Este libro forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx www.bibliojuridica.org

CAPÍTULO TERCERO

LA ACTIVIDAD ADMINISTRATIVA: EL ACTO ADMINISTRATIVO FORMAS DE ACTUACIÓN DE LA ADMINISTRACIÓN

Las clases y formas de la actividad administrativa son tan variadas como la propia administración. Así, junto a las *actuaciones internas de la administración* tales como deliberaciones, planes, medidas y órdenes jurídicamente vinculantes (tanto singulares como reglamentos administrativos o internos), la administración se manifiesta *al exterior* tanto a través de actuaciones y tareas puramente materiales (actividad material), de ordenaciones jurídicas vinculantes y también a través de otras declaraciones con trascendencia jurídica.

Las *actuaciones materiales* (como informaciones, pagos de cantidades en metálico, retirada de un obstáculo al tráfico, puesta en marcha de un establecimiento municipal) aunque son tan importantes en la práctica administrativa, tienen, como es comprensible, un papel secundario en el ámbito del derecho administrativo, si bien, en los últimos tiempos, están ganando importancia debido a las informaciones administrativas (consejos, advertencias) y a la actuación administrativa informal. En primer plano, sin embargo, se sitúa los *actos jurídicos*, categoría que integran, por una parte, las *ordenaciones* administrativas unilaterales, que o bien como actos administrativos regulan un caso concreto, o bien como reglamentos u ordenanzas representan regulaciones generales y abstractas, y, por otra parte, el *resto de declaraciones jurídicamente relevantes* entre las que destaca la declaración dirigida a concluir un contrato sobre actos y potestades administrativas, pero también otro tipo de declaraciones de voluntad en el ámbito jurídico-público (por ejemplo, la compensación de créditos que también es posible en el derecho público).

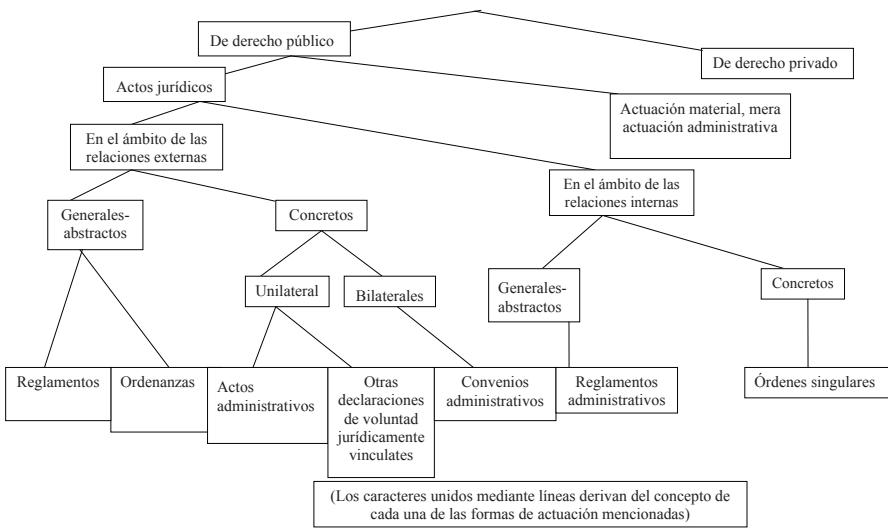
El *plan*, que ha adquirido una notable relevancia en el campo del derecho administrativo, no representa ni una categoría jurídica independiente, ni se puede clasificar con carácter general en alguna de las formas a las que se ha

DR © 2012, Universidad Nacional Autónoma de México,
Instituto de Investigaciones Jurídicas

hecho referencia, ya que se manifiesta según el caso en una u otra forma sin que se le pueda englobar de forma satisfactoria en alguna.

Por último, debe mencionarse en este repaso provisional que la administración también actúa bajo formas de derecho privado, de forma que los actos jurídicos de derecho público mencionados deben completarse con la referencia a los actos jurídicos de *derecho privado* de la administración.

Formas de actuación de la administración



§ I. Concepto, significación y clases de actos administrativos[1*]

1. *Desarrollo y significación general*

El concepto de acto administrativo engloba un, ciertamente muy extenso, *grupo de medidas de la administración* que comparten características comunes y están también sometidas a un régimen jurídico común.

[1] El § 9, así como la introducción que le precede, han sido traducidos por Javier García Luengo, profesor titular de derecho administrativo de la Universidad de Oviedo.

DR © 2012, Universidad Nacional Autónoma de México,
Instituto de Investigaciones Jurídicas

Actos administrativos son, por ejemplo, la señal de tráfico que realiza el policía, la licencia urbanística, la prohibición de una actividad empresarial, la licencia para establecer una central nuclear, la fijación de una tasa, el otorgamiento de una beca, la concesión del título de Bachillerato, la llamada al servicio militar, la expropiación de un fundo para la construcción de una vía pública, la prohibición de una asociación ilegal, la autorización para el dictado de una ordenanza municipal por el órgano de control, etcétera. También ha de incluirse aquí figuras nuevas como, por ejemplo, el otorgamiento de un *slot*, o sea, la autorización para aterrizar o despegar de un aeropuerto (alemán) durante un periodo determinado de tiempo, al respecto, Tschentscher/Koenig, NvwZ 1991, pp. 219 y ss.

A pesar de las diferencias que presentan cada una de estas medidas en particular, todas ellas tienen en común que representan una decisión administrativa de un caso concreto frente al ciudadano o frente a otra persona que está sometida a la administración en cuestión.

El acto administrativo es una *creación de la doctrina administrativa* del siglo XIX, siendo Otto Mayer quien ofreció una formulación de la figura, que aún es esencialmente correcta, cuando la caracterizó como "una declaración de autoridad perteneciente a la administración que determina para el súbdito lo que, en el caso concreto, exige el derecho". (*Deutsches Verwaltungsrecht*, 1a. ed., 1895, p. 95) Al concepto así determinado se sigue ajustando mayoritariamente la práctica y la doctrina actuales.

Desde hace mucho tiempo el acto administrativo aparece en las *leyes* con distintas denominaciones como disposición, decisión, autorización, dispensa, etcétera, pero el término acto administrativo como concepto unitario y que alude a la totalidad del fenómeno se empleó por primera vez, después de 1945, en las leyes reguladoras de la jurisdicción contenciosa, dictadas tras la segunda guerra mundial, que garantizaban y regulaban una tutela judicial frente a todos "los actos administrativos". En una de estas leyes jurisdiccionales, concretamente en el § 25 I del *MRVO* núm. 165 (el Decreto del Gobierno Militar, *Militärregierungsverordnung*, de 1948 que regulaba la jurisdicción contenciosa en la antigua zona de ocupación británica y que estuvo vigente hasta la entrada en vigor en 1960 de la actual Ley de la Jurisdicción Contenciosa, *VwGO*), apareció el primer concepto legal de acto administrativo. A este concepto legal se recurrió también fuera de su estricto ámbito de vigencia y se considera, por tanto, el modelo de las regulaciones legales posteriores.

Según el *concepto legal* actualmente vigente, contenido en la primera frase del § 35 de la Ley de Procedimiento Administrativo (*VwVfG*), y que tiene el mismo contenido literal que el § 118 de la Ley General Tributaria

DR © 2012, Universidad Nacional Autónoma de México,
Instituto de Investigaciones Jurídicas

(*AO*) y el § 31 del libro X del Código de la Seguridad Social (*SGB* X), constituye un acto administrativo, "cualquier disposición, decisión u otra medida de autoridad, que un órgano adopta para la regulación de un caso concreto en la esfera del derecho público y que está orientada a producir efectos inmediatos en el exterior".[2]

Si se quiere resumir el concepto legal de acto administrativo de la frase primera del § 35 de la Ley de Procedimiento Administrativo (*VwVfG*), sin renunciar al contenido material del mismo, se podría decir que el acto administrativo es *la regulación de autoridad de un caso concreto por parte de un órgano administrativo y con efectos en el exterior*. Cada uno de los elementos de este concepto (regulación, de autoridad, caso concreto, órgano administrativo y efectos externos) contiene una declaración *positiva*, pero sirve también para *delimitar* la figura del acto administrativo frente a otras formas de actuación de los poderes públicos, de forma que en el concepto de acto administrativo se refleja la diversidad de la actividad administrativa.[3]

[2] La mayor parte de los reparos que se han planteado frente al concepto establecido por la opinión dominante (y con ello frente al contenido en el § 35 VwVfG), se refieren sólo a cuestiones de detalle o simplemente de formulación (véase, Wolff/Bachof/Stober, VerwR II § 45, marg. 15). Las diferencias de fondo con el concepto mayoritario se plantean generalmente por la inclusión o el énfasis de determinados efectos jurídicos del acto administrativo como, por ejemplo, cuando se considera elemento decisivo la firmeza del acto (Martens, DVBl, 1968, pp. 322 y ss.), o cuando se pone de relieve el carácter del acto administrativo como acto cognitivo procesal (Renck, BayVBl, 1973, pp. 365 y ss.; también del mismo autor, Festschrift für Knöpfe, 1996, pp. 291 y ss.). Plantea un abandono del concepto tradicional de acto administrativo Brohm que parte del proceso de decisión y define el acto administrativo como "la conclusión vinculante para la administración de un proceso de análisis de la información y formación de la voluntad realizado en el marco del ejercicio de sus potestades, con independencia de que contenga o no una regulación vinculante para el ciudadano". (VVDStRL, 30, 1972, p. 286, también, pp. 320 y 354, críticos con esta posición en la discusión, entre otros, Quaritsch, p. 318, Vogel, p. 325 y Kopp, p. 348). Por más que estas nuevas orientaciones sean dignas de consideración, no son admisibles de lege lata.

[3] Una determinación del concepto más precisa y expresiva debería reducir el elemento "de autoridad", que se predica de la medida en la que el acto administrativo consiste —y que equivale a "jurídico-pública"— por "jurídico-administrativa", y subrayar el dictado unilateral del acto administrativo para distinguirlo de los contratos sobre potestades administrativas (distinción que todavía no se planteaba como necesaria para la doctrina que fijó el concepto tradicional). Así se definiría el acto administrativo como "la regulación jurídico-administrativa y unilateral de un caso concreto realizada por un órgano administrativo y con efectos externos". Puesto que en esta formulación simplemente se clarifican los elementos que ya contiene el concepto legal, sin que haya diferencias de fondo entre ambos, nos vamos a ceñir en lo sucesivo a los términos de dicha definición legal.

DR © 2012, Universidad Nacional Autónoma de México,
Instituto de Investigaciones Jurídicas

2. *En concreto, los elementos del concepto de acto administrativo*

A. *Regulación*

El acto administrativo tiene carácter regulador. Una regulación es una determinación jurídico-vinculante, una declaración de voluntad (o varias declaraciones de voluntad concurrentes) destinada a producir una consecuencia jurídica. Dicha consecuencia jurídica consistiría en la creación, modificación, extinción o declaración vinculante de derechos o deberes, o, en cuanto se reconoce la existencia de actos administrativos reales (véase *infra*, margs. 56 y ss.), en la determinación de la situación jurídica de una cosa. La frase primera del § 35 de la Ley de Procedimiento Administrativo (*VwVfG*) se refiere, sólo como ejemplo, a las disposiciones y las decisiones pero no se limita sólo a estos tipos de regulación incluyendo a todos los tipos de determinaciones jurídico-vinculantes.[4]

Hay que tener en cuenta que la expresión "regulación" tiene un *doble significado*, de una parte se refiere a la actividad, al dictado del acto administrativo, de otra se refiere al producto de dicha actividad, al acto administrativo emitido y con ello al efecto jurídico que éste ha producido. El § 35 de la Ley de Procedimiento Administrativo (*VwVfG*) se refiere, en un principio, al primer significado ("medida para la regulación"); pero en lo sucesivo se suele hacer referencia fundamentalmente al producto (así, cuando se habla de "revisión del acto administrativo" se predica la misma no del dictado del acto, sino del acto dictado).

Por falta de carácter regulador se excluyen del concepto de acto administrativo:

a) Las *actividades administrativas de carácter puramente material* (*Realakte*). A este grupo pertenecen, junto a las tareas puramente materiales como la eliminación de un obstáculo a la circulación por un policía, las actividades de conservación de una piscina municipal al aire libre, etcétera, sobre todo aquellas declaraciones de los órganos

[4] El concepto de regulación no presupone, frente a lo que sostiene un sector de la doctrina, que la misma tenga que ser adoptada de forma unilateral. En este sentido, el contrato, que se compone de dos declaraciones de voluntad concurrentes, es también una regulación (véase infra, § 14). No obstante, es cierto que el acto administrativo es una regulación unilateral, lo que queda reflejado en el concepto legal de acto administrativo al incluirse el elemento de que el acto tiene que ser emitido "por un órgano".

DR © 2012, Universidad Nacional Autónoma de México,
Instituto de Investigaciones Jurídicas

administrativos que sólo contienen una información o una valoración y que, por tanto, no deben producir consecuencias jurídicas inmediatas.[5]

b) *Actos de trámite y actos parciales*, cuando —y porque— no contienen todavía una regulación definitiva.[6]

[5] Ejemplos: Advertencias, instrucciones, informaciones (véase, sobre éstas, infra, el marg. 62), actas de investigación (BVerwGE 14, 323; 59, 319); meros requerimientos de pago (BVerwGE 29, 310, 312); la valoración de servicio de un funcionario realizada por su superior (BVerwGE 49, 351); la comunicación —prevista en el § 91 III 1 de la Ley Federal de Ayudas Sociales (BSHG)— por el órgano competente a quien tiene el deber de prestar alimentos de que el beneficiario de dicho deber va a recibir ayuda social, la llamada comunicación de la salvaguardia del derecho (Rechtswahrungsanzeige) (BVerwGE 50, 64, 66), por contra, la llamada comunicación de la transferencia (Überleitungsanzeige), que según el § 90, apartados I y II, de la Ley Federal de Ayudas Sociales produce una subrogación, es por disposición de la Ley un acto administrativo (§ 90 III BSHG). Según el Tribunal Federal de lo Contencioso-Administrativo (BVerwGE 88, 122, 123) la comunicación de la Cámara Reguladora de los OficiosNt1 sobre la proyectada retirada al interesado de su habilitación para ejercer un oficio —según el § 13 III de la Ley de Ordenación de los Oficios (HandwO)— constituye un acto administrativo. Esta jurisprudencia es muy cuestionable ya que sólo la retirada en sí, y no el anuncio previo de la misma, produce efectos jurídicos inmediatos, y sólo puede explicarse porque se trata de atender a una consideración práctica como es la de abrir la posibilidad de clarificar los litigios sobre la retirada de la habilitación antes de que la misma se produzca. Sobre la actividad material véase infra, el § 15.

Nt1. La expresión alemana Handwerk y sus derivados que suele traducirse como artesanía no se ajusta realmente al concepto español actual de esta actividad haciendo referencia a una realidad más amplia al englobar diversas actividades manuales —oficios—desde la albañilería hasta la mecánica o la electrónica que en el sistema alemán se organizan todavía, en buena medida, con una estructura gremial.

[6] Esto se aplica sobre todo a las actuaciones procedimentales: la convocatoria a un examen oral (según el Tribunal Superior de lo Contencioso-Administrativo de Baden-Württemberg (BadWürttVGH) BWVPr 1981, 147), la exigencia a un conductor para que presente un examen medico-psicológico ya que existen dudas sobre su capacidad para conducir un vehículo y se va a determinar si se dan los presupuestos para una retirada del correspondiente permiso (así, el Tribunal Federal de lo Contencioso-Administrativo en BVerwGE 34, 248 aunque no sin ciertas dudas, véase, al respecto la contra-argumentación del Tribunal Superior de lo Contencioso-Administrativo con sede en Koblenz (OVG Koblenz) DAR 1968, 138. Hoy resulta determinante la regulación contenida en el Reglamento sobre el Permiso de Conducir (Fahrerlaubnis-Verordnung), sobre el tema H. Schreiber, Die medizinisch-psychologische Untersuchung nach der neuen Fahrerlaubnis-Verordnung–Ist ihre Anordnung doch ein Verwaltungsakt? ZRP 1999, 519 y ss.) En el mismo sentido el Tribunal Federal de lo Contencioso-Administrativo(BVerwGE 111, 246), respecto al sometimiento de un funcionario jubilado a un examen médico oficial. Estas medidas no tiene un sentido independiente sino que sirven para la preparación de una resolución final (en el caso de la convocatoria esta serviría al examen, en el caso de la presentación del examen médico se estaría sirviendo a la resolución sobre la retirada del permiso de conducir). La tutela jurídica frente a este tipo

DR © 2012, Universidad Nacional Autónoma de México,
Instituto de Investigaciones Jurídicas

No son actos parciales, en el sentido indicado, ni la autorización parcial (Teilgenehmigung) ni la resolución previa (Vorbescheid), que aunque se refieran sólo a una parte de la solicitud de autorización presentada o sólo a algunos de los presupuestos de la autorización, tienen, sin embargo, carácter definitivo.[7]

c) Declaraciones de voluntad del órgano con relevancia jurídica que no tienen, sin embargo, carácter dispositivo, como, por ejemplo, la compensación de créditos, la fijación de plazos, el aplazamiento de un crédito en el marco de una relación obligacional de derecho administrativo o el ejercicio de un derecho de reintegro.[8]

de medidas de trámite es una cuestión que está hoy regulada en el § 44 a de la Ley de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa VwGO (al respecto, infra, § 19, marg. 26).

Actuaciones de trámite o parciales no independientes, en el sentido arriba señalado, son también la valoración de un trabajo de clase o las notas singulares para la obtención de un certificado académico. La misma regla se aplica para la valoración de una prueba en el examen estatal jurídico; el acto administrativo impugnable no es dicha valoración sino la determinación del resultado global, o sea la resolución que considera que el examen no está aprobado (BVerwG DVBl. 1994, 1356), y también para los exámenes parciales en el marco de un proceso de evaluación por etapas (BVerwG DVBl. 2003, 871). No obstante, cuando una nota singular para la obtención del bachillerato o de otro certificado académico sea en sí misma relevante desde un punto de vista jurídico, al determinar, por ejemplo, la posibilidad de seguir un determinado estudio, entonces puede representar una regulación independiente que puede ser considerada como un acto administrativo (así el Tribunal Superior de lo Contencioso-Administrativo de Hessen (HessVGH) DVBl. 1974, 469, o el de Berlín (OVG Berlin) DVBl. 1975, 731) o, de forma más correcta, como parte impugnable de forma independiente de un acto administrativo —principalmente, el examen global que determina la emisión del certificado—. Es errónea, sin embargo, la interpretación según la cual una nota singular para la obtención de un certificado académico no constituye un acto administrativo (parcial), pero puede ser igualmente impugnada mediante una acción de condena (en tal sentido, por ejemplo, el Tribunal Superior de lo Contencioso-Administrativo con sede en Koblenz (OVG Koblenz) DÖV 1980, 614, o el Tribunal Superior de lo Contencioso-Administrativo de Baden-Württemberg (BadWürttVGH) DÖV 1982, 164). Véase, sobre este tema, Löwer, DVBl. 1980, pp. 952 y ss. y Bryde, DÖV 1981, pp. 195 y 196 con más referencias. El Tribunal Federal de lo Contencioso-Administrativo (BVerwG) DÖV 1983, 819, niega el carácter de acto administrativo de la nota de una asignatura por carecer de efectos externos inmediatos.

[7] *Véase*, al respecto, los §§ 8 y 9 de la Ley Federal de Protección contra las Inmisiones (BImSchG), los §§ 7a y 7b de la Ley de la Energía Nuclear (AtomG) y los §§ 18 y 10 del Reglamento de Procedimiento en Materia de Energía Atómica (AtVfV). Véase, también, infra, margs. 63 y 64 y § 19 marg. 7a.

[8] Ejemplo: El órgano competente para el pago de las retribuciones en un Land comunica a al funcionario B de dicha administración que tiene derecho al pago en concepto de atrasos de una cantidad de 1000 marcos, pero que dicha cuantía será compensada en parte con la deuda que por ochocientos marcos tiene el funcionario con el Land como consecuencia de una

DR © 2012, Universidad Nacional Autónoma de México,
Instituto de Investigaciones Jurídicas

B. *De autoridad*

La regulación debe ser "de autoridad" lo que ocurre cuando se pueda *adscribir* la misma *al derecho público*, especialmente cuando la regulación resulta de la ejecución de preceptos jurídico-públicos, con lo que cobra sentido actual la distinción entre derecho público y derecho privado.

a) No son actos administrativos, por tanto, todos los *actos jurídico-privados*, como la rescisión de un contrato privado de alquiler, el otorgamiento de contratos en el ámbito de los suministros públicos (*BVerwGE* 35, 103). También las medidas "jurídico-privadas administrativas" deben atribuirse

indemnización por daños, con lo que recibirá solamente docientos marcos. Si el funcionario estima que la compensación es antijurídica ¿qué vía procesal debería emplear? La impugnación de la compensación no sería posible dado que no estamos ante un acto administrativo, por lo que B debería plantear una pretensión de condena contra la administración por importe de mil marcos basándose en la argumentación de que la compensación era antijurídica e ineficaz. Sobre la compensación, en general, debe señalarse que la misma es válida y posible en el ámbito del derecho público, aplicándose los §§ 387 y ss. del Código Civil (BVerwGE 77, 19, 20 y 21). La declaración de la compensación no es un acto administrativo, sino, al igual que la realizada por un ciudadano, una declaración de voluntad unilateral y recepticia (BVerwGE 66, 218, 220; Tribunal Financiero Federal (BfinH) NVwZ 1987, 1118; Tribunal Superior de lo Contencioso-Administrativo de Baviera, (BayVGH) NJW 1997, 3392). En el proceso contencioso sólo se puede proceder a una compensación derivada de una obligación ajena al proceso —esto es, una obligación que sólo podría exigirse en el seno de otro proceso, como, por ejemplo, la indemnización por responsabilidad administrativa en un proceso ordinario y no contencioso— cuando la misma haya sido determinada en una decisión con fuerza de cosa juzgada por el tribunal competente o cuando la existencia de la misma no sea contestada por las partes, en otro caso el tribunal de lo contencioso debe paralizar el proceso, según el § 94 de la Ley de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa (VwGO), hasta que se decida sobre la obligación que se pretende contraponer a la sustanciada ante él (BVerwGE 77, 19, 24 y ss.; BVerwG NJW 1999, 169 recogida también en JuS 1999, 830 con un comentario de Hufen). Esta conclusión no es pacífica, basándose la opinión contraria en lo dispuesto en el § 17 II 1 de la Ley Orgánica de los Tribunales (GVG) según el cual el Tribunal de la Jurisdicción competente tiene que resolver la litis teniendo en cuenta todas las circunstancias jurídicas relevantes del caso; sin embargo, el citado § 17 II 1 GVG presupone la unidad del objeto del proceso algo que no se da en el supuesto que aquí se examina, ya que se trata, en este caso, de dos obligaciones que como tales no se encuentran en ninguna relación objetiva entre sí. En tal sentido, el Tribunal Federal de lo Contencioso-Administrativo BVerwG NJW 1999, 160; Würtemberg, VerwProzR, margs. 158 y ss.; en contra, Schenke, VerwProzR, marg. 165. Véase, sobre la compensación en general, Ehlers, Die Aufrechnung im öffentlichen Recht, JuS 1990, pp. 777 y ss.; Detterbeck, Grundfragen der Aufrechnung im Verwaltungsprozess, DÖV 1996, pp. 889 y ss.

DR © 2012, Universidad Nacional Autónoma de México,
Instituto de Investigaciones Jurídicas

al ámbito del derecho privado y no pueden, por tanto, adoptar la forma de acto administrativo.[9]

b) Al limitarse el acto administrativo, desde un principio, no sólo a las regulaciones de carácter jurídico-público sino a las de carácter *jurídico-administrativo*, ya se deja fuera del concepto de acto administrativo las medidas jurídico-constitucionales, procesales, relativas al derecho eclesiástico y de carácter jurídico-internacional. Para aplicar esta exclusión lo determinante no será el órgano actuante sino la adscripción de la medida a su ámbito jurídico respectivo.[10]

C. *Regulación de un caso concreto*

Otro elemento del concepto de acto administrativo consiste en que se trata de una regulación de un *caso concreto*, con lo que se trata de *deslindar* el acto administrativo de la *norma jurídica* que afecta a número indeterminado de supuestos y a un número indeterminado de personas y representa, por tanto, una regulación abstracta y general (véase *supra,* § 4 marg. 4). Las dificultades para realizar esta distinción —especialmente en lo que respecta a los reglamentos jurídico que son dictados también por un órgano administrativo—, se derivan por una parte del hecho de que el elemento elegido para la distinción "caso concreto" resulta muy cuestionable (al respecto, *infra*, inciso a), y, por otra parte, por la existencia de una serie de actos jurídicos que se resisten a su clasificación sin más en el esquema acto administrativo-norma jurídica.

[9] Cuando se aplica la teoría de los dos niveles (Zweistufentheorie) al otorgamiento de subvenciones o la autorización de un establecimiento público, la decisión que corresponde al primer nivel sobre el otorgamiento o la autorización (la decisión sobre el si) tiene carácter jurídico-público y constituye, por tanto, un acto administrativo, mientras que el desarrollo final correspondiente al segundo nivel (la decisión sobre el cómo) tiene carácter jurídico privado (*véase* § 3 marg. 26 y § 17 margs. 11 y ss.).

[10] El presidente federal realiza una actuación jurídico-constitucional cuando sanciona y promulga las leyes (artículo 82 GG), y jurídico-administrativa cuando separa del servicio a un funcionario (según la Ley del Funcionariado); el presidente del Bundestag realiza una actuación jurídico constitucional cuando convoca a una sesión de la Cámara y jurídico-administrativa cuando decide sobre el reintegro de los costes de las campañas electorales (BVerfGE 27, 152, 157; y 28, 97, 102 y 103).

DR © 2012, Universidad Nacional Autónoma de México,
Instituto de Investigaciones Jurídicas

a) *El elemento determinante de la distinción*

aa) De la contraposición con la norma jurídica se deriva, por lo menos, que estamos ante un acto administrativo cuando una regulación afecta sólo a un supuesto de hecho concreto y se dirige sólo a una persona determinada, o sea cuando tiene *carácter concreto e individual*.[11]

bb) El *carácter individual* de una regulación (concreta) puede todavía seguir afirmándose cuando la misma, aunque no se dirige sólo a una persona, lo hace a un *círculo de destinatarios individualmente determinados o determinables*. La frontera entre lo individual y lo general no se puede fijar desde un planteamiento numérico, sino que debe trazarse teniendo en cuenta si el círculo de los destinatarios puede determinarse de forma objetiva en el momento en el que se dictó la regulación o no, si dicho círculo está ya cerrado o se mantiene todavía abierto y es susceptible de ampliarse.[12]

cc) Mayores problemas plantea la distinción cuando una regulación, aunque afecta a un caso concreto, se dirige a un número indeterminado de personas, o sea tiene un *carácter concreto-general*.[13]

[11] Ejemplos: La autorización a A para realizar una actividad económica, el llamamiento a filas a B para que cumpla su servicio militar, o el otorgamiento de una beca de estudio en favor de C.

[12] El ejemplo típico de una regulación dirigida a más de una persona pero individual en el sentido descrito es la orden de dispersión de una reunión ya que, aún en el caso de las reuniones más multitudinarias, el círculo de los asistentes está determinado individualmente o puede determinarse —los afectados serán los que en el momento de la orden de dispersión componen la reunión—. Se insistirá más en esta cuestión al hilo de la exposición de la resolución general (Allgemeinverfügung), véase infra, margs. 31 y ss.

[13] Ejemplos: La policía prohíbe la participación en una manifestación planeada para el día siguiente o prohíbe la entrada en una construcción que amenaza ruina. En estos casos la regulación es general porque el círculo de los afectados por la regulación ni está determinado todavía ni puede estarlo (no puede todavía determinarse quiénes quieren participar en la manifestación o acceder al edificio), pero es concreta porque trata sólo de un caso concreto (la manifestación, el acceso a la casa). No obstante, la concreción de la regulación en los casos en los que el círculo de los afectados no está todavía determinado es generalmente bastante dudosa, lo que se demuestra si se trae a colación el, aún discutido, asunto de la ensalada de endivias (BVerwGE 12, 87): debido a que en una serie de regiones del Land Baden-Württemberg se produjeron numerosos casos de tifus que traían causa del consumo de ensalada de endivias, el Ministerio del Interior prohibió inmediatamente y hasta nueva orden la venta de ensalada de endivias tanto en los establecimientos al por mayor como al detal en el ámbito regional afectado. El Tribunal Federal de lo Contencioso-Administrativo consideró que dicha orden constituía una resolución general (Allgemeinverfügung), en la doctrina las opiniones están divididas según se considere que se trata de un supuesto concreto por existir una epidemia de tifus o se entienda que existen una pluralidad de supuestos de venta afectados por la prohibición; en el primer caso la regulación se considerará concreta

DR © 2012, Universidad Nacional Autónoma de México,
Instituto de Investigaciones Jurídicas

En este contexto se plantea la cuestión de *cuál ha de ser el criterio* determinante para la calificación de la regulación: la *individualidad de los destinatarios* (como entienden *Obermayer*, NJW 1980, 2386 y ss.; o Vogel, BayVBl. 1977, 619 y 620) o el *carácter concreto de la regulación* (en tal sentido, Kopp/Ramsauer, VwVfG § 35 margs. 68 y ss.). La primera posición tiene la ventaja de que el carácter individual de la regulación (porque afecta a *una* persona o a un conjunto de personas ya *cerrado* en el momento del dictado del acto) es fácilmente determinable y se ajusta además a la estructura subjetiva propia del derecho. No obstante, el § 35 *VwVfG* parte claramente de la segunda alternativa porque, en primer lugar, en el concepto legal de acto administrativo se hace referencia a un caso concreto y no a personas concretas, y, en segundo lugar, porque la frase segunda del § 35 hace referencia a las resoluciones generales que siendo actos administrativos no sólo no precisan de la existencia de un círculo determinado de personas destinatarias sino que no precisan, de hecho, que haya destinatarios (al respecto, *infra*, margs. 31 y ss.).

dd) Otro criterio lo constituye el *tiempo de vigencia* de la regulación, si la misma se consume en un único mandato o prohibición, entonces sólo cabe hablar de una acto administrativo, porque las normas jurídicas dada su redacción de naturaleza condicional (si ... entonces ...) se plantean para un determinado periodo de tiempo. No obstante, este principio no rige en el sentido opuesto, porque es obvio que no todas las regulaciones que tienen una cierta duración en el tiempo son normas jurídicas.[14]

y en el segundo abstracta. Rectamente considerado el asunto, la epidemia es el motivo de la regulación pero las ventas son su objeto de forma que estamos ante una regulación abstracta. Se puede cuestionar, de hecho, si es posible en absoluto, en el plano teórico, una regulación concreta general, ya que el carácter abierto de los posibles destinatarios lleva necesariamente a que la regulación esté orientada hacia el futuro y, con ello, a que quepa un número todavía indeterminado de supuestos. Incluso en los supuestos a que se hacía mención en el comienzo de esta exposición se podría poner el acento en la participación en la manifestación o en la entrada en la casa y llegar a la conclusión de que se está ante un número indeterminado de posibles supuestos de hecho lo que equivaldría a una regulación abstracta. No obstante, de acuerdo con la doctrina mayoritaria debemos partir (integrando los motivos en el objeto de la regulación) de la posibilidad de regulaciones concretas generales.

[14] Ejemplo: el alcalde del pequeño municipio G ordena que todas las cepas de las viñas situadas en el municipio sean fumigadas para combatir una plaga, ¿estamos ante un acto administrativo o una norma jurídica? La respuesta dependerá de que se trate de una sola acción (en cuyo caso estaremos ante un acto administrativo ya que debe partirse de que, al menos, el círculo de los propietarios de viñas es determinable) o de una regulación pensada para estar vigente durante un periodo de tiempo más largo (en cuyo caso estaríamos ante una norma jurídica).

DR © 2012, Universidad Nacional Autónoma de México,
Instituto de Investigaciones Jurídicas

En los casos problemáticos no sólo se debe estar a los criterios concreto-individual y abstracto-general, sino que se deben tomar en consideración otros aspectos como —junto al ya citado del tiempo de vigencia— el ámbito territorial de vigencia, el grado de complejidad y de las diferenciaciones que se hagan en el contenido, los efectos, la ejecutoriedad y la necesidad de ejecución de la regulación, etcétera.[15]

ee) En la doctrina se plantea también la cuestión sobre cómo considerar los supuestos de *regulaciones abstractas-individuales*.[16]

Sin embargo, si se profundiza en la consideración de estos supuestos se aprecia que no representan en absoluto supuestos de regulaciones abstractas ya que en ellos se impone al destinatario un deber bien concreto. Es cierto que la regulación tiene, en estos casos, una cierta duración en el tiempo y se actualiza sólo cuando se dan determinadas circunstancias pero eso hace a dicha regulación tan poco abstracta como lo es, por ejemplo, la orden dirigida a una persona para que no ponga música pasadas las veintidós horas con el fin de respetar el descanso nocturno. La existencia de regulaciones abstractas-individuales puede ser ignorada al tratarse de un ejercicio de filigrana puramente teórico.[17]

b) *Dificultades de clasificación*. Mientras que hasta ahora nos hemos ocupado de *dificultades estructurales de delimitación*, ahora nos vamos a ocupar de las *dificultades de clasificación* debidas a que distintos actos jurídicos, que han surgido en los últimos años, no se ajustan bien o no se ajustan en absoluto en la distinción tradicional entre acto administrativo (regulación concreta) y norma jurídica (regulación general). Entre estos actos deben mencionarse especialmente los planes jurídicamente vinculantes, las señales de tráfico, las disposiciones vinculantes con carácter general contenidas en los convenios colectivos, según el § 5 de la Ley sobre Con-

[15] Al respecto, pueden consultarse las consideraciones al hilo de la regulación del Windsurf en el lago de Constanza (Bodensee) que hace el Tribunal Superior de lo Contencioso-Administrativo de Baden-Württemberg BadWürttVGH VblBW 1987, 377 con un comentario de Maurer, pp. 361 y 362.

[16] Como ejemplos se citan los siguientes: la orden dirigida a A para que elimine el hielo cada vez que se forme (sentencia del Tribunal Superior de lo Contencioso-Administrativo con sede en Münster (OVG Münster) (OVGE 16, 289); o la orden frente a B para que abra su presa cada vez que el agua la desborde cierto nivel (Wolff/Bachof/Stober, VerwR I § 45 marg. 79).

[17] En la doctrina domina, en cuanto al resultado final, también el consenso sobre la calificación como actos administrativos de estas regulaciones o, en todo caso, su clasificación entre los actos administrativos (*véase* Erichsen, en Erichsen/Ehlers, VerwR § 12 marg. 48 con más referencias).

DR © 2012, Universidad Nacional Autónoma de México,
Instituto de Investigaciones Jurídicas

venios Colectivos (*TVG*), las autorizaciones industriales para tipos de productos (como las previstas en el § 20 del Reglamento de Autorizaciones en Materia de Tráfico [*Strassenverkehrs-Zulassungs-Ordnung StVZO*]Nt2 y las aprobaciones de ordenanzas por parte de los órganos de control del ente superior. Sería lógico calificar estos supuestos como actos de autoridad *sui generis*, pero a ello se opone el que el derecho vigente sólo reconoce, por el momento, para las regulaciones de autoridad unilaterales con efectos jurídicos vinculantes al exterior dos formas: el acto administrativo y la norma jurídica (aunque ésta última con diversas variantes). Por otra parte, no puede, con carácter general, eludirse la cuestión de la clasificación de estos supuestos dado que el acto administrativo y la norma jurídica están sometidos a regímenes jurídicos muy distintos en cuestiones tales como las condiciones formales de validez, las consecuencias jurídicas de la invalidez y la tutela judicial. Partiendo, por tanto, de que tiene que haber una clasificación lo conveniente sería que el propio legislador la realizase (estableciendo, tal vez, diferenciaciones de régimen jurídico en cada caso), en tanto dicha clasificación legal no se realice habrá que partir de la configuración global de cada figura para clasificarla en la forma jurídica más próxima a la misma.[18]

[18] Los planes jurídicamente vinculantes se clasifican en parte como actos administrativos y en parte como normas jurídicas (*véase* infra, § 16 marg. 21); las señales de tráfico se consideran resoluciones generales (Allgemeinvefügungen) (*véase* la segunda frase del § 35. 1 VwVfG e, infra, el marg. 36); las disposiciones vinculantes con carácter general contenidas en convenios colectivos se califican por la jurisprudencia como normas jurídicas sui generis, véase, en tal sentido, la jurisprudencia del Tribunal Constitucional Federal, BVerfGE 44, 322, 338 y ss. ("un acto creador de derecho de naturaleza particular entre la norma autónoma y la disposición estatal, y que encuentra su propio fundamento jurídico en el artículo 9 III GG") y la del Tribunal Federal de lo Contencioso-Administrativo, BVerwGE 80, 355, 357 y 358, 364 ("norma jurídica de rango inferior a la ley"), aunque la cuestión no es pacífica como demuestran las referencias que ofrece el Tribunal Constitucional Federal en la resolución citada; las autorizaciones industriales para tipos de productos son actos administrativos ya que afectan a una persona, generalmente el fabricante, y a un producto, aunque éste se fabrique en masa (al respecto, Dörschuck, Typen und Tarifgenehmigungen im Verwaltungsrecht, 1988, pp. 18 y ss., quien empleando argumentos que deben ser tomados en consideración pero que no resultan plenamente convincentes estima que se trata de actos administrativos adoptados "en forma de decisiones generales de forma análoga a la previstas en la opción segunda de la segunda frase del § 35 VwVfG"; en el mismo sentido, Waechter, UTR 1996, 395 y ss.); la aprobación de una ordenanza por el órgano de control del ente superior constituye también un acto administrativo ya que aunque la ordenanza sea una norma jurídica, la aprobación se refiere sólo a una determinada ordenanza (véase BVerwGE 75, 142, 146; Bachof, Festschrift für W. Weber, 1974, pp. 515 y ss.). Resulta muy discutido si el anuncio de una alarma por contaminación atmosférica (smog), realizado según los §§ 40 y 49 de la Ley Federal de Protección contra las Inmisiones (BImSchG), debe ser considerado un acto administrativo (Jarass, NvwZ 1987, pp. 95 y ss.; Hufen, VwProzR § 14 marg.

DR © 2012, Universidad Nacional Autónoma de México,
Instituto de Investigaciones Jurídicas

Nt2 El precepto se refiere a la posibilidad de que la autorización necesaria para que un vehículo que alcance más de 6 km/h circule por las vías públicas alemanas se emita de forma global, a instancias generalmente del fabricante o del comercializador, para todos los vehículos de un determinado tipo y previa la superación de las correspondientes pruebas.

D. *Órgano*

El elemento del concepto de acto administrativo contenido en la expresión "por un órgano" expresa, por una parte, la idea, esencial para la definición, del órgano creador del acto y sirve, por otra parte y al mismo tiempo, como elemento que refleja una serie de características del acto administrativo que son esenciales para su definición y que de otro modo no estarían reflejadas o no lo estarían de forma convincente.

