURG/JANK, *op. cit.* (n. 4), págs. 231 y ss.; REDEKER/VON OERTZEN, *op. cit.* (n. 16), § 123, n. marg. 11 y ss.

(108) Cfr. OVG Lüneburg NJW 1973, pág. 73.

(109) Cfr. REDEKER/VON OERTZEN, *op. cit.* (n. 16), § 123, n. marg. 13.

(110) KÖPP, *op. cit.* (n. 8), § 123, n. marg. 13; BOSCH/SCHMIDT, *op. cit.* (n. 21), págs. 271 y s.; BENDER, *op. cit.* (n. 13), VBlBW 1986, pág. 325; SCHOCH, *op. cit.* (n. 8), VerwArch 82 (1991), pág. 173.

sión prestacional procedente en el proceso principal se resuelve por el mero transcurso del tiempo antes de que tal proceso se pueda llegar a celebrar. En realidad, en estos casos no cabe otra tutela judicial que la cautelar.

IV. Aspectos formales de la orden provisional

Por lo que se refiere a la forma de la decisión judicial, que también aquí se produce mediante Auto (§ 123.4 VwGO), así como a la regulación de la competencia (§ 123.2 VwGO) y al recurso procedente contra una decisión desestimativa, se puede remitir aquí a la regulación ya estudiada en relación a la suspensión del acto, pues es análoga.

Problemas plantea, sin embargo, la modificación de oficio o a instancia de parte de la decisión judicial, particularmente cuando *a posteriori* se comprueba que el juicio provisional o la ponderación de intereses realizados eran incompletos o, inclusive, incorrectos. El § 123 VwGO no contiene una regulación específica al respecto, equivalente a la del § 80.7 VwGO, a la que tampoco remite. De allí se deriva, en la opinión dominante, su inaplicabilidad, tanto directa como analógica, propugnándose, en cambio (a pesar de no estar previsto en la remisión específica del § 123.3 VwGO a la Ley de Enjuiciamiento Civil), la aplicación de su § 927.1, el cual, sin embargo, excluye una modificación de oficio de la decisión judicial (111).

Finalmente, se debe señalar que la orden provisional comparte el régimen de ejecución general de la sentencia contencioso-administrativa (§ 168.1.2 VwGO).

V. Indemnización por daños y perjuicios

Debe hacerse referencia, finalmente, a una última diferencia en la regulación de las dos medidas cautelares: la pretensión indemnizatoria que corresponde a la Administración contra el solicitante en el supuesto de que, *a posteriori*, ya sea mediante sentencia firme en el proceso principal o en vía de recurso de queja, se compruebe que la orden provisional era desde el principio improcedente (§ 123.3 VwGO en conexión con el § 945 de la Ley de Enjuiciamiento Civil). El riesgo de indemnización que corre el solicitante en esta vía de protección cautelar es, sin embargo, escaso, pues, por regla general, faltará para la Administración el daño o perjuicio económico (112). Ello podría ser distinto

(111) Cfr. SCHOCH, *op. cit.* (n. 8), VerwArch 82 (1991), págs. 176 y s., y *op. cit.* (n. 24), NVwZ 1991, pág. 1123.

(112) Cfr., por todos, REDEKER/VON OERTZEN, *op. cit.* (n. 16), § 123, n. marg. 35.

ado la orden provisional tuviera por objeto el pago de una suma de
ero, pero tal orden provisional no procederá, normalmente, pues
ciparía el resultado del proceso principal.

Mariano BACIGALUPO
Asistente científico de la Cátedra de Derecho Público IV
de la Facultad de Derecho de la Universidad de Friburgo