Órgano es según el § 1 IV de la Ley de Procedimiento Administrativo (*VwVfG*): "Cualquier unidad que asuma tareas propias de la administración pública". Este concepto es deliberadamente amplio, de forma que engloba no sólo las unidades que integran la administración, estatal sino también cualquier instancia autónomamente organizada *cuando* —y en la medida en que— se le hayan encomendado tareas de carácter administrativo, por tanto se incluyen órganos constitucionales (el presidente federal, el presidente del *Bundestag*, los ministros federales), órganos municipales, comisiones (como, por ejemplo, una comisión de examen), etcétera; de lo que se deriva que:

a) Las *medidas adoptadas por personas privadas* no pueden ser actos administrativos (una excepción notoria la constituyen los supuestos

27, BVerwGE 117, 322, 327), un reglamento jurídico (Ehlers, DVBl. 1987, pp. 972 y ss.), un hecho jurídico (Hansmann, en Landmann/Rohmer, Umweltrecht, vol. 1, § 40 BimSchG marg. 28) o la constatación objetiva de un hecho (Kluth, NVwZ 1987, pp. 960 y 961). Debe considerarse correcta, en este sentido, la calificación de este supuesto como constatación jurídicamente vinculante de un supuesto de hecho (véase, en la 13a. edición de esta obra, el § 9 marg. 36a). Un problema similar se plantea —en el contexto de las medidas para favorecer el reciclaje de envases— con la llamada "denuncia del reiterado incumplimiento de la cuota de reciclaje" contemplada en el § 9 II 2 del Reglamento de Envases (Verpackungsverordnung) del 21 de agosto de 1998 (BGBl. I p. 2379) emitida por el Gobierno Federal y que tiene como consecuencia que determinadas medidas en favor del mercado de las bebidas se eliminan y se extinguen los deberes específicos correspondientes; en estos casos, según el Tribunal Federal de lo Contencioso-Administrativo, BVerwGE 117, 322, 326 y ss., nos encontramos también ante una resolución de carácter general (Allgemeinvefügung).

DR © 2012, Universidad Nacional Autónoma de México,
Instituto de Investigaciones Jurídicas

en los que personas privadas actúan como agentes descentralizados de la administración, véase *infra*, § 23 margs. 56 y ss.).[Nt3]

[Nt3] En la presente traducción no se incluye el capítulo al que se remite el autor, pero el fenómeno de particulares que asumen, en determinadas condiciones, tareas administrativas dictando actos propiamente administrativos sin perder su condición de agentes privados no es ajeno a nuestra realidad jurídica (basta pensar en organizaciones como los colegios profesionales o en los concesionarios de servicios públicos).

b) Las *medidas del Poder Legislativo, del Gobierno o de la jurisdicción* tampoco son actos administrativos, debiendo estarse no al aspecto organizativo sino al funcional, de modo que, como ya se indicó, por ejemplo, los órganos del gobierno pueden adoptar actos propiamente administrativos cuando, y siempre que, su actividad sea funcionalmente imputable a la administración —más correctamente, al derecho administrativo—. Si se limita el concepto de acto administrativo a las regulaciones *jurídico-administrativas* esta última precisión no sería necesaria pero, en todo caso, las resoluciones judiciales de los órganos contencioso-administrativos deberían ser también expresamente excluidas.
c) Por último, se deriva del elemento del concepto representado por la expresión "por un órgano", que los actos administrativos se dictan por un sólo órgano y, por tanto, se trata de regulaciones *unilaterales*. De esta forma se delimita el acto administrativo del *convenio administrativo* que se forma por la concurrencia de declaraciones de voluntad y, por consiguiente, constituye un tipo de regulación *convencional*.[19]

[19] El hecho de que los actos administrativos sean dictados unilateralmente por un órgano no excluye ni los derechos de participación de los interesados en el procedimiento administrativo (por ejemplo, el derecho de audiencia), ni que el dictado de un acto presuponga el consentimiento del interesado (los llamados actos administrativos necesitados de consentimiento, como el nombramiento de un funcionario o la matriculación). Cuando un acto administrativo necesita del consentimiento, el particular que ha de prestarlo puede evitar que el acto administrativo se dicte pero no puede condicionar de ninguna manera el contenido material de la regulación en sí. La cuestión sobre si el acto necesitado de consentimiento y dictado sin que éste se haya producido debe considerarse ineficaz (provisionalmente) o inválido y recurrible, se ha de resolver dependiendo de la situación jurídica concreta, aunque en caso de duda debe optarse por la primera alternativa. Véase, también, infra, § 14, marg. 19.

DR © 2012, Universidad Nacional Autónoma de México,
Instituto de Investigaciones Jurídicas

E. *Eficacia inmediata hacia el exterior*

Sólo son actos administrativos aquellas regulaciones —que sobrepasando la esfera interna de la administración— que establecen derechos u obligaciones respecto a los ciudadanos o a otras personas ajenas. Ello nos lleva a la distinción, antes ya expuesta, entre derecho interno y derecho externo (véase *supra,* § 3, margs. 4 y 5), perteneciendo el acto administrativo —como la norma jurídica— al ámbito del derecho externo.

Del propio tenor literal del concepto legal de acto administrativo se desprende que el acto administrativo debe estar *dirigido* a producir efectos externos. Lo que sólo se predicará cuando la regulación esta *destinada* según su contenido objetivo a dicha producción de efectos. Para que esta premisa se cumpla se exige tanto que la regulación despliegue o pueda desplegar (de hecho) efectos externos como que (jurídicamente) *deba* desplegarlos —véase *infra*, el ejemplo del traslado interno de un funcionario en el marg. 28—; siendo un indicio importante para determinar la existencia de esta "orientación" de la regulación a los efectos externos el examen de la norma que el acto debe concretar y ejecutar.

Debido a esta exigencia quedan fuera del concepto:

a) Las *órdenes de servicio* (*innerdienstliche Weisungen*). El superior jerárquico tiene la facultad de dar órdenes a los órganos o funcionarios de él dependientes en el contexto de su posición oficial y de la actividad propia del servicio. Estas órdenes, que según la interpretación actual tienen, sin discusión, carácter jurídico y, por ello, constituyen regulaciones, se mantienen en el ámbito interno de la administración, no tienen efectos al exterior y no son, por tanto, actos administrativos.[20]

[20] Ejemplo: El órgano superior de la administración periférica del Land (Regierungspräsident)Nt4 ordena al presidente de un distrito (Landrat)Nt5 que proceda a decretar demolición de la segunda vivienda de X que ha sido construida de forma ilegal. La orden es vinculante para el presidente del distrito, pero sólo tiene eficacia dentro de la organización administrativa, siendo la resolución de demolición dictada por el presidente comarcal la que constituye un acto administrativo. Esta última resolución será la que puede ser objeto de impugnación contenciosa por parte de X. Si la orden de servicio afectase a una actividad material, se podría actuar elevando una pretensión de condena en contra de la medida administrativa de ejecución tomada por el Landrat.

Nt4 El Regierungspräsident es la figura que dirige todas las ramas de la administración periférica de un Land en su circunscripción siempre que no sean competencia de algún tipo

DR © 2012, Universidad Nacional Autónoma de México,
Instituto de Investigaciones Jurídicas

No obstante, deben realizarse ciertas diferenciaciones entre los mandatos del superior jerárquico frente al empleado público de él dependiente. Dichos mandatos sólo serán *órdenes de servicio* cuando se refieran al funcionario como *administrador* (como miembro de la organización administrativa en un sentido oficial), serán, sin embargo, actos administrativos cuando se refieran a él en cuanto *persona autónoma* (esto es, en un sentido personal). En el primer caso el servidor público se sitúa dentro del ámbito administrativo y en el segundo fuera de dicho ámbito.[21]

de administración periférica especial. Su equivalente, en el derecho español, vendría a ser el delegado de la comunidad autónoma en una provincia.

Nt5 El Landrat constituye parte del último escalón de la Administración Periférica del Land allí donde el territorio se divide en distritos, pero también es un órgano propio de la administración local, el distrito o Kreis, con lo que presenta una doble naturaleza jurídica. En el contexto en el que el autor cita al Landrat es evidente que cumple funciones propias de su condición de órgano del Land.

Caso práctico: El órgano superior de la administración periférica de un Land (Regierungspresident) ordena a un órgano policial de él dependiente que no se encarguen más trabajos al empresario de grúas U que hasta el momento ha prestado, junto con otros, el servicio de retirada de automóviles detenidos en la calzada, hasta que no se concluya el proceso penal que se sigue contra él por agresión contra un empleado del servicio de mantenimiento de la vía. U, que, por esta razón, no va a contar para más encargos, decide impugnar la orden del Regierungspresident: ¿Es esto posible? U sólo se ve afectado por la suspensión de los encargos, por el hecho de que no está recibiendo los mismos y no directamente por la orden interna al servicio del Regierungspresident, por ello sólo podrá dirigirse contra la suspensión de los encargos que al igual que el otorgamiento del contrato es una cuestión de Derecho privado. Por tanto, U tendrá que acudir a la vía jurisdiccional ordinaria que podrá determinar incidentalmente si la orden de servicio jurídico-pública es jurídicamente vinculante y si la suspensión de los encargos está justificada. En el supuesto en cuestión debe afirmarse que la orden es conforme a Derecho y por tanto vinculante —en el ámbito interno de la administración—. *Véase* la resolución del Tribunal Federal de lo Contencioso-Administrativo (BVerwG) DÖV 1973, p. 244.

[21] Ejemplos: La orden del jefe del órgano al funcionario B para que lleve los procedimientos en una serie de supuestos concretos —en un caso en particular, por ejemplo, denegar unas autorizaciones empresariales— sólo le afecta como administrador (y se trata también de una actividad "intercambiable"), mientras que la jubilación anticipada, la determinación de los elementos de sus retribuciones, etcétera le afectan, sin embargo, en sus relaciones personales.Nt6 La distinción propuesta por Ule (VVDStRL 15, 133) entre relación fundamental (Grundverhältnis) y relación de empresa (Betriebsverhältnis) se solapa en buena medida con la distinción aquí propuesta entre relación oficial y relación personal, pero tiene como presupuesto la anticuada teoría de las "relaciones de sujeción especial".

Nt6. Como se puede observar la distinción propuesta por el autor viene a coincidir en lo esencial con la distinción entre relación orgánica y relación de servicio que maneja nuestra doctrina.

DR © 2012, Universidad Nacional Autónoma de México,
Instituto de Investigaciones Jurídicas

Una consideración más detenida merecen los supuestos del traslado interno de un funcionario y el cambio de las funciones asignadas a un funcionario dentro del mismo órgano administrativo.[22]

Según la jurisprudencia anterior el traslado interno de un funcionario era normalmente un mero acto interno, pero excepcionalmente podría tratarse de un acto administrativo cuando afecta al funcionario también en su condición de persona que tiene sus propios derechos frente a su empleador (en tal sentido, el Tribunal Federal de lo Contencioso-Administrativo en su resolución recogida en *BVerwGE* 14, 84 y todavía el Tribunal Superior de lo Contencioso-Administrativo con sede en Lüneburg (*OVG Lüneburg*) en la recogida en DÖV 1981, 107). Esta jurisprudencia estaba condicionada por razones de tutela judicial ya que según la interpretación entonces vigente sólo se podía ofrecer dicha tutela admitiendo las pretensiones jurídico-administrativas del funcionario afectado en sus derechos si mediaba un acto administrativo. Tras la entrada en vigor de la Ley de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa (*VwGO*) se ha impuesto progresivamente el plausible principio de que la vía contenciosa debe estar abierta ante *cualquier* vulneración de derechos con independencia de que la misma se derive de un acto administrativo o de otro tipo de medida de la autoridad, con lo que se ha abierto la posibilidad de una calificación jurídica de los traslados internos que no esté condicionada por consideraciones de tutela judicial: dado que el traslado interno se limita por definición al ámbito interno de la administración y es, por tanto, un tipo de orden de servicio, el funcionario afectado en sus derechos individuales puede elevar una pretensión de condena contra la administración con la finalidad de que se revise su traslado.[23]

[22] Caso práctico: (BVerwGE 60, 144) A está empleado como jefe de servicio en la oficina del presidente comarcal (Landratsamt) y hasta ahora estaba destinado como jefe del servicio que se encargaba de ejercer las competencias en materia de protección civil y prevención de catástrofes, por disposición del presidente comarcal ahora va a ser destinado al departamento encargado de las compensaciones a los damnificados por la Segunda Guerra Mundial (Lastenausgleich); con este traslado no se verán afectadas sus retribuciones como jefe de servicio pero A no está de acuerdo con el traslado ya que entiende que su trabajo actual es más interesante y, además, que su "traslado" lleva implícito el reproche de que no cumplió con las tareas que desempeñaba hasta ahora de forma adecuada, o, al menos, eso se podrá interpretar en su círculo de conocidos. ¿Cómo podría valorarse la resolución del presidente? ¿De qué medios de impugnación dispone A?

[23] En el caso arriba planteado estamos ante un traslado interno (Umsetzung) porque A permanece en el mismo órgano en el que ya prestaba sus servicios y no se cambia tampoco su grado como jefe de servicio (su empleo en el sentido de *status* jurídico) y como ya vimos dicho traslado debe ser considerado como un mera orden de servicio y no como un acto administrativo, por lo tanto no cabe aquí elevar una pretensión de impugnación (Anfe-

DR © 2012, Universidad Nacional Autónoma de México,
Instituto de Investigaciones Jurídicas

Las relaciones jurídicas especiales que antes se calificaban de *relaciones de sujeción especial* (la relación estudiantil, las relaciones propias de los acogidos en instituciones públicas y de los usuarios de servicios, etcétera) ya no se pueden considerar como pertenecientes al ámbito interno de la administración, por tanto los mandatos que se producen en el seno de dichas relaciones deben ser considerados actos administrativos en cuanto cumplan los demás requisitos para dicha calificación.[24]

chtungsklage), sino que debe plantearse una pretensión de condena (Leistungsklage), que, no obstante, va a exigir también, en este caso y dado el precepto especial en tal sentido que se contiene en el § 126 III de la Ley Marco de la Función Pública (BRRG), el previo agotamiento de la vía de recurso administrativa. La exigencia de legitimación activa que también para las pretensiones de condena se deriva del § 42 II de la Ley de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa (VwGO) se debe entender cumplida en el caso en cuestión ya que A puede hacer alegar que se han vulnerado sus derechos individuales (concretamente su derecho a la personalidad recogido en el artículo 2 I de la Ley Fundamental, GG).

Véase, sobre esta problemática en profundidad —y sobre los presupuestos y límites del traslado interno—, la sentencia del Tribunal Federal de lo Contencioso-Administrativo (BVerwG) recogida en BVerwGE 60, 144. Sobre la revisión del traslado interno ilegal la sentencia del BVerwG recogida en BVerwGE 75, 138 (el funcionario debe se trasladado de nuevo a su anterior puesto de trabajo lo que no excluye que vuelva a ser objeto de traslado, siempre que esta vez se cumplan los requisitos legalmente exigidos para el mismo). Las mismas reglas se aplican a los supuestos en lo que se cambian son las tareas que competen al funcionario, véase, en tal sentido, la sentencia del BVerwG en DVBl. 1981, 495 y BVerwGE 98, 334, 335 y 336. Por contra, cuando el traslado es externo (Versetzung), esto es cuando el funcionario es enviado a otro órgano, sea éste de la misma administración o de otra, estaremos ante un acto administrativo (impugnable), véase la sentencia del BVerwG recogida en BVerwGE 60, 144, 147. Tampoco son actos administrativos y deben ser calificadas como ordenes de servicio la retirada por el Servicio de Información Federal (Bundesnachrichtendienst) al funcionario o al soldado de su condición de personal de confianzaNt7 y la decisión por la que se excluye a un funcionario de la realización de una actividad concreta al entenderse que concurre una causa de abstención según el § 21 VwVfG (véase la sentencia del BVerwG recogida en NVwZ 1994, p. 785). Por contra, según el Tribunal Superior de lo Contencioso-Administrativo con sede en Lüneburg (OVG Lüneburg), el cambio de destino de un profesor de teología a otra materia debido a quejas eclesiásticas constituye un acto administrativo (sentencia del citado tribunal recogida en DVBl. 2000, p. 713).

Nt7 El autor se refiere aquí a la Sicherheitsbescheid que es una resolución que acredita la condición de personal de confianza del interesado y le permite, por ejemplo, acceder a determinada información confidencial y, por consiguiente, a los puestos en los que se trabaja con la misma.

[24] Esta regla se aplica, por ejemplo, a la denegación del paso al curso siguiente; a la no autorización para presentarse al examen de bachillerato, o a las sanciones escolares (véase la sentencia del Tribunal Superior de lo Contencioso-Administrativo de Baden-Württemberg, BadWürttVGH, en DÖV 1984, 767 relativa a la imposición de una sanción de permanencia en el centro docente cuando la clase ha terminado —Nachsitzens—). Por contra, la calificación de un trabajo escolar es sólo un acto de trámite o de preparación en el proceso para

DR © 2012, Universidad Nacional Autónoma de México,
Instituto de Investigaciones Jurídicas

b) *Aprobación por otro órgano administrativo o por otro ente administrativo (los llamados actos administrativos de varios niveles —mehrstufiger Verwaltungsakt—*). Hay una serie de actos administrativos que sólo pueden ser dictados una vez que otro órgano administrativo o incluso otro ente administrativo ha prestado también su consentimiento (autorización, aquiescencia u otra expresión similar). Dicha autorización debe ser considerada un acto administrativo sólo cuando produce frente al ciudadano sus propios efectos jurídicos inmediatos, constituyendo un indicio de que se dan estas circunstancias, el hecho de que se haya reservado al órgano autorizante determinadas tareas y la toma en consideración en exclusiva de algunos aspectos en especial (véase la resolución del Tribunal Federal de lo Contencioso-Administrativo recogida en *BVerwGE* 26, 31, 39). No obstante, por regla general, la autorización es sólo una declaración puramente *interna* que afecta al órgano que dicta el acto administrativo necesitado de la misma y, por tanto, *no puede ser un acto administrativo* por falta de eficacia externa. Dicho acto administrativo necesitado de autorización se denomina usualmente —por la participación interna de otro órgano— "acto administrativo de varios niveles".[25]

superar un nivel de estudios y, por tanto, no constituye un acto administrativo (véase supra, marg. 9).

25 Caso práctico: B solicita una licencia para determinadas obras de construcción en un sector no planificado (§ 35 del Código Urbanístico —BauGB—). La oficina del presidente comarcal que es el órgano competente para otorgar la licencia remite la solicitud al ayuntamiento en el que está situado el predio para que emita la autorización a la que se refiere el § 36 del Código Urbanístico, dado que el ayuntamiento niega la autorización, la oficina del presidente comarcal deniega la licencia basándose en dicha falta de autorización por parte del municipio. B entiende que dicha negativa a autorizar su solicitud es ilegal y quiere saber contra quién debe dirigir su impugnación. En este sentido debe señalarse que la autorización —que tiene el mismo significado que la aprobación— por parte del ayuntamiento no es un acto administrativo sino una declaración puramente interna de la administración (como han señalado tanto el Tribunal federal de lo contencioso-Administrativo, BVerwGE 28, 145 y NVwZ 2986, 556; como la sala de lo civil del tribunal federal competente en materia civil y penal, Bundesgerichtshof, BGHZ 65, 182, 185, siendo está la doctrina dominante), lo que se deriva de la siguientes razones: el procedimiento de concesión de la licencia es tramitado por el órgano competente para dictar la licencia, en este caso la oficina del presidente comarcal (Landratsamt), que es el único que se va a manifestar externamente —especialmente frente al solicitante de la licencia—. Por su parte, el ayuntamiento tiene el derecho a intervenir, dadas sus potestades en materia de planeamiento, para evitar la realización de proyectos de construcción, que, afectando a zonas de su término municipal todavía no planificadas, no se ajustan a sus previsiones sobre el planeamiento, pero su autorización o su negativa al proyecto constituye una declaración dirigida al órgano competente para dictar la licencia y permanece, por tanto, en el ámbito interno de la administración. Por tanto, B tiene que dirigir

DR © 2012, Universidad Nacional Autónoma de México,
Instituto de Investigaciones Jurídicas

su demanda no contra el ayuntamiento para que dicte la autorización, sino contra la oficina del presidente comarcal para que emita la licencia de obras (aún cuando dicha administración hubiese estado dispuesta a dictar la licencia, pero no pudo hacerlo debido a la falta de autorización por parte del municipio), y el tribunal de lo contencioso deberá pronunciarse incidentalmente sobre la validez de la negativa a la autorización, de forma que cuando estime que dicha negativa no fue válida, y no haya más obstáculos a la licencia, deberá condenar a la oficina del presidente comarcal a dictar la correspondiente licencia de obras, de forma que la falta de autorización será sustituida por la sentencia judicial (en tal sentido, el Tribunal Federal de lo Contencioso-Administrativo en su resolución recogida en NVwZ-RR 2003, 719). Por otra parte, la negativa ilegal a la autorización por parte del municipio puede, según el tribunal federal competente en materia civil y penal —BGH—, fundar frente al mismo un derecho a indemnización por responsabilidad extracontractual de la administración y un derecho a indemnización por una lesión para-expropiatoria en el patrimonio del particular (véase BGHZ 65, 182; 99, 262, 273, y la resolución del BHG recogida en NVwZ-RR, 2003, p. 403). Por otra parte, si la licencia se hubiese otorgado sin mediar la autorización del municipio prevista en el § 36 del Código Urbanístico (BauGB), éste podría, presentando una pretensión de impugnación (Anfechtungsklage), obtener la anulación de la licencia de construcción (así, el Tribunal Federal de lo Contencioso-Administrativo en NVwZ 1986, 556 y BauR 1988, p. 694), La aplicación de esta última jurisprudencia a los supuestos en los que la negativa a la autorización es ilegal y, por tanto, la impugnación de la denegación de la licencia hubiera sido estimada, debe ser considerada demasiado formalista y ha sido, por tanto, objeto, con razón, del rechazo por parte de la doctrina. Cuando el órgano competente para otorgar la licencia es el municipio (lo que sucede, por ejemplo, cuando el municipio es una gran ciudad que absorbe las competencias comarcales) entonces no se aplican las reglas procedimentales del § 36 I 1 del Código Urbanístico, pero el municipio puede alegar el principio material expresado en el § 36 I para la defensa de sus potestades de planeamiento y, en consecuencia, ante el peligro de violación de las mismas, denegar la licencia de construcción (en tal sentido, el Tribunal Federal de lo Contencioso-Administrativo en BVerwGE 121, 339 distanciándose parcialmente de la jurisprudencia anterior).

Entre las resoluciones judiciales del Tribunal Federal de lo Contencioso-Administrativo que consideran que la aprobación de otro órgano no es un acto administrativo, cabe citar las siguientes: BVerwGE 45, 12, 16 y 17 (sobre la aprobación prevista en el § 37 de la Ley Federal sobre Exiliados [BVFG]Nt8 en su anterior redacción); la recogida en DÖV 1975, 575 (sobre la aprobación prevista en el § 9 de la Ley Federal de Carreteras [FStG]); BVerwGE 67, 173, 174 y 175 (sobre la aprobación del ministro federal del interior para las nacionalizaciones); BVerwGE 95, 333, 336 y 337 (sobre la autorización previa por parte del municipio para que el órgano competente en materia de tráfico emita la orden prevista en el § 45 I b 2 del Reglamento de Tráfico, StVO); BVerwGE 99, 371, 373 y 374 (sobre la decisión de la Comisión para la Elección de Jueces —Richterwahlausschüsse— sobre la adecuación de las Jueces de la antigua RDA para prestar sus servicios tras la unificación); puede consultarse para más referencias Stelkens, en Stelkens/Bonk/Sachs, VwVfG, § 35 marg. 95.

Nt8 Se trata de una Ley —Bundesvertriebenengesetz—que aborda diversas medidas a favor de algunos colectivos de personas desplazadas como consecuencias del terror nazi, la segunda guerra mundial o el régimen de la extinta RDA.

DR © 2012, Universidad Nacional Autónoma de México,
Instituto de Investigaciones Jurídicas

3. *La resolución general*

A. *Concepto*

La resolución general —Allgemeinverfügung—, que está definida en la frase segunda del § 35 de la Ley de Procedimiento Administrativo (*VwVfG*), es un acto administrativo y por tanto, no se trata de un tipo autónomo de acto jurídico, sino de uno de la clase de la figura —el acto administrativo— definida en la primera frase del citado parágrafo. Esta categoría queda determinada por la concurrencia de los elementos del concepto de acto administrativo y por algunos otros elementos que le son propios. Como el resto de los actos administrativos, la resolución general es una regulación de autoridad de un caso concreto, realizada por un órgano administrativo y con eficacia externa. La especialidad de la resolución general radica en los destinatarios de la regulación.

Antes de la Ley de Procedimiento Administrativo (*VwVfG*), la doctrina mayoritaria entendía por resolución general un acto administrativo que no se dirigía a una persona sino a un círculo de personas determinadas o determinables, siendo decisivo que, en el momento en el que se hubiese dictado la resolución, el círculo de sus destinatarios estuviese objetivamente fijado y fuera individualizable, lo que la diferenciaba de la norma jurídica que se dirige a un conjunto de personas todavía no determinado.[26]

Este concepto tradicional de resolución general ha sido considerablemente ampliado por la segunda frase del § 35 *VwVfG*, pudiendo diferenciarse tres grupos de supuestos:

a) Las *resoluciones generales orientadas a los destinatarios*. Por una parte, la resolución general puede ser un acto administrativo que se dirige a un grupo de personas determinado o determinable mediante una característica objetiva (primer supuesto de la frase segunda del § 35 *VwVfG*). En parte de la doctrina se sostiene al respecto que el grupo de personas al que se dirige la resolución debe estar objetivamente fijado en el momento del dictado de la misma, de forma que no habría diferencia con el concepto anterior de resolución general; sin embargo, esta interpretación es contraria al mismo sentido literal de la norma según el cual los destinatarios se determinan no de forma

[26] Ejemplo: La orden para que se disperse una manifestación, véase supra, marg. 16.

DR © 2012, Universidad Nacional Autónoma de México,
Instituto de Investigaciones Jurídicas

individual, sino mediante características generales y, por tanto, por su pertenencia a cierto género (por ejemplo, todos los propietarios de viviendas, todos los usuarios de una vía pública, etcétera). La necesaria delimitación del círculo de los destinatarios, a efectos de distinguir la decisión general de las normas jurídicas, se produce por su relación con el supuesto de hecho concreto (caso particular).[27]

b) La *resolución general orientada a una cosa*. La resolución general puede ser también el acto administrativo que determina la condición jurídica de una cosa (segundo supuesto de la frase segunda del § 35 *VwVfG*), con lo que se referirá no a una persona sino a una cosa, regulando la condición jurídica de un objeto y no los derechos y obligaciones de una persona. No obstante, la regulación jurídica de una cosa tiene efectos personales, ya que constituye el punto de partida de derechos y obligaciones para las personas y, de este modo, cuando menos de forma mediata se puede afirmar que dicha regulación se dirige a personas.[28]

   El legislador evoca así la teoría de los actos administrativos reales —*dinglichen Verwaltungsakt*— sin utilizar esta expresión y sin asumir necesariamente dicha teoría (véase *infra*, margs. 56 y 57).

c) *Regulaciones de uso*. Resolución general es también, por último, el acto administrativo que tiene por objeto el uso de una cosa por la generalidad —*Allgemeinheit*— (tercer supuesto de la frase segunda del

[27] Véase como ejemplo el caso de la manifestación citado en el marg. 17, no obstante este supuesto tan claro no debe llamarnos a engaño ya que la amplia redacción de la segunda frase del § 35 VwVfG da lugar a dificultades considerables a la hora de establecer la distinción entre la decisión general y la norma jurídica.

[28] Ejemplo: La afectación en el ámbito del derecho de carreteras es un acto de autoridad por el que un tramo apto para el tráfico adquiere la condición jurídico-pública de carretera (véase, en tal sentido el § 2 I de la Ley Federal de Carreteras [FStrG]), de lo que se derivan, a su vez, determinadas consecuencias jurídicas entre las que destaca el derecho de cualquiera al uso sin obstáculos de la vía pública (el llamado uso común, véase § 7 I de la Ley Federal de Carreteras); véase, sobre la afectación, Axer, Die Widmung als Schlüsselbegriff des Rechts der öffentlichen Sachen, 1994, con más referencias en este sentido. También se califican como resoluciones generales orientada a una cosa en el sentido del segundo supuesto de la frase segunda del § 35 VwVfG la determinación del perímetro de protección según el § 2 de la Ley Reguladora del Perímetro de Protección (—Schutzbereichgesetz—) (véase la resolución del Tribunal Federal de lo Contencioso-Administrativo recogida en BVerwGE 70, 77, 81) y el cambio de denominación de una calle (así, el Tribunal Superior de lo Contencioso-Administrativo con sede en Münster, OVG Münster, NJW 1985, 2695; el Tribunal Superior de lo Contencioso-Administrativo de Baviera, BayVGH BayVBl. 1988, 496; y el Tribunal Superior de lo Contencioso-Administrativo de Baden-Württemberg, BadWürttVGH NVwZ 1992, p. 196).

DR © 2012, Universidad Nacional Autónoma de México,
Instituto de Investigaciones Jurídicas

§ 35 *VwVfG*). "Generalidad" sólo puede ser entendida aquí con un sentido personal, como la referencia a un número indeterminado de personas. Se trata, por tanto, de la regulación que determina los derechos y obligaciones de los usuarios de una cosa y, en el fondo, las regulaciones de uso se pueden considerar como supuestos de decisiones generales orientadas a los destinatarios ya que el círculo de destinatarios de la regulación se determina por una característica general (el ser usuario y quiénes van a ser usuarios es algo que todavía no se puede determinar en el momento de dictar el acto). La necesidad de que la regulación tenga un carácter concreto se cumple con la referencia a una cosa.[29]

B. *Derecho aplicable*

Las resoluciones generales se someten, en principio, a los mismos preceptos que regulan los actos administrativos, pero existen algunas *normas especiales* que atienden a las peculiaridades de esta figura:

— El órgano que lleva el procedimiento puede prescindir del trámite de audiencia a los interesados (§ 28 II núm. 4 *VwVfG*).
— La decisión general puede ser objeto de comunicación pública (41 III 2 *VwVfG*).
— Cuando una decisión general es objeto de comunicación pública no tiene necesariamente que estar motivada (39 II núm. 5 *VwVfG*).

[29] En este apartado deben consignarse, sobre todo, regulaciones sobre el uso de determinados establecimientos e instituciones (por ejemplo, el uso de las instalaciones de baño municipales, de las bibliotecas, de los museos, etcétera) que dictan los directores de los mismos (el encargado de la piscina, el director de la biblioteca etcétera). La antigua opinión mayoritaria de que el uso de estos establecimientos fundaba una relación de sujeción especial y, por tanto, regulable mediante reglamentaciones administrativas internas ha perdido su sentido al extinguirse la teoría de las relaciones de sujeción especial (véase supra, § 8 margs. 26 y ss.), sin que el instituto que pretende servir de sucedáneo, los reglamentos especiales, resulte viable (véase supra, § 8 marg. 31) ya que la frase segunda del § 35 VwVfG viene a terciar en la polémica y califica dichas regulaciones como resoluciones generales. En este sentido, se debe clarificar la cuestión sobre qué se puede determinar mediante una resolución general y qué requerirá una regulación por medio de ley u ordenanzas. Así, la decisión general se debe limitar a las reglas de orden interno que rigen la vida cotidiana del Establecimiento, mientras que las cuestiones fundamentales del mismo se deberán regular por ley o mediante una ordenanza.

DR © 2012, Universidad Nacional Autónoma de México,
Instituto de Investigaciones Jurídicas

C. *En especial, las señales de tráfico*

En este contexto, cobra actualidad la cuestión sobre la naturaleza jurídica de las señales de tráfico que tanto ha ocupado durante años a la jurisprudencia y la doctrina y que seguirá ocupándolas en el futuro.

Tanto las señales realizadas por un agente de la policía de tráfico (que se sitúa, por ejemplo, en un cruce de calles) como las que emite un semáforo sea éste manual o automático (fase rojo-amarillo-verde) son consideradas actos administrativos en forma de una resolución general, siendo esta consideración pacífica ya que se trata de regular el comportamiento de los implicados en el tráfico que están presentes en ese preciso momento. Es discutida, sin embargo, la naturaleza jurídica de las *señales de tráfico que se hacen en forma de letreros* según los §§ 41 y 43 del Reglamento de Tráfico —*StVO*— (tales como las señales de limitación de la velocidad, prohibición de adelantamientos, calle de dirección única, etcétera), siendo hoy mayoritaria la opinión de que se trata de *resoluciones generales*, bien considerándose que el mandato es la consecuencia (para los implicados en el tráfico presentes en cada momento) de una resolución general, bien considerando que se trata de un acto administrativo de efectos prolongados en el tiempo (*Dauerverwaltungsakt*) en forma de una resolución general (que regula la situación del tráfico en un lugar concreto), pero también se sostiene por otros sectores que se trata de *actos administrativo reales* (que afectan a un sector concreto de la vía), o de *reglamentos* (regulaciones generales y abstractas). La jurisprudencia consideraba antes las señales de tráfico como reglamentos, pero después se fue inclinando por su consideración como actos administrativos, lo que sin embargo, se debe más a consideraciones prácticas que a planteamientos teóricos, habiéndose situado la doctrina mayoritariamente, aunque no unánimemente, en la misma línea de la jurisprudencia.[30]

[30] *Cfr*. Las sentencias del Tribunal Federal de lo Contencioso-Administrativo recogidas en BVerwGE 27, 181 y 221, 224 y ss. (ambas fundamentales); BVerwGE 92, 32, 34 (sobre el carril bus); BVerwGE 97, 214, 220 y 221 (zona de velocidad limitada); BVerwGE 97, 323, 326 y ss. (promesa de implantación de una señal de tráfico); BVerwGE 102, 316, 318 (colocación posterior de una señal de prohibido aparcar); DVBl. 2004, 518 (legitimación para impugnar señales de tráfico). Lo mismo sirve para otras instalaciones relacionadas con el tráfico, como, por ejemplo, las zonas de aparcamiento por horas (que constituyen una modificación de la prohibición de aparcar), *cfr*. la sentencia del Tribunal Federal de lo Contencioso-Administrativo en DÖV 1988, 694. El Tribunal Superior de lo Contencioso-Administrativo de Baviera (BayVGH), que en un principio se resistió enérgicamente a la

DR © 2012, Universidad Nacional Autónoma de México,
Instituto de Investigaciones Jurídicas

Desde un punto de vista puramente objetivo las señales de tráfico, por su misma naturaleza, constituyen *reglamentos*, ya que no regulan, como es el caso de la afectación, la esencia jurídica de un tramo de la carretera, ni el uso o utilidad de un determinado tramo, ni "la situación del tráfico en un lugar concreto" (así, el Tribunal Federal de lo Contencioso-Administrativo en *BVerwGE* 27, 181, 183), sino que regulan, en forma de "mandatos y prohibiciones" (así expresamente el § 41 I *StVO*), el comportamiento en el tráfico de un número indeterminado de personas en un número indeterminado de supuestos (cada vez que alguien se sitúa en el ámbito de vigencia de la señal, tiene que comportarse de una forma determinada). No obstante, debe concederse que las señales de tráfico se sitúan en la frontera entre el reglamento jurídico y el acto administrativo y puede, por tanto, adoptarse otro punto de vista, por lo que el legislador puede determinar que las señales de tráfico adopten la forma de un acto administrativo (de una resolución general). Esta es la opción —no expresa, pero sí contenida en la exposición oficial de motivos— por la que se ha decantado el legislador en la frase segunda del 35 *VwVfG*, de forma que actualmente, y de *lege lata*, *las señales de tráfico deben tratarse como disposiciones generales*.[31]

nueva jurisprudencia del Tribunal Federal de lo Contencioso-Administrativo y se pronunció sobre la naturaleza de las señales de tráfico como reglamentos (véase la resolución recogida en NJW 1978, 1988), ha cambiado su jurisprudencia y sigue ahora la misma corriente que el Tribunal Federal de lo Contencioso-Administrativo (*cfr*. BayVGH NVwZ 1984, p. 383). En esta misma línea se sitúa la doctrina mayoritaria, véase, entre otros muchos Stelkens/Stelkens, StBS § 35, margs. 241 y 242; Erichsen, VerwR § 12 marg. 53; Götz, PolR, marg. 634; Prutsch, JuS, 1980, pp. 566 y ss.; véase, también, Manssen, "Anordnungen nach § 45 StVO im System des Verwaltungsrechts und des Verwaltungsprozessrechts", DVBl, 1997, pp. 633 y ss. Otra opinión (las señales de tráfico son reglamentos) sostienen: Renck, JuS, 1967, pp. 545 y ss.; el mismo autor en NVwZ 1984, pp. 355 y ss.; Vogel, en Drews/Wacke/Vogel/Martens, Gefahrensabwehr, pp. 364 y ss. (con consideraciones dignas de consideración y también orientadas a la práctica); Obermayer, NJW 1980, pp. 2387 y 2388.

[31] En tal sentido, ya Maurer, JuS, 1976, p. 490, véase, también, Prutsch, JuS, 1980, p. 571; también llegan al mismo resultado aunque con otra fundamentación, Stelkens/Stelkens, StBS § 35, marg. 242 (son resoluciones generales).

La cuestión sobre si las señales de tráfico son actos administrativos o reglamentos no sólo tiene un interés dogmático, sino que tiene también importantes consecuencias prácticas, como se verá en la exposición que sigue, pero que vamos a destacar resumidamente aquí. En primer lugar la distinción afecta a los presupuestos jurídico-formales para dictar el acto (para los actos administrativo se aplica la Ley de Procedimiento Administrativo, para los reglamentos, entre otras normas, el artículo 80 I de la Ley Fundamental), a las consecuencias jurídicas de la antijuridicidad (los actos administrativos antijurídicos son impugnables y revisables, los reglamentos antijurídicos son nulos desde el principio), a la tutela judicial (frente a los actos administrativos se puede elevar, generalmente, una pretensión de impugnación

DR © 2012, Universidad Nacional Autónoma de México,
Instituto de Investigaciones Jurídicas

Con la decisión a favor de considerar las señales de tráfico como actos administrativos en la forma de resoluciones generales no se han resuelto todos los problemas, es más, se han generado nuevas complicaciones que afectan a la notificación de estos actos y, en consecuencia, al *nacimiento de su eficacia* y al *plazo para su impugnación*. Sobre este tema vamos a entrar aquí brevemente por razones de contexto y adelantándonos a la exposición sobre la notificación de los actos administrativos (véase *infra,* margs. 64 y ss.). El Tribunal Federal de lo Contencioso-Administrativo había establecido en su momento que la señal de tráfico (más correctamente, la regulación del tráfico contenida en la señal de tráfico) se entendía notificada al usuario individual de la vía cuando éste entraba en el campo de la misma que, además, mantenía sus efectos sobre él mientras no fuese retirada (así, en la sentencia recogida en *BVerwGE* 28, 181, 184), doctrina en la que insistió en otras resoluciones posteriores (véase por ejemplo, la compilada en *BVerwGE* 59, 221, 226). En la resolución recogida en *BVerwGE* 102, 316, el Tribunal Federal de lo Contencioso-Administrativo interpreta que las señales de tráfico, según los preceptos del Reglamento de tráfico —*StVO*— (especialmente los § 39 I, Ia y § 45 IV del *StVO*), se notifican públicamente cuando se erigen, pero deja en el aire si esa notificación pública se produce como consecuencia de la regulación especial del § 41 III de la Ley de Procedimiento Administrativo (*VwVfG*) o como consecuencia de los preceptos especiales del Reglamento de Tráfico que se aplicarían preferentemente al § 41 *VwVfG* en su conjunto. De esta nueva doctrina se deduce que las señales de tráfico, generalmente, se hacen eficaces con su establecimiento, siendo irrelevante si la persona implicada en el tráfico ha considerado o no la señal, bastando que la misma esté situada de forma que una persona implicada en el tráfico, y que cumpla con el deber de diligencia expresado en el § 1 del Reglamento de Tráfico, pueda ya apreciarla de un vistazo rápido al pasar (así, el Tribunal Federal de lo Contencioso-Administrativo en *BVerwGE* 102, 316, 318); sin embargo, en esta resolución, el Tribunal Federal de lo

(Anfechtungsklage), contra los reglamentos sólo cabe en algunos —Länder— la impugnación directa del § 47 de la Ley de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa (VwGO), por lo demás, cabe también, en todo caso, una impugnación indirecta con el objeto de obtener la declaración de antijuridicidad de la señal de tráfico en cuestión), y, por último, de licitud constitucional (ya que el artículo 80 de la Ley Fundamental sólo permite una delegación de la competencia de dictar reglamentos —aquí desde el ministro competente en materia de tráfico a los órganos encargados de la circulación por las carreteras— si se autoriza por una norma con rango de ley, lo que no se produce aquí ya que la Ley de Tráfico no contiene semejante cláusula).

DR © 2012, Universidad Nacional Autónoma de México,
Instituto de Investigaciones Jurídicas

Contencioso-Administrativo no ha hecho declaración alguna sobre el plazo para la impugnación. No obstante, el Tribunal Superior de lo Contencioso-Administrativo de Hessen (*HessVGH*) ya ha sacado como conclusión de esta jurisprudencia que el plazo de impugnación de las señales de tráfico comienza, con carácter general, con su implantación y termina, según la regla del § 58 II de la Ley de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa (*VwGO*), cuando haya transcurrido un año (véase la resolución del Tribunal de Hessen recogida en NJW 1999, 2057), lo que ha provocado una enérgica contestación doctrinal (*véase Bitter/Konow*, NJW 2001, 1386 y ss.).[32]

4. *El significado del acto administrativo*

A. *La clasificación jurídica*

El acto administrativo es un concepto propio del derecho administrativo material, del derecho del procedimiento administrativo y del derecho procesal administrativo. Esta triple atribución no significa que exista una triple

[32] La nueva jurisprudencia del Tribunal Federal de lo Contencioso-Administrativo adquiere significado práctico, sobre todo, ante el problema de las señales de tráfico establecidas sobrevenidamente, por ejemplo: Aparca su vehículo en una vía pública y se interna en un centro hospitalario para seguir un tratamiento médico de varias semanas de duración, pasadas tres semanas el órgano competente establece en ese sector de la vía unas señales móviles de prohibido el estacionamiento con el objeto de la preparación y celebración de una fiesta, tras cuatro días en esa situación el vehículo es retirado por una grúa privada que lo lleva a sus instalaciones de donde A lo podrá recuperar previo pago de los costes de arrastre y almacenamiento de su vehículo. Si aplicamos a este caso la nueva jurisprudencia del Tribunal Federal de lo Contencioso-Administrativo se sigue que: La prohibición de aparcar es eficaz y está notificada en el momento del establecimiento de la señal, rigiendo también para A aunque éste no haya tenido conocimiento de la misma. La prohibición de aparcar trae consigo además, el mandato de retirar el vehículo, en concreto el deber de que el vehículo ilegalmente aparcado sea desplazado de forma inmediata (véase las sentencias del Tribunal Federal de lo Contencioso-Administrativo recogidas en DÖV 1978, 374 y DÖV 1988, 694). Este mandato puede ser ejecutado de forma provisional —aplicando el § 80 I núm. 2 de la Ley de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa (VwGO), dicha ejecución resultará en el caso concreto por la vía de la ejecución subsidiaria e inmediata (véase, al respecto, infra, § 20 margs. 13 y 27), debiendo A correr con los costes de arrastre y guarda de su vehículo (así, el Tribunal Federal de lo Contencioso-Administrativo en BVerwGE 102, 316, 320).— Esta jurisprudencia del Tribunal Federal de lo Contencioso-Administrativo ha recibido en la doctrina tanto la aprobación de un sector, como la crítica de otro, *cfr*. las referencias que ofrecen Stelkens/Stelkens, StBS § 35 margs. 244 y 245; Kopp/Ramsauer, § 35, marg. 113; Bitter/Konow, NJW 2001, 1387; Sobre el problema de la retirada policial de vehículos, Fischer, JuS, 2002, pp. 446 y ss.; Michaelis, Jura, 2003, pp. 298 y ss.

DR © 2012, Universidad Nacional Autónoma de México,
Instituto de Investigaciones Jurídicas

división del acto administrativo, sino que viene a manifestar la estrecha relación existente entre estos tres ámbitos jurídicos, relación que en buena medida se produce gracias al acto administrativo.

a) El acto administrativo pertenece al *derecho administrativo material* porque establece de forma vinculante, mediante la ejecución y la adaptación al caso concreto de las normas generales y abstractas, la situación jurídica en un supuesto determinado.

b) Se debe situar también al acto administrativo entre las figuras propias del *derecho del procedimiento administrativo* porque representa la resolución final de un procedimiento administrativo. En este sentido, ya hemos insistido en el doble sentido de la expresión regulación (véase *supra*, marg. 7), este concepto refleja el sentido jurídico-material *y* el procedimental del acto administrativo, que, de un parte, se presenta (en un sentido procedimental) como fallo que pone fin a un prodecimiento y, por otra, (en un sentido jurídico material) como regulación que determina las relaciones jurídicas entre la administración y los ciudadanos. Con ello el acto administrativo representa el punto de conexión en el que el proceso de búsqueda de la decisión culmina en la configuración del derecho.

c) El acto administrativo pertenece al ámbito del *derecho procesal contencioso-administrativo* porque, aunque ya no determina la posibilidad de ofrecer tutela judicial o no, sigue siendo determinante a la hora de fijar el tipo de pretensión que se puede ejercitar. En este sentido la pretensión de revisión o de emisión de un acto administrativo se debe elevar en la forma de una pretensión constitutiva específica de impugnación (*Anfechtungsklage*) o de condena (*Verpflichtungsklage*), para las que rigen condiciones de admisibilidad específicas (véase los §§ 42 y 68 y ss. de la Ley de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa). La revisión contenciosa de un acto administrativo tiene, por lo demás, un doble carácter que debe ser destacado, de una parte se trata de una decisión procesal, pero, por otra parte, acaba con la eficacia del acto administrativo impugnado y tiene, por tanto, un significado jurídico material inmediato.[33]

[33] Antes la existencia de un acto administrativo no sólo era presupuesto para la admisibilidad de una pretensión de impugnación (*Anfechtungsklage*), sino que era presupuesto para la admisibilidad de cualquier pretensión contenciosa, lo que llevó, dada la necesidad de alcanzar una tutela judicial más extensa a una hipertrofia cada vez mayor del acto administrativo. Este proceso, que si bien no se reflejó en el concepto, sí que se produjo de hecho al subsumir en esta figura manifestaciones que, desde una perspectiva objetiva difícilmente podrían encuadrarse en la misma (por ejemplo, meras comunicaciones, informes, pagos). La Ley de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa (VwGO) dictada en 1960 ya no con-

DR © 2012, Universidad Nacional Autónoma de México,
Instituto de Investigaciones Jurídicas

B. *Las particularidades jurídicas del acto administrativo*

El acto administrativo se caracteriza por algunas particularidades jurídicas que le otorgan su esencia propia y que lo diferencias de otros actos jurídicos tanto del ámbito jurídico-público como del ámbito jurídico-privado. Aunque más adelante se va a hacer referencia en extenso a estas características se deben mencionar ahora para comprender el acto administrativo en su contexto.

a) *Eficacia jurídica con independencia de las irregularidades*. El acto administrativo se hace eficaz con su notificación a los interesados y sin que se tenga en cuenta si el mismo es conforme o no a derecho. Siendo vinculante incluso cuando pueda ser antijurídico. Sólo cuando la antijuridicidad del acto es manifiesta y especialmente grave se considera a éste nulo de pleno derecho (lo que supone su ineficacia jurídica). No obstante, el afectado por un acto que considera antijurídico no tiene que asumirlo ya que puede impugnarlo, teniendo dicha impugnación como consecuencia —al menos por regla general— que el acto administrativo no pueda ser ejecutado y, si en el proceso de impugnación se demuestra su antijuridicidad, que se produzca la anulación del mismo. Por lo tanto la eficacia jurídica del acto administrativo queda, por lo pronto, bajo la reserva de su impugnación.

b) *Firmeza*. La eficacia del acto administrativo se refuerza con la firmeza cuando el acto no es recurrido en plazo o cuando el recurso no tiene éxito, entonces la eficacia temporal se convierte en definitiva. El acto administrativo que es únicamente favorable y que por falta de gravamen alguno no puede ser impugnado se hace firme en el momento de su emisión. La firmeza supone para el acto administrativo la garantía jurídica de su existencia y eficacia, aunque debe precisarse que la firmeza no es inamovible, pero la revisión de un acto firme sólo es admisible bajo determinadas condiciones.

diciona el acceso al contencioso a la existencia de un acto administrativo, sino que abre el proceso a todos los litigios jurídico-públicos (§ 40 VwGO), con lo que el acto administrativo ha perdido su función específica en la tutela judicial, siendo esta situación, tras algunas dudas iniciales, reconocida hoy por la jurisprudencia (*cfr*., por ejemplo, las resoluciones del Tribunal Federal de lo Contencioso-Administrativo recogidas en BVerwGE 60, 144, 148, y 77, 268, 274 y 275), con lo que ya no hay necesidad de seguir interpretando de forma extensiva el concepto de acto administrativo por razones de tutela judicial. De hecho, la existencia de un acto administrativo lleva a una limitación de dicha tutela judicial puesto que tanto la pretensión de impugnación (*Anfechtungsklage*), como la pretensión de condena específica para pedir el dictado de un acto administrativo (*Verpflichtungsklage*) sólo pueden plantearse dentro de un plazo determinado.

DR © 2012, Universidad Nacional Autónoma de México,
Instituto de Investigaciones Jurídicas

c) *Ejecución forzosa por la propia administración*. El acto administrativo puede ser ejecutado por el mismo órgano que lo dictó. Mientras que el ciudadano sólo puede ejecutar sus exigencias contra otro ciudadano o contra la administración con la ayuda de una sentencia judicial obtenida en el correspondiente proceso, el órgano administrativo puede ejecutar por sí mismo los "derechos" que ha declarado en sus propios actos administrativos.

C. *La función del acto administrativo*

Estas peculiaridades jurídicas del acto administrativo se explican si se tiene en cuenta la función que esta figura cumple. Así, el acto administrativo sirve, por una parte, a la *efectividad de la administración* que tiene en él un instrumento racional y manejable de regulación que resulta adecuado, incluso, en parte, imprescindible para poder llevar a cabo el trabajo en masa propio de la administración moderna. Así, la administración puede partir de que el acto administrativo dictado por ella, en tanto no haya incurrido en una irregularidad manifiesta y especialmente grave que lo haga nulo de pleno derecho, será eficaz, debe ser obedecido y, dado el caso, ejecutado, siempre que el ciudadano no haya reaccionado en tiempo contra el acto mediante la interposición del correspondiente recurso. Por otra parte, el acto administrativo también sirve al *interés del ciudadano* ya que le fija y delimita de forma inequívoca sus derechos y obligaciones y le ofrece un fundamento estable, que aún en caso de antijuridicidad del acto no cabe remover sin más, para sus futuras decisiones. En conjunto, cabe señalar que el acto administrativo crea unas relaciones claras y estables entre el Estado y los ciudadanos con lo que encuentra el fundamento que lo justifica en el principio de la seguridad jurídica.[34]

La opinión extendida sobre todo en la doctrina de posguerra, pero aún hoy ocasionalmente expresada con mayor o menor claridad, según la cual el acto administrativo sería un medio de poder propio de un Estado autoritario gestado en los tiempos de la monarquía constitucional que no es propia de la administración en un Estado de derecho democrático, desconoce simplemente el verdadero sentido del acto administrativo. En principio, dicha opinión ignora que ya Otto Mayer configuró el acto administrativo como

[34] En la doctrina se describe este fenómeno con la expresión "función de estabilización y clarificación del acto administrativo"; así, en primer lugar, Rüfner, VVDStRL 28, 1970, p. 269; Vogel, VVDStRL 28, 1970, y del mismo autor en Drews/Wacke/Vogel/Martens, Gefahrenabwehr, pp. 343 y 344; también, Schuppert, Verwaltungswissenschaft, pp. 154 y 155.

DR © 2012, Universidad Nacional Autónoma de México,
Instituto de Investigaciones Jurídicas

un instrumento para la limitación y la vinculación al Estado de derecho de la actividad administrativa. Esta función acorde con el Estado de derecho la mantiene el acto administrativo en nuestros días, pero debe ser hoy complementada —dado que el individuo se sitúa frente a la administración no como un súbdito sino como un ciudadano (véase *supra*, § 2, marg. 16)—, con los derechos de participación en el procedimiento administrativo y con la tutela judicial efectiva. Por otra parte, debe también tomarse en consideración que, en el caso de actos administrativos favorables, la eficacia del acto con independencia de su validez y la firmeza benefician principalmente al ciudadano.[35]

D. *Acto administrativo y sentencia judicial*

El acto administrativo, como la sentencia judicial, es un acto de conocimiento del derecho en cuanto establece lo que exige el derecho en un caso concreto. No obstante, hay importantes *diferencias entre el acto administrativo y la sentencia judicial*, que se aprecian sobre todo cuando se toma en consideración no solo la decisión en sí, sino el tipo de órgano que la adopta y el procedimiento para adoptarla.

a) La sentencia judicial tiene por objeto la resolución vinculante y definitiva de una *litis* en interés de la paz jurídica, el acto administrativo, por contra, es un medio de configuración en manos de la administración activa que se oriente principalmente al futuro.

b) La sentencia es, por tanto, sólo una decisión jurídica, mientras que el acto administrativo —en el marco de las potestades discrecionales reconocidas por la ley— puede estar también determinado por consideraciones de oportunidad.

c) El tribunal decide sobre la litis entre las partes como una instancia neutral e imparcial. El órgano administrativo decide sobre las cuestiones administrativas que se le han encomendado y es en este sentido, tanto órgano decisor como parte.

[35] La exigencia de una licencia para la realización de diversos proyectos y actividades en los ámbitos del derecho urbanístico y del derecho de la economía (por ejemplo, la licencia de construcción o la licencia para actividades económicas) no es para el interesado sólo una carga sino que también le resulta beneficiosa en cuanto con la licencia se establece de forma vinculante la legalidad del proyecto o actividad en cuestión. La actual tendencia en el marco del "adelgazamiento" de la administración a suprimir la obligación de licencia tiene (también) la consecuencia de que se carga al ciudadano con el riesgo de la legalidad de su actividad. Véase sobre el tema, infra, marg. 51.

DR © 2012, Universidad Nacional Autónoma de México,
Instituto de Investigaciones Jurídicas

d) El tribunal *sólo* puede actuar a instancia de parte, mientras que el órgano administrativo puede actuar en multitud de supuestos (también) de oficio.

e) El procedimiento judicial está formalmente configurado y sujeto a numerosas garantías procesales para asegurar una decisión materialmente correcta. El procedimiento administrativo, por contra, está configurado generalmente, en interés de una administración rápida y orientada a la consecución de sus fines, de manera informal y queda sujeto a escasas garantías procesales.

5. *Clases de actos administrativos*

El concepto de acto administrativo engloba numerosas medidas oficiales (como ya indicamos en el marg. 1), lo que permite compartimentarlo desde muy distintos puntos de vista. A continuación se van a poner de relieve sólo aquellos tipos y clases de actos administrativos que resultan más importantes desde un punto de vista práctico.

A. *Actos administrativos declarativos, constitutivos y las órdenes*

Esta distinción se basa en el contenido de la regulación:

a) Las *órdenes* son los actos administrativos que contienen un mandato o una prohibición, de forma que obligan a un determinado comportamiento (hacer, consentir o no hacer algo).[36]
b) Los *actos administrativos constitutivos de derechos* fundan, modifican o concluyen una relación jurídica concreta.[37]

[36] Ejemplos: Todas las resoluciones de policía, las señales de tráfico que hacen los agentes de policía según el § 36 del Reglamento de Tráfico (StVO), la prohibición de reuniones según el § 15 I de la Ley de Reunión (VersG), las decisiones sobre tasas o las prohibiciones de actividades económicas según el § 35 de la Ley sobre Actividades Empresariales (GewO).

[37] Ejemplos: La adquisición de la nacionalidad, el nombramiento como funcionario, o la inmatriculación. El acto administrativo puede también referirse a una relación jurídica de derecho privado (los llamados actos administrativos constitutivos con efectos jurídico-privados-*privatrechtsgestaltender Verwaltungsakt*), como, por ejemplo, la autorización de un contrato de enajenación de un solar a la que queda condiciona la eficacia del mismo. También son actos administrativos constitutivos las autorizaciones y dispensas a las que nos referiremos en los margs. 51 y ss.

DR © 2012, Universidad Nacional Autónoma de México,
Instituto de Investigaciones Jurídicas

c) Los *actos administrativos declarativos* son aquellos que declaran un derecho o una condición jurídicamente relevante de una persona.[38]

El acto administrativo declarativo se limita a determinar algo que ya de *lege lata* está en vigor, no obstante, es igualmente un acto administrativo porque determina de forma *vinculante* esa situación jurídica y tiene, por tanto, carácter regulador. Así, si una determinada prestación prevista en la ley se determina mediante un acto administrativo, la resolución que determinó la prestación se convierte en el fundamento jurídico de la misma con la consecuencia de que ésta no podrá ser negada o retirada en tanto subsista la resolución que la concedió (véase la resolución del Tribunal Federal de lo Contencioso-Administrativo recogida en *BVerwGE* 8, 261, 265 y ss., sobre la resolución de fijación de una pensión). Por ello puede afirmarse que el acto administrativo declarativo tiene un cierto efecto constitutivo, que aun se refuerza más cuando el órgano administrativo lo adopta ejercitando una potestad con cierto grado de discrecionalidad. No obstante, se puede diferenciar todavía del acto administrativo constitutivo porque, a diferencia de éste, el acto declarativo no tiene por objeto la modificación de ninguna situación jurídica material.

B. *Actos administrativos favorables y de gravamen*

Esta distinción se basa en los *efectos jurídicos* que el acto administrativo produce *en el ciudadano afectado* (véase, sobre este aspecto, *supra*, el § 1, margs. 20 y ss., sobre la administración prestacional y la administración de intervención).

a) *El acto administrativo favorable* crea o confirma un derecho o una ventaja jurídicamente relevante (en tal sentido la definición legal contenida en el § 48 I 2 *VwVfG*).[39]

[38] Ejemplos: La declaración de la nacionalidad, del derecho al sufragio, de la antigüedad de un funcionario a efectos retributivos, de la condición de objetor de conciencia al servicio militar (BVerwGE 65, 287, 288; 69, 90, 91), o también el reconocimiento de determinados derechos de contenido monetario (ayudas, becas, subvenciones) que el ciudadano tiene frente al Estado (las llamadas resoluciones de prestación —Leistungsbescheide—).

[39] Ejemplos: El otorgamiento de una beca, de una licencia de construcción, la inmatriculación o el nombramiento como funcionario.

DR © 2012, Universidad Nacional Autónoma de México,
Instituto de Investigaciones Jurídicas

b) *El acto administrativo de gravamen* perjudica al destinatario bien sea porque limita sus derechos, bien sea porque le deniega una ventaja solicitada.[40]

c) Un acto administrativo puede ser para el mismo *destinatario* favorable *y* desfavorable al mismo tiempo, lo que se produce tanto cuando una determinada prestación estatal se concede acompañada de una obligación para el beneficiario, como cuando la prestación solicitada se concede pero sólo parcialmente.[41]

Por otra parte, de la propia función de determinación del derecho y, por tanto, también de delimitación de derechos que cumple el acto administrativo se deriva que un acto administrativo desfavorable puede tener un efecto favorable en cuanto delimita el alcance concreto del deber que pesa sobre el ciudadano.[42]

d) *Actos administrativos con efectos frente a terceros* (*Drittwirkung*) son aquellos que no sólo producen efectos frente al destinatario sino también frente a terceras personas, siendo el supuesto más característico el de los actos favorables para el destinatario con efectos desfavorables para terceros y

[40] Ejemplos: Todos los mandatos y prohibiciones (véase supra, marg. 44), las exmatriculaciones, la separación del servicio de un funcionario, la denegación de la licencia de construcción solicitada, la denegación de una beca. Por su parte, el acto administrativo declarativo es en sí mismo "neutral", debido a que si tiene efectos favorables o desfavorables depende de las declaraciones anteriores o de lo solicitado por el particular. Así, una nueva declaración sobre la antigüedad a efectos retributivos de un funcionario puede ser favorable o desfavorable según lo que ya se le hubiera antes reconocido a esa persona o según lo que se hubiese solicitado. Véase, sobre el carácter desfavorable de un acto administrativo declarativo la resolución del Tribunal Federal de lo Contencioso-Administrativo recogida en BVerwGE 72, 265, 267.

[41] Ejemplo: A solicita una ayuda para la vivienda de 100 marcos alemanes al mes y sólo se le concede por importe de 50, con lo que la prestación (favorable) contiene al mismo tiempo la (desfavorable) desestimación de los otros 50 marcos solicitados.

[42] Ejemplo: Si a un propietario de suelo se le fija mediante una resolución su contribución a los gastos de urbanización en la cantidad de 5.000 euros, entonces se deriva de dicha resolución que él tendrá que pagar sólo 5.000 euros y no más (lo que es relevante de cara a una eventual exigencia posterior de otra cantidad, véase infra, § 11 marg. 15). Por ello es posible que en determinadas circunstancias una pretensión contenciosa contra la revisión de una decisión que fija una contribución tenga pleno sentido y sea admisible (a pesar de que dicha decisión sea un acto desfavorable y su revisión un acto favorable en sí), cuando y porque el interesado pueda contar con que en el marco de una nueva determinación se pueda fijar su contribución en una suma superior (véase la resolución del Tribunal Superior de lo Contencioso-Administrativo de Baden-Württemberg [BadWürttVGH] recogida en VBVBW 1991, p. 222).

DR © 2012, Universidad Nacional Autónoma de México,
Instituto de Investigaciones Jurídicas

el ejemplo típico el de la licencia de construcción (beneficiosa para el dueño de la obra) que perjudica los derechos del vecino.[43]

C. *Permisos y dispensas*

Estos actos levantan para un caso concreto la prohibición legal y permiten una determinada actuación o proyecto, distinguiéndose, en principio, entre los actos que producen dichos efectos, dos grandes grupos, que, no obstante, en la práctica no pueden siempre diferenciarse de forma nítida.

a) *Los permisos (permisos de control)*. En estos casos el legislador prohíbe determinadas actuaciones (o proyectos), pero no porque se trate de actividades que generalmente tengan que quedar prohibidas, sino porque deben ser objeto de un control oficial *previo* para comprobar que no infringen determinados preceptos jurídico-materiales. Si el examen es positivo resulta que la actuación es conforme el derecho material aplicable y se debe extender la licencia. De forma que, en estos casos, la prohibición ha de entenderse, desde el principio, bajo la reserva o condición de que si en el procedimiento de autorización no se encuentran razones legales para la denegación, debe emitirse el permiso. Por ello se habla en estos casos de "prohibición bajo reserva de autorización". A efectos didácticos puede pensarse en la analogía con una barrera que será elevada si el control que se ha establecido ante la misma no da lugar a reparos.[44]

[43] El "tercero" que se ve afectado en sus derechos por un acto administrativo puede plantear los correspondientes recursos (un recurso administrativo o el planteamiento de una pretensión de impugnación en vía contenciosa) contra él (véase, ya supra, § 8 margs. 8 y 9).

[44] El ejemplo típico es la licencia de construcción: En principio, ha de partirse de la libertad de construcción (artículos 2 I y 14 I GG, aunque se trata de una cuestión discutida, como aquí, Brohm, BauR § 1 marg. 21; en contra, Dähne, Jura 2003, pp. 405 y ss. ambos con más referencias), pero en interés de la colectividad y de los vecinos puede y debe someterse a dicha libertad de construcción a varias limitaciones. La determinación de dichas limitaciones debe hacerla el legislador por ley y la administración urbanística debe asegurarse de que dichas limitaciones se cumplan en cada caso concreto, si dicho control de la conformidad al derecho urbanístico se hiciese cuando la obra ya está concluida, se debería proceder, en los casos de contradicción con dicho derecho, o bien a la demolición total o parcial de lo construido, o bien a consentir lo edificado pese a que contradiga el derecho urbanístico, sin que ninguna de estas alternativas resulte razonable. Por ello resulta más razonable comprobar la conformidad al derecho urbanístico de las obras planificadas antes de su ejecución, lo que se hace durante el procedimiento para dictar la licencia de obras en el que sobre la base de los planos de la obra proyectada se analiza el ajuste de la misma al derecho material aplicable y, en caso de conformidad se procede al dictado de la licencia. Con la licencia de construcción

DR © 2012, Universidad Nacional Autónoma de México,
Instituto de Investigaciones Jurídicas

La comprensión del permiso de control se hace más fácil si se distingue entre la *perspectiva formal y la material*. Desde un punto de vista *formal* el permiso es un acto administrativo constitutivo y favorable; desde un punto de vista *material* simplemente restablece la libertad de actuación general (libertad de construcción, libertad de empresa, etcétera), con lo que sólo dan al ciudadano lo que ya le correspondía *ex constitutione* —a diferencia de lo que ocurre con los actos administrativos que otorgan prestaciones estatales e incrementan, por tanto, el patrimonio jurídico del ciudadano—. De igual forma, en el caso de una *denegación* del permiso de control, tendremos que, desde un punto de vista *formal*, se trata de la denegación de un acto favorable; desde un punto de vista *material* representa una intromisión en la libertad y la propiedad en cuanto hace permanente una prohibición que, en principio, era sólo temporal. También puede distinguirse entre antijuridicidad *formal* y *material* en el caso de que el ciudadano lleve a cabo un proyecto que requería licencia sin la misma: El proyecto es (sólo) formalmente antijurídico, cuando (sólo) falta la licencia; es (al mismo tiempo) materialmente antijurídico, cuanto contraviene (también) un precepto cuya violación justifica la denegación de la licencia.

se declara, por tanto, la conformidad de la obra proyectada con el derecho vigente (parte declarativa de la licencia de obras; que es en este sentido una especie de "certificación de la falta de reparos") y se autoriza la ejecución de las obras (parte dispositiva de la licencia de construcción, "desbloqueo de la obra"). Por tanto, la inicial prohibición formal de construir que rige con carácter general tiene por objeto posibilitar el desarrollo del procedimiento de autorización. No obstante, mientras que antes —con la excepción de algunas pequeñas obras insignificantes— la exigencia de licencia regía con carácter general, hoy —en el marco de la corriente desreguladora— se ha prescindido de la misma en el caso de los edificios de viviendas incluidos en el ámbito de aplicación de un plan, en el que se exige, como mucho, la mera comunicación del proyecto a la administración competente en materia de urbanismo (el llamado procedimiento de anuncio, procedimiento de comunicación o procedimiento libre de licencia). No obstante, el proyecto de construcción debe ser, como antes, completamente conforme con el derecho urbanístico material, pero falta el control preventivo garantizado por la licencia urbanística, con lo que resulta obvio que esta simplificación procedimental plantea nuevos problemas, especialmente de cara a la protección de los vecinos. Aquí no podemos, sin embargo, profundizar en este tema, puede verse, al respecto, Brohm, Baurecht, § 4 marg. 14; Borges, *Der Nachbarrechtsschutz im Freistellungsverfahren*, DÖV 1997, pp. 900 y ss.; Martini, *Baurechtsvereinfachung und Nachbarschutz*, DVBl, 2001, pp. 1488 y ss, con más referencias.

La misma función que cumple la licencia de construcción tienen los permisos para realizar actividades empresariales (como el permiso para los establecimientos hosteleros o el necesario para un comercio al por menor) y las licencias de establecimientos según el § 4 de la Ley para la Protección contra las Inmisiones (BImSchG). Las expresiones "permiso" (Erlaubnis) y "licencia" (Genehmigung) se usan como sinónimos, aunque en ocasiones engloban también supuestos de dispensa (marginal 55).

DR © 2012, Universidad Nacional Autónoma de México,
Instituto de Investigaciones Jurídicas

La toma en consideración del *punto de vista material* trae consigo relevantes consecuencias:

1. La denegación de la licencia, como acto de "intromisión" queda sometido a la misma estricta vinculación a la ley que caracteriza a los actos de la administración de intervención (véase *supra,* § 6 marg. 12);
2. La carga objetiva de la prueba pesa sobre la administración (si no se pueden probar los presupuestos de facto para la denegación, la licencia debe otorgarse);
3. La denegación (por ejemplo, de una licencia de obras) puede dar lugar como "acto de intromisión" al derecho a una indemnización como consecuencia de una intromisión análoga a la expropiación (véase *infra*, § 27 marg. 92);
4. Si el proyecto que requiere licencia se ejecuta sin la misma, la administración puede exigir la paralización del mismo hasta que se dicte la correspondiente autorización, pero sólo puede decretar la desaparición de lo ya realizado cuando el proyecto es también materialmente antijurídico.[45]

De la prohibición con reserva de autorización se distingue a veces la *autorización con reserva de prohibición*, que sólo supone que las actuaciones libres de licencia bajo determinadas condiciones pueden ser prohibidas (por ejemplo, las reuniones en lugares cerrados están admitidas por principio, pero pueden ser prohibidas de conformidad con el § 5 de la Ley de Reunión [*VersG*]. Entre estas dos figuras se sitúa la *prohibición con reserva de comunicación*, según la cual la actividad prevista sólo resulta válida cuando se anuncia anticipadamente a la administración, que tiene entonces la posibilidad de examinar la legalidad de la actuación y, dado el caso, proceder a su prohibición. El proyecto que debe ser comunicado es válido cuando no se

[45] Ejemplo: B construye sin la correspondiente licencia de construcción, por lo que la autoridad urbanística puede decretar la suspensión de la construcción; sin embargo, la orden de demolición de la construcción sólo es válida cuando la construcción contraviene también preceptos urbanísticos materiales, con lo que una licencia solicitada debiera haberse denegado, véase, al respecto, las resoluciones del Tribunal Federal de lo Contencioso-Administrativo recogidas en BVerwGE 3, 351; 19, 162, y en DÖV 1978, 413.

DR © 2012, Universidad Nacional Autónoma de México,
Instituto de Investigaciones Jurídicas

prohíbe, mientras que el proyecto necesitado de permiso es inválido cuando no ha sido autorizado.[46]

b) *La dispensa*. [Nt9] En estos supuestos el legislador prohíbe con carácter general un determinado comportamiento como socialmente dañino o indeseable, pero permite que se pueda levantar dicha prohibición para determinados casos excepcionales. No estamos por tanto ante una prohibición (preventiva) con reserva de autorización, sino ante una prohibición (represiva) con reserva de exoneración. Gracias a la dispensa (también denominada exoneración) [Nt10] se evitan dificultades y rigores excesivos que surgen de la aplicación de las normas abstractas-generales y que no están realmente previstos para ese caso concreto.[47]

[Nt9] Traducimos el término alemán *Ausnahmebewilligung* —literalmente, autorización excepcional— por el término español dispensa con el que se conoce entre nosotros esta institución tradicionalmente y puesto que el propio autor reconoce que el término que él utiliza es sinónimo al alemán *Dispens*.

[Nt10] En este punto el autor hace también la equivalencia entre los términos *Ausnahmebewilligung* y *Dispens* que aquí traducimos por el término español dispensa.

Mientras que el *permiso de control* restituye la libertad de actuación general, que había sido provisionalmente limitada en interés de un control preventivo, la *dispensa* aumenta el patrimonio jurídico del ciudadano, al declarar la validez de una actuación que, en principio, está prohibida por la ley. Por ello, la dispensa constituye un acto administrativo favorable no sólo desde un punto de vista formal, sino también material.[48]

[46] Ejemplos: Comunicación de una reunión a cielo abierto según el § 14 I VersG; anuncio de una actuación urbanística realizado según los llamados procedimientos de anuncio, procedimientos de comunicación o procedimientos libres de licencia previstos en las leyes urbanísticas de los Länder (véase supra, marg. 51); anuncio de la modificación de un establecimiento según el § 15 de la Ley de Protección contra las Inmisiones (BImSchG).

[47] Ejemplos: Según el § 29 I del Reglamento de Tráfico (StVO) se prohíben las carreras de coches en las vías públicas, pero se pueden hacer excepciones a esta prohibición según el § 46 II StVO. También se puede otorgar una exoneración de las normas urbanísticas de obligado cumplimiento cuando concurren ciertas circunstancias, véase el § 31 II del Código Urbanístico y los preceptos equivalente de las leyes urbanísticas de los Länder, por ejemplo, el § 56 V de la Ley Urbanística de Baden-Württemberg (Bad.-Württ. LBO).

[48] No obstante, la dispensa también puede representar en determinadas circunstancias una exigencia constitucional, sobre todo cuando la prohibición legal es globalmente válida pero en consideración al principio de proporcionalidad se deban establecer excepciones para

DR © 2012, Universidad Nacional Autónoma de México,
Instituto de Investigaciones Jurídicas

D. *El acto administrativo real*

El acto administrativo real fue desarrollado como una figura jurídica específica en la doctrina (primeramente por *Niehues*, DÖV 1965, 319 y ss., véase *infra,* para más referencias) que recientemente ha sido acogida ocasionalmente por la jurisprudencia. Tanto el concepto, como la fundamentación, el ámbito de aplicación y las consecuencias jurídicas de esta figura están bajo discusión incluso entre quienes sostiene la teoría de los actos administrativos reales. En el resto de la doctrina, que sigue siendo mayoritaria, la existencia de actos administrativos reales genera escepticismo cuando no rechazo. En este contexto, la ampliación de la figura de las resoluciones generales (*Allgemeinvefügung*) operada por la frase segunda del 35 de la Ley de Procedimiento Administrativo resta significado práctico a la polémica en torno al acto administrativo real, pero añade material para el debate teórico y dogmático.

casos concretos. Al respecto, puede consultarse a Schwabe, JuS, 1973, pp. 133 y ss., quien extrae la conclusión (excesiva) de que entre las prohibiciones con reserva de autorización y las prohibiciones con reserva de exoneración sólo hay una diferencia gradual. Por otra parte, el otorgamiento de la dispensa puede hacerse en interés del particular, pero también exclusivamente en interés público, al respecto, el § 23 I de la Ley sobre Horarios Comerciales (LadenschlussG) y la resolución del Tribunal Federal de lo Contencioso-Administrativo recogida en GewArch, 1974, p. 277, en este último caso es seguro que la dispensa no era exigida por los derechos fundamentales.

Bibliografía y jurisprudencia sobre el epígrafe 3: Friauf, Das Verbot mit Erlaubnisvorbehalt, JuS, 1962, pp. 422 y ss.; Muβgnug, Der Dispens von gesetzlichen Vorschriften, 1964; Schick, Das Verbot mit Anzeigevorbehalt, BayVBl, 1967, pp. 341 y ss.; Schwabe, Das Verbot mit Erlaubnisvorbehalt, JuS, 1973, pp. 133 y ss.; idem, "Das sobenannte repressive Verbot", Festschrift für Folz, 2003, pp. 304 y ss.; Gusy, Verbot mit Erlaubnisvorbehalt-Verbot mit Dispensvorbehalt, JA, 1981, pp. 80 y ss.; Gromitsaris, Die Unterscheidung zwischen präventivem Verbot mit Erlaubnisvorbehalt und repressivem Verbot mit Befreiungsvorbehalt, DÖV, 1997, pp. 401 y ss. Las resoluciones del Tribunal Constitucional Federal recogidas en BVerfGE 20, 150 (Ley de Reunión) y BVerfGE 49, 89, 145 y ss. (autorización de una central nuclear según el § 7 de la Ley sobre la Energía Nuclear [AtomG]); las resoluciones del Tribunal Federal de lo Contencioso-Administrativo publicadas en BVerwGE 41, 1, 5 y ss. (prohibición de la cláusula de garantía de valor estable); en DÖV, 1988, 423 (prohibición de la recepción de regalos por parte del director de una residencia procedentes de los residentes); del Tribunal Superior de lo Contencioso-Administrativo con sede en Lüneburg (OVG Lüneburg) publicada en OVGE 26, 343 (sobre el tráfico aéreo); del Tribunal Superior de lo Contencioso-Administrativo con sede en Münster (OVG Münster) publicada en DVBl, 1994, 541 (sobre dispensa de la prohibición de reunión en el perímetro parlamentario); véase, también, la resolución del Tribunal Federal de lo Contencioso-Administrativo recogida en BVerwGE 71, 324 (sobre la práctica de la equitación en los bosques).

DR © 2012, Universidad Nacional Autónoma de México,
Instituto de Investigaciones Jurídicas

Los actos administrativos refieren su contenido, en parte, al *comportamiento o la situación jurídica de una persona* (por ejemplo, la prohibición de viajar, el reconocimiento como refugiado), *en parte* a una *cosa* adscrita a una persona (por ejemplo, la licencia de construcción), por lo que se denominar a los actos administrativos que contienen una regulación orientada a una persona, actos administrativos personales, y a los actos que contienen una regulación orientada a una cosa, actos administrativos reales. Sin embargo, en ambos casos se trata de actos que se dirigen a una persona (incluso en el caso de la licencia de construcción la misma no se le dicta al solar, sino al constructor para su solar). Existen entre estos supuestos algunas diferencias objetivas pero las mismas no constituyen base suficiente para justificar un enjuiciamiento o un tratamiento jurídico diferenciado de estos dos grupos de actos. Aun sin tener en cuenta que existe una serie de actos administrativos que no pueden ser incluidos o no pueden ser fácilmente incluidos en esta distinción (por ejemplo, la subvención que recibe un empresario para su empresa, ¿es un acto personal o real?).[49]

Si el acto administrativo real como *figura jurídica autónoma* con sus propias consecuencias jurídicas tiene algún significado será sólo si se restringe a regulaciones que exclusivamente afectan a cosas y que determinan su

[49] Las especialidades del acto administrativo real se refieren sobre todo al hecho de que no sólo rige para el primer destinatario del mismo, sino también para sus sucesores en el derecho, así, por ejemplo, en el caso de una orden de derribo urbanística la misma rige también para los que hereden el predio afectado como consecuencia de una sucesión universal o por título particular, pero para explicar esto no es necesario acudir a la controvertida figura del acto administrativo real cuando, además, la referencia a los sucesores muestra la relación personal que subyace al acto. Con independencia de lo que se opine sobre los actos administrativos reales, es cierto que los actos administrativos referidos a cosas rigen por principio también para los sucesores sean éstos a título universal o particular. Así la resolución del Tribunal Federal de lo Contencioso-Administrativo recogida en DÖV, 1971, 640; la del Tribunal Superior de lo Contencioso-Administrativo con sede en Koblenz (OVG Koblenz) en NVwZ, 1985, 431; la del Tribunal Superior de lo Contencioso-Administrativo con sede en Münster en NVwZ, 1987, 427; o la del Tribunal Superior de lo Contencioso-Administrativo de Baden-Württemberg (BadWürtt VGH) en NVwZ 1992, 392. Otra opinión sostiene el Tribunal Superior de lo Contencioso-Administrativo de Hessen (HessVGH) NuR 1986, 125 (en el caso de una sucesión a título particular); también el Tribunal Superior de lo Contencioso-Administrativo con sede en Lüneburg en BRS 35 núm. 132; en la doctrina von Mutius, VerwArch. Tomo 71, 1980, pp. 93 y ss. Entretanto en la mayor parte de las regulaciones urbanística de los Länder se encuentran normas sobre la sucesión. También es correcto que los actos administrativos con una regulación referida a cosas pueden tener eficacia frente a terceros (así, la licencia de obras afecta también al vecino), pero esto también puede darse en los casos de regulaciones referidas a personas, como, por ejemplo, demuestra el nombramiento de un representante del Estado en el ámbito universitario.

DR © 2012, Universidad Nacional Autónoma de México,
Instituto de Investigaciones Jurídicas

naturaleza o su condición jurídica, se trata de un tipo de actos que sólo tienen cosas como destinatarios y no personas y que sólo tiene efectos frente a personas de forma intransitiva (mediata) en la medida en que al entrar en contacto con el bien al que se refiere la regulación real éstas deben asumir las consecuencias que se derivan de la misma.[50]

Este tipo de "actos reales" están hoy incluidos en la frase segunda del 35 de la Ley de Procedimiento Administrativo (*VwVfG*), que impone su tratamiento como "resoluciones generales" (*Allgemeinverfügungen*).[51]

[50] Así, Wolff/Bachof/Stober, que definen el acto administrativo real como "regulación de la situación jurídica de una cosa a través de la cual se determina o cualifica jurídicamente la condición de un bien, y que sólo tiene efectos personales de forma mediata" (VerwR II § 46 marg. 30). No obstante, los citados autores no son consecuentes con esta correcta caracterización del acto administrativo real como demuestran los ejemplos que ofrecen en el lugar indicado.

[51] No obstante, los reparos dogmático-jurídicos contra la figura de los actos administrativos reales se mantienen, ya que el derecho sólo puede otorgar derechos y obligaciones a las personas y, por ello, está siempre subjetivamente orientado. El acto administrativo real puede, acaso, considerarse como un tipo de regulación incompleta —comparable a las normas jurídicas incompletas—, que completa y hace concretos preceptos jurídicos que tiene una orientación subjetiva. Pero con tal configuración debe preguntarse si una regulación de esta naturaleza se ajusta a la condición y la función propia del acto administrativo.

Bibliografía y jurisprudencia sobre el epígrafe 4: Niehues, Dingliche Verwaltungsakt, DÖV, 1965, pp. 319 y ss.; idem, Verwaltungssachrecht, en Festschrift für Hans J. Wolff, 1973, pp. 247 y ss.; *idem*, Die Bekanntgabe dinglicher Verwaltungsakte, DVBl, 1982, pp. 371 y ss.; Wolff/Bachof/Stober, VerwR II § 45 marg. 89 y § 46 marg. 30; Kopp, der dingliche Verwaltungsakt, BayVBl, 1970, pp. 233 y 234; von Mutius, Rechtsnorm und Verwaltungsakt, Festschrift für Hans J. Wolff, 1973, pp. 167 y ss. (pp. 207 y ss., con más referencias); rechazan la figura, Obermayer, VwVfG, § 35 marg. 155 ("insostenible desde un punto de vista lógico-jurídico"); J. Martens, Die Praxis des Verwaltungsverfahrens, margs. 311 y 312; Grund, Abschied von dinglichen Verwaltungsakt? DVBl, 1974, pp. 449 y ss. (con réplica de von Mutius, DVBl, 1974, pp. 904 y 905); Ipsen, VerwR marg. 431. En la jurisprudencia, la resolución del Tribunal Superior de lo Contencioso-Administrativo de Baden-Württemberg en ESVGH 24, 81 (sobre señales de tráfico); la resolución del Tribunal Superior de lo Contencioso-Administrativo con sede en Münster publicada en DVBl, 1973, 503 (sobre establecimiento de una zona de planificación según el § 9a de la Ley de carreteras, en su redacción anterior); la resolución del Tribunal Superior de lo Contencioso-Administrativo con sede en Münster publicada en DVBl, 1976, 948 (sobre la consideración de un acto de organización escolar como una regulación sobre la condición jurídica); la resolución del Tribunal Superior de lo Contencioso-Administrativo de Baden-Württemberg en NVwZ, 1992, 196 (sobre el cambio de nombre de una calle); la resolución del Tribunal Superior de lo Contencioso-Administrativo de Hessen en NVwZ, 1998, 1315 (sobre una decisión de cese de actividad adoptada en el marco de la lucha contra la contaminación).

DR © 2012, Universidad Nacional Autónoma de México,
Instituto de Investigaciones Jurídicas

E. *Promesas, garantías, informaciones, decisiones previas, licencias parciales, actos administrativos provisionales y preventivos*

En las siguientes páginas vamos a tratar de una serie de declaraciones administrativas que se diferencian en su naturaleza jurídica, pero que en la práctica pueden parecer muy próximas. Por ello deben ser tratadas aquí aunque sea de forma sucinta y aunque no todas ellas puedan ser calificadas como actos administrativos.

a) *Promesas y garantías*

La *promesa* (*Zusage*) es un compromiso vinculante del órgano competente a realizar u omitir una determinada medida administrativa, siendo decisiva la existencia de una *voluntad de vincularse* por parte del órgano en cuestión. En este mismo sentido el Tribunal Federal de lo Contencioso-Administrativo define la promesa como "obligación asumida unilateralmente y propia de la autoridad que consiste en una declaración de voluntad vinculante en relación a una acción u omisión futura" (*BVerwGE* 26, 31, 36).

Las *garantías* (*Zusicherung*) son, según la definición legal contenida en el § 38 I de la Ley de Procedimiento Administrativo (*VwVfG*), un subgrupo dentro de las promesas, concretamente aquellas promesas que se refieren al dictado u omisión de un *acto administrativo*.[52]

La cuestión sobre si la promesa constituye o no un acto administrativo es polémica, mientras que un sector de la doctrina pone énfasis en el carácter vinculante de la promesa y ven en él su carácter regulador, otros apuntan, con razón, que la promesa todavía no contiene una regulación sino que la simplemente la prevé. La calificación jurídica de las promesas no sólo tiene un sentido dogmático sino también es una cuestión relevante desde un punto de vista práctico, porque si la promesa fuese un acto administrativo se debería someter al régimen jurídico propio de éste y estaría dotada de la fuerza vinculante con independencia de su validez que caracteriza al acto administrativo. No obstante, esta cuestión ha perdido hoy parte de su sen-

[52] En la práctica las promesas y garantías juegan un papel muy relevante: así, la garantía de dictar una licencia de construcción, la de ascender a un funcionario en la próxima ocasión para ello, la de exonerar del llamamiento a filas; también la promesa de adoptar determinadas medidas de urbanización, de publicar ciertas actas, de establecer una columna publicitaria para los carteles de la campaña electoral.

DR © 2012, Universidad Nacional Autónoma de México,
Instituto de Investigaciones Jurídicas

tido al menos para el caso más relevante de promesas, esto es para las garantías relativas a los actos administrativos (*Zusicherung*), al quedar éstas positivamente reguladas en el § 38 de la Ley de Procedimiento Administrativo (*VwVfG*), que declara aplicables a estas garantías los preceptos que regulan la firmeza de los actos administrativos (apartado 2), si bien bajo la condición de que se mantengan los mismos presupuestos de hecho y de derecho (apartado 3).[53]

Para el resto de las promesas, esto es, para las promesas que no constituyen garantías según el § 38 de la Ley de Procedimiento Administrativo (*VwVfG*), rigen según la doctrina mayoritaria, los principios del derecho administrativo general (que ya se habían desarrollado), que se aplican también, según la jurisprudencia del Tribunal Federal de lo Contencioso-Administrativo, a las promesas en la relación funcionarial y en el ámbito militar (véase las referencias, *infra*, marg. 61a). La aplicación analógica del § 38 de la Ley de Procedimiento Administrativo (*VwVfG*) es rechazada con el argumento de que el legislador renunció a incluir en su ámbito de aplicación las promesas relativas a la actuación material de la administración, con lo que no hay una laguna en la regulación, aunque se puede contra-argumentar

[53] De esta aplicación analógica de los preceptos sobre el acto administrativo se deriva que también la garantía ilegal adquirirá eficacia jurídica y obligatoriedad, así, por ejemplo, la garantía que compromete a dictar una licencia de construcción que no esté conforme con el ordenamiento jurídico. Los requisitos para esta obligatoriedad son (en principio) sólo que *1*) la garantía la preste el órgano competente, *2*) por escrito y *3*) que no concurra ninguna causa de nulidad de pleno derecho. No obstante, la garantía antijurídica puede ser objeto de revisión de oficio según la regulación del § 48 VwVfG que le resulta también aplicable, si bien debe tomarse en consideración el principio de protección de la confianza (véase infra, § 11, margs. 28 y ss.), rigiendo las mismas consideraciones en relación a la aplicación analógica de las normas que regulan la revocación de los actos administrativos (véase infra, § 11, margs. 41 y ss.), aunque debe tenerse en cuenta que según el § 38 III de la Ley de Procedimiento Administrativo (VwVfG) la fuerza vinculante de la garantía desaparece cuando sobreviene un cambio de las circunstancias de hecho o de derecho que la justificaron (siendo ésta la principal diferencia entre la garantía y el acto administrativo que en estos casos sólo puede ser objeto de revocación bajo las condiciones impuestas en los números 3 a 5 del § 49 II de la Ley de procedimiento administrativo —pudiendo exigirse, según el caso, la correspondiente indemnización—). El destinatario de la garantía puede exigir su cumplimiento en vía contenciosa, concretamente puede elevar una pretensión de condena para que se dicte un acto administrativo si se le prometió el emitir un acto administrativo y elevar una pretensión de impugnación cuando se dicta un acto con un contenido contrario a la garantía. Si un tercero se ve perjudicado en sus derechos por la garantía, por ejemplo un vecino ante el caso de una garantía para dictar una licencia de construcción, entonces se debe plantear también la pretensión de impugnación (lo que se deriva de la aplicación analógica de los preceptos citados en el § 38 II VwVfG).

DR © 2012, Universidad Nacional Autónoma de México,
Instituto de Investigaciones Jurídicas

señalando que la Ley de Procedimiento Administrativo se refiere generalmente a los actos administrativos y a los contratos sobre actos y potestades administrativas sin que eso excluya su aplicación analógica en casos particulares (véase *supra,* § 5, marg. 24). No obstante, según los principios del derecho administrativo general, que resultan de aplicación con independencia de que sea o no posible la analogía con el § 38 de la Ley de Procedimiento Administrativo (*VwVfG*), de una parte, las promesas dictadas de *forma oral* también son admisibles y vinculantes y, de otra, las promesas *antijurídicas* sólo serán vinculantes cuando su receptor ha confiado en que serán respetadas y "su ruptura llevaría al afectado a relaciones cercanas a lo insostenible" (así, las resoluciones del Tribunal Federal de lo Contencioso-Administrativo recogidas en DVBl. 1966, 857, 859 y en *BVerwGE* 49, 359, 362 y 363). Esta segunda apreciación no debería ser, en una apreciación más detenida, tomada en consideración, ya que respecto a prestaciones y beneficios *futuros* la protección de la confianza pierde peso frente al principio de legalidad y debe, por regla general, ceder (véase, *Maurer*, JuS 1976, 491; también, *infra*, § 11 marg. 33). Por otra parte, prescindir de la forma escrita no está exento de problemas desde un punto de vista jurídico-político ya que puede llevar a problemas de prueba (¿se ha producido efectivamente una promesa vinculante? ¿cuál era su contenido?).

La *promesa* debe distinguirse, por una parte, de la *información no vinculante* (véase *infra*, b) y, por otra, de la *resolución previa* (véase *infra*, c). Por último, de los contratos sobre actos y potestades públicas se diferencian por su carácter unilateral aunque, por lo demás, se pueden equiparar sustancialmente las promesas de prestaciones realizadas mediante una declaración unilateral y las realizadas mediante un contrato (al respecto, *BVerwGE* 49, 359, 362).[54]

[54] Bibliografía y jurisprudencia: Flieder, Funktion und Bedeutung öffentlich-rechtlicher Zusagen im Verwaltungsrecht, 1977; Hailbronner, Die Zusage auf Einhaltung des objektiven Rechts, DVBl, 1979, pp. 767 y ss.; Obermayer, Rechtsprobleme der Zusicherung nach § 38 VwVfG, Festschrift für Maunz, 1981, pp. 247 y ss.; Schick, Zusage-Zusicherung-"Verbindliche Zusage". Regelungsformen eines verwaltungsrechtlichen Rechtsinstituts, Festschrift für Obermayer, 1986, pp. 135 y ss.; Erichsen, Die Zusage, Jura, 1991, pp. 109 y ss.; Baumeister, Die Zusicherung-Ein Muster ohne Bindungswert?, DÖV, 1997, pp. 229 y ss.; Erfmeyer, Bindugswirkung rechtswidriger allgemeiner Zusagen in entsprechender Anwendung der §§ 38 Abs. 2, 48 VwVfG? DVBl, 1999, 1625 y ss.; Guckelberger, Behördliche Zusicherung und Zusagen, DÖV, 2004, pp. 357 y ss. En la jurisprudencia: las resoluciones del Tribunal Federal de lo Contencioso-Administrativo publicadas en BVerwGE 74, 15 (requisitos de la garantía); BVerwGE 97, 323 (garantía relativa a una señal de tráfico); NVwZ 1996, 1219 (promesas la relación militar); BVerwGE 83, 255 y 103, 219 (ambas

DR © 2012, Universidad Nacional Autónoma de México,
Instituto de Investigaciones Jurídicas

b) *Informaciones*

A diferencia de lo que ocurre en el caso de las promesas en los supuestos de informaciones falta la voluntad administrativa de auto-vincularse. Las informaciones representan una simple comunicación meramente informativa sobre hechos o relaciones jurídicas.[55]

La información como mera comunicación no puede ser considerada un acto jurídico y, por supuesto, no representa un acto administrativo. Con la información no se produce ningún deber de cumplimiento de la misma si bien puede generar, a lo más, cuando la información es antijurídica, un derecho a ser indemnizado. Cuando, a pesar de esto, se califica en alguna ocasión la información como un acto administrativo se están mezclando dos aspectos distintos: la información como tal es una mera actividad material; la decisión sobre si se va a ofrecer o no la información puede en determinadas circunstancias ser adoptada en la forma de un acto administrativo, así, la sentencia del Tribunal Federal de lo Contencioso-Administrativo *BVerwGE* 31, 301, 306 y 307 (revelación del nombre de un informante por parte del Servicio de Defensa de la Constitución [*Verfassungsschutzamt*]. En algunas ocasiones esta diferenciación está acogida en la propia ley (véase, por ejemplo, el § 19 de la Ley Federal de Protección de Datos [*BDSG*]), sobre este tema véase *infra*, § 35 marg. 7.

c) *La resolución previa (Vorbescheid)*

Se da en relación con la licencia de obras, la de instalaciones empresariales y de otros proyectos. En este contexto, mientras la licencia se refiere al

sobre promesas en el ámbito militar relativas al empleo y al no traslado); BVerwGE 102, 81, 84 y 85 (promesa sobre el empleo como juez a prueba); DVBl, 1998, 640 (promesa en el ámbito de un proceso competitivo entre funcionarios de dejar una plaza libre); resolución del Tribunal Superior de lo Contencioso-Administrativo de Baden-Württemberg (*BWürttVGH*), en VBlBW 1997, 18 (supuesta garantía sobre el nombramiento como funcionario y revisión de oficio).

55 Así la declaración dirigida al funcionario F de su superior jerárquico en la que le señala que "puede contar con un ascenso antes del 1o. de julio del siguiente año" puede ser tanto una garantía (*Zusicherung*) como una mera información, dependiendo de que el superior este dispuesto en nombre de la administración a contraer una obligación vinculante (para, por ejemplo, evitar que el funcionario se vaya al sector privado) o que sólo se esté refiriendo a la existencia de una situación normativa (teniendo en cuenta las normas sobre ascensos). A su vez, si la declaración fuese una garantía sólo sería vinculante si la misma se hubiese dictado por escrito (véase § 38 I VwVfG).

DR © 2012, Universidad Nacional Autónoma de México,
Instituto de Investigaciones Jurídicas

conjunto de este tipo de proyectos y sólo puede ser dictada cuando todos los requerimientos jurídicos han sido examinados y aprobados, la resolución previa se limita a algunos requerimientos de la licencia, pero decide sobre los mismos de forma definitiva y vinculante, con lo que no anticipa, como la garantía, un acto administrativo, sino que como decisión previa es en sí misma un acto administrativo.[56]

Si tras la emisión de la resolución previa se modifica la situación de hecho o de derecho que la justificó, por ejemplo, el plan urbanístico aplicable, la misma, a diferencia de la garantía (véase § 38 III *VwVfG* y, *supra*, marg.

[56] Ejemplo (licencia sobre la posibilidad de construir): A quiere construir un edificio en un ámbito fuera de la planificación, la licencia sólo puede dictarse en estos casos cuando la edificación de ese tipo en dicho ámbito está permitida por la normativa sobre planificación urbanística aplicable (lo que se determina según el § 35 del Código Urbanístico [BauGB]) y, además, cuando el edificio en sí es también conforme con la normativa urbanística (lo que se determina según las normas urbanísticas del Land). En este contexto, puede ser razonable decidir primero sobre la admisibilidad desde el punto de vista de la normativa sobre planificación urbanística, ya que, a en caso de una respuesta normativa podría interponer una pretensión contenciosa limitada a ese punto concreto (una pretensión de condena para que se dicte el acto en cuestión [*Verpflichtungsklage*]) y, si la misma no tiene éxito se habrá ahorrado al menos los gastos y trabajos necesarios para preparar los planos de la construcción en sí. La resolución previa limitada a la legalidad de construir desde el punto de vista de las normas sobre la planificación se denomina "licencia sobre la posibilidad de construir" (*Bebauungsgenehmigung*) y constituye "una parte anticipada de la licencia de construcción" (véase las sentencias del Tribunal Federal de lo Contencioso-administrativo publicadas en BVerwGE 68, 241; 69, 1 y en NVwZ 1989, 863 —reproducida también en JZ, 1990, p. 291 con una nota de Goerlich—, y también la sentencia del Tribunal Superior de lo Contencioso-Administrativo con sede en Münster (OVG Münster) en DVBl, 1997, 1006; en la doctrina Ortloff, NVwZ 1983, pp. 705 y ss.; con otra opinión, Dürr JuS 1984, pp. 770 y ss. que entiende que se trata de una promesa en forma de acto administrativo). El constructor no puede en estos casos construir hasta que no obtenga la licencia de construcción pero dado que ya tiene la licencia sobre la posibilidad de construir, sabe que su proyecto no será rechazada por razones debidas a las normas sobre la planificación. Sobre los problemas que genera esta licencia sobre la posibilidad de construir, véase las referencias citadas, *supra*.

Resoluciones previas que se limitan a determinados requerimientos de la licencia se pueden encontrar en otros procedimientos de autorización, especialmente en el ámbito de las licencia para centrales nucleares (§ 7a de la Ley sobre Energía Atómica [AtomG] y § 19 del Reglamento de Procedimiento en Materia de Energía Atómica [AtVfV]) y en procedimientos para la autorización de otros establecimientos (§ 9 BImSchG), véase las sentencias del Tribunal Federal de lo Contencioso-Administrativo (BVerwG) publicadas en BVerwGE 70, 365 (resolución previa sobre el proyecto para una central nuclear) y en NVwZ, 1986, p. 208 (resolución previa sobre el lugar de una central nuclear). Este tipo de resoluciones son también posibles aun en ausencia de referencia legal a las mismas ya que la formación del procedimiento incluida su configuración por partes es asunto que queda a la discrecionalidad del órgano competente. (Véase, al respecto, infra, § 19 marg. 7a.; también, en profundidad, Reichelt, Der Vorbescheid im Verwaltungsverfahren, con más referencias).

DR © 2012, Universidad Nacional Autónoma de México,
Instituto de Investigaciones Jurídicas

60) mantiene su eficacia jurídica pero puede ser, llegado el caso, revocada si concurre alguna de las causas de revocación.[57]

d) *Autorización parcial*

En contraste con la resolución previa, que afecta sólo a un determinado requerimiento de la licencia, la autorización parcial es una decisión final pero que se limita a una parte objetivamente limitada del proyecto en su conjunto.[58]

e) *Acto administrativo provisional*

En el derecho tributario se conoce ya desde hace mucho tiempo la liquidación tributaria a reserva de comprobación (§ 164 de la Ley General Tributaria [*AO*]) y la liquidación tributaria provisional (§ 165 *AO*) para aquellos casos que todavía no pueden ser aclarados de forma definitiva pero permiten —gracias, por ejemplo, a las informaciones del obligado tributario— una estimación tributaria provisional. Con ello, se consigue que la administración tributaria tenga un título y al mismo tiempo el procedimiento tributario permanece abierto hasta la decisión definitiva. En el derecho social es posible, según el § 42 del tomo primero del Código de la Seguridad Social (*SGB* I), reconocer un anticipo cuando se ha comprobado que concurren los requisitos para una prestación económica, pero todavía no se ha determinado su cuantía exacta, en este caso, la prestación se otorga mediante un acto administrativo pero con reserva de deducción de lo pagado de más y, en su caso, de reintegro (véase, por ejemplo, la resolución del Tribunal Social Federal (*BSozG*) reproducida en DVBl. 1990, 215). Además de estos supuestos, hay toda una serie de normas legales que contemplan resoluciones

[57] Por ello, la resolución previa se impone, por ejemplo en el ámbito urbanístico, frente a las suspensiones de otorgamiento de licencias, algo que no sucede con las garantías —Zusicherung— (*véase* la sentencia del Tribunal Federal de lo Contencioso-Administrativo publicada en BVerwGE 69, 1, y la del Tribunal Federal en materia Civil y Penal publicada en BGHZ 96, 385, 389 y 390).

[58] Ejemplo: B solicita una licencia de construcción para un edificio de viviendas y como la construcción de los pisos superiores requiere todavía de algunas aclaraciones, B solicita y obtiene primero la licencia para construir la planta sótano con lo que se permite la obra hasta ese punto y B puede comenzar la construcción mientras se pueden ir examinando y aclarando las cuestiones dudosas del resto de la edificación.

DR © 2012, Universidad Nacional Autónoma de México,
Instituto de Investigaciones Jurídicas

provisionales en ámbitos muy distintos y con diferentes tendencias (véase, al respecto, la visión de conjunto que ofrece Schimmelpfennig, *Vorläufige Verwaltungsakte*, 1989, pp. 3 y ss.).

El acto administrativo provisional logró atención general debido a la sentencia del Tribunal Federal de lo Contencioso-Administrativo de 14 de abril de 1983 (publicada en *BVerwGE* 67, 99) en la que se calificó, sin fundamento legal, como acto administrativo provisional la concesión de una subvención "a reserva del resultado del examen de la empresa aún por realizar". El acto administrativo provisional o sometido a reserva otorga base jurídica a la prestación en cuestión pero sólo hasta que se emita la resolución definitiva. Cuando dicha decisión definitiva es contraria a lo dispuesto en el acto provisional no supone una revisión de oficio de éste sino su sustitución y "cesación" (§ 43 II *VwVfG*), con lo que no se aplica el § 48 de la Ley de Procedimiento Administrativo (*VwVfG*) que regula, bajo el punto de vista del principio de protección de la confianza, la revisión de oficio. De hecho esta exclusión de las reglas propias de la revisión de oficio ha sido un motivo relevante en el propio desarrollo de la figura de la "resolución prestacional provisional". No obstante, con esta figura el beneficiario no sólo obtiene una prestación hasta el momento en el que se aclare la situación de hecho y de derecho, sino que obtiene también una cierta posición jurídica ya que la decisión definitiva sólo puede apartarse de la provisional por la concurrencia de alguno de los supuestos que justificaron la reserva (por ejemplo, el resultado del examen al que somete a la empresa). La citada sentencia del Tribunal Federal de lo Contencioso-Administrativo puso término a una viva polémica sobre el acto administrativo provisional (véase las referencias *infra*). En cuestión están tanto la estructura dogmática de la figura, como su admisibilidad jurídica, sus límites y su propia necesidad práctica (dada la posible alternativa de los pagos a cuenta). La propia expresión "acto administrativo provisional" es en sí misma cuestionable, porque el acto administrativo por su propia función se dirige a la aclaración final de la situación jurídica que se da en un caso concreto, sin embargo, la provisionalidad no excluye por sí misma el carácter regulador, cuando y porque es definitiva. Como término de comparación puede traerse a colación las medidas cautelares propias del proceso contencioso, reguladas en el § 123 de la Ley de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa (*VwGO*), que hasta cierto punto

DR © 2012, Universidad Nacional Autónoma de México,
Instituto de Investigaciones Jurídicas

sirven como modelo para regulaciones similares del ámbito del procedimiento administrativo.[59]

f) *Acto administrativo preventivo*

Para terminar vamos a referirnos como última variante, por ahora, al acto administrativo preventivo, figura que ha sido recientemente creada por el Tribunal Federal de lo Contencioso-Administrativo (véase, su resolución recogida en *BVerwGE* 81, 84, 94 y también en JZ 1989, 843 con nota crítica de Püttner), y que se diferencia del acto administrativo provisional en que es una resolución definitiva, pero que se dicta bajo la reserva de que la concurrencia de sus presupuestos jurídicos —en el caso la concurrencia de un grado alto de discapacidad— sea determinada por el órgano competente. Dado que el acto administrativo preventivo ha sido desarrollado en el marco de una serie de supuestos muy especiales es dudoso si, y en qué medida, puede plantearse en otros contextos.[60]

[59] *Véase*, al respecto, la sentencia del Tribunal Federal de lo Contencioso-Administrativo publicada en BVerwGE 67, 99, en DÖV, 1983, 814 con una nota favorable de Tiedemann y en DVBl. 1983, 851 con una nota crítica de Henke, pp. 1247 y 1248; la sentencia del mismo Tribunal publicada en BVerwGE 74, 357, 360 y 365; la sentencia del Tribunal Superior de lo Contencioso-Administrativo con sede en Münster (OVG Münster) publicada en NVwZ, 1991, 588; la sentencia del Tribunal Social Federal (BSozG) publicada en DVBl, 1988, 449 con nota de Bieback; en la doctrina: Tiedemann, Der vorläufige Verwaltungsakt in der Leistungsverwaltung, DÖV, 1981, pp. 786 y ss.; Götz, Die vorläufige Subventionsbewilligung, JuS, 1983, pp. 924 y ss.; Peine, Der vorläufige Verwaltungsakt, DÖV, 1986, pp. 849 y ss.; J. Martens, Vorläufige Regelungen durch Verwaltungsakt, DÖV, 1987, pp. 992 y ss.; Schimmelpfennig, Vorläufige Verwaltungsakte, 1989; F. J. Kopp, Verwaltungsakte unter Vorbehalt und sonstige vorläufige Verwaltungsakte, DVBl, 1989, pp. 238 y ss.; Kemper, Der vorläufige Verwaltungsakt, DVBl, 1989, pp. 981 y ss.; Seibert, Die Bindungswirkung von Verwaltungsakten, 1989, pp. 553 y ss.; Lücke, Vorläufige Staatsakte, 1991, pp. 17 y ss. y 139 y ss.; Di Fabio, Vorläufiger Verwaltungsakt bei ungewissem Sachverhalt, DÖV, 1991, pp. 629 y ss.; Erfmeyer, Der Entreicherungseinwand bei vorläufige Verwaltungsakten, DÖV, 1998, pp. 459 y ss.; Eschenbach, Der vorläufige Verwaltungsakt-praxistaugliche Neuschöpfung oder Fortbindung praeter legem?, DVBl, 2002, pp. 1247 y ss.; Axer, Der Verwaltungsakt unter Berichtigunsvorbehalt, DÖV, 2003, pp. 271 y ss.

Sobre la discusión en torno a la llamada aprobación previa en el ámbito de las licencias en derecho nuclear (asunto *Alkem*), véase, Rossnagel, DVBl. 1987, pp. 65 y ss.; Ronellenfitsch, ET, 1986, pp. 797 y ss.; Burianek, NJW 1987, 2227 y ss.; Winkelbauer, JuS, 1988, pp. 691 y ss.

[60] Püttner estima que, en el caso concreto, el acto administrativo preventivo es una figura superflua porque el mismo objetivo puede cumplirse a través de la imposición de una condición resolutoria retroactiva (idea que respalda también Sachs, StBS § 43 marg. 195); sin

DR © 2012, Universidad Nacional Autónoma de México,
Instituto de Investigaciones Jurídicas

II. La Notificación del Acto Administrativo

1. *Significado general*

El acto administrativo debe ser *oficialmente notificado* a sus destinatarios. Sólo con la notificación se concluye el procedimiento administrativo y el acto administrativo adquiere *existencia jurídica*. Así, el acto administrativo (todavía) no notificado no es (todavía) un acto administrativo, con lo que la notificación no es sólo presupuesto de validez del acto, sino también un presupuesto de existencia. Así como la ley se perfecciona con su publicación en el *Boletín Oficial* (véase, para las leyes federales el artículo 82 *GG*), el acto administrativo adquiere existencia jurídica con la notificación.

Cuando un acto administrativo afecta jurídicamente a varias personas —sea porque está dirigido a varias personas (por ejemplo, a los copropietarios de un solar), sea porque al tratarse de un acto administrativo con efectos frente a terceros afecta los derechos de personas distintas a sus destinatarios (por ejemplo, la licencia de construcción que afecta al vecino)— entonces debe ser notificado a todos los afectados (§ 41 I *VwVfG*), adquiriendo eficacia para cada individuo concreto en el momento en el que le es notificado (§ 41 I *VwVfG*), con lo que es posible que un acto administrativo entre en vigor para los afectados por el mismo en distintos momentos e incluso que sólo adquiera eficacia para una parte de los afectados. Esto puede dar lugar a dificultades en la práctica, pero es algo que resulta imprescindible puesto

embargo, esto resulta dudoso, porque el órgano no adopta un acto después de examinar todos los presupuestos jurídicos que puede ser revocado retroactivamente en el caso de que otro órgano adopte más tarde una resolución negativa, sino que su acto administrativo desde el principio se dicta bajo la reserva de que queda por examinar la concurrencia de un requisito jurídico cuya concurrencia será determinada de forma vinculante por el órgano competente con posterioridad. Por otra parte, debería probarse si, según el número 2 del § 36 II de la Ley de Procedimiento Administrativo o según el núm. 2 del § 38 II del tomo X del Código de la Seguridad Social (SGB X), aquí aplicable, es jurídicamente válida y posible una condición resolutoria con eficacia retroactiva, más correcta, en este caso, sería la consideración de estas resoluciones como un acto sometido a una condición suspensiva; sin embargo, Püttner tiene razón cuando señala que el acto administrativo preventivo se compagina mal con la naturaleza del acto administrativo como resolución administrativa definitiva, ejecutiva y ejecutoria. Puede que exista una necesidad práctica de regulaciones provisionales, preventivas y de naturaleza similar pero cabe preguntarse si es asumible subsumir todas estas figuras en el concepto de acto administrativo, que por definición representa una regulación definitiva dotada de firmeza y orientada a la clarificación y estabilización del derecho en un caso concreto. Véase, también ahora Losch, NVwZ, 1995, pp. 235 y ss., que califica al acto administrativo preventivo como una forma especial del acto administrativo provisional.

DR © 2012, Universidad Nacional Autónoma de México,
Instituto de Investigaciones Jurídicas

que en un Estado de derecho es inconcebible que alguien se vea obligado por un acto administrativo que no le ha sido notificado.[61]

2. *Los requisitos de la notificación*

La notificación se rige por las reglas establecidas en el § 41 de la Ley de Procedimiento Administrativo (*VwVfG*), debiéndose tener en cuenta los preceptos sobre las formas previstos en el § 37 II a IV de la Ley de Procedimiento Administrativo y las normas especiales que rigen en la materia. La violación de los preceptos formales sobre la notificación hace antijurídico el acto administrativo afectado, pero no afecta a la notificación necesaria

[61] Desde un punto de vista terminológico debe distinguirse entre existencia jurídica, eficacia externa y eficacia interna, aunque en la práctica normalmente las tres coincidan en el tiempo. El acto administrativo adquiere existencia jurídica cuando abandona el ámbito interno de la administración ("hacia el exterior") y al menos ha sido notificado a un destinatario o a otro afectado. La eficacia externa significa que el acto como tal debe ser tenido en cuenta —adquiere significado— por parte del destinatario o de otro afectado, lo que presupone que le ha sido notificado. La eficacia interna significa que la regulación contenida en el acto administrativo adquiere carácter vinculante. La eficacia interna y la externa pueden producirse en distintos momentos, así, por ejemplo, en los casos de sometimiento del acto a una condición suspensiva o a un término suspensivo. Véase, sobre la distinción entre eficacia interna y externa las sentencias del Tribunal Federal de lo Contencioso-Administrativo publicadas en BVerwGE 13, 1, 7 y 55, 212 (B recibe el 24 de junio el documento funcionarial por el que se le comunica un ascenso con efectos al 1o. de julio; la eficacia externa comienza el 24 de junio y la interna el 1o. de julio). Tanto a efectos de impugnación como de revisión de oficio o de revocación se toma como fecha de partida la de la eficacia externa.

Caso: La licencia de obra solicitada por B se le notifica el 1o. de marzo de 1995, a su vecino X el 12 de marzo de 1995 y a su vecino Y no se le notifica en absoluto. X impugna en vía administrativa la licencia el día 12 de abril de 1995 e Y lo hace el día 1o. de mayo de 1996. ¿Se presentaron los recursos administrativos en plazo? Para X el plazo de un mes para presentar el recurso administrativo del § 70 de la Ley de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa (VwGO) comenzó a contar el 13 de mayo de 1995 y finalizó el día 12 de abril (§§ 79 y 31 I de la Ley de Procedimiento Administrativo, en relación con los §§ 187 I y 188 del Código Civil, BGB) con lo que todavía presentó el recurso en plazo; sin embargo para Y no transcurre ningún plazo de recurso, ni siquiera el plazo de un año previsto en el § 58 II VwGO, pudiendo presentar el recurso administrativo aún más tarde, no obstante —debido a las exigencias del principio de buena fe objetiva según el § 242 BGB y teniendo en cuenta el § 58 II VwGO—, no podrá presentarlo si transcurre un año desde que tuvo conocimiento de la licencia (por ejemplo, por haber preguntado una vez que las obras ya eran visibles) o debía haberlo tenido (véase las sentencias del Tribunal Federal de lo Contencioso-Administrativo publicadas en BVerwGE 44, 294; 78, 85, 88 y ss., y del Tribunal Superior de lo Contencioso-Administrativo de Baden Württemberg recogida en VBlBW 1988, 143).

DR © 2012, Universidad Nacional Autónoma de México,
Instituto de Investigaciones Jurídicas

para que el acto pueda ser considerado existente, siempre y cuando dicha notificación cumpla los requisitos a los que está sometida.[62]

En concreto, debe tenerse en cuenta que:

a) La notificación debe ser *emitida de forma oficial por el órgano competente*. Otro tipo de comunicaciones como la información ofrecida privadamente por un funcionario del órgano, la notificación por un órgano incompetente o la toma en conocimiento por casualidad no tiene virtualidad.[63]
b) La notificación debe hacerse de forma *individual*, esto es debe dirigirse *a cada interesado personalmente*, ya que el acto administrativo es una declaración de voluntad recepticia. No obstante, en el caso de los actos administrativos dictado por escrito es suficiente "el acceso" a la notificación en el sentido del § 130 del Código Civil (*BGB*).[64]

La *notificación formal* que asegura la recepción por el interesado Nt11 (*Zustellung*) constituye una forma especial de notificación que está regulada en la Ley sobre Notificaciones Administrativas Garantizadas (*Verwaltungszustellungsgesetz*), del 12 de agosto de 2005 (núm. 110 de la compilación legislativa editada por Sartorius) que derogó la Ley sobre Notificaciones Administrativas Garantizadas de 1953 y que adapta el derecho de las notificaciones a las relaciones modernas, especialmente la posibilidad de transmisión electrónica de datos. Esta ley desarrolla el § 41 de la Ley de Proce-

[62] Ejemplo: Cuando un acto administrativo que debe ser dictado por escrito se notifica sólo de forma oral, dicha resolución será anulable por defecto de forma, pero la notificación se tiene por hecha y el acto es jurídicamente existente. Por contra, queda afectada la propia notificación y, en consecuencia el acto no adquiere existencia jurídica cuando, por ejemplo, debía haberse procedido a la notificación personal (*véase* la sentencia del Tribunal Federal de lo Contencioso-Administrativo recogida en DVBl. 1987, 629, que permite bajo ciertas circunstancias la elevación de una pretensión declarativa —según el § 43 I primera alternativa VwGO— contra este tipo de "no actos") y, sin embargo, se procedió a una notificación pública (véase infra, marg. 71).

[63] *Véase* las sentencias del Tribunal Federal de lo Contencioso-Administrativo publicadas en BVerwGE 29, 321 (notificación por un órgano incompetente) y en BVerwGE 44, 294 (falta de la notificación oficial de una licencia de construcción a un vecino).

[64] Se entiende que el interesado ha tenido acceso cuando el acto administrativo notificado por correo es depositado en su buzón, siendo irrelevante si el particular abre su buzón y lee su correo o no. En la práctica surgen numerosas dificultades y problemas. *Véase*, por ejemplo, en relación a las notificaciones a empresas concursadas, Karst/Otten, NVwZ, 1994, pp. 979 y ss.

DR © 2012, Universidad Nacional Autónoma de México,
Instituto de Investigaciones Jurídicas

dimiento Administrativo (*VwVfG*), pero no limita su campo de aplicación al acto administrativo, sino que se extiende a todos los ámbitos de la actuación administrativa. Por otra parte, esta ley se aplica tanto a los órganos de la federación como a los órganos tributarios de los *Länder*; aunque se espera que estos dicten leyes con un contenido idéntico para su ámbito competencial propio. La notificación garantizada es según el § 2 I de la Ley sobre Notificaciones Administrativas Garantizadas (*VwZG*), aquella notificación por escrito o electrónica que se ajusta a una de las formas previstas en esta ley. Este carácter formal debe asegurar el acceso del interesado a la notificación y posibilitar la determinación exacta del momento en el que dicho acceso se produjo. Según la propia Ley de Notificaciones Administrativas Garantizadas habría que hacer referencia a la notificación garantizada por correo mediante una cédula de notificación, a la notificación garantizada por correo mediante certificado y a la notificación garantizada que hace el propio órgano y que acompaña de acuse de recibo, siendo posible que esta última forma se realice a través de medios electrónicos (véase el § 5 IV *VwZG*, en relación con el § 3a *VwVfG*). La necesidad de proceder a la notificación garantizada y la forma de ésta se determinan por ley (por ejemplo, por el § 73 III 1 *VwGO*, respecto de las resoluciones de los recursos administrativos) o pueden ser establecidas para el caso concreto por el órgano competente. Véase, al respecto con mayor profundidad, Rosenbach, *Das neue Verwaltungszustellungsgesetz (VwZG) des Bundes*, DVBl. 2005, pp. 816 y ss.[65]

[65] Caso: (Sentencia del Tribunal Federal de lo Contencioso-Administrativo publicada en NVwZ, 1988, 63) A es llamado a filas para cumplir el servicio militar mediante una resolución del 29 de abril de 1988 que la oficina comarcal de reclutamiento envía por correo certificado el 2 de mayo de 1988. A recibe la carta certificada el día 3 de mayo de 1988 y presenta el día 4 del mismo mes una solicitud para que se le reconozca objetor de conciencia, además impugna el llamamiento a filas. ¿Tendrá éxito el recurso? Según el § 3 II de la Ley de Objeción de Conciencia al Servicio Militar (KDVG), la solicitud de declaración de objeción de conciencia suspende la posibilidad de que el recluta sea llamado a filas hasta que dicha solicitud sea denegada o revisada de oficio, a no ser que el interesado haya sido llamado a filas antes de presentarla. Lo decisivo en este caso es, por tanto, decidir cuándo le fue notificada a A la llamada a filas y, por tanto, está devino eficaz. Según el § 4 I VwZG se considera notificada la resolución enviada por correo certificado al tercer día desde la entrega del escrito al correo, a no ser que éste no haya sido enviado o haya sido enviado más tarde. Aplicando esta regla el día en el que la notificación debe entenderse —ficticiamente— realizada será el 5 de mayo de 1988, y como A ya presentó el día antes la solicitud de reconocimiento como objetor se debe anular el llamamiento a filas. Si el órgano hubiese enviado la resolución por correo mediante cédula de notificación según el § 3 VwZG se hubiese tenido la resolución de llamamiento a filas por notificada y eficaz el día 3 de mayo de 1988.

DR © 2012, Universidad Nacional Autónoma de México,
Instituto de Investigaciones Jurídicas

Nt11 La diferencia entre la simple notificación —*Bekanntgabe*— y la notificación formal que se conoce con el término *Zustellung* es que ésta última está sujeta a mayores formalidades tendentes a asegurar que el interesado recibe efectivamente el acto notificado y a determinar el momento de la recepción. Así pues el régimen de la *Zustellung* es más próximo al de nuestra notificación. Para garantizar la comprensión del texto vamos a traducir convencionalmente *Zustellung* como notificación garantizada.

d) Por último nos debemos referir a la notificación pública que, como su nombre indica, no es una notificación individual, sino realizada mediante un comunicado público, sea por publicación en un boletín oficial, en un periódico o en el tablón de anuncios de un ayuntamiento (§ 41 IV *VwVfG*). Esta forma de notificación es válida para las resoluciones generales —*Allgemeinverfügungen*— (§ 41 III 2 *VwVfG*), para las decisiones en procedimientos administrativos formales y en procedimientos de planificación que deban de ser notificadas a más de cincuenta personas (véase §§ 69 II y 74 *VwVfG* e *infra*, § 19 marg. 7) y respecto a actos administrativos cuyo destinatario no pueda ser localizado (véase, por ejemplo, el § 15 *VwZG*), o sea en casos en los que la notificación individual no sería posible o resultaría desproporcionada.[66]

[66] Según la nueva jurisprudencia del Tribunal Federal de lo Contencioso-Administrativo las señales de tráfico (prohibición de aparcamiento, limitación de la velocidad, etcétera) también se notificarían públicamente, teniendo lugar la notificación con la mera instalación de la señal en cuestión, véase, al respecto la sentencia del Tribunal Federal de lo Contencioso-Administrativo publicada en BVerwGE 102, 316, 318, sobre el tema, véase supra, marg. 36a.

Bibliografía en general sobre las formas de actuación de la administración: Bachof/Brohm, Die Dogmatik des Verwaltungsrechts von den Gegenwartsaufgaben der Verwaltung: Referate mit Diskussion, VVDStRL 30, 1972, pp. 193 y ss.; Krause, Rechtsformen des Verwaltungshandelns, 1974; P. Kirchhof, Verwalten durch "mittelbares" Einwirken, 1977; idem, Mittel staatlichen Handelns, HStR III, 1988, § 59 margs. 102 y ss.; Ossenbühl, Die Handlungsformen der Verwaltung, JuS, 1979, pp. 681 y ss.; Schmidt-Aßmann, Die Lehre von den Rechtsformen des Verwaltungshandelns, DVBl, 1989, pp. 533 y ss; König, Rechtliche und tatsächliche Formen des Verwaltungshandelns, VR, 1990, pp. 401 y ss.; Kloepfer, Zu den neuen unweltrechtlichen Handlungsformen des Staates, JZ, 1991, pp. 737 y ss.; Becker et al., (eds.), Wandel der Handlungsformen im Öffentlichen Recht, 1991; J. Lücke, Vorläufige Staatsakte, 1991; K. König/Dose (eds.), Instrumente und Formen des staatlichen Handelns, 1993; Manssen, Privatrechtsgestaltung durch Hoheitsakt. Verfassungsrechtliche und verwaltungsrechtliche Grundlagen, 1994; Hoffmann-Riem, Schmidt-Aßmann (eds.), Innovation und Flexibilität des Verwaltungshandelns, 1994; Ketteler, Instrumente des Umweltrechts, JuS, 1994, pp. 826 y ss.; Ladeur, Die Zukunf des Verwaltungsakts, Kann die Handlungsformenlehre aus dem Austieg des "informalen Verwaltungshandelns" lernen?

DR © 2012, Universidad Nacional Autónoma de México,
Instituto de Investigaciones Jurídicas

VerwArch, 86, 1995, pp. 511 y ss.; A. Leisner, Die untätige Behörde, VerwArch. 91, 2000, pp. 227 y ss.

Sobre el acto administrativo: Otto Mayer, Deutsches Verwaltungsrecht, 3a. ed., 1924, t. I, pp. 59 y ss. y 72 y ss.; Volkmar, Allgemeiner Rechtssatz und Einzelakt, 1962; J. Martens, Zur Begriffsbestimmung des Verwaltungsaktes, DVBl, 1968, pp. 322 y ss.; von Mutius, Rechtsnorm und Verwaltungsakt, Festschrift für Hans J. Wolff, 1973, pp. 167 y ss.; Vogel, Die Lehre von Verwaltungsakt nach Erlass der Verwaltungsverfahrensgesetze, BayVBl, 1977, pp. 617 y ss.; Obermayer, Das Dilemma der Regelung eines Einzelfalles nach dem Verwaltungsverfahrensgesetz, NJW 1980, pp. 2386 y ss.; Löwer, Funktion und Begriff des Verwaltungsakts, JuS, 1980, pp. 805 y ss.; F. Kirchhof, Der Verwaltungsakt auf Zustimmung, DVBl, 1985, pp. 651 y ss.; Schenke, Formeller oder materieller Verwaltungsaktbegriff?, NVwZ, 1990, pp. 1009 y ss.; Engel, Plannungssicherheit für Unternehmen durch Verwaltungsakt, 1992; Appel/Melchinger, Rechtsanwendung und feststellender Verwaltungsakt, VerwArch 84, 1993, pp. 349 y ss.; Erfmeyer, Der nichtmaterielle Verwaltungsakt-Rechtswidrige und überflüssige Fiktion, DÖV, 1996, pp. 629 y ss.; Renck, Für einen formalisierten Verwaltungsakt, Festschrift für Knöpfle, 1996, pp. 291 y ss.; Gromitsaris, Die Lehre von der Genehmigung, VerwArch 88, 1997, pp. 52 y ss.; Fehling, Der Verwaltungsakt–Begriff und Bedeutung, JA, 1997, pp. 482 y ss.; Erichsen/Hörster, Die Bekanntgabe von Verwaltungsakten, Jura, 1997, pp. 659 y ss.; Hansen/Meyer, Bekanntgabe von Verkehrsschildern. Endlich Klarheit durch das BVerwG?, NJW, 1998, pp. 284 y ss.; Druschel, Die Verwaltungsaktbefugnis, 1999; Schmidt-De Caluwe, Der Verwaltungsakt in der Lehre Otto Mayers, 1999; idem, Die Wirksamkeit des Verwaltungsakts, VerwArch, 90, 1999, pp. 49 y ss.; Laubinger, Das "Endiviensalat-Urteil"—eine Fehlentscheidung? Zum Begriff der Allgemeinenverfügung im Sinne von § 35 Satz 2 VwVfG, Festschrift für Rudolf, 2001, pp. 305 y ss.; Kahl, Der Verwaltungsakt: Bedeutung und Begriff, Jura, 2001, pp. 505 y ss.; Bitter/Konow, Bekanntgabe und Widerspruchsfrist bei Verkehrszeichen, NJW, 2001, pp. 1386 y ss.; Ruffert, Der transnationale Verwaltungsakt, DV 34, 2001, pp. 453 y ss.; H. Meyer, Der Verwaltungsakt in der Rechtsprechung des Bundesverwaltungsgerichts, BVerwG-Festschrift, 2003, pp. 551 y ss.; Felix, Der Verwaltungsakt mit Dauerwirkung–eine sinnvolle Kategorie des Allgemeinen Verwaltungsrechts?, NVwZ, 2003, pp. 385 y ss.; Tschentscher, Der privatrechtsgestaltende Verwaltungsakt als Koordinierungsinstrument zwischen öffentlichem Recht und Privatrecht, DVBl, 2003, pp. 1424 y ss.; Winkler, Normenumschaltende Verwaltungsakte, DVBl, 2003, pp. 1490 y ss. (sobre la sentencia del Tribunal Federal de lo Contencioso-Administrativo publicada en BVerwGE 117, 322); Ehlers, Rechtsfragen der Existenz, der Wirksamkeit und der Bestandskraft von Verwaltungsakten, Festschrift für Erichsen, 2004, pp. 1 y ss.; von Mutius, Zur "Verwaltungsaktsbefugnis", *ibidem*, pp. 135 y ss.; Blunk/Schroeder, Rechtsschutz gegen Scheinverwaltungsakte, JuS, 2005, pp. 602 y ss.

Jurisprudencia: Afirman la condición de acto administrativo: Las sentencias del Tribunal Federal de lo Contencioso-Administrativo reproducidas en BVerwGE 12, 87 (asunto de la ensalada de endivias sobre las resoluciones generales); BVerwGE 27, 181; BVerwGE 59, 221, 102, 316 (señales de tráfico, resoluciones generales); BVerwGE 57, 26, 29 y ss. (sobre resoluciones que reconocen prestaciones y su distinción con los requerimientos de pago); BVerwGE 58, 37 (licenciamiento de filas como acto administrativo declarativo); BVerwGE 60, 269 (determinación de la admisión en un plan de asistencia hospitalaria); BVerwGE 64, 325 (decisión que según el § 17 II 3 de la Ley Federal de Carreteras permite la ejecución de un plan de obras en una carretera sin la correspondiente planificación); BVerwGE 70,

DR © 2012, Universidad Nacional Autónoma de México,
Instituto de Investigaciones Jurídicas

§ III. El Acto Administrativo Antijurídico[67**]

Diariamente son aprobados cientos de actos administrativos cuya conformidad a derecho no es dudosa ni tampoco puesta en cuestión por nadie.

77 (establecimiento de una zona de protección); BVerwGE 88, 122 (comunicación de la cámara reguladora de los oficios sobre la proyectada retirada al interesado de su habilitación para ejercer un oficio); DVBl. 1983, 1248 (sobre reprensión a la defensa jurídica por parte del presidente de un tribunal de primera instancia); sentencia del Tribunal Superior de lo Contencioso-Administrativo de Hessen recogida en DVBl. 1974 469 y sentencia del Tribunal Superior de lo Contencioso-Administrativo de Berlín en DVBl. 1975, 731 (sobre calificaciones particulares en el título de bachillerato); sentencia del Tribunal Superior de lo Contencioso-Administrativo de Baden-Württemberg en ESVGH 28, 95 (sobre la emisión de un certificado de asistencia a un seminario); sentencia del Tribunal Superior de lo Contencioso-Administrativo con sede en Lüneburg publicada en DVBl, 2000, 713 (sobre la resolución de la dirección de una Universidad por la que se traslada a otra materia a un profesor de teología); sentencia del Tribunal Superior de lo Contencioso-Administrativo de Baviera recogida en BayVBl, 2000, 594 (ejercicio del derecho de adquisición preferente y de un deber de información relacionado con el mismo); resolución del Tribunal Superior de lo Contencioso-Administrativo con sede en Saarlouis publicada en NJW 2003, 768 (inscripción y cancelación en el registro de una carga urbanística).

Niegan la condición de acto administrativo: Las sentencia del Tribunal Federal de lo Contencioso-Administrativo reproducidas en BVerwGE 14, 353 y 59, 319 (informe de investigación); BVerwGE 28, 145 (aprobación entre órganos administrativos); BVerwGE 29, 310 (mero requerimiento de pago); BVerwGE 36, 192 y 218 (sobre valoración de los puestos de trabajo funcionariales); BVerwGE 49, 351 (sobre valoración del trabajo de un funcionario por su superior jerárquico); BVerwGE 60 144 (traslado interno de un funcionario); BVerwGE 62, 342 (determinación del trayecto previsto para una carretera federal según el § 16 I de la Ley de Carreteras [FStG]); BVerwGE 77, 268 (inscripción en el registro central de tráfico); BVerwGE 90, 220 (desarrollo de un ente en aplicación del artículo 3o. del Tratado de Reunificación Alemana [EV]); BVerwGE 98, 334 (modificación de las tareas de un funcionario); BVerwGE 106, 187, 188 (llamamiento a una plaza de profesor de universidad); DVBl. 1994, 1356 (valoración de un trabajo en el examen de Estado para adquirir la condición de jurista); DVBl, 2003, 371 (examen parcial).

Sentencias del Tribunal Federal de lo Contencioso-Administrativo publicadas en BVerwGE 13, 1, 6 y 7 (presupuesto de la eficacia); BVerwGE 29, 321 (comunicación de un acto administrativo por un órgano incompetente); BVerwGE 44, 294 (falta de notificación de una licencia de obras al vecino); BVerwGE 55, 212 (entrega de un documento acreditativo de la condición de funcionario y eficacia del nombramiento como funcionario); BVerwGE 58, 100 (notificación supletoria); BVerwGE 102, 316 (momento de notificación de la señal de tráfico que se coloca con posterioridad a una actividad cuya valoración jurídica altera); BVerwGE 105, 288, 292 y ss. (notificación en casos de apoderamiento).

Bibliografía y jurisprudencia del epígrafe V: véase las referencias en el texto.

[67**] Los epígrafes I, II y III de este § 10, así como la introducción que les precede, han sido traducidos por María José Bobes Sánchez, profesora colaboradora de derecho administrativo de la Universidad de Oviedo.

DR © 2012, Universidad Nacional Autónoma de México,
Instituto de Investigaciones Jurídicas

Ocurre, sin embargo, una y otra vez, que un acto administrativo es, de hecho o bien según la opinión del afectado, antijurídico. El jurista —como el médico— se preocupa, sobre todo, de los casos patológicos. Sus esfuerzos sirven, no obstante, no sólo para depurar sino también para evitar potenciales infracciones jurídicas.

La doctrina sobre la antijuridicidad del acto administrativo se ocupa de dos extremos: por un lado, de responder a la cuestión de cuándo es válido o invalido un acto administrativo (*infra,* I), y, por otro, a la de cuáles son los efectos jurídicos que se derivan de la invalidez de un acto administrativo (*infra,* II-IV).

1. *Las condiciones de validez del acto administrativo*

A. *Los criterios determinantes*

a) El acto administrativo es *conforme a derecho* si reúne todos los requisitos que el ordenamiento le impone. Es *antijurídico* o *irregular —rechtswidrig/fehlerhaft—* (ambas expresiones se usan como sinónimos) sólo con que en alguna medida sea incompatible con el derecho vigente. La antijuridicidad es, por tanto, el reverso de la validez.[68]

El acto administrativo es conforme a los requisitos jurídicos exigidos y, por ello, válido,

— Si el órgano administrativo está autorizado a actuar en ese caso concreto mediante un acto administrativo (admisibilidad del acto administrativo, véase *infra*, 2)
— Si las correspondientes disposiciones de competencia, procedimiento y forma, han sido observadas (validez formal, véase *infra*, 3)
— Si el contenido del acto administrativo es conforme al derecho en vigor (validez material, véase *infra,* 4)

[68] Ha de tenerse en cuenta, que la invalidez puede basarse no sólo en una incorrecta interpretación o aplicación de las normas jurídicas correspondientes, sino también en una comprobación insuficiente o en una valoración defectuosa de los hechos relevantes para la decisión. Esto es lo que ocurre, por ejemplo, cuando la administración parte de un contenido incorrecto y llega a un resultado ilegal. Esta "parte de hecho" juega en la práctica un papel importante, siendo, a menudo, el problema principal. La solución de exámenes y deberes naufraga siempre en esta cuestión porque el estudiante no comprende los "hechos" con claridad (Sachverhalt).

DR © 2012, Universidad Nacional Autónoma de México,
Instituto de Investigaciones Jurídicas

Estas condiciones, que se explican a continuación, rigen, en general, para todas las demás medidas administrativas, por lo que la siguiente exposición tiene, respecto a la doctrina de los vicios, un carácter representativo para el ámbito entero de la actuación administrativa.

b) El *momento decisivo* para enjuiciar la validez del acto administrativo es aquel en el que se dicta, por lo que un cambio posterior en las circunstancias de hecho o de derecho que fueron tenidas en cuenta para su nacimiento, ya no afectan a su validez o invalidez. Así ocurre para los actos administrativos que se agotan en una sola ejecución (por ejemplo, la disolución de una reunión, resolución sobre el pago de una tasa única).[69]

Son problemáticos los actos administrativos con efectos prolongados en el tiempo —*Dauerwirkung*— (por ejemplo, la licencia para una actividad industrial, la concesión de una beca cuya liquidación es mensual). Aunque todo depende de la manera de examinar la cuestión. Así, desde el punto de vista del procedimiento, el punto decisivo es el momento en el que el acto se dicta (el acto administrativo *fue* válidamente emitido), mientras que desde el punto de vista material, se puede decir que un acto administrativo se convierte en inválido cuando el contenido de su regulación ya no es compatible con el derecho vigente como consecuencia de cambios en las circunstancias de hecho o de derecho que condujeron a su emisión. Esto conduce, desde el punto de vista procedimental, a la cuestión de si, a causa de la "invalidez sobrevenida", el acto administrativo debe ser anulado pues su mantenimiento también sería antijurídico. Ha de distinguirse, en todo caso, entre el acto administrativo originariamente inválido de aquel que llega a serlo, pues la doctrina sobre los actos administrativos inválidos concierne *sólo* los *actos administrativos originariamente inválidos*. Y es que la invalidez "sobre-

[69] El pago de una tasa establecida en una resolución tributaria conforme a derecho no convierte dicha resolución en antijurídica, sino que elimina simplemente la obligación de pago. La resolución tributaria conforme a derecho permanece como fundamento jurídico del pago. Las acciones para una devolución forzosa operan sólo si la resolución de la tasa es anulada con efectos *ex tunc*. Una modificación legal posterior no concierne ya, en todo caso, a la resolución de la tasa mientras no tenga (excepcionalmente) efectos retroactivos. La retroactividad puede "curar" el acto administrativo antijurídico. Por ejemplo: el 1.3.1978 se establece una resolución de una tasa, que deriva de una regulación de impuestos antijurídica y es, por ello, ella misma ilegal. El 1o. de junio de 1978 el reglamento ilegal es sustituido por un nuevo reglamento conforme a derecho, el cual entra en vigor a partir del 1o. de enero de 1978. La notificación ha adquirido así —observada *ex post*— un fundamento jurídico legal y es por ello tolerada como conforme a derecho. Véase BVerwG DVBl, 1970, p. 835; BVerwGE 50, 2, 7 y ss. Es necesario, en todo caso, que la retroactividad del reglamento sea legal.

DR © 2012, Universidad Nacional Autónoma de México,
Instituto de Investigaciones Jurídicas

venida" de un acto administrativo ha de enjuiciarse según las reglas de la revocación (véase *infra*, § 11 margs. 11, 39 y ss.).

c) La antijuridicidad se distingue comúnmente del *error evidente* (*offenbare Unrichtigkeit*). Un acto administrativo es manifiestamente erróneo "cuando la contradicción entre lo que el órgano ha querido y lo que expresa en el acto administrativo, es, sin más, reconocible" (*BVwerGE*, 40, 212, 216). Es el caso de errores ortográficos, aritméticos, omisiones involuntarias, o también de fallos en la elaboración automática de datos. No es suficiente con que únicamente esté claro que la administración —en sentido negativo— no quería lo finalmente interpretado, sino que debe ser también reconocible —en sentido positivo— lo que de hecho pensaba y quería.[70]

Según el § 42 de la Ley de Procedimiento Administrativo (*VwVfG*), de acuerdo con la hasta ahora doctrina mayoritaria, los actos administrativos manifiestamente erróneos pueden ser en todo momento *rectificados* por el órgano administrativo. El principio de protección de la confianza que debe observarse en el caso de la revisión de oficio de un acto administrativo favorable no tiene aplicación en este supuesto.[71]

[70] Véase, en la jurisprudencia BVerwG DÖV, 1970, p. 747 (error de cálculo en la pensión de jubilación); BVerwGE 40, 212, 216 (cuenta final de resolución de suministro obtenida automáticamente); BVerwGE 48, 336, 338 (resolución de prima por residencia obtenida automáticamente); BVerwG NVwZ 1986, 198 (carnet de estudiante obtenido por ordenador); BVerwG NVwZ 2000, 553 (información falsa involuntaria sobre el ámbito del plan en la resolución final del planeamiento).

[71] La interpretación de que el acto administrativo manifiestamente ilícito rige con el contenido querido de hecho y la rectificación sólo sirve a la clarificación es, al menos, así en general, equívoca. Si se trata de un punto esencial del tenor literal, no sólo es posible la rectificación sino necesaria. Es el caso, por ejemplo, de una resolución tributaria que condena al pago de mil euros cuando según el fundamento del adeudo sólo pueden figurar cien euros. Por razones de técnica jurídico-administrativa no se puede cargar al ciudadano con el pago de los cien euros exigidos sino que debe, en primer lugar, inducirse la rectificación de la resolución. Una rectificación puede, sin embargo, no realizarse si el importe exigido se caracteriza erróneamente no como contribución (*Beitrag*) sino como tasa, no hay duda alguna sobre el fundamento jurídico de dicha exigencia. Sobre estas insignificancias no es interesante insistir más. Si nos concentramos en los supuestos esenciales, que tienen actualidad también en la jurisprudencia, se muestra que también el acto administrativo manifiestamente erróneo es antijurídico (porque no es conforme al derecho en vigor), pero dicha antijuridicidad tiene unas consecuencias especiales. Véase, para la regulación del § 42 VwVfG —en particular también a diferencia de la regulación paralela más amplia del § 129 AO— Musil, DÖV, 2001, pp. 947 y ss., con ulteriores referencias.

DR © 2012, Universidad Nacional Autónoma de México,
Instituto de Investigaciones Jurídicas

B. *La admisibilidad del acto administrativo*

La administración está generalmente facultada para determinar y concretar las obligaciones y derechos jurídico-públicos de los ciudadanos a través de un acto administrativo. La habilitación de la administración para actuar sobre la base del derecho público y, por tanto, con medidas revestidas de autoridad, implica la facultad para actuar a través de actos administrativos; por ello, no es necesaria una habilitación específica para actuar mediante actos administrativos. Si debe aceptarse, en todo caso, con la mayoría de la doctrina, que la reserva de ley se refiere no sólo al contenido, sino también a la forma de actuación de la administración, entonces la habilitación para actuar mediante un acto administrativo en las relaciones revestidas de autoridad se debería deducir (directa o indirectamente) de la correspondiente determinación legal en vigor. Sería contradictorio que la administración estuviera de un lado obligada a actuar en un caso concreto pero, por otro lado, la falta de habilitación para emitir un acto administrativo en dicho caso le impidiera precisamente actuar. Por ello, con razón, no se suele plantear a la hora de resolver casos prácticos si la administración puede actuar mediante acto administrativo.[72]

Dos extremos exigen aún la siguiente reflexión:

[72] Véase, sobre esta cuestión, con más detalle, Sachs, StBS § 44 margs. 54 y ss.; Druchsel, Die Verwaltungsaktsbefugnis, 1999, quien, por cierto, exige una habilitación legal, pero entiende que la misma se encuentra en el § 43 VwVfG; de modo distinto Osterloh, JuS, 1983, pp. 220 y ss. La tan citada decisión BVerwGE 72, 265 no contradice la opinión aquí compartida, porque en ella no se refiere sólo a la forma, sino también al contenido. En BVerwGE 97, 117, 119 se plantea abiertamente la cuestión sobre si la administración también necesita habilitación para la forma de actuación a través de acto administrativo, y se señala que no debe existir en todo caso expresamente, sino que puede ser establecida mediante interpretación.

Otra cuestión ligada a esta y que no siempre está clara, es aquella que trata sobre si careciendo de habilitación expresa la administración está facultada para concretizar e imponer mandatos o prohibiciones a través de un acto administrativo. Ejemplo: La actividad de psiquiatra exige poseer una licencia según la Ley de Práctica de la Psquiatría, estando, por tanto, legalmente prohibida sin licencia; ¿puede la autoridad administrativa competente negar y dirigir medios coactivos frente a la continuación de la práctica de una actividad de psquiatría no permitida y, por tanto, prohibida mediante un acto administrativo a pesar de carecer para ello de una habilitación expresa? (por ejemplo, en el sentido del § 15 II GewO para una actividad empresarial). Porque aquí no se trata de la forma de actuación de la administración sino de la posibilidad de intervenir, es necesaria la habilitación legal; esta habilitación puede, en todo caso, ser localizada en la cláusula general de policía, véase sobre esto BVerwGE 94, 269, 277 y ss.; Schenke, PolR, margs. 58 y ss.

DR © 2012, Universidad Nacional Autónoma de México,
Instituto de Investigaciones Jurídicas

a) Las *pretensiones de la administración derivadas de un convenio administrativo* no pueden ser determinadas mediante actos administrativos y ser forzosamente impuestas con su ayuda. Si la administración alcanza con el ciudadano un acuerdo respecto a una regulación y se sitúa por ello en el nivel de la igualdad, entonces, debe consecuentemente permanecer en este nivel para ejercitar las pretensiones contractuales y —también como el ciudadano— hacer valer judicialmente las pretensiones controvertidas. Esto es así tanto más en cuanto el acto administrativo sirve, en primer lugar, a la concretización de las normas jurídicas generales, y la ejecución forzosa por la propia administración es mera consecuencia de esta posibilidad de concretización, por lo que para las acciones ya concretizadas contractualmente el acto administrativo sólo debería ser emitido en cuanto título de ejecución. Tampoco puede distinguirse en consecuencia, como en la doctrina es en parte propuesto, según que mediante el contrato se reconozca una obligación ya determinada legalmente (entonces el acto administrativo sería admisible) o se adopte una nueva obligación (entonces el acto administrativo no sería admisible).[73]
b) Es controvertido si a la administración se le permite determinar mediante acto administrativo las *prestaciones otorgadas conforme a una*

[73] El mismo resultado en BverwGE 50, 171; 59, 60; BayVGH BayVBl, 1997, 596; frente a esto la prestación acordada contractualmente puede ser hecha valer mediante un acto administrativo si la ley lo autoriza expresamente, así BverwGE 89, 345, 348 y ss. (Ciertamente la habilitación legal exige en cuanto excepción estructural una justificación jurídica particular); ilícito es también el rechazo mediante acto administrativo de una acción de prestación contractual reclamada por el ciudadano, en este sentido OVG Münster NJW, 1995, 003. A la relación contractual se equiparan otras relaciones equivalentes, en particular las denominadas relaciones de deuda jurídico administrativas (véase sobre esto infra, § 28 margs. 2 y ss.). Por eso rechaza el BadWürtt VGH (NVwZ 1990, 388), con razón, la exigencia por parte de un municipio, mediante una resolución que impone una obligación de hacer (acto administrativo), de una responsabilidad por daños derivados de una relación de uso de un canal.

Ejemplo: Mediante un convenio administrativo el ayuntamiento se obliga a dictar una dispensa de construcción, al constructor B el pago de 10000 euros (denominado contrato de dispensa, véase, sobre esto infra, § 14 marg. 11). Si B se niega al pago de los diez mil euros, entonces el ayuntamiento debe elevar una pretensión de condena al tribunal contencioso-administrativo. Si hiciera valer su acción mediante una resolución que impusiera una obligación de hacer (acto administrartivo), entonces estaríamos formalmente ante un acto administrativo, pero sería —a falta de admisibilidad— antijurídico y anulable, siempre y cuando esta irregularidad no sea considerada, en aplicación de una jurisprudencia ahora inequívoca, como causa de nulidad. A la inversa, si el ayuntamiento se negara a conceder la dispensa, B debería interponer una pretensión de condena (véase infra, § 14 marg. 54).

DR © 2012, Universidad Nacional Autónoma de México,
Instituto de Investigaciones Jurídicas

ley, en particular, las derivadas de relaciones obligacionales jurídico-públicas, y llegado el caso, también ejecutarlas forzosamente.

Se trata principalmente de las acciones de la administración frente a sus funcionarios derivadas de la relación funcionarial, por ejemplo acciones para el reintegro de los excesos pagados del sueldo, o para el reembolso de costes de formación pagados sin base jurídica o para la prestación de indemnización a causa de la infracción de una obligación de servicio. El *BVerwG* acepta el ejercicio de esta pretensión mediante acto administrativo. La doctrina mayoritaria lo rechaza basándose en el principio de reserva de ley, de modo que al jefe de servicio solo le queda la posibilidad, de reclamar el pago al funcionario y si no consigue el pago (*Realakt*!) elevar una pretensión de condena ante la jurisdicción contencioso-administrativa. A diferencia de las pretensiones contractuales no se trata aquí de una relación de igualdad, sino de relaciones jerárquicas; tampoco de la ejecución de una pretensión ya concretizada, sino de la concretización primera de una pretensión legal. Porque la relación funcionarial no sólo es de naturaleza jurídico-pública, sino que generalmente puede ser regulada mediante acto administrativo (nombramiento, traslado, salario, subsidio, etcétera), sólo se es consecuente, si también estas acciones puedan ser hechas valer mediante acto administrativo. Esto mismo rige para las correspondientes acciones derivadas de las relaciones militares.[74]

Según la jurisprudencia, la administración no está autorizada, ni obligada, a determinar la pretensión mediante una resolución prestacional; ella puede en lugar de esto —en tanto que de acuerdo con la opinión mayoritaria, pero teniendo en cuenta que no se trata del *único* medio viable sino sólo de *uno* de los medios posibles— dirigir al afectado una simple orden de pago, y si este no paga, elevar una pretensión de condena (véase *BVerwGE* 29, 310). La pretensión de condena debería, no obstante, rechazarse por no ser necesaria a la tutela judicial ya que el órgano administrativo tiene en la posibilidad de adoptar una resolución que impone una obligación de hacer un medio

[74] Véase BVerwGE 28, 1; 71, 354, 357 y ss. (reintegro del exceso pagado del sueldo); BVerwGE 52, 183, 185 y ss. (reembolso de costes de formación carentes de base jurídica) y BVerwGE 19, 243, 27, 245 (Indemnización por daños); en el mismo sentido Bethge/Detterbeck, JuS, 1991, pp. 226 y ss.; otra opinión: Rupp, DVBl, 1963, pp. 577 y ss.; Renck, JuS, 1965, pp. 129 y ss.; Achterberg, VerwR § 20 margs. 81 y ss.; véase, también Hennek, en: Knack, Vor § 35 marg. 39, con ulteriores referencias.

DR © 2012, Universidad Nacional Autónoma de México,
Instituto de Investigaciones Jurídicas

más sencillo a tal fin; esta consecuencia no es, sin embargo, extraída por la jurisprudencia.[75]

La anterior cuestion controvertida, sobre si a la administración careciendo de fundamento legal se le permite exigir la devolución de subvenciones o prestaciones parecidas mediante actos administrativos, ha sido entre tanto regulada por el legislador y aceptada (§ 49 a I 2 *VwVfG*). El legislador ha incorporado así la denominada teoría del reverso (*Kehrseitentheorie*), según la cual la reclamación tiene lugar de la misma manera que la fundamentación de las relaciones de prestación (*BverwG*E 20, 295, 297 y ss.; 40, 85, 89).

c) Ha de observarse finalmente que la *forma* del acto administrativo sólo es válida, si se trata de una regulación jurídico-administrativa singular con efectos frente a terceros. Al igual que para las fuentes jurídicas también para el acto administrativo se distingue entre forma y contenido. La forma del acto administrativo sólo puede ser elegida, si también existe un acto administrativo material, mientras que el legislador no determine otra cosa.[76]

[75] Ejemplo: La autoridad competente exige al funcionario B el pago de mil euros en concepto de indemnización, porque es culpable de haber dañado un vehículo de servicio. Se debe probar en primer lugar, si la orden es un acto administrativo o no. Si se tratara de un acto administrativo, según la opinión mayoritaria sería antijurídica, porque la autoridad competente no está autorizada generalmente a actuar, mediante acto administrativo, incluso aunque la acción de indemnización estuviera fundada material y jurídicamente; sin embargo, según la jurisprudencia, la actuación mediante acto administrativo sería posible y únicamente debería examinarse si dicho acto es formal y materialmente conforme a derecho, en particular debería examinarse el fundamento de la pretensión de indemnización por daños.

[76] Según esto, es ilegal la renuncia de un contrato de arrendamiento (declaración de voluntad jurídico-privada) o la emisión de una regulación general y abstracta (norma jurídica) en la forma de un acto administrativo, véase BverwGE 18, 1 (establecimiento de una zona de protección de agua mediante un acto administrativo en lugar de mediante un reglamento). La tutela judicial se determina fundamentalmente según la forma (BverwGE 18,1; BverG DÖV 1974, 426; BadWürttVGH VBlBW 1987, 377; OVG Greifswald DÖV 2000, 737), por lo que también se podría interponer una pretensión de impugnación frente a una regulación general y abstracta en la forma de un acto administrativo. Además el afectado puede —y debe— interponer una pretensión de impugnación, si la autoridad que conoce del recurso califica erróneamente una factura, es decir, una simple orden de pago del ayuntamiento, en cuanto acto administrativo (así BVerwGE 78, 3 en contra de Renck, BayVBl. 1988, 409).

DR © 2012, Universidad Nacional Autónoma de México,
Instituto de Investigaciones Jurídicas

C. *La validez formal*

Se refiere a la elaboración del acto administrativo y exige que el acto administrativo haya sido aprobado por la autoridad competente (a), según el procedimiento prescrito (b) y en la forma ordenada (c).

a) *Competencia*. El acto administrativo debe haber sido emitido por el órgano espacial y objetivamente competente. La competencia espacial se refiere al ámbito espacial del órgano asignado y la objetiva a las tareas administrativas a él encomendadas. La competencia es una cuestión de la organización administrativa y por ello será expuesta a continuación en este contexto (*infra,* § 21 margs. 44 y ss.).

b) *Procedimiento*. La configuración del procedimiento administrativo es, en general, confiada al órgano administrativo (principio de la no formalidad del procedimiento, véase § 10 *VwVfG*). Existen, no obstante, un gran número de disposiciones procedimientales, cuya observación es presupuesto de validez del acto administrativo, así —según las circunstancias— la presentación de una instancia, la audiencia de los afectados, la colaboración de otro órgano, etcétera (véase, sobre esta cuestión y sobre las particulares clases de procedimiento, *infra,* § 19).

c) *Forma*. El acto administrativo puede ser emitido de forma escrita, oral o de otras maneras; en concreto, desde 2003 también de modo electrónico (§ 3a *VwVfG*) (principio de la libre elección de forma, véase § 37 II 1 *VwVfG*). El acto administrativo oral debe ser puesto por escrito a petición de los interesados o afectados cuando en ello reside un interés legítimo. No obstante, la regla es la *forma escrita*; ello es así por razones de claridad jurídica, para facilitar la prueba y para asegurar que el procedimiento se lleva de forma regular por parte de la administración. Un acto administrativo emitido oralmente, mediante señales, o a través de otras actuaciones concluyentes, tiene lugar, sólo si de esta manera puede ser alcanzado el fin perseguido por el acto administrativo; así, por ejemplo, la exigencia de abandonar una plaza para disolver una reunión, las señales de tráfico de los policias en los cruces de carreteras, la inmediata detención de un loco homicida. Por otro lado, sucede cada vez con más frecuencia que el legislador prescriba una determinada *forma especial*; por ejemplo, para que el nombramiento de un funcionario surta efecto tiene que ser mediante la entrega de un documento concreto con un contenido determinado (véase § 5 II *BRRG*).

DR © 2012, Universidad Nacional Autónoma de México,
Instituto de Investigaciones Jurídicas

El *mero silencio* no puede ser considerado nunca un acto administrativo. Se puede pensar, sin embargo, ante la inactividad del órgano, que el legislador *finge* un acto administrativo: así, la licencia de parcelación, según § 19 III 5 *BauGB*, "vale" "en cuanto emitida", cuando no ha sido denegada en el transcurso de un plazo determinado.[77]

d) *Motivación*. A la forma jurídica del acto administrativo pertenece fundamentalmente también la motivación. El acto administrativo emitido o confirmado por escrito debe ser motivado (§ 39 I *VwVfG*), pues en la motivación se contienen los puntos de vista de hecho y de Derecho relevantes para la decisión. Si el órgano administrativo gozase de discrecionalidad, debería explicitar también las consideraciones discrecionales. Esta limitación a una mera recomendación de la exigencia de motivación es criticada justamente, porque para la validez de una decisión discrecional son importantes, precisamente, las consideraciones discrecionales del órgano, y éstas sólo pueden ser declaradas, en último término, por el propio órgano. En casos particulares, pueden apartarse de la motivación (véase, en particular, el § 39 II *VwVfG*).[78]

[77] El acto administrativo ficticio ha sido empleado con fuerza en los últimos tiempos con motivo de la aceleración del procedimiento y, por esa razón, ha encontrado una mayor atención en la doctrina. No se trata, en realidad, de un acto administrativo, pero por imperativo legal ha de observase la situación jurídica como si un acto administrativo se hubiera pronunciado. La ficción legal no se limita a actos administrativos, sino que abarca también otros actos jurídicos, por ejemplo, el acuerdo del ayuntamiento y la aprobación de órganos administrativos superiores, según el § 36 II Bau GB (véase supra, § 9 marg. 30). Sobre las cuestiones y problemas derivados de la ficción, véase Ortloff, Die fictive Baugenehmigung, Festschrift für Gelzer, 1991, pp. 232 y ss.; Oldiges, Der fiktive Verwaltungsakt, UTR 2000, pp. 41 y ss.; Caspar, Der fiktive Verwaltungsakt–Zur Systematisierung eines aktuellen verwaltungsrechtlichen Instituts, AöR 125, 2000, pp. 131 y ss.; además, en general, Jachmann, Die Fiktion im Öffentlichen Recht, 1998.

[78] motivación sirve en principio al autocontrol del órgano, pues le obliga a asegurar que su decisión sea, desde el punto de vista de los hechos y del derecho, exactamente meditada y suficiente. La motivación también sirve al afectado, quien generalmente mediante la motivación es desplazado al lugar de enjuiciar la legalidad del acto administrativo interponiendo, en su caso, un recurso. La motivación facilita finalmente la revisión en el propio procedimiento de recurso porque el órgano administrativo competente, o bien el Tribunal de lo Contencioso-Administrativo, pueden determinar según qué fundamentos y consideraciones ha actuado el órgano administrativo.

DR © 2012, Universidad Nacional Autónoma de México,
Instituto de Investigaciones Jurídicas

D. *La validez material*

Se refiere al contenido del acto administrativo y exige, que las regulaciones que se expresan en el acto administrativo se correspondan con los presupuestos jurídicos del mismo.

a) *Conformidad con las leyes vigentes y los principios jurídicos*. Se entiende que un acto administrativo —especialmente en cuanto acto de concretización jurídica— debe ser compatible con las normas jurídicas a cuya ejecución sirve. Más aún, debe estar en armonía con todos los preceptos jurídicos aplicables y con los principios generales de derecho, incluida la Constitución (principio de primacía de la ley).

b) *Habilitación para actuar*. El acto administrativo debe apoyarse en un fundamento legal mientras rija el principio de reserva de ley (*véase supra,* § 6 margs. 3 y ss.). Se considera que falta un fundamento legal también en el caso de que, como consecuencia de contradecir derecho superior, la norma jurídica de la que el acto administrativo proviene es ilegal o inconstitucional y, por ello, nula.

No es suficiente con probar la mera compatibilidad de un acto administrativo con su inmediato fundamento jurídico; en caso de duda, debe ser demostrada su legalidad y su constitucionalidad.[79]

c) *Ausencia de defectos en el ejercicio de la discrecionalidad.* El órgano, cuando dispone de discrecionalidad debe mantenerse en los límites de la discrecionalidad y ejercitarla de acuerdo al fin que persigue la autorización (*véase supra,* § 7 margs. 17 y ss.). Si estas vinculaciones a la discrecionalidad no son observadas, el acto administrativo es irregular y, por ello, antijurídico.

[79] Ejemplo: El emplazamiento para participar en un examen de conducir, según § 48 SwtVO, sólo es conforme a derecho, si:

— El emplazamiento es congruente con el § 48 StVO mismo.

— El § 48 StVO reúne una de las situaciones habilitadas del artículo 80 I GG y es conforme a ella (lo que es el caso en relación al § 6 StVG).

— La regulación del emplazamiento es compatible con los derechos fundamentales y otras disposiciones constitucionales (artículo 2; II en relación con artículo 104, artículo 2o. I, artículo 103 II GG).

— El emplazamiento en el caso concreto no infringe ningún derecho fundamental (el emplazamiento a quien asiste a un oficio religioso para asistir a los oficios religiosos en el tiempo usual del culto infringiría el artículo 4 II GG).

Véase sobre esto BverfGE 22, 21; BverGE 6, 354; 36, 119; OLG Hamm JZ 1956, 701.

DR © 2012, Universidad Nacional Autónoma de México,
Instituto de Investigaciones Jurídicas

d) *El principio de la proporcionalidad*. Este principio, que, en particular, rige para los actos administrativos de gravamen, pero también rige en general, se centra en la relación medios-fin. Una medida que se adopta en cuanto medio para alcanzar un determinado fin (o consecuencia), debe ser conforme al principio de proporcionalidad en sentido amplio, es decir, debe ser adecuada, necesaria, y proporcionada en sentido estricto. La terminología, aunque en realidad existe acuerdo en torno a ella, no es totalmente uniforme y en la actualidad también se habla de prohición de exceso o de mandato de intervención mínima.

— 1. La medida es *adecuada* sólo si permite alcanzar la consecuencia querida.
— 2. La medida adecuada es *necesaria* sólo cuando no está al alcance ningún otro medio adecuado que resulte menos perjudicial para los afectados y la generalidad.
— 3. La medida necesaria es *proporcionada en sentido estricto* sólo si se adecúa al fin pretendido.[80]

El principio de proporcionalidad en sentido amplio se deduce del Estado de derecho y ha de ser observado en todo momento. No rige únicamente para la administración sino también para el Legislativo (véase *BVerfGE* 30, 292, 315 y ss.; 90, 145, 172 y ss., con ulteriores referencias) y contribuye, en general, a la determinación de los límites de los derechos fundamentales en cuanto mandato de ponderación entre la acción de libertad de los particulares y el ínteres público limitador de esa libertad.[81]

e) *El principio de certeza*. El acto administrativo debe ser suficientemente determinado en su contenido (§ 37 I *VwVfG*). Debe ser formulado tan

[80] Ejemplo: El órgano ordena la elevación de una chimena de fábrica treinta metros para evitar las inmisiones de humo en los alrededores. La orden sólo es apropiada si mediante esa elevación las inmisiones de humo pueden efectivamente evitarse; sólo es necesaria, si ninguna otra medida alternativa es menos gravosa (por ejemplo, que fuera suficiente la elevación de la chimenea quince metros, o la introducción de un filtro más económico); sólo es proporcional en sentido estricto, si el gasto no es desproporcionado en relación al resultado a conseguir.

[81] Véase, por las distintas explicaciones que contiene la ejemplar BverwGE 45, 51, 59 y ss. (custodia policial); también Sachs, Grundgesetz, 3a. ed., 2003, artículo 20, margs. 145 y ss.; Schmidt-Aßmann, Der Rechtsstaat, HStR II, 3a. ed., 2004, § 26 marg. 87; Dechsling, Das Verhältnissmässigkeitsgebot, 1989; Schlink, Der Grundsatz der Verhältnissmässigkeit, BVerfG-Festschrift, 2001, BD II, pp. 445 y ss.; también desde el punto de vista histórico Remmert, Verfassungs–und verwaltungsrechtsgeschichtliche Grundlage des Übermaβverbotes, 1995.

DR © 2012, Universidad Nacional Autónoma de México,
Instituto de Investigaciones Jurídicas

claramente, que el destinatario pueda reconocer fácilmente, qué quiere el órgano, lo que presupone y que el órgano ha adoptado una decisión libre de duda. El mandato de determinación o certeza se deduce de la propia función del acto administrativo que determina lo que debe regir en el caso particular mediante la concretización de las normas jurídicas generales.

f) *Otros presupuestos de validez* se deducen de la lógica jurídica y del límite de los hechos. Así un acto administrativo sólo puede ser legal, si se dirige a un resultado fáctica y jurídicamente posible.[82]

2. *Eficacia jurídica; esquema sobre los efectos del acto administrativo antijurídico*

A. *Aclaraciones conceptuales*

Es necesario distinguir entre el par de conceptos:
Válido-inválido
Eficaz-ineficaz (nulo)

El primero se relaciona con la conformidad al derecho en vigor ya mencionada *supra,* I., la segunda, se refiere a los efectos jurídicos proyectados. Un acto administrativo es eficaz si produce los efectos jurídicos queridos según su contenido, es decir, si la regulación que en él se expresa (el mandato, la prohibición, la configuración jurídica o la determinación jurídica) adquiere validez. En el ámbito de la doctrina de los vicios el par de conceptos válido-inválido se refiere al supuesto de hecho, el de eficaz-ineficaz a las consecuencias jurídicas.[83]

[82] Imposible de hecho es la obligación de la construcción de una conexión de canal no realizable técnicamente.

Imposible jurídicamente es la obligación dirigida al propietario de la casa a un inmediato desalojo de una vivienda arrendada (el contrato de alquiler le da al arrendatario el derecho a habitarla; por tanto, el órgano administrativo debe dirigirse también al arrendatario), o una licencia de construcción, según el § 136 BauGB, cuando los presupuestos de derecho para la exigida construcción no se reúnen (véase BverwGE, 88, 97, 100 y ss.). El mandamiento de derribo de un edificio perteneciente a varias personas pero dirigido a un solo copropietario es, según la opinión del BverwG (BverwGE 40, 101, 103), conforme a derecho, pero sólo puede ser ejecutado si el resto de copropietarios también ha recibido el correspodiente mandamiento. Esta solución es dudosa; se trata más bien de que la disposición es temporalmente ineficaz hasta su comunicación a todos los copropietarios.

[83] Véase, sobre la eficacia de los actos administrativos supra, § 9 marg. 66. Aquí se trata la allí mencionada "eficacia interna".

DR © 2012, Universidad Nacional Autónoma de México,
Instituto de Investigaciones Jurídicas

Si el ordenamiento jurídico impone determinados requisitos a un acto jurídico y éste no satisface tales requisitos, hay que aceptar en caso de duda que el acto jurídico no debe ser eficaz. La ineficacia o nulidad de actos antijurídicos es, por tanto, la norma general y las normas antijurídicas o los contratos antijurídicos (sobre el convenio administrativo, véase *infra,* § 14 margs. 36 y ss.) son, normalmente, nulos. El legislador puede determinar, sin embargo, otras consecuencias jurídicas. En particular, puede ordenar que el acto administrativo antijurídico sea en primer término eficaz y sólo se vuelva ineficaz tras una declaración imperativa sobre la (discutible en la mayoría de los casos) antijuridicidad, de donde se suceden otras cuestiones: bajo qué condiciones, en qué tiempo y según qué órgano una tal declaración puede y debe ser efectuada.

El par de conceptos válido-inválido o eficacia-ineficacia no se relacionan de una sola manera, sino que admiten diversas combinaciones. Algo que evidencia, justamente, el acto administrativo.

B. *Eficacia de los actos administrativos*

a) *Comienzo de la eficacia*. El acto administrativo es fundamentalmente eficaz con su notificación; mientras no sea nulo a causa de una infracción jurídica grave y manifiesta (§ 43 I, III, 44 *VwVfG*). El presupuesto de eficacia del acto administrativo no es por tanto su validez, sino sólo su notificación y la ausencia de irregularidades graves y evidentes. El inicio de la eficacia se anuda —en interés de la seguridad jurídica— a requisitos inequívocos; por ello, destinatarios y administración tienen que observar (en principio) el acto administrativo, aun cuando duden de su validez o incluso deban negarla.

b) *Fin de la eficacia*. El acto administrativo permanece eficaz, hasta que sea derogado mediante un acto contrario, siempre que el acto mismo no haya determinado su propio fin (§ 43 II *VwVfG*). También pueden crearse otras situaciones como cuando el fin del acto administrativo es decretado mediante una decisión de una autoridad estatal, que también es eficaz aunque pudiera ser antijurídica, mientras no albergue por excepción una causa de nulidad.

c) *Suspensión de la eficacia*. La interposición de un recurso tiene según el § 80 I *VwGO* efectos suspensivos, salvo que la eficacia inmediata sea ordenada legal o administrativamente. Tener efectos suspensivos significa que la eficacia del acto administrativo se pospone; el acto administrativo no

DR © 2012, Universidad Nacional Autónoma de México,
Instituto de Investigaciones Jurídicas

es, por tanto, inicialmente eficaz y tampoco es por ello ejecutivo, o determinados de sus efectos no pueden ser extraídos (*véase infra,* marg. 27).

d) *Aplazamiento temporal*. El acto administrativo es por regla general inmediatamente eficaz. El órgano puede, no obstante, disponer que sea eficaz en un tiempo posterior o tras la producción de un acontecimiento incierto, o que tras estas condiciones pierda posteriormente su eficacia (término y condición, véase *infra,* § 12). También es posible que sea el propio destinatario del acto el que decida la introducción de un suceso condicionado, y que con su conducta pueda provocar el comienzo o el fin de la eficacia del acto administrativo.[84]

C. *Los efectos de las irregularidades en particular*

Mientras hasta aquí se ha centrado nuestra atención en la eficacia del acto administrativo, debe ofrecerse ahora un resumen sobre los efectos de la invalidez de los actos administrativos, pues el derecho vigente no reacciona de un solo modo a la antijuridicidad de un acto administrativo, sino que contiene —según la clase y la gravedad de la infracción— distintas consecuencias jurídicas.

— a) El acto administrativo aquejado de una antijuridicidad manifiesta y grave es desde el comienzo ineficaz, es por lo tanto nulo de pleno derecho (§ 44 *VwVfG*); véase sobre esta cuestión, a continuación, *infra,* IV. Por lo demás rige:

  a) El acto administrativo antijurídico es impugnable y revisable (lo que no está regulado en la *VwVfG* sino en la *VwGO* y, en general, en otras leyes de procedimiento), véase, sobre ello, *infra,* III.
  b) Un vicio de procedimiento no es invalidante si es sanado con posterioridad (§ 45 *VwVfG*) o si no ha influido manifiestamente en el fondo de la decisión (§ 46 *VwVfG*), véase, a continuación, *infra,* V.

[84] A este contexto pertenece también la retroactividad de los actos administrativos, que es generalmente lícita, si bien, está sometida a límites de hecho y de derecho (*véase*, en particular Wolff/Bachof/Stober, VerwR II § 48 margs. 46 y ss.).

DR © 2012, Universidad Nacional Autónoma de México,
Instituto de Investigaciones Jurídicas

c) El acto administrativo antiijurídico puede ser revisado de oficio por la administración, sólo bajo determinados presupuestos (§ 48 *VwVfG*), véase, a continuación, *infra,* § 11.
d) Un acto administrativo antijurídico puede eventualmente convertirse en un acto administrativo válido (§ 47 *VwVfG*), véase *supra,* marg. 4.
e) Un acto administrativo manifiestamente incorrecto puede ser rectificado sin más en cualquier momento (§ 42 *VwVfG*), véase al respecto *supra,* marg. 4.
f) La falta de información o la información errónea en la notificación sobre los recursos posibles frente a un acto administrativo no afecta a su eficacia, pero prorroga el plazo de recurso de un mes a un año (§§ 58, 70 II *VwGO*).

3. *La impugnación de los actos administrativos*

A. *Posibilidad de impugnación y revisión*

La mayoría de las veces suelen mencionarse conjuntamente pues pertenecen a una misma categoría pero tienen distintos puntos de referencia y sólo coinciden parcialmente.

La posibilidad de impugnar (*Anfechtbarkeit*) parte del destinatario y significa que frente a un acto que considera antijurídico puede oponer diversos remedios jurídicos (recurso, pretensión de impugnación).

La revisión (*Aufhebbarkeit*), a diferencia de la anterior, procede de la administración o del juez contencioso y significa que quieren anular un acto administrativo antijurídico; es decir, pueden eliminar su eficacia. Ambos conceptos se relacionan. La impugnación persigue la anulación, pero sólo alcanza este objetivo cuando a través del procedimiento de recurso se declara que el acto administrativo es efectivamente antijurídico. Según esto, la impugnación puede, pero no debe forzosamente, conducir a la anulación del acto administrativo. Por otra parte, la administración está legitimada, incluso obligada bajo determinados requisitos, para revisar un acto administrativo antijurídico suyo —es decir sin impugnación y fuera de un procedimiento de recurso, principalmente, en el caso de haber transcurrido el plazo de recurso— (es decir, revisar de oficio, véase *infra,* § 11 margs. 47 y ss.).

DR © 2012, Universidad Nacional Autónoma de México,
Instituto de Investigaciones Jurídicas

B. *Los recursos en particular*

La impugnación está regulada en distintas leyes. Según la *VwGO*, que rige siempre si no procede aplicar ninguna otra disposición particular (*cfr*. § 40 I *VwGO*), entran en juego el recurso y la pretensión de impugnación.

Para el ámbito de la administración financiera (*cfr*. § 347 y ss. AO 1977, § 33 y ss. FGO), para el de la seguridad social (§ 78 y ss., § 51 y ss. *SGG*) y para los denominados actos administrativos judiciales (2223 y ss. *EGGVG*) rigen disposiciones particulares.

a) *Recurso*. El afectado puede interponer un recurso en el plazo de un mes tras la notificación del acto administrativo —durante un año en caso de que se haya omitido la indicación de los recursos procedentes o la misma sea defectuosa—. El procedimiento de recurso, que se extiende al examen de la legalidad *y* la oportunidad del acto administrativo, se desarrolla normalmente en dos fases:

1. En primer lugar la autoridad administrativa que dictó el acto administrativo debe revisarlo. Si encuentra el recurso fundado, "lo estimará", eliminándolo o corrigiéndolo (estimación § 72 *VwGO*); en otro caso, dejará que prosiga el asunto ante la autoridad superior (§ 73 *VwGO*).
2. La autoridad superior examina otra vez el acto administrativo bajo todos los puntos de vista. Si el recurso es admisible (porque los presupuestos de la pretensión de impugnación concurren en el caso) y fundamentado (lo que ocurre cuando el acto administrativo es antijurídico y el recurrente ha sido afectado en sus derechos, o cuando es un acto discrecional inoportuno y perjudicial para el recurrente), entonces, el acto debe ser anulado o modificado. Si, por el contrario, el recurso es inadmisible o carece de fundamento, entonces, será desestimado y el acto administrativo, inicialmente impugnado, confirmado.[85]

[85] La autoridad que conoce del recurso no está interesada, en algunas ocasiones, en que un recurso interpuesto tardíamente sea desestimado por una irregularidad formal, como es el transcurso del plazo, sino en que a pesar del transcurso del plazo se decida objetivamente sobre el asunto bien para anular el acto porque el recurso está fundamentado, bien para confirmarlo porque las objeciones frente a la validez del acto administrativo no se sostienen. Es dudoso si está autorizada para ello. La jurisprudencia y una parte de la doctrina admiten esta opción pues consideran que pertenece a la discrecionalidad de la autoridad que conoce del recurso decidir si desestima la interposición de un recurso tardío por inadmisible, o si entra en el fondo del asunto a pesar del vencimiento del plazo; adoptada una decisión sobre el fondo del asunto, lo sería en desarrollo de un procedimiento de recurso prescrito en el

DR © 2012, Universidad Nacional Autónoma de México,
Instituto de Investigaciones Jurídicas

Ha de observarse que la regulación aquí descrita del procedimiento de recurso *no rige ilimitadamente*: en algunos casos, en particular, para los actos administrativos que se dictan en un procedimiento formalmente configurado, no se prevé ningún procedimiento de recurso por lo que la acción de impunación puede ser interpuesta inmediatamente (*cfr*. § 68 I *VwGO*, § 70, 74 I *VwVfG*). En otros casos, el órgano administrativo que dicta el acto también decide sobre el recurso, por lo que únicamente tiene lugar un procedimiento de recurso "de un solo escalón" (*cfr*. § 73 I 2, 3 VWGO). También en ocasiones el *plazo de recurso se reduce*, por ejemplo, en cuestiones relativas al servicio militar a dos semanas (véase el § 33 I WPflG).[86]

§ 68 I VwGO, y quedaría abierto el camino para un examen judicial completo (BverwGE 57, 342, 344; BverwG NVwZ 1983, 608; BadWürttVGH DÖV 1980, 383; también Schmitt Glaeser/Horn, VerwprozR marg. 201). La doctrina mayoritaria rechaza, no obstante, esta opinión y exige sin excepción el rechazo del recurso extemporáneo como inadmisible (así, por ejemplo, Schenke, VerwprozR, margs. 679 y ss.; Stern, VerwProzR margs. 487 y ss.; Geis, en: Sodan /Ziekow, VwGO, § 68 margs. 41 y ss.). La primera opinión está fundamentada en que la administración es "señora del procedimiento administrativo", que el plazo sirve a su protección y podría, por esta razón, renunciar a él, y, también, anularlo fuera del procedimiento (aunque esto sólo dentro de los límites dispuestos en el § 48 VwVfG). Según la opinión común es manifiesto que el plazo es de derecho obligatorio y que, por tanto, no está a disposición de la administración, pues no sólo la protege a ella, sino que también sirve para descargar a los tribunales; además la firmeza del acto administrativo sería de este modo burlada. Según una opinión compartida ha de distinguirse según que el órgano que dicta y el que conoce del recurso sea el mismo (entonces sería admisible), o sean distintos (entonces sería inadmisible). También es controvertido que las determinaciones sobre el plazo puedan ser ignoradas en el caso de que puedan perjudicar derechos de terceros, lo cual es el efecto común en el caso de actos administrativos con efectos frente a terceros —Drittwirkung— (véase supra, § 9 marg. 50). Así, por ejemplo, debe desestimarse un recurso interpuesto extemporáneamente por un vecino frente a una licencia de construcción, porque el titular de la construcción con el transcurso del plazo de impugnación ha adquirido una posición jurídica segura, que sólo puede ser atacada según las reglas de la revisión o de la revocación (véase, sobre esta cuestión, BverwG NVwZ 1983, 285; BadWürttVGH VBlBW 1993, 220). Cuando el órgano que conoce del recurso pueda adoptar a pesar de la extemporaneidad una decisión discrecional sobre el fondo, resulta consecuente que en casos especiales se vea obligado a ello debido a una "reducción de la discrecionalidad a cero" (*véase supra*, § 7 margs. 24 y ss.). Así BadWürttVGH VBlBW 1993, 220 para el caso, en el que la actuación del órgano durante el plazo del recurso generó en el ciudadano (ignorante jurídicamente) la expectativa de que iba a decidirse todavía sobre el fondo. Ponderados los distintos puntos de vista, debe darse preferencia a la posición defendida por la jurisprudencia —a pesar de los reparos dogmáticos que suscita—.

[86] En realidad, el procedimiento de recurso está regulado sólo de modo fragmentario en los §§ 68 y ss. VwGO. Lo completan las disposiciones de la VwVfG (*véase* § 79 VwVfG e infra, § 19 marg. 6). El § 80 VwVfG contiene únicamente una regulación sobre las costas.

DR © 2012, Universidad Nacional Autónoma de México,
Instituto de Investigaciones Jurídicas

El procedimiento de recurso es un *procedimiento administrativo*; conduce únicamente a un control administrativo *interno*, y normalmente a un nivel superior. Pero es al mismo tiempo un *procedimiento previo a la vía jurisdiccional contencioso-administrativa* porque es presupuesto de admisibilidad de la pretensión de impugnación.

b) *La pretensión de impugnación*. Desestimado el recurso, puede entonces el afectado —siempre en el plazo de un mes o bien de un año— interponer una pretensión de impugnación ante la jurisdicción contencioso-administrativa. El tribunal competente ha de examinar únicamente la validez del acto administrativo que, finalmente, resultará anulado si la pretensión de impugnación es admisible y está fundamentada (§ 113 I *VwGO*).

El procedimiento jurisdiccional contencioso-administrativo, desarrollado por un tribunal independiente integrado por personas versadas en leyes, conduce a un control administrativo *externo*. Su posición particular y las especiales garantías con las que se configura este procedimiento aseguran un examen jurídico completo e imparcial. La administración que hasta ahora era la "señora del procedimiento", se vuelve —como el ciudadano recurrente— una parte del proceso.

Los requisitos de admisibilidad de la pretensión de impugnación y la ejecución del proceso judicial administrativo están minuciosamente regulados en la Ley de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa (§§ 40 y ss. *VwGO*). No se entrará aquí en más detalle (véase, sobre ello la explicación en el Derecho procesal contencioso-administrativo). debe ofrecerse, en todo caso, un resumen y un esquema de la estructura sobre la admisibilidad y la fundamentación de una pretensión de impugnación, que también es útil para el recurso administrativo (en los exámenes y deberes se pregunta, normalmente, sólo por la validez y no por la oportunidad del acto administrativo).

Esquema de la estructura de la pretensión de impugnación:

I. Admisibilidad de la pretensión de impugnación

1. Jurisdicción alemana (§§ 18, 19 *GVG* o análoga)
2. Competencia de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa (§ 40 I *VwGO*).[87]
3. Procedencia de la clase de pretensión (§ 42 I *VwGO*).

[87] Véase, para delimitar las cuestiones jurídico-públicas, supra, § 3 margs. 12 y ss., en particular margs. 20 y ss.; en caso de inadmisibilidad de la vía contencioso-administrativa, remisión a la jurisdicción competente, según el § 17 a II GVG.

DR © 2012, Universidad Nacional Autónoma de México,
Instituto de Investigaciones Jurídicas

Para el concepto de la pretensión de impugnación del acto administrativo, véase *supra,* § 9 y ss.

4. Competencia del órgano judicial administrativo

a) competencia local (§ 52 *VwGO*)
b) competencia objetiva (§ 45 *VwGO*; excepción §§ 48, 50 *VwGO*).

En caso de incompetencia, remisión al tribunal competente según § 83 *VwGO*.

5. Capacidad para ser parte

Para el concepto de parte en el procedimiento administrativo, véase infra, § 19 margs. 13 y ss.

6. Capacidad para actuar en juicio (§ 62 *VwGO*) o bien representación procesal conforme al ordenamiento
7. Legitimación
Sobre el concepto de derecho subjetivo, determinante para la legitimación, véase *supra,* § 8 margs. 6 y ss.
8. Procedimiento administrativo previo de recurso(§ 68 VWGO)
Véase *supra,* marg. 28.
9. Plazo de interposición (§ 74 I *VwGO*)
10. Conformidad al ordenamiento de la presentación de la demanda (§§ 81, 82 *VwGO*)
11. Ausencia de litispendencia (§ 17 I 2 *GVG*) y de otra decisión firme en el mismo sentido (véase § 121 *VwGO*)
12. Necesidad general de tutela judicial

II. Fundamentación de la pretensión de impugnación

1. Fundamento habilitante
¿Qué norma jurídica interviene como fundamento jurídico del acto administrativo?

2. Validez formal del acto administrativo
a) Competencia (territorial y objetiva) del órgano administrativo
b) Observancia del procedimiento
c) Forma adecuada

DR © 2012, Universidad Nacional Autónoma de México,
Instituto de Investigaciones Jurídicas

3. Validez material del acto administrativo
   a) Conformidad del fundamento habilitante con el derecho superior
   b) Conformidad del acto administrativo con su fundamento habilitante y con todas las demás disposiciones jurídicas correspondientes.
   c) Para los actos administrativos discrecionales: ejercicio de la discrecionalidad libre de irregularidades, en particular, en relación con el principio de proporcionalidad y el significado de los derechos fundamentales.

4. Lesión de un derecho subjetivo del recurrente.[88]

c) *Pretensión de condena*. Mientras que la pretensión de impugnación se interpone frente a un acto administrativo dictado y, por ello, presente, la pretensión de condena se dirige a la adopción de un acto administrativo, por ejemplo, a la concesión de una licencia de construcción, de una subvención o al nombramiento de un funcionario. Las estructuras fundamentales de la pretensión de impugnación y de la de condena se corresponden, por lo que están reguladas conjuntamente en la *VwGO* (§§ 42 y ss.). Ahora bien, de

[88] Este requisito corresponde a la legitimación; mientras allí sólo se exige la afirmación de la infracción de un derecho subjetivo, aquí hay que probar si el acto administrativo objetivamente antijurídico lesiona efectivamente al recurrente en sus derechos. Siendo el recurrente destinatario del acto administrativo de gravamen, entonces en el caso del acto administrativo antijurídico se produce también siempre la lesión jurídica.

El esquema aquí propuesto en dos fases (admisibilidad del recurso y fundamentación del recurso) ya no es, desde la nueva regulación de los §§ 17 y ss. GVG de 1990, controvertido. Porque en caso de la inadmisibilidad del recurso judicial administrativo y de la incompetencia del tribunal competente, el recurso no se considera inválido, sino que se remite al recurso jurídico lícito o bien al tribunal competente, siendo entonces recomendado un tercer escalón (apertura del recurso jurídico administrativo y competencia del Tribunal, admisibilidad del recurso, fundamento del recurso). Este tercer escalón no es obligatorio. Al tribunal concernido se le permite en el caso concreto no decidir sobre el fondo si el recurso no ha sido indicado y la competencia del tribunal contencioso administrativo no existe. Véase para la tercera fase Hufen, VwprozR § 10 marg. 1; lo rechaza Schenke, VwprozR § 1 marg. 62. Ambas posturas son defendibles como técnica de cierre siempre que esté claro que sólo se puede decidir sobre la fundamentación si concurren la jurisdicción, la competencia y el resto de condiciones de admisibilidad. Ha de tenerse en cuenta que este u otro esquema es sólo una directriz. Uno puede y debe apartarse de él en algunos supuestos especiales. En el marco de la admisibilidad sólo deben ser mencionados y examinados los puntos que parecen dudosos; la existencia de los puntos 2, 3, 7, 8 y 9, no obstante, también debe ser declarada brevemente cuando no resulte problemática. En el ámbito de la fundamentación sólo los problemas esenciales para el caso deben ser debatidos.

DR © 2012, Universidad Nacional Autónoma de México,
Instituto de Investigaciones Jurídicas

los distintos objetivos perseguidos por ambas resultan algunas divergencias entre ellas. Para la configuración de la pretensión de condena es de importancia distinguir si la autoridad rechazó la petición de dictar el acto administrativo (pretensión frente al rechazo) o si no respondió a la petición realizada (pretensión frente a la inactividad). El rechazo acerca la pretensión de condena a la pretensión de impugnación, porque aquélla se formula, en principio, contra el rechazo, es decir, contra un acto administrativo, pero no se detiene ahí pues se dirige inmediatamente a obtener la solicitada obligación del órgano administrativo de actuar. El esquema de la estructura para la pretensión de impugnación expuesto *supra,* marg. 29 ha de modificarse en relación con la pretensión de condena en los siguientes puntos:

Esquema de la estructura de la pretensión de condena (sólo se mencionan las modificaciones frente a la pretensión de impugnación):

I. Admisibilidad de la pretensión de condena

3. La pretensión no se dirige a la eliminación de un acto administrativo, sino a la condena de dictar un acto administrativo rechazado u omitido (§ 42 I *VwGO*)
7. El recurrente debe invocar haber sido lesionado en sus derechos subjetivos (§ 42 II *VwGO*)
8. El procedimiento administrativo de recurso es necesario sólo en caso del rechazo del acto administrativo solicitado, el cual es, a su vez, un acto administrativo, pero no en el caso de que el órgano incurra en una omisión (§ 68 II *VwGO*)
9. El plazo es en el caso del rechazo —como para la pretensión de impugnación— de un mes (§ 74 II *VwGO*). En caso de la inactividad del órgano administrativo el recurrente puede recurrir generalmente sólo en un periodo de tres a 12 meses. El plazo de espera de tres meses proviene del § 75 *VwGO*, el plazo final de doce meses ya no está regulado legalmente, pero se acepta por la jurisprudencia y la doctrina mayoritaria considerando el argumento del retraso desleal y por referencia al § 58 II *VwGO*.

II. Fundamentación de la pretensión de condena a dictar un acto administrativo

DR © 2012, Universidad Nacional Autónoma de México,
Instituto de Investigaciones Jurídicas

La acción está fundamentada en tanto en cuanto el rechazo o la omisión del acto administrativo es antijurídico y, como consecuencia de ello, el recurrente es perjudicado en sus derechos (§ 113 V *VwGO*), es decir, en la medida en que el recurrente tiene derecho al dictado del acto administrativo solicitado o —en caso de que al tribunal no le esté permitido determinar el contenido del acto porque el asunto todavía no está maduro para la decisión— lo pueda tener, lo que se materializará en una sentencia de condena o en una sentencia marco.

C. *Las consecuencias de la impugnación*

La construcción de la producción inmediata de la eficacia de los actos administrativos y la posibilidad de su impugnación supone un *cambio de rol* digno de ser tenido en cuenta. Mientras que quien quiere hacer valer un derecho, interponer una pretensión o discutir un título de ejecución debe hacerlo con ayuda de los órganos estatales de ejecución, la administración puede determinar por sí misma sus derechos frente al ciudadano e imponerlos forzosamente. El ciudadano es reducido por esto al papel de "recurrente". Debe actuar e interponer el recurso, soportando la carga y el riesgo del mismo.

Esta "carga" se facilita, claro, de varias maneras: el acto administrativo y la resolución del recurso deben contener la información de los recursos jurídicos pertinentes; tienen que estar motivados; la interposición de un recurso y de la pretensión tienen por regla general, aunque hay excepciones, efectos suspensivos (§ 80 *VwGO*); en el procedimiento mismo, el órgano administrativo que conoce del recurso y el tribunal tienen que averiguar de oficio los hechos (principio de investigación) y obrar en consecuencia objetivamente; la carga objetiva de la prueba no se determina según la situación procesal, sino mediante la posición jurídico-material (con la consecuencia de que un acto administrativo de gravamen debe ser anulado si el órgano administrativo no puede acreditar que reúne las condiciones de validez).

El fundamento y la justificación para esta construcción reside en la función del acto administrativo ya descrita.

D. *La tutela cautelar*

La impugnación pone en cuestión el acto administrativo, y su anulación, o bien eliminación definitiva, ponen fin a la disputa. La cuestión es cómo

DR © 2012, Universidad Nacional Autónoma de México,
Instituto de Investigaciones Jurídicas

ha de juzgarse el acto administrativo en el ínterin. Por un lado, el ciudadano quiere evitar que el acto administrativo impugnado se ejecute antes de la decisión final y que se produzcan de esta manera determinadas situaciones fácticas (que pueden no tener vuelta atrás). Por otro, el órgano aducirá, posiblemente, que el interés público exige la observancia y la ejecución inmediatas del acto administrativo.

Este conflicto de intereses está regulado mediante las determinaciones de la *tutela cautelar*. Para los actos administrativos rigen los §§ 80, 80a y 80b *VwGO* (para el resto interviene el § 123 *VwGO*). Según el § 80 I *VwGO* la impugnación tiene, fundamentalmente, efectos suspensivos, es decir, el acto administrativo no es eficaz temporalmente y, por ello, tampoco puede ser ejecutado. Los efectos suspensivos no se producen, con todo, si prevalece el interés público en la ejecución inmediata, el cual se presupone legalmente en algunos casos (así por ejemplo, en las resoluciones tributarias, en las medidas de ejecución de policía, véase § 80 II núms. 1-3 *VwGO*). En el resto, se determina por el órgano administrativo mediante la ponderación de cada caso particular (§ 80 II núm. 4 *VwGO*). La ejecución inmediata lícita según el § 80 II *VwGO* puede ser interrumpida por el órgano autor del acto, por el que conoce del recurso o por el tribunal de lo contencioso-administrativo, produciéndose (de nuevo) los mentados efectos suspensivos (§ 80 IV y V *VwGO*).[89]

[89] La naturaleza jurídica del denominado efecto suspensivo del § 80 VwGO es controvertida. Según la teoría de la eficacia, el mismo paraliza la producción de efectos jurídicos del acto administrativo (así Erichsen/Klenke, DÖV 1976, 833 y ss.; Schoch, NVwZ 1991, 1122); según la teoría de la ejecutividad o de la ejecutoriedad, aquél no impide la eficacia, sino sólo la ejecutividad del acto administrativo (Así BverGE 13, 1, 8; 24, 92, 98 ss.; 66, 218, 222; también Stern, VerwprozR, marg. 196). La teoría de la eficacia resulta preferible, si se entiende que la eficacia sólo cae provisionalmente pero se restablece con efecto retroactivo en caso de la confirmación judicial del acto administrativo (en este sentido Schenke, VerwprozR, margs. 950 y ss.). La teoría de la ejecutividad conduce en la práctica al mismo resultado, porque se deduce de un concepto de ejecución amplio, el cual no sólo comprende los actos de ejecución administrativos, sino también todos los derechos y consecuencias derivados del acto administrativo, por ejemplo, el uso de una licencia de construcción, el cobro de una sanción impuesta por la infracción del acto administrativo (véase, Hufen, VerwprozR, § 32 marg. 4). Si un acto administrativo no produce ningún derecho ni le corresponde ninguna consecuencia, no es entonces —mientras continúe esta situación de suspensión— eficaz, en todo caso esta situación sólo se puede aclarar con la falta de eficacia. Véase para la problemática en su conjunto —con su propio enfoque— Renck, Verwaltungswirkungen, rechtsmittelwirkungen und vorläufiger Rechtsschtuz, BayVBl, 1994, pp.161 y ss.

Ejemplo: Al conductor A le retiran la licencia de conducir según el § 4 StVG e interpone un recurso. ¿Puede continuar conduciendo su coche?. El recurso tiene efectos suspensivos según el § 80 I VwGO. Esto significa que la retirada de la licencia de conducir no produce en principio sus efectos jurídicos y por ello el originario permiso de conducir permanece eficaz.

DR © 2012, Universidad Nacional Autónoma de México,
Instituto de Investigaciones Jurídicas

4. *La nulidad de pleno derecho de los actos administrativos*[90***]

A. *Presupuestos*

a) *Determinación general*. Un acto administrativo es nulo de pleno derecho según el § 44 cuando incurre en una infracción de especial gravedad y esto resulte manifiesto en una valoración comprensiva de todas las circunstancias que concurren en el supuesto. Con esta definición legal se asume en la ley la *teoría de la evidencia* (denominación que, por cierto, resulta parcial y, por tanto, incorrecta, porque ya antes de la codificación la teoría se refería no sólo a la evidencia de la infracción sino también a su gravedad) que hasta entonces era ya mayoritaria.[91]

A tiene, por tanto, aún un permiso de conducir válido. Si la autoridad competente en materia de tráfico quiere evitar inmediatamente que A continúe conduciendo, debe imponer entonces la ejecución inmediata, según el § 80 II núm. 4 VwGO. Esto presupone la existencia de un interés público preponderante, que sólo pude ser aceptado si es evidente que el recurso de A no tiene perspectiva alguna de éxito (porque aquél no puede tener ningún interés legítimo en una prórroga) o por razones de peso expuestas en el caso, por ejemplo que A no sólo es incapaz en general para conducir un vehículo según el § 4 I StVG, sino que también es un conductor peligroso para el tráfico mientras se tramita el procedimiento de impugnación. Véase sobre esto OVG Bremen DÖV 1979, 141, también BadWürtVGH DÖV, 1978, 450, y J. Schmidt, DÖV, 1979, p. 573. La tutela cautelar de los actos administrativos con efectos frente a terceros (Drittwirkung) es problemática (por ejemplo, una licencia de hostelería, la cual perjudica a los vecinos en sus derechos), porque en estos casos no se trata sólo de la relación Estado-ciudadano y, por tanto, del conflicto interés público-interés privado, sino también de las relaciones con los terceros y sus derechos. El legislador ha regulado esta constelación de casos en el § 80a VwGO, introducido mediante la 4a. modificación de la VwGO del 17 de diciembre de 1990 (BGBl. I, p. 2809). (Sobre esta cuestión, consúltense los manuales sobre derecho procesal contencioso-administrativo).

Ha de advertirse que el § 212a. I BauGB, en la redacción de 1997, excluye los efectos suspensivos para el caso de la impugnación de una licencia de construcción u otras licencias urbanísticas. Si el vecino quiere evitar la construcción inmediata, debe, según § 80a I núm. 2 VwGO, solicitar al órgano urbanístico competente la suspensión de la ejecución de la licencia de construcción.

[90]*** El epígrafe IV de este § 10 ha sido traducido por Javier García Luengo, profesor titular de Derecho Administrativo de la Universidad de Oviedo.

[91] Véase, para anteriores concepciones de la nulidad de pleno derecho que aún hoy resultan de provecho, las sentencias del Tribunal Federal de lo Contencioso-Administrativo (BVerwG) publicadas en BVerwGE 19, 284, 287 y 288; 27, 295, 299, y DÖV, 1972, 173; la sentencia del Tribunal Superior de lo Contencioso-Administrativo de Baden-Württemberg (BadWürttVGH), publicada en ESVGH 23, 111, 112; la sentencia del Tribunal Superior de lo Contencioso-Administrativo de Baviera (BayVGH) publicada en BayVBl. 1975, p. 141, y la sentencia del Tribunal Social Federal (BSozG) publicada en BSozGE 24, pp. 162, 165

DR © 2012, Universidad Nacional Autónoma de México,
Instituto de Investigaciones Jurídicas

La teoría de la evidencia se explica porque el principio de seguridad jurídica que justifica el mantenimiento del acto (primero de forma provisional y con el transcurso de los plazos de recurso de forma definitiva) a pesar de sus posibles irregularidades jurídicas ya no resulta de aplicación, cediendo ante el principio de justicia material, cuando un acto administrativo está afectado por una irregularidad manifiesta y, además, especialmente grave.

b) *Determinación en particular*. La evidencia no se determina a partir de las ideas subjetivas del afectado, ni tampoco a partir de los conocimientos de un jurista formado, sino desde la perspectiva de un ciudadano atento y juicioso. Como, no obstante, *la evidencia no siempre resulta notaria* y pueden plantearse dudas en el caso concreto sobre si un acto administrativo está afectado por una irregularidad manifiesta y especialmente grave, el apartado segundo del § 44 *VwVfG* enumera una serie de infracciones que siempre conducen a la nulidad de pleno derecho (causas de nulidad absolutas), y el apartado tercero del precepto una serie de infracciones que nunca conducen a la nulidad de pleno derecho. Para el resto de las infracciones se aplica la regla general del apartado primero. Por ello, a la hora de plantearse la solución de un caso concreto resulta razonable examinar primero si concurre alguna de las causas de los apartados segundo y tercero —que provocan o excluyen de por sí la nulidad—, y cuando dicha concurrencia esté descartada deberá recurrirse a la cláusula general del apartado primero para determinar si el acto cuestionado es manifiesta y gravemente antijurídico.[92]

y ss.; en la doctrina, Wolff/Bachof/Stober, VerwR I § 49 margs. 5 y ss. (donde se renuncia a la teoría de la imposibilidad Nt12 que se sostenía en ediciones anteriores); también Vogel, BayVBl. 1977, 62 y ss. Por otra parte, el § 44 VwVfG resulta aplicable por analogía, en cuanto "expresión de un principio general del derecho" a otros tipos de decisiones que no caen dentro del ámbito de aplicación de dicha Ley de procedimiento administrativo.

Nt12 Traducimos literalmente *Unmöglichkeitstheorie* por teoría de la imposibilidad, aunque no debe confundirse esta teoría con la discusión en torno a la existencia de actos imposibles. La teoría de la imposibilidad entiende que un acto es nulo de pleno derecho cuando es absolutamente antijurídico porque es imposible fácticamente o porque bajo ninguna circunstancia —esto es, en abastracto— se hubiese podido dictar como se hizo, más brevemente, un acto es nulo cuando bajo ninguna circunstancia puede ser válido. Por ello sería más preciso denominar a este planteamiento teoría de la antijuridicidad absoluta.

92 Así, la incompetencia material, que no está mencionada en los apartados segundo y tercero del § 44, puede llevar a la nulidad de pleno derecho si se dan los presupuestos del apartado primero del citado § 44. Véase, al respecto, la sentencia del Tribunal Federal de lo Contencioso-Administrativo publicada en DÖV, 1972, p. 173. La nulidad fue afirmada, por ejemplo, en la sentencia del Tribunal Superior de Baviera —en materia civil y penal— (BayObLG) publicada en NVwZ 1984, p. 399 (establecimiento de una señal de tráfico por el órgano competente en materia forestal en vez de por el órgano que tiene la competencia en materia de tráfico); en la sentencia del Tribunal Superior de lo Contencioso-Administrativo

DR © 2012, Universidad Nacional Autónoma de México,
Instituto de Investigaciones Jurídicas

La infracción del *derecho comunitario* no convierte por sí sola en nulo de pleno derecho al acto administrativo, salvo que concurran las circunstancias previstas en el § 44 I de la Ley de Procedimiento Administrativo (sentencia del Tribunal Federal de lo Contencioso-Administrativo recogida en NVwZ 2000, 1039).

Concurre una causa absoluta de nulidad en el sentido del § 44 II de la Ley de Procedimiento Administrativo, cuando un acto administrativo:

1) Ha sido dictado por escrito y no se ha dado a conocer el órgano que lo dictó (la razón de la nulidad de pleno derecho es aquí que el afectado no sabe de dónde viene el acto administrativo y, por tanto, como impugnarlo).
2) Sólo puede dictarse en la forma de un determinado documento, y dicha prescripción formal no ha sido satisfecha (por ejemplo: nacionalización de un extranjero sin formalizar el documento de nacionalización previsto en el § 16 I de la Ley Reguladora de la Nacionalidad —Reichs-und Staatsangehörigkeitsgesetz—).
3) Ha sido dictado vulnerando las reglas sobre competencia territorial para decidir sobre un bien ubicado en un determinado lugar (por ejemplo, la orden de derribo de un edificio situado en el territorio de la comarca B dictada por el presidente de la comarca A).
4) Por razones de hecho nadie podría cumplir (por ejemplo, la orden de derribo de un edificio ya derribado).
5) Impone la comisión de un acto ilegal, encuadrable en un tipo penal o que implica una infracción administrativa (por ejemplo: la órden de entrar en un domicilio violando el § 123 del Código Penal —StGB—). Nt13

de Baden-Württemberg (BadWürttOVG) recogida en VBlBW 1983, 25 (sobre la licencia de construcción para un determinado proyecto dictada por el municipio en vez de por el órgano superior legalmente competente en materia de urbanismo); en la sentencia del Tribunal Superior de lo Contencioso-Administrativo de Hessen (HessOVG) recogida en NVwZ, 1986, p. 315 (sobre una licencia de construcción con graves irregularidades materiales). Demasiado restrictiva resulta la interpretación del Tribunal Federal de lo Contencioso-Administrativo (en sentencia publicada en DVBl, 1985, p. 614), según la cual sólo son especialmente graves —en aplicación del § 44 I de la Ley de Procedimiento Administrativo— que "bajo ninguna circunstancia pueden resultar conformes con el ordenamiento jurídico, porque contradicen principios estructurales de la Constitución o con las concepciones valorativas esenciales inmanentes al ordenamiento jurídico". En el mismo sentido, aunque con mayores dudas a pesar de referirse a la sentencia anterior, la sentencia del Tribunal Federal de lo Contencioso-Administrativo publicada en BVerwGE 104, 289, 296.

DR © 2012, Universidad Nacional Autónoma de México,
Instituto de Investigaciones Jurídicas

[Nt13] Precepto que tipifica el equivalente a nuestro allanamiento de morada.

6) Es contrario a las buenas costumbres (véase, al respecto la sentencia del Tribunal Federal de lo Contencioso-Administrativo publicada en *BVerwGE* 84, 314 que considera nula por contraria a las buenas costumbres la licencia que autoriza la instalación de un "peep-show". Resolución que ha resultado polémica, véase, al respecto, Discher, JuS 1991, 642 y ss., con más referencias).

bb) Por contra, un acto administrativo según el § 44 III de la Ley de Procedimiento Administrativo *no es nulo de pleno derecho sólo*:

1) Porque se haya dictado infringiendo el resto de preceptos que regulan la competencia territorial.
2) Porque hayan contribuido al dictado del acto persona que debieron abstenerse conforme a la Ley, siempre y cuando no se trate del propio interesado.
3) Porque falta la necesaria participación en el procedimiento de una comisión (Ausschuss) [Nt14] o de un órgano administrativo.

[Nt14] Por comisión —*Ausschuss*—ha de entenderse una unidad colegiada pero que no reúne las características que la Ley de Procedimiento Administrativo alemana establece para determinar la existencia de un órgano.

B. *Las consecuencias de la nulidad*

El acto administrativo *no puede, desde el principio, producir las consecuencias jurídicas que se buscaban al dictarlo*, es ineficaz, no obligatorio; el ciudadano no tiene la obligación de cumplirlo y los órganos administrativos no deben ejecutarlo. La nulidad de pleno derecho se puede, además, hacer valer por cualquiera y en cualquier momento.

A pesar de que la nulidad es una categoría jurídico-material, su auténtico sentido se encuentra principalmente en el *derecho del procedimiento*: el ciudadano no precisa impugnar el acto administrativo nulo de pleno derecho en un plazo determinado; puede simplemente ignorarlo, y si en un

DR © 2012, Universidad Nacional Autónoma de México,
Instituto de Investigaciones Jurídicas

determinado momento se pretende ejecutar ese acto nulo puede impugnar dichas medidas de ejecución.[93]

La determinación de la nulidad de pleno derecho es también significativa cuando un acto administrativo es presupuesto para otros negocios jurídicos, lo que, de nuevo, se manifiesta en el ámbito del proceso.[94]

c) El ciudadano afectado por un acto nulo de pleno derecho no tiene, sin embargo, que esperar a que se determine incidentalmente dicha nulidad, sino que puede también pretender la declaración inmediata de la nulidad por el órgano administrativo o por los Tribunales de lo Contencioso-Administrativo (§ 44 V *VwVfG*, o bien § 43 I *VwGO*). La vía administrativa para la declaración de la nulidad no constituye un presupuesto para la vía judicial, ambas son admisibles con total independencia entre sí. La determinación administrativa de la nulidad constituye un acto administrativo, que dado el caso podría ser impugnado (por un tercero), por contra, la pretensión dirigida a condenar a un órgano administrativo para que declare la nulidad sería inadmisible por falta de necesidad de tutela judicial ya que se podría pretender directamente ante el tribunal la declaración por éste de la

[93] Ejemplo: A recibe el 1o. de marzo una resolución por la que le obliga a pagar una tasa acompañada de la información sobre los recursos que proceden. El 15 de abril el órgano competente le comunica que si no paga inmediatamente se procederá en vía ejecutiva. Si se tratase de una resolución simplemente anulable, la misma sería eficaz y por el transcurso del plazo de recurso, además, habría devenido firme con lo que A debería pagar (mientras que la resolución no sea revisada de oficio, véase, al respecto, el § 11, margs. 47 y ss.). Si la resolución estuviera afectada manifiestamente de una infracción especialmente grave el afectado podría rehusar el pago y, si fuera necesario, impugnar la ejecución.

[94] Ejemplo: K quiere adquirir de V una finca situada en el término municipal G y concluye con V el correspondiente contrato de compraventa, pero el municipio ejerce frente a V (véase el § 28 II 1 del Código Urbanístico —BauGB—) su derecho a la adquisición preferente según el § 24 I núm. 2 del Código Urbanístico, con lo que el contrato que habían concluido V y K pasa a regular la relación entre V y el municipio G (véase el § 28 II 2 del Código Urbanístico en relación con el § 464 II del Código Civil). V no plantea recurso alguno contra esta operación, pero más tarde se niega a prestar su consentimiento para la inscripción de la transferencia con el argumento de que el ejercicio del derecho de adquisición preferente fue antijurídico. El municipio pretende judicialmente obligar a que se preste dicho consentimiento. ¿Cómo debe enjuiciarse el supuesto? El tribunal de lo civil competente en la materia sólo debe enjuiciar, con carácter prejudicial, si el acto administrativo por el que se ejercitó la adquisición preferente es nulo de pleno derecho o eficaz, si no concurre ninguna causa de nulidad, entonces el acto será —con independencia de su posible anulabilidad, que aquí no debe ser examinada— eficaz y V será condenado a prestar su consentimiento para la inscripción.

DR © 2012, Universidad Nacional Autónoma de México,
Instituto de Investigaciones Jurídicas

nulidad conforme al según el § 43 I de la Ley de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa (*VwGO*).[95]

Si el afectado parte de la nulidad de pleno derecho del acto administrativo lo hace a su cuenta y riesgo, ya que es posible que el órgano administrativo no comparta su valoración y ejecute el acto administrativo (antijurídico, pero afectado sólo de mera anulabilidad y, por tanto, eficaz) y también que el recurso dirigido a exigir la declaración judicial de la nulidad sea desestimado, por ello es aconsejable que el ciudadano recurra preventivamente el acto administrativo en plazo.[96]

5. *Consecuencias de los defectos de procedimiento*[97****]

A. *Problemática*

Un acto administrativo también es contrario a derecho cuando ha sido adoptado lesionando las disposiciones sobre competencia, procedimiento o forma, adoleciendo en tal caso de una irregularidad formal (véase *supra,* margs. 9 y ss.; en adelante y en aras de la sencillez, se utilizarán de forma resumida las expresiones "preceptos de procedimiento" y "defectos de pro-

[95] También es posible que la declaración de nulidad administrativa resulte desfavorable para el ciudadano, por ejemplo, en el caso de la declaración de nulidad de un permiso (acto favorable). En tal caso, según el Tribunal Federal de lo Contencioso-Administrativo (BVerwG) el principio de protección de la confianza no puede oponerse a la declaración de nulidad, pero podría ser tenido en cuenta, en su caso, en el marco del ejercicio de potestades discrecionales a la hora de ejecutarla (véase la sentencia del citado Tribunal publicada en BVerwGE 84, 314 —asunto Peep-Show—).

[96] La pretensión de impugnación (*Anfechtungsklage*) es también admisible cuando el acto impugnado es nulo de pleno derecho, mejor dicho, es admisible sin tener en cuenta si el acto administrativo impugnado es nulo o meramente anulable. Esto se puede deducir indirectamente del § 43 II 2 de la Ley de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa (VwGO), ya que la frontera entre el acto nulo y el meramente anulable puede resultar dudosa en el caso concreto, no debe hacerse correr al ciudadano con el riesgo de la elección de la acción correcta para plantear sus pretensiones. Según la doctrina dominante, en estos casos el Tribunal también anularía el acto administrativo mediante un pronunciamiento constitutivo, sin embargo, esta mezcla entre la admisibilidad de una pretensión y la fundamentación es precipitada, si el acto administrativo objeto de una pretensión declarativa de impugnación se demuestra nulo de pleno derecho se debe proceder a dictar una sentencia declarativa de nulidad, de forma que el proceso declarativo de impugnación muta en un proceso de carácter declarativo.

[97]**** Los epígrafes V, VI y VII de este § 10 han sido traducidos por José García Alcorta, doctor en derecho y abogado.

DR © 2012, Universidad Nacional Autónoma de México,
Instituto de Investigaciones Jurídicas

cedimiento"). Sin embargo, el acto administrativo *formalmente contrario a derecho* no tiene por qué ser también *materialmente contrario a derecho*. Es posible que un acto administrativo sea conforme con el derecho material aunque tengo un defecto.[98]

Cabe plantearse si el acto administrativo con defectos de procedimiento debería ser tratado como un acto administrativo de contenido contrario a derecho, —y también si, en atención al precepto de procedimiento lesionado, se habría adoptado una decisión con el mismo contenido o incluso si ésta se habría debido adoptar—. La Ley de Procedimiento Administrativo (*VwVfG*) regula los defectos de procedimiento en los §§ 45 y 46, de los cuales el § 45 se coloca en un momento previo, regulando la recuperación y la sanación de las infracciones del procedimiento, mientras que el § 46 se refiere a los defectos del procedimiento. Ambos preceptos se aplican únicamente si el acto administrativo no es nulo de acuerdo con el § 44.

B. *La sanación de los defectos del procedimiento*

Determinados defectos de procedimiento pueden ser *sanados* mediante la *recuperación* de la actuación procedimental requerida. Mediante la "sanación" se elimina la infracción procedimental, con la consecuencia de que el acto administrativo ha de contemplarse a partir de ese momento como conforme con el ordenamiento desde el punto de vista formal.[99]

Desde un punto de vista *material*, la recuperación y la sanación de determinadas actuaciones procedimentales se limitan a la exigencia de una solicitud, a la motivación del acto administrativo, a la audiencia de los participantes y a la colaboración de comisiones y de otros órganos administrativos. Desde un punto de vista *temporal*, la recuperación sólo era posible, de acuerdo con la redacción originaria del § 45 *VwVfG*, hasta la conclusión

[98] De esta forma, la prohibición de realizar una actividad económica, aún faltando la audiencia al interesado o siendo incompetente por razón del lugar el órgano administrativo que adopta el acto, puede ser conforme con los presupuestos materiales del § 35 de la Ley sobre Actividades Empresariales (GewO) y ser por tanto "correcta" en su contenido.

[99] Es discutible si la sanación tiene efectos ex tunc o ex nunc. El § 45 VwVfG evita responder a esta cuestión, pero expresa sin embargo claramente que el defecto de procedimiento ha de ser "irrelevante", de manera que pueda pasarse por alto en el análisis jurídico del acto administrativo. Si bien esta exigencia de irrelevancia es únicamente importante para el futuro, afecta sin embargo también a procesos ya pasados. En consecuencia, la irrelevancia se equipara en el resultado a un efecto *ex tunc*. Véase, acerca de la irrelevancia de los defectos de procedimiento de las ordenanzas municipales, supra, § 4, marg. 41 a.

DR © 2012, Universidad Nacional Autónoma de México,
Instituto de Investigaciones Jurídicas

del procedimiento administrativo, incluido el eventual procedimiento de recurso, esto es, sólo era lícito mientras el asunto se encontrase en el ámbito administrativo. De acuerdo con la redacción actual del § 45 II, en la actualidad resulta también lícito durante del proceso contencioso-administrativo hasta la conclusión de la última instancia (es decir, también durante el procedimiento de apelación, pero no en el procedimiento de revisión ante el Tribunal Federal de lo Contencioso-Administrativo).[100]

De la *recuperación de la motivación*, en el sentido del § 45 *VwVfG*, debe distinguirse la *aportación tardía de la motivación en el proceso contencioso*. Mientras que la *recuperación de la motivación* sólo es pertinente si no existe ninguna motivación o la que existe no corresponde con lo establecido por el § 39 *VwVfG*, y por tanto el acto administrativo es formalmente contrario a derecho (véase *supra,* marg. 13), en la *aportación tardía de la motivación en el proceso contencioso* se trata de la modificación o complemento de la motivación de un acto administrativo impugnado que, si bien corresponde a las exigencias formales del § 39 *VwVfG*, es sin embargo materialmente insuficiente o incorrecta y no puede sostener el acto administrativo. Según la opinión anteriormente dominante, la aportación tardía de la motivación en el proceso contencioso-administrativo sólo era lícita para los actos administrativos de carácter reglado y también para todos los actos administrativos en relación con los cuales "los motivos alegados con posterioridad ya existían en el momento de la adopción del acto administrativo, éste

[100] Ejemplo: Al sujeto G se le deniega sin audiencia previa la continuación en el ejercicio de su actividad comercial según el § 35 GewO. Esta prohibición de ejercicio es contraria a derecho debido a ese defecto de procedimiento. Si G interpone frente a ello un recurso y tiene oportunidad de expresarse en este procedimiento, el defecto es "sanado". El recurso debe por consiguiente ser rechazado, a no ser que la prohibición del ejercicio de la actividad comercial sea contraria a derecho por otros motivos, comprobados posiblemente mediante la audiencia.

Cabe preguntarse si la audiencia posterior debe tener lugar ante el órgano administrativo actuante en primer lugar o también puede efectuarse ante el órgano que resuelve el recurso, en el supuesto de que ambos no sean idénticas y de que se trate de una decisión discrecional [para la primera alternativa, sentencia del Tribunal Federal de lo Contencioso-Administrativo (BVerwGE) 66, 184, 187 y ss.; para la segunda alternativa, BVerwG NVwZ, 1984, p. 578; véase, además, Meyer, en: Knack, VwVfG, § 45, margs. 32 y ss.; Sachs, StBS, § 45, marg. 77]. La audiencia sólo es razonable y suficiente cuando el órgano administrativo que la efectúa aún puede evaluar de forma completa la declaración, de manera que ha de asumirse en principio la primera alternativa mencionada. En todo caso, la audiencia ante el tribunal no es suficiente en ningún momento. La sanación durante el procedimiento contencioso-administrativo sólo puede tener lugar si el órgano responsable de la adopción del acto administrativo recupera la audiencia, lo cual es posible en todo caso con anterioridad a la fase que se desarrolla ante el tribunal administrativo, pero no durante ella.

DR © 2012, Universidad Nacional Autónoma de México,
Instituto de Investigaciones Jurídicas

no resulta modificado en su esencia debido a ellos y el interesado no sufre una lesión en su defensa jurídica" (*BVerwGE* 38, 191, 195). Esta posición no era sin embargo pacífica. A favor de ella podía aducirse no obstante que el tribunal debe examinar el acto impugnado desde todos los puntos de vista fácticos y jurídicos, pudiendo efectuar también sus propias pesquisas. Pero si es así, entonces es consecuente con ello que el tribunal —en el marco de su competencia para analizar y decidir, también en atención a las cuestiones jurídicas, pero no a las de apreciación— deba incluir en sus ponderaciones los motivos de la administración suministrados con posterioridad. El Tribunal Federal de lo Contencioso-Administrativo dio todavía un paso más en su sentencia del 18 de mayo de 1990 (*BVerwGE* 85, 161). Aceptó también en el proceso contencioso-administrativo la aportación de *motivos discrecionales* no efectuados originariamente, pero partió en este caso de que los motivos discrecionales son parte del acto administrativo y, con la nueva motivación, se adopta en realidad un nuevo acto administrativo que puede ser, mediante la modificación del recurso, objeto del proceso contencioso-administrativo en curso. El legislador siguió este camino en la nueva regulación del § 114, inciso 2, de la Ley de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa (*VwGO*) de 1996. De acuerdo con ello, el órgano administrativo puede "complementar aún sus motivos discrecionales en relación con el acto administrativo también en el proceso contencioso-administrativo". Con ello se reconoce legalmente la aportación de motivos discrecionales, sin que sea necesario ya el dudoso fundamento de la mencionada sentencia del Tribunal Federal de lo Contencioso-Administrativo. En todo caso, la renovación jurídico-dogmática de esta regulación aún está pendiente.[101]

[101] *Cfr*. sobre la nueva regulación del § 114 inciso 2 VwGO: BVerwGE 105, 55, 59; 106, 351, 363 y ss.; BVerwG NJW 1999, 2912; Tribunal Superior de Justicia de Münster (OVG Münster), NVwZ, 2001, 1424; además, sobre la aportación tardía de la motivación en la nueva doctrina; W. R. Schenke, "Reform" ohne Ende–Das Sechste Gesetz zur Änderung der Verwaltungsgerichtsordnung und anderer Gesetze, NJW, 1997, pp. 81, 88 y ss.; Bader, Die Ergänzung von Ermessenserwägungen im verwaltungsgerichtlichen Verfahren, NVwZ, 1999, pp. 120 y ss.; Dolderer, Die neu eingefügte "Ergänzung von Ermessenserwägungen" im Verwaltungsprozess, DÖV, 1999, pp. 104 y ss.; R. P. Schenke, Das Nachschieben von Gründen nach dem 6. VwGO-Änderungsgesetz, VerwArch., vol. 90, 1999, pp. 163 y ss.; idem, Das Nachschieben von Ermessenserwägungen, JuS, 2000, pp. 230 y ss. (sobre BVerwGE 106, 351).

DR © 2012, Universidad Nacional Autónoma de México,
Instituto de Investigaciones Jurídicas

C. *La relevancia de los defectos de procedimiento*

Si la sanación de un defecto de procedimiento no es posible o no tiene lugar, debe atenderse entonces a lo dispuesto en el § 46 *VwVfG*. Con arreglo a ello, no puede instarse la anulación de un acto administrativo con un defecto de procedimiento "si es evidente que la lesión (del precepto de procedimiento) no ha influido en la decisión sobre la cuestión". Esta regulación ha sido introducida por la Ley de Aceleración de los Procedimientos de Autorización (*GenBeschG*) de 1996. La redacción anterior del § 46 *VwVfG* había establecido que no puede instarse la anulación del acto administrativo con un defecto de procedimiento "si no habría podido tomarse ninguna otra decisión sobre el asunto". Según esto, la pretensión de impugnación sólo podía ejercitarse frente a los actos administrativos reglados, puesto que, si la administración tenía un margen de discrecionalidad, también habría sido posible dentro de ese margen una decisión distinta. La nueva redacción ya no se centra sólo en la falta de alternativas del contenido de la decisión, sino en la causalidad del defecto de procedimiento (véase los fundamentos del proyecto del Gobierno, *BT-Drs.* 13/3995 p. 2). Si el defecto de procedimiento —como pueda ser la no observancia de un plazo o la colaboración de una persona excluida en el órgano de resolución— no tiene efectos en la decisión material, esto es, si esta decisión no es distinta si se cumple el precepto procedimental lesionado, entonces no cabe ejercer una pretensión constitutiva de anulación. La causalidad que falta debe ser, en todo caso, "evidente", es decir, reconocible e incuestionable sin más. En este sentido, existe un paralelismo con el § 42 *VwVfG* (incorrección "evidente") y el § 44 de la misma ley (nulidad para la antijuridicidad "evidente", en la que debe existir en todo caso un defecto grave). No basta tan sólo con una presunción de los efectos que puede tener el defecto de procedimiento existente. Debe observarse además que el § 46 *VwVfG* excluye, bajo las condiciones mencionadas, una *pretensión del ciudadano* de anular el acto administrativo aquejado de un defecto de procedimiento, por lo que puede fracasar un recurso administrativo o una acción judicial de anulación que se apoyen en el defecto de procedimiento. La facultad del órgano administrativo de retirar por sí mismo el acto administrativo no resulta aquí afectada (véase, sobre esto, *infra*, § 11, marg. 18).

Ejemplo: G no ha sido debidamente oído en el supuesto anterior relativo a la prohibición por la administración del ejercicio de una actividad comercial, ni en el procedimiento de recurso ni durante el procedimiento contencioso-

DR © 2012, Universidad Nacional Autónoma de México,
Instituto de Investigaciones Jurídicas

administrativo posterior. Si ejerce por ello una acción judicial, el tribunal debe examinar exclusivamente si la audiencia defectuosa ha repercutido en la decisión. Si es evidente que no ha sido así, la pretensión procesal debe rechazarse por infundada. Por regla general, el demandante invocará en todo caso la antijuridicidad formal y material de la prohibición de ejercicio de la actividad económica. Si el tribunal, el cual debe permitir la audiencia en el procedimiento (§ 108 II *VwGO*), considera que la prohibición del ejercicio de la actividad económica es conforme con lo dispuesto por el § 35 *GewO*, la audiencia defectuosa carece ya entonces de relevancia, puesto que aquella prohibición es —de una u otra forma— conforme a derecho. Asunto distinto es si no se trata de una prohibición reglada del ejercicio de la actividad comercial, sino de un acto de suspensión (que depende de la discrecionalidad de la administración): el tribunal no puede adoptar aún ninguna decisión definitiva, debido al margen de discrecionalidad del que dispone la administración. Debe por consiguiente atender a la acción procesal motivada por la audiencia defectuosa, a no ser que este defecto no haya influido de forma evidente en el acto de suspensión, esto es, que la administración habría adoptado también este acto en el caso de que se hubiera producido la audiencia.

La *restricción de la anulación* de los actos administrativos con un defecto de procedimiento según el § 46 *VwVfG* se *fundamenta* primordialmente *en razones de economía procesal* (véase ya la fundamentación del gobierno de la *VwVfG*, *BT-Drs.* 7/910, p. 66). Parece poco razonable anular un acto administrativo materialmente correcto debido únicamente a que tiene un defecto de procedimiento, especialmente cuando podría adoptarse nuevamente y de forma inmediata un acto administrativo con el mismo contenido. En todo caso, los preceptos de procedimiento tienen precisamente la función de garantizar la exactitud material de la decisión, de manera que si la infracción de los preceptos de procedimiento se declara irrelevante, aún pueden existir dudas acerca de la exactitud de la decisión material. La nueva regulación del § 46 *VwVfG* tiene presente por ello esas dudas, puesto que suprime la pretensión constitutiva de anulación del acto únicamente si el defecto de procedimiento no ha influido en la decisión sobre el asunto *de forma evidente*. Esto requiere no obstante que el tribunal efectúe indagaciones, con la consiguiente puesta en duda del efecto exculpatorio. Las regulaciones de los §§ 45 y 46 *VwVfG* pueden entonces relativizar y devaluar los derechos procedimentales de los ciudadanos reconocidos en la Constitución. Se llega entonces al resultado de que, lo que con una mano se da, se quita con la otra. Si bien el *Bundesrat* afirma en la fundamentación de su proyecto de la Ley de Aceleración que el § 46 es "expresión del

DR © 2012, Universidad Nacional Autónoma de México,
Instituto de Investigaciones Jurídicas

principio general de la ilicitud de la invocación jurídicamente abusiva de derechos del § 242 del Código civil" (proyecto de ley de 31 de mayo de 1995, *BT-Drs.* 13/1445, p. 7), puede contraponerse a ello que la invocación de derechos procedimentales establecidos por ley y garantizados constitucionalmente difícilmente puede considerarse como abusiva desde el punto de vista jurídico. Además, poco sentido tiene en todo caso la pretensión del ciudadano de ser oído, si esa lesión no acarrea finalmente ninguna sanción.

Según el § 28 I *VwVfG*, el interesado *debe* ser oído *antes* de la adopción del acto administrativo. No obstante, la audiencia *puede* tener lugar *después*, según el § 45 *VwVfG*, bastando incluso con que, en su caso, el interesado tenga oportunidad de expresarse en el proceso contencioso-administrativo. No puede pasarse por alto que la audiencia posterior no sólo supone un aplazamiento temporal, sino que también —después de la decisión tomada— afecta a una situación modificada y que tiene escasas perspectivas de éxito. Es destacable que el § 42 del Código de la Seguridad Social (*SGB*), libro X, que se corresponde con él § 46 *VwVfG*, no incluye la audiencia. Esta regulación especial tiene como consecuencia, en conexión con la jurisprudencia del Tribunal Social Federal (*BSozG*), que en el ámbito de la administración social *siempre* es relevante una lesión de los preceptos relativos a la audiencia, que conduce a la anulación del acto administrativo (véase, sobre esto, *BSozGE* 44, 207; *Nehls*, NVwZ, 1982, 494 y ss.).

Contemplada en conjunto, la diferente regulación de las consecuencias de los defectos de procedimiento a través de la *VwVfG* aún podría ser sostenible.

También en otras regulaciones nuevas se muestra la tendencia a limitar las consecuencias de los defectos de procedimiento, sobre todo para los planes de urbanismo y determinadas normativas de carácter local en los §§ 214 y ss. del Código Urbanístico (*BauGB*), así como en varias disposiciones municipales, como el § 7 VI de la Ley de Régimen Municipal de Renania del Norte-Westfalia (*NRW GemO*) y el § 4 IV de la Ley de Régimen Municipal de Baden-Wurtenberg (*Bad.-Württ. GemO*), véase, sobre esto, *supra,* § 4, marg. 48. Esta tendencia se encuentra en contradicción con el significado y la relevancia desde el punto de vista de los derechos fundamentales del procedimiento administrativo (véase, sobre esto, *infra*, § 19, margs. 8 y ss.).

6. *La conversión de los actos administrativos*

Un acto administrativo *contrario a derecho* puede ser *convertido* en *otro* acto administrativo *conforme a derecho*. La conversión, que se ha desarrollado sobre la base del § 140 *BGB*, está desde ahora regulada en el § 47

DR © 2012, Universidad Nacional Autónoma de México,
Instituto de Investigaciones Jurídicas

VwVfG. Está unida a varias condiciones que limitan considerablemente su ámbito de aplicación. La conversión (sólo) es lícita, según el § 47 *VwVfG*,

1) si el nuevo acto administrativo está dirigido al mismo objetivo,
2) si podría haber sido adoptado con el procedimiento y forma jurídicamente correctos por el órgano administrativo que adoptó el acto administrativo originario,
3) si se cumplen las condiciones para su adopción,
4) si no contradice la intención constatable del órgano administrativo que lo adopta,
5) si sus consecuencias jurídicas no son desfavorables para el interesado,
6) si el acto administrativo originario era revisable,
7) si el interesado ha sido oído.

El acto administrativo que es objeto de la conversión debe ser además "irregular", esto es, contrario a derecho. De ello resulta que, con arreglo a las condiciones mencionadas, un acto administrativo nulo también puede ser objeto de conversión, puesto que la "nulidad" no afecta a la antijuridicidad sino a las consecuencias jurídicas de la antijuridicidad. La conversión de un acto administrativo reglado en un acto discrecional es ilícita (§ 47 III *VwVfG*), puesto que, en este caso, el examen de la discrecionalidad no podría realizarse o no se realizaría.

La conversión es muy discutida, tanto a nivel de principio como en el supuesto concreto. Es particularmente controvertido si la conversión es un acto administrativo o un acto constitutivo de carácter especial, o bien si la conversión se manifiesta con fuerza de ley y por consiguiente sólo necesita ser declarada. Parece correcto decantarse por la segunda de estas dos alternativas. El § 47 *VwVfG* corresponde al principio general de que los actos jurídicos mantienen la integridad en tanto en cuanto sea posible. Si existen las condiciones para la conversión, existe entonces, con fuerza de ley, un acto administrativo con su "nuevo" contenido. La palabra "puede" en el sentido del § 47 no debe conducir a engaño; no debería entenderse en el sentido de que exista discrecionalidad, sino que expresa la posibilidad jurídica de la conversión. Por consiguiente, la conversión no puede ser propuesta tan sólo por el órgano administrativo que adopta el acto o resuelve el recurso, sino también por el tribunal, incluso en la instancia de revisión (*BVerwGE* 110, 11, 114; 115, 111, 114). La posición de la administración está suficiente-

DR © 2012, Universidad Nacional Autónoma de México,
Instituto de Investigaciones Jurídicas

mente garantizada mediante la condición de que el "nuevo" acto administrativo no puede contradecir sus posiciones. También el ciudadano puede remitirse a la conversión; su interpretación puede encontrar aprobación en el órgano administrativo o en el tribunal. Por razones de seguridad jurídica y de eficacia de la administración, esta última expresará la aceptación de la conversión. La conversión judicial aparecerá en todo caso en el fallo o en una decisión judicial particular.[102]

7. *La ilegalidad parcial de actos administrativos y sus consecuencias*

Es posible que la antijuridicidad de un acto administrativo afecte sólo a una parte del mismo, por ejemplo porque el importe monetario señalado en el acto administrativo no esté cubierto legalmente sino tan sólo en una determinada cantidad, o porque una autorización para una instalación según los §§ 4 y ss. de la ley Federal de Protección Contra las Inmisiones (BImSchG) sea contraria a derecho sólo en unos aspectos, etcétera. En estos casos cabe pre-

[102] La cuestión acerca de si la conversión es un acto administrativo o un mero acto de conocimiento se responde de forma diferente no sólo por la doctrina (véanse los comentarios al § 47 VwVfG), sino también por la jurisprudencia (véase el Tribunal Superior de Baviera —BayVGH—, BayBVl, 1984, p. 20, por un lado, y BVerwG, NVwZ 1984, 645, en conexión con la jurisprudencia anterior, por otro lado). En la práctica, no es frecuente la conversión. Constantemente surgen sentencias, pero la mayoría son negativas, véase, por ejemplo, BVerwGE 18, 1, 4 y ss. (no hay conversión de un acto administrativo en una ordenación o un reglamento); BVerwGE 48, 81 (no hay conversión de la denegación de una autorización en la revisión de la autorización); BVerwGE 62, 300, 306 y ss. (conversión de la autorización de un plan de urbanismo en una aprobación para la fabricación de una instalación de urbanización según el § 125 II de la Ley Federal Urbanística —BbauG—); BVerwGE 109, 68, 73 y ss. (no hay conversión del despido de un funcionario en la revisión de su nombramiento, puesto que ésta es más desfavorable para el afectado); BVerwGE 110, 111, 114 y ss. (conversión de una notificación declarativa negativa); BVerwGE 115, 111, 113 y ss. (básicamente lo mismo); BVerwG NVwZ, 2000, 195 (no hay conversión de la decisión de ayuda según el § 72 VwGO en una revisión); BGHZ 143, 362, 270 [no hay conversión de un acto denegatorio contrario a derecho en una revocación de una autorización de aguas, puesto que (en el caso concreto) ello contradice la intención constatable del órgano administrativo]; BayVGH, BayVBl, 1984, 304 (conversión de una prohibición de posesión de armas en una revocación o en una revisión de las autorizaciones de adquisición o de posesión de armas; por eso es lícita, porque la revocación o la revisión representan en este caso un acto administrativo reglado; asunto distinto sería si fueran actos discrecionales de la administración, véase supra); BadWürttVGH NVwZ, 1985, 349 (conversión de una revocación en un acto administrativo declarativo). Véase, además, sobre un ámbito particular, con explicaciones básicas, Prutsch, Konversion von Strassenbaubeiträgen nach dem Bundesbaugesetz oder Kommunalabgabengesetz, DÖV, 1981, pp. 941 y ss.

DR © 2012, Universidad Nacional Autónoma de México,
Instituto de Investigaciones Jurídicas

guntarse si las consecuencias jurídicas de la antijuridicidad —la anulabilidad o nulidad— pueden limitarse a la parte contraria a derecho, con la consecuencia de que la parte conforme a derecho pueda ser conservada. La respuesta a esta cuestión debe ser afirmativa si se dan las siguientes condiciones:

> El contenido regulador entero del acto administrativo debe ser *separable* y la parte conforme a derecho debe conservar un sentido propio después de la separación de la parte contraria a derecho.

La autoridad administrativa debe haber estado *facultada* para adoptar el *acto conforme a derecho existente ya de forma parcial* sin la parte contraria a derecho.

Se discute si y en qué medida depende de la *voluntad del órgano administrativo* el hecho de que el acto conforme a derecho restante sólo pueda conservar su existencia si se asume que el órgano administrativo lo habría adoptado también sin la parte contraria a derecho. La respuesta a esta cuestión suele ser afirmativa de acuerdo con el § 139 *BGB*, en aplicación a este supuesto. Este precepto, que reconoce la relevancia de la voluntad presunta de las partes, parte sin embargo del principio dominante en el derecho civil de la autonomía privada, principio que no puede ser trasladado sin más al derecho público. El § 44 IV *VwVfG* se centra asimismo —en atención al acto administrativo nulo— en la voluntad del órgano administrativo. Según una amplia opinión existente en la doctrina, tan sólo son relevantes aquí los criterios objetivos, esto es, si el órgano administrativo habría podido adoptar la parte conforme a derecho sin la parte contraria a derecho o incluso si la habría debido adoptar.

Debe efectuarse en este punto una distinción. En relación con los *actos administrativos reglados*, no es decisivo lo que el órgano administrativo *quería* sino lo que jurídicamente *debía*. Si el órgano administrativo estaba obligado a la adopción de la parte conforme a derecho existente, esta última debe conservarse sin que dependa de la eventual voluntad en contra del órgano administrativo. El § 44 IV *VwVfG* puede interpretarse en este sentido, si no se atiende a la voluntad subjetiva sino a la voluntad objetiva del órgano administrativo, que, en caso de duda, debe interpretarse de manera conforme a la ley. Asunto distinto es el relativo a los *actos administrativos discrecionales*: si y puesto que es decisión discrecional del órgano administrativo adoptar siquiera el acto administrativo, también le debe corresponder a aquél decidir si, en el caso de una antijuridicidad parcial, desea mantener el acto restante. La voluntad presunta de la administración debe por siguiente ser te-

DR © 2012, Universidad Nacional Autónoma de México,
Instituto de Investigaciones Jurídicas

nida en cuenta, pero tampoco aquí debe atender a las ideas subjetivas de los funcionarios, sino a la voluntad más objetiva del órgano administrativo.[103]

[103] Bibliografía: Erichsen, Verfassungs-und verwaltungsrechtsgeschichtliche Grundlagen der Lehre vom fehlerhaften belastenden Verwaltungsakt und seiner Aufhebung im Prozess, 1971; Erbel, Die Unmöglichkeit von Verwaltungsakten, 1972; Osterloh, Erfordernis gesetzlicher Ermächtigung für Verwaltungshandeln in der Form des Verwaltungsakts? JuS, 1983, pp. 280 y ss.; Weyreuther, Zur richterlichen Umdeutung von Verwaltungsakten, DÖV, 1985, pp. 126 y ss.; Jakobs, Der Grundsatz der Verhältnismässigkeit, DVBl, 1987, pp. 641 y ss.; Laubinger, Die Umdeutung von Verwaltungsakten, VerwArch, vol. 78, 1987, pp. 207 y ss., 345 y ss.; Renck, Verwaltungsaktswirkungen, Rechtsmittelwirkungen und vorläufiger Rechtsschutz, Bay VBl, 1994, pp. 161 y ss.; Schnapp/Henkeötter, Wann ist ein Verwaltungsakt fehlerhaft?, JuS, 1998, pp. 524 y ss., 624 y ss.; Schnapp/Cordewener, Welche Rechtsfolgen hat die Fehlerhaftigkeit eines Verwaltungsakts?, JuS, 1999, pp. 39 y ss., 147 y ss.; Schnapp, Die Nichtigkeit des Verwaltungsakts–Qualität oder Qualifikation? DVBl, 2000, pp. 247 y ss.

Bibliografía sobre V (consecuencias de los defectos de procedimiento) en particular: Papier, Der verfahrenfehlerhafte Staatsakt, 1973; Haueisen, Verwaltungsverfahren und Verwaltungsakt, DÖV, 1973, pp. 653 y ss.; Bettermann, Die Anfechtung von Verwaltungsakten wegen Verfahrensfehlern, Festschrift für H. P. Ipsen, 1977, pp. 271 y ss.; Laubinger, Heilung und Folgen von Verfahrens-und Formfehlern, VerwArch, vol. 72, 1981, pp. 333 y ss.; Schoch, Nachholen der Begründung und Nachschieben von Gründen, DÖV, 1984, pp. 401 y ss.; Rupp, Bemerkungen zum verfahrensfehlerhaften Verwaltungsakt, Festschrift für Bachof, 1984, pp. 151 y ss.; Krebs, Kompensation von Verwaltungsverfahrensfehlern durch gerichtlichen Rechtsschutz?, DVBl, 1984, pp. 109 y ss.; Dolzer, Zum Begründungsgebot im geltenden Verwaltungsrecht, DÖV, 1985, pp. 9 y ss.; Dechsling, Rechtsschutz und Begründungspflicht, DÖV, 1985, pp. 714 y ss. (con la tesis de que el § 39 II, núm. 1, VwVfG es en gran parte inconstitucional); Schenke, Der verfahrensfehlerhafte Verwaltungsakt gemäss § 46 VwVfG, DÖV, 1986, pp. 305 y ss.; idem., Das Nachschieben von Gründen im Rahmen der Anfechtungsklage, NVwZ, 1988, pp. 1 y ss.; J. J. Rupp, Nachschieben von Gründen im verwaltungsgerichtlichen Verfahren, 1987; H. Meyer, Die Kodifikation des Verwaltungsverfahren und die Sanktion für Verfahrensfehler, NVwZ, 1986, pp. 513 y ss.; Hill, Das fehlerhafte Verfahren und seine Folgen im Verwaltungsrecht, 1986; Hufen, Zur Systematik der Folgen von Verfahrensfehlern–eine Bestandsaufnahme nach zehn Jahren VwVfG, DVBl, 1988, pp. 69 y ss.; Schnapp, Die Folgen von Verfahrensfehlern im Sozialrecht, SGb, 1988, pp. 309 y ss.; Rossnagel, Verfahrensfehler ohne Sanktion?, JuS, 1994, pp. 927 y ss.; Bacher, Nachholung der Anhörung bis zum Abschluss des verwaltungsgerichtlichen Verfahrens?, DVBl, 1997, pp. 534 y ss.; Hatje, Die Heilung formell rechtswidriger Verwaltungsakte im Prozess als Mittel der Verfahrensbeschleunigung, DÖV, 1997, 477 y ss.; Gromitsaris, Fehlerfolgenregelungen im Genehmigungsverfahrensbeschleunigungsgesetz, SächsVBl, 1997, pp. 101 y ss.; Hufen, Heilung und Unbeachtlichkeit und Heilung von Verfahrens-und Formfehlern, DVBl, 1999, pp. 729 y ss.; Bader, Die Heilung von Verfahrens-und Formfehlern im verwaltungsgerichtlichen Verfahren, NVwZ, 1998, pp. 674 y ss.; idem, Die Ergänzung von Ermessenserwägungen im verwaltungsgerichtlichen Verfahren, NVwZ, 1999, pp. 120 y ss.; Sodan, Unbeachtlichkeit und Heilung von Verfahrens-und Formfehlern, DVBl, 1999, pp. 729 y ss.; Häussler, Heilung von Anhörungsfehlern im gerichtlichen Verfahren, BayVBl, 1999, pp. 616 y ss.; R. P. Schenke, Das Nachschieben von Ermessenserwägun-

DR © 2012, Universidad Nacional Autónoma de México,
Instituto de Investigaciones Jurídicas

§ IV. Firmeza, revisión de oficio y revocación de los actos administrativos[104]****

1. *La firmeza de los actos administrativos*

A. *Generalidades*

El término firmeza (*Bestandskraft*), que frecuentemente aparece citado en la jurisprudencia y la bibliografía y de vez en cuando, precisamente por ello, se presenta como un instituto jurídico asentado es, sin embargo, ambiguo y objeto de polémica, sin que la Ley de Procedimiento Administrativo (*VwVfG*) haya contribuido a aclararlo, de hecho "la firmeza de los actos administrativos" sólo aparece en el epígrafe que engloba a los §§ 43 y siguientes de la ley pero en los propios preceptos que siguen no se determina su significado, es más no se vuelve ni siquiera a mencionar, no obstante, del

gen, JuS, 2000, pp. 230 y ss.; Schöbener, Der Ausschluss des Aufhebungsanspruchs wegen Verfahrensfehlern bei materiell-rechtlich und tatsächlich alternativlosen Verwaltungsakten, DV, 33, 2000, pp. 447 y ss.; Niedobitek, Rechtsbindung der Verwaltung und Effizienz des Verwaltungsverfahrens, DÖV, 2000, pp. 761 y ss.; Pietztcker, Verfahrensrechte und Folgen von Verfahrensfehlern, Festschrift für Maurer, 2001, pp. 695 y ss.; Brischke, Heilung fehlerhafter Verwaltungsakte im verwaltungsgerichtlichen Verfahren, DVBl, 2002, pp. 429 y ss.; Hufen, Fehler im Verwaltungsverfahren, 4a. ed., 2002; véase, además, las indicaciones en el texto, en particular, marg. 40.

Jurisprudencia: BVerwGE 28, 1; 50, 171; NJW 1977, 1838 (licitud del acto administrativo: pretensiones de funcionarios; pretensiones contractuales, devolución de prestaciones de subvención); BVerwGE 45, 51 (principio de proporcionalidad: custodia policial); BVerwGE 19, 284; 84, 314 (Nulidad de actos administrativos); BVerwGE 40, 212, 216; 48, 336 (inexactitud evidente, rectificación); BVerwGE 12, 9; 62, 300, 306 y ss.; 110, 24, 162, 165 y ss. (conversión de actos administrativos). BGHZ 21, 294; BSozGE 24, 162, 165 y ss. (nulidad de actos administrativos); Tribunal Superior de Justicia de Luneburg (OVG Lüneburg) OVGE 23, 391 (ilegalidad parcial).

Jurisprudencia sobre V (consecuencias de los defectos de procedimiento) en particular: BVerwGE 66, 111; 68, 267; NVwZ, 1984, 578 (recuperación de la audiencia omitida en el procedimiento de recurso); BVerwGE 38, 191; 85, 163; 106, 351, 363 y ss.; 109, 211, 216 (sobre la aportación tardía de la motivación en el proceso administrativo); BVerwGE 61, 45, 49 y ss.; 65, 287; 69, 90, 92 (irrelevancia de las infracciones de procedimiento en los actos administrativos reglados: rechazo del reconocimiento como objetor de conciencia); BVerwGE 75, 214, 228; 78, 280 y 284 (causalidad de resultado del defecto de procedimiento); BVerwGE 121, 297 (recuperación de una decisión discrecional después de la modificación de la jurisprudencia; sobre esto Bader, JuS, 2006, 199).

[104]**** Los epígrafes I, II, III y IV de este § 11 han sido traducidos por Javier García Luengo, profesor titular de Derecho Administrativo de la Universidad de Oviedo.

DR © 2012, Universidad Nacional Autónoma de México,
Instituto de Investigaciones Jurídicas

contenido de dichas normas se puede deducir fácilmente que la firmeza se encuentra relacionada con la eficacia y la posibilidad de revisar los actos administrativos.

No obstante, el principio general que justifica la firmeza esta generalmente reconocido: el acto administrativo como regulación de autoridad debe ser vinculante y duradero, debe obtener estabilidad jurídica. Esto se deriva ya del carácter regulador del acto administrativo, ya que una regulación que fuera disponible a voluntad carecería de sentido y de valor. A la misma conclusión se llega si se tiene en cuenta la función clarificadora y estabilizadora del acto administrativo, que tiene su fundamento, a su vez, en la seguridad jurídica.

B. *Figuras procesales paralelas*

El término "*Bestandskraft*" se ha desarrollado manifiestamente sobre el modelo del concepto procesal de fuerza de cosa juzgada "*Rechtskraft*", pero también documenta la distancia que existe con este paralelo procesal —lo que muestra ya la configuración de la expresión "*bestands"-Kraft* (fuerza de estabilidad)—.

El derecho procesal diferencia entre fuerza de cosa juzgada formal y material. La *fuerza de cosa juzgada formal* significa que la sentencia no puede ser impugnada a través de los recursos ordinarios, mientras que la *fuerza de cosa juzgada material* implica que la resolución judicial (la declaración sobre la existencia o no-existencia de una consecuencia jurídica) es vinculante para las partes, especialmente de cara a futuras litis. El derecho procesal conoce también la *vinculación del tribunal* a sus resoluciones (véase por ejemplo, el § 318 de la Ley de Enjuiciamiento Civil —ZPO—), que implica que el tribunal no puede alterar o separarse de sus resoluciones una vez que las adopta. Tanto el instituto procesal de la cosa juzgada como el de la vinculación del tribunal a sus resoluciones se derivan de la propia esencia del poder judicial que está llamado a la resolución definitiva y vinculante de las controversias jurídicas. No obstante, no se trata de institutos que rijan con carácter absoluto, aunque sólo pueden ser excepcionados bajo los rigurosos requerimientos del proceso de revisión de resoluciones judiciales (véase, por ejemplo, los §§ 579 y ss. de la Ley de Enjuiciamiento Civil).

Las diferencias entre la sentencia judicial y el acto administrativo (véase *supra,* § 9 margs. 42 y 43) impiden extraer precipitadamente conclusiones

DR © 2012, Universidad Nacional Autónoma de México,
Instituto de Investigaciones Jurídicas

del derecho procesal, ya que dado que el órgano administrativo decide no como una instancia neutral sobre un asunto ajeno —posición que sí tiene el órgano judicial—, sino más o menos como parte en un asunto propio, de forma que es a la vez órgano decisor y parte, el punto de partida es, al menos parcialmente, distinto. De aquí se deriva que el acto administrativo no pueda pretender la misma resistencia al cambio que caracteriza a la sentencia judicial, porque, de una parte, no ofrece el mismo grado de garantía de la legalidad y, por otra parte, como medio de configuración orientado al futuro debe más bien adaptarse a las circunstancias cambiantes.

C. *Firmeza formal*

La firmeza formal equivale a la imposibilidad de impugnación, supone, por tanto, que el acto administrativo no puede o no puede ya ser impugnado con los recursos ordinarios (el recurso en vía administrativa o el que sirve en vía contenciosa de vehículo a una pretensión constitutiva de anulación), con lo que equivale a la fuerza de cosa juzgada formal en el ámbito del derecho procesal.[105]

D. *Firmeza material*

El aspecto verdaderamente polémico viene representado por la firmeza material, que no encuentra, además paralelos claros en el ámbito del derecho procesal. La firmeza material se puede poner en conexión tanto con el efecto vinculante del acto administrativo (a), como con las limitaciones a la posibilidad de revisión del mismo (b).

a) *Efecto vinculante*. El acto administrativo es vinculante y lo es tanto para el ciudadano afectado por el mismo como para el propio órgano que lo dicta, ya que aunque sea emitido unilateralmente vincula de forma bilateral. Esta vinculatoriedad del acto administrativo, que deriva de la eficacia jurídica, se produce ya desde el mismo momento de la notificación del acto administrativo pero adquiere consistencia con la firmeza formal ya que a

[105] La firmeza formal (imposibilidad de impugnación) comienza cuando los plazos de recuso se agotan, cuando el afectado renuncia a la interposición de los recursos, o cuando no cabe interponer recurso alguno o ya no puede interponerse por haberse agotado los recursos ordinarios.

DR © 2012, Universidad Nacional Autónoma de México,
Instituto de Investigaciones Jurídicas

partir de ese momento ya no queda condicionada a la posibilidad de una impugnación exitosa.

b) *Limitaciones a la posibilidad de revisión*. El efecto vinculante del acto administrativo dura, no obstante, sólo mientras el propio acto mantenga su existencia. El órgano administrativo está vinculado al acto que ha dictado pero puede revisarlo bajo determinadas circunstancias y con independencia de los procesos de recurso (revisando de oficio o revocando el acto en cuestión), con lo que consigue la desaparición de dicho efecto vinculante. El ciudadano, por contra, no puede, como es natural, revisar el acto administrativo, pero puede bajo ciertas circunstancias reclamar del órgano administrativo la revisión o revocación del acto que le afecta. No obstante, la eliminación del acto administrativo mediante su revisión de oficio o su revocación sólo es limitadamente admisible.

A esta limitación se hace referencia generalmente cuando se habla de firmeza material, con lo que firmeza material y posibilidad de revisión del acto por el órgano administrativo son conceptos complementarios: el acto administrativo es firme materialmente en cuanto no puede ser revisado de oficio o revocado; la revisión de oficio o la revocación son posibles, por su parte, en tanto no se les oponga la firmeza material del acto administrativo. Para examinar si se dan los presupuestos necesarios para la revisión de oficio o de la revocación es preciso, en efecto, tener en cuenta también aquellas especialidades del acto administrativo que fundan o incluso exigen una mayor estabilidad del acto administrativo, como el tipo de procedimiento que se siguió para dictar el acto, la posición del órgano decisor o el contenido regulador específico de ese acto.[106]

E. *Vinculación al acto administrativo como presupuesto de hecho y vinculación a las declaraciones contenidas en el acto administrativo*

La firmeza del acto se refiere a la relación jurídico-administrativa creada por el acto administrativo y vincula, por tanto, a las partes en dicha relación o al sujeto jurídico regulado por el acto. Por contra, la *vinculación al acto*

[106] Cuando se entiende la firmeza material como equivalente al efecto vinculante del acto administrativo se equipara la misma a la fuerza de cosa juzgada material, cuando, por contra, se observa esta figura en relación con la revisión de oficio y la revocación su equivalente procesal sería la vinculación del órgano judicial a sus resoluciones. No obstante, estas comparaciones no aportan mucho porque tanto la eficacia vinculante del acto como sus posibilidades de revisión siguen sus propias reglas.

DR © 2012, Universidad Nacional Autónoma de México,
Instituto de Investigaciones Jurídicas

administrativo como presupuesto de hecho (*Tatbestandswirkung*) va más allá y expresa la idea de que el acto administrativo (eficaz) debe ser respetado por todos los órganos del Estado y que éstos deben tomarlo como un "presupuesto de hecho" ya fijado a la hora de adoptar sus decisiones.[107]

De la vinculación al acto administrativo como presupuesto de hecho debe diferenciarse la *vinculación a las declaraciones contenidas en el acto administrativo* (*Feststellungswirkung*), que implica la vinculación no sólo a la regulación contenida en el acto administrativo, sino también a las declaraciones de hecho y de derecho contenidas en la fundamentación del acto administrativo y que justificaron la adopción de la regulación en cuestión. Esta vinculación sólo se produce cuando excepcionalmente está prevista legalmente, como es el caso del § 16 de la ley Federal Sobre Exiliados (*BVFG*).

2. *Revisión de oficio y revocación en general*

A. *Base jurídica*

La revisión de oficio y la revocación se encuentran reguladas en los §§ 48 a 51 de la Ley Federal de Procedimiento Administrativo (*VwVfG*). El § 48 trata de la revisión de oficio, el § 49 de la revocación, el § 50 de la revisión de oficio o la revocación de un acto administrativo con efectos frente a terceros en caso de impugnación, el § 51 se refiere a la reapertura del procedimiento a solicitud de un ciudadano interesado.[Nt13] Estos preceptos sólo rigen en el ámbito de aplicación propio de la Ley Federal de Procedimiento Administrativo y en tanto que en dicho ámbito no existan preceptos especiales que los desplacen (véase *supra,* § 5 margs. 10 y ss.). Por otra parte, estas normas reflejan de forma bastante exacta los principios generales del derecho que sobre la revisión de oficio y la revocación se habían desarrollado antes de la aprobación de la Ley de Procedimiento Administrativo, que siguen siendo de aplicación complementaria. La regulación contenida en la Ley Federal de Procedimiento Administrativo será la base de la exposición

[107] Ejemplo: A ha sido nacionalizado mediante un acto administrativo (jurídicamente eficaz), de manera que todo tribunal y todo órgano administrativo debe partir de la nacionalidad alemana de A, incluso si tienen dudas sobre la legalidad de su nacionalización. Sólo cabría actuar de otra forma si la nacionalización fuese nula de pleno derecho, ya que un acto nulo de pleno derecho no puede tampoco generar la vinculación al mismo como presupuesto de hecho —*Tatbestandswirkung*—.

DR © 2012, Universidad Nacional Autónoma de México,
Instituto de Investigaciones Jurídicas

que sigue en cuanto es expresión de principios generales y se presta a servir como ejemplo.[108]

Nt13 La institución alemana aludida (*Wiederaufgreifen des Verfahrens*) viene a ser el equivalente a nuestro recurso de revisión que procede igualmente en caso de actos

[108] En el ámbito propio de la administración tributaria rigen para los actos administrativos en general los §§ 130 y ss. de la Ley General Tributaria (AO) y para las liquidaciones tributarias los §§ 172 y ss. de la AO. Siempre que las leyes tributarias locales de los Länder se remitan a la Ley General Tributaria (véase supra, § 5 margs. 22 y ss.), estos preceptos regirán también para la revisión y revocación las resoluciones tributarias locales, entre otras, por tanto, para las modificaciones de las resoluciones que fijan las contribuciones a los gastos de urbanización según el § 127 I del Código Urbanístico —BauGB— (véase la sentencia del Tribunal Superior de lo Contencioso-Administrativo de Baden-Württemberg publicada en VBlBW, 1988, 138). En el ámbito de la Administración Social resultan de aplicación los §§ 44 y ss. del tomo X del Código de la Seguridad Social (SGB X). Estos preceptos rigen también, según el § 20 de la Ley Federal sobre Ayudas a la Formación —BAföG— (con algunas modificaciones), para la revisión de ayudas concedidas de conformidad con la Ley Federal sobre Ayudas a la Formación (véase, al respecto, la sentencia del Tribunal Superior de lo Contencioso-Administrativo recogida en BverwGE, 78, 101). Las normas sobre revisión de oficio y revocación de la Ley General Tributaria y el tomo X del Código de la Seguridad Social son generalmente análogas a las previstas en la Ley Federal de Procedimiento Administrativo, pero contienen, no obstante, algunas especialidades dignas de atención.

Como normas especiales que desplazan la aplicación de la normativa general pueden citarse, por ejemplo; el § 15 de la Ley de Establecimientos de Restauración (GastG) respecto a la autorización requerida para los mismos (véase la sentencia del Tribunal Federal de lo Contencioso-Administrativo recogida en BVerwGE 81, 74, 78), el § 17 de la Ley sobre la Energía Nuclear (AtomG) respecto a las autorizaciones en el ámbito de la energía atómica, el § 47 de la Ley de Armas (WaffG) para los permisos de armas, el § 12 de la Ley Federal de la Función Pública (BBG) respecto al nombramiento de funcionarios (BVerwGE 81, 282, 284). Las regulaciones sobre la revisión de oficio y la revocación que contenían las leyes urbanísticas de los Länder han sido derogadas sin excepción, por lo que hoy rigen la revisión de oficio y la revocación de las licencias urbanísticas los §§ 48 y ss. de la Ley de Procedimiento Administrativo.

Cuando la Ley de Procedimiento Administrativo no es aplicable ni existen preceptos especiales, resultan de aplicación los —ya anteriormente reconocidos— principios generales del derecho administrativo sobre la revisión de oficio y la revocación. Véase, al respecto, sobre la revisión de oficio de actos favorables en el ámbito de las ayudas para compensación de cargas en favor de los damnificados por la Segunda Guerra Mundial, las sentencias del Tribunal Federal de lo Contencioso-Administrativo recogidas en BVerwGE 71, 261 y NVwZ 1989, p. 143 (véase, al respecto, infra, marg. 23).

Por último debe señalarse que los preceptos sobre revisión de oficio se aplican también generalmente a aquellos actos que otorgan subvenciones de conformidad con el derecho de la unión europea, siempre y cuando no existan disposiciones especiales, véase, al respecto, sobre el tema y sobre las limitaciones a la protección de la confianza desde un punto de vista comunitario, infra, margs. 38a y ss.

DR © 2012, Universidad Nacional Autónoma de México,
Instituto de Investigaciones Jurídicas

firmes y por una serie de causas tasadas en la ley, aunque en el caso alemán la institución se aplica a un mayor número de supuestos.

El § 44a de la Ley Federal Presupuestaria (*BHO*) que se citaba en este lugar en anteriores ediciones de esta obra y establecía una regulación especial para las resoluciones de concesión de ayudas en el ámbito de la administración de subvenciones, ha sido entretanto derogado y sustituido por el § 49 III de la Ley de Procedimiento Administrativo en la redacción dada el 2 de mayo de 1996. Véase, al respecto, *infra*, marg. 44.

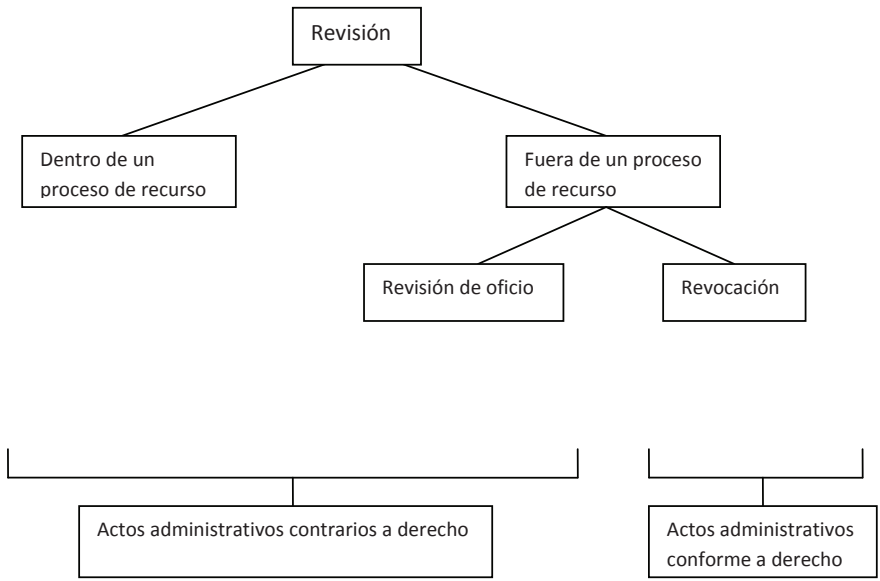
B. *Aclaraciones conceptuales*

La *revisión o anulación* (*Aufhebung*) es el término genérico que se refiere a cualquier terminación de la eficacia de un acto administrativo por un pronunciamiento especial de un órgano administrativo o judicial. La *revisión de oficio* (*Rücknahme*) y la *revocación* (*Widerruf*) son especies dentro del género de la revisión que se producen fuera de un procedimiento de impugnación por obra del mismo órgano que dictó el acto. La revisión de oficio se refiere a actos que (originalmente) eran *antijurídicos*, la revocación a actos que (originariamente) eran *conformes a derecho* (véase, al respecto, *supra,* § 10 margs. 2 y 3).

La Ley de Procedimiento Administrativo (véase los §§ 43 II, 48 y 49) siguen con ello la terminología que se había ido imponiendo cada vez con mayor fuerza en la bibliografía, jurisprudencia y legislación. Antes la terminología no era muy diferente lo que se demuestra, sobre todo, con la lectura de las fuentes antiguas. Por otra parte, hubiese sido razonable que la Ley de Procedimiento Administrativo distinguiese entre la revisión fuera y dentro de los procedimientos de recurso, véase, al respecto, Wolff/Bachof/Stober, VerwR I § 51 marg. 17, que utilizan como término genérico "eliminación" (*Beseitigung*), reservando el término revisión (*Aufhebung*) para la eliminación de los actos administrativos en el seno de los procedimientos de recurso por un órgano administrativo o judicial. En lo que sigue se utilizará para evitar equívocos la terminología dominante, sancionada hoy también por la ley.

No obstante, debe tenerse en cuenta que este esquema refleja sólo el supuesto más habitual que supone que en el procedimiento de revocación se eliminen actos conforme a derecho, pero inoportunos, pero si concurren las causas de revocación pueden también revocarse actos administrativos antijurídicos (véase *infra*, marg. 19).

DR © 2012, Universidad Nacional Autónoma de México,
Instituto de Investigaciones Jurídicas



La revisión de oficio orientada a los actos administrativos antijurídicos sirve a la corrección de irregularidades jurídicas y, por ello, se debe situar sistemáticamente en relación con las consecuencias jurídicas de la antijuridicidad de los actos administrativos (véase *supra,* § 10, marg. 25). La revocación, sin embargo, se aplica cuando un acto administrativo que originalmente era conforme a derecho va a ser eliminado por un cambio sobrevenido de las circunstancias de hecho o de derecho o simplemente por falta de interés en su continuidad.[109]

[109] En la doctrina se mantuvo la opinión de que las reglas sobre la revisión de oficio del § 48 de la Ley de Procedimiento Administrativo (VwVfG) se podían emplear con actos que originariamente eran conformes a derecho pero que por un cambio de las circunstancias se convirtieron en ilegales (en tal sentido, Schenke, DVBl. 1989, pp. 433 y ss.; idem, BayVBl, 1990, pp. 107 y ss.; en contra de esta posición, Kopp, BayVBl, 1989, pp. 652 y ss.; Lehner, DV, vol. 26, 1993, pp. 183 y ss.), el motivo que justificaba esta posición era que la revocación anteriormente sólo podía tener eficacia ex nunc (§ 49 II VwVfG), lo que traía como consecuencia que las subvenciones que habían sido otorgadas mediante un acto administrativo conforme a derecho y abonadas, pero que no habían sido empleadas de conformidad a su finalidad por el beneficiario, no podía ya ser reintegradas. No obstante, entretanto, el legislador ha regulado y resuelto este problema, mediante el § 49 III de la Ley de Procedimiento Administrativo en la redacción del 2 de mayo de 1996, con lo que ya no existen tampoco desde un punto de vista práctico, razones para sosterner una posición distinta a la que se deriva de los principios dogmáticos expuestos. No obstante, hay que diferenciar de éste caso

DR © 2012, Universidad Nacional Autónoma de México,
Instituto de Investigaciones Jurídicas

C. *Revisión parcial*

La revisión de oficio y la revocación pueden referirse al acto administrativo en su conjunto o limitarse a una parte del mismo, pudiendo hacerse, al respecto, una diferenciación material y otra temporal.[110]

a) *La limitación material* de la revisión se refiere al objeto de la regulación y requiere que éste sea divisible. En la práctica supone una *modificación* del acto administrativo.[111]

b) La *limitación temporal* de la revisión se refiere a la duración de la eficacia del acto y sólo se puede dar en acto con efectos prolongados en el tiempo (por ejemplo, una resolución sobre una renta que supone prestación monetaria mensual, autorizaciones operativas). En estos casos, el acto administrativo puede ser revisado de oficio o revocado desde el principio (*ex tunc*, hacia el pasado), desde el momento en que se produce la revisión (*ex nunc*, hacia el futuro) o desde otro momento anterior o posterior.[112]

el del acto administrativo cuya ilegalidad se produce tras su emisión pero que se extiende retroactivamente al momento en el que se dictó; en este caso estamos ante un acto administrativo antijurídico desde el inicio al que se aplican las normas propias de la revisión de oficio. Así, con razón, la resolución del Tribunal Federal de lo Contencioso-Administrativo publicada en BVerwGE 84, 111.

110 También la revisión en el marco de un proceso de recurso puede limitarse a una parte del acto administrativo afectado, aunque mientras en este caso el alcance de la revisión está determinado por el alcance de la ilegalidad (el acto administrativo debe ser revisado en tanto en cuanto es antijurídico y perjudica al particular en sus derechos, véase el § 113 I, primera frase, VwGO), en el caso de la revisión de oficio o la revocación queda en gran parte a la decisión discrecional del órgano administrativo la determinación del alcance que tendrá la revisión.

111 Ejemplos: Una prestación fijada inicialmente en mil marcos se ve revisada de oficio o revocada por un importe de trescientos marcos. Una orden de derribo que se dirigía inicialmente contra todo un edificio, se limita a una parte de la edificación.

112 Si una prestación se revisa de oficio *ex tunc* entonces el soporte jurídico de las prestaciones ya abonadas se extingue y, en consecuencia, las prestaciones deben ser reintegradas; sin embargo, cuando la prestación se revisa de oficio con efectos ex nunc se mantiene el soporte jurídico de las prestaciones ya abonadas, que, sin embargo, ya no existirá en el futuro, con lo que el otorgamiento de las prestaciones debe suspenderse.

DR © 2012, Universidad Nacional Autónoma de México,
Instituto de Investigaciones Jurídicas

D. *Clasificación de la revisión de oficio y la revocación según los efectos jurídicos para el afectado*

La revisión de oficio y la revocación pueden afectar tanto a actos administrativos *favorables* como a actos administrativos *desfavorables*, siendo muy distinta, por supuesto, la situación de intereses desde el punto de vista del ciudadano en uno y otro caso ya que mientras la revisión del acto administrativo desfavorable le favorece y posiblemente la haya promovido, en el caso de la revisión del acto favorable alegará que ha confiado en la continuidad del acto administrativo y que ha orientado su conducta en el sentido de dicha resolución. Esta situación de intereses merece una consideración muy distinta dependiendo de que el acto administrativo en cuestión sea antijurídico o conforme a derecho.

En consecuencia debe diferenciarse —bajo el punto de vista, por un lado del principio de legalidad de la administración y, por otro, de los principios de seguridad jurídica y protección de la confianza— entre:

— Revisión de oficio de actos favorables.
— Revisión de oficio de actos desfavorables.
— Revocación de actos favorables.
— Revocación de actos desfavorables.

Esta clasificación, que es común, parte del *supuesto normal* que viene representado por la revisión de oficio o la revocación de todo un acto favorable (y, por tanto, en perjuicio del ciudadano) o de todo un acto desfavorable (y, por tanto, en beneficio del ciudadano), pero la modificación (revisión de oficio o revocación parcial) del acto administrativo puede producir también el efecto contrario.[113]

Desde el punto de vista del interés del ciudadano lo decisivo no es si el *acto* modificado es favorable o desfavorable, sino si la *modificación* le afecta favorable o desfavorablemente. No obstante, dado que la distinción entre actos favorables y desfavorables se ha generalizado, y es adecuada cuando se trata de la revisión de la totalidad del acto, se va a utilizar en lo sucesivo. No obstante, debe destacarse que la modificación perjudicial para el ciuda-

[113] Ejemplo: La resolución que fija una tasa puede ser modificada para aumentar la cuantía ya fijada, porque la cuantía incial no era conforme con la regulación de la tasa en cuestión (modificación de una acto desfavorable en perjuicio del ciudadano, véase la resolución del Tribunal Federal de lo Contencioso-Administrativo publicada en BVerwGE 30, 132).

DR © 2012, Universidad Nacional Autónoma de México,
Instituto de Investigaciones Jurídicas

dano de un acto desfavorable tiene el mismo efecto que la revisión de un acto administrativo favorable y debe tratarse, por tanto, como la revisión de oficio o la revocación de un acto administrativo favorable, y analogamente, en el caso de la modificación beneficiosa de un acto favorable, que afecta al ciudadano ampliando sus derechos, procede aplicar las reglas sobre la revisión de oficio y la revocación de actos administrativos desfavorables.[114]

E. *El objeto de la revisión de oficio y de la revocación*

a) La revisión de oficio y la revocación sólo se aplican en caso de actos *jurídicamente eficaces*, lo que se deriva del propio carácter de la revisión que se dirige a la desaparición de la eficacia del acto y, por tanto, presupone ésta. Si el acto es nulo de pleno derecho (lo que equivale a ineficaz) entonces basta la declaración de la nulidad por parte del órgano administrativo o judicial que se regulan respectivamente en el § 44 de la Ley de Procedimiento Administrativo (*VwVfG*) o en el § 43 I de la Ley de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa (*VwGO*). Una solución análoga se debe aplicar en el caso de los actos que ya se han cumplido.[115]

b) Es irrelevante si el acto administrativo es (todavía) *impugnable o no*. El instrumentario jurídico de la revisión de oficio y la revocación adquiere significado principalmente respecto a actos no impugnables o ya no im-

[114] En el caso arriba citado de la resolución que fija una tasa se deben aplicar las reglas y principios propios de la revisión de oficio de un acto administrativo favorable (véase infra, los margs. 21 y ss.); también en resumen las resoluciones del Tribunal Federal de lo Contencioso-Administrativo publicadas en BVerwGE 30, 132 y 62, 129; otra posición sostiene el Tribunal Superior de lo Contencioso-Administrativo de Hessen (HessVGH), publicada en NJW 1981, 596 respecto a la contribución a las obras de una calle; véase, también, Stelkens, JuS, 1984, pp. 930 y ss.

[115] Por ello, el órgano administrativo no puede dejar abierta la cuestión sobre si un acto administrativo es nulo de pleno derecho o no y revisarlo de oficio basándose en la idea de que el acto "sería en todo caso antijurídico"; en el mismo sentido Knoke, pp. 83 y ss., con más referencias; en contra, Kopp, VwVfG § 48 marg. 17; Ule/Laubinger, § 61 II, y la resolución del Tribunal Social Federal publicada en DVBl, 1990, 210. El argumento que puede parecer evidente de la economía procesal no viene, sin embargo, al caso porque la declaración de nulidad y la revisión de oficio se diferencian tanto por los presupuestos (la declaración de nulidad es un acto reglado y la revisión de oficio es una decisión discrecional en la que hay que tener en cuenta las exigencias del principio de protección de la confianza), como por las consecuencias jurídicas (necesidad de una compensación económica por la revisión de oficio en los casos del § 48 III VwVfG). Por estas mismas razones no cabe tampoco buscar un paralelismo con la impugnación de los actos administrativos nulos para obtener la revisión de los mismos en vía contenciosa (véase, sobre el tema, supra, § 10 marg. 37).

DR © 2012, Universidad Nacional Autónoma de México,
Instituto de Investigaciones Jurídicas

pugnables, pero puede aplicarse a actos administrativos que todavía son impugnables.[116]

c) La *revisión de oficio* requiere, además, que el acto administrativo sea *antijurídico*.[117]

d) Por contra, la *revocación* está orientada a los actos administrativos *conformes a derecho*, pero no presupone necesariamente que el acto tenga que ser válido. Si concurre una causa de revocación el acto administrativo podrá ser revocada aunque sea antijurídico. Como resulta razonable en estos casos la antijuridicidad no conduce a una restricción, sino a una ampliación de las posibilidades de revisión del acto, ya que supone también la concurrencia de otra causa de revisión, si se dan los presupuestos para la aplicación del § 48 de la Ley de Procedimiento Administrativo (*VwVfG*), que lejos de excluir la posible aplicación de la causa de revocación según el § 49 *VwVfG*, la complementa.[118]

[116] La no-impugnabilidad del acto puede, en ocasiones, tener un papel en la ponderación de intereses que se ha de producir en la revisión de oficio o la revocación, ya que con la misma el acto administrativo adquiere firmeza y con ello se refuerzan los argumentos en favor de la seguridad jurídica y la protección de la confianza.

[117] La antijurídicidad falta cuando, entretanto, el acto administrativo ha sido convalidado (§ 45 VwVfG) o ha sido objeto de conversión (§ 47 VwVfG). Si el acto administrativo sufre una irregularidad formal en el sentido del § 46 VwVfG, puede ser objeto de revisión de oficio por parte del órgano administrativo, pero el ciudadano afectado no tiene derecho a solicitar dicha revisión de oficio, como se deriva del propio § 46 VwVfG ("no puede ser reclamada"); esta cuestión es discutida alegando los partidarios de la posición contraria que el órgano administrativo tampoco tendría competencia para la revisión. Por otra parte, el acto administrativo que contraviene una instrucción administrativa es antijurídico y, por tanto, revisable de oficio bajo las condiciones del § 48 VwVfG, siempre y cuando la instrucción administrativa haya adquirido eficacia externa a través de la praxis y del principio de igualdad (o por otra vía), lo que ocurre regularmente en el caso de las directrices sobre subvenciones, véase la sentencia del Tribunal Federal de lo Contencioso-Administrativo publicada en DVBl, 2004, p. 126; la resolución del Tribunal Superior de lo Contencioso-administrativo con sede en Münster publicada en DÖV, 1981, 109 y ss.; o la resolución del Tribunal Superior de lo Contencioso-administrativo de Bremen publicada en DÖV, 1988, p. 180; en la doctrina, Erichsen, Jura 1981, pp. 536 y 537; sobre la eficacia externa de las instrucciones administrativas en general (véase infra, § 24, margs. 20 y ss.). También es antijurídico un acto administrativo contrario a un precepto vigente del derecho comunitario, por ejemplo, el artículo 92 del Tratado de la Comunidad Europea. Cuando un acto administrativo, por ejemplo, una subvención, aunque se haya dictado de conformidad con una norma interna alemana, contraviene un precepto del derecho comunitario es antijurídico ya que la norma alemana queda desplazada por la comunitaria, véase, al respecto, infra, marg. 38a.

[118] Ejemplo: Un permiso para el uso especial de una carretera otorgado según el § 8 de la Ley de Carreteras (FStG) se dictó bajo una reserva de revocación en cualquier momento. Si se dan los presupuestos a los que se sometió la reserva de revocación, el acto podrá

DR © 2012, Universidad Nacional Autónoma de México,
Instituto de Investigaciones Jurídicas

F. *Naturaleza jurídica de la revisión de oficio y de la revocación*

La revisión de oficio y la revocación no sólo afectan a los actos administrativos sino que son *en sí mismas actos administrativos*, con lo que quedan sometidas a las reglas propias de los actos administrativos y deben cumplir las exigencias sobre procedimiento, forma y contenido propias de los actos administrativos.

También la revisión de oficio antijurídica es eficaz y lleva a la revisión del acto administrativo afectado y sólo en caso de nulidad de pleno derecho no trae consigo dicho efecto, de forma que el acto revisado de oficio permanece, en este caso, eficaz. No obstante, la revisión de oficio antijurídica puede ser impugnada y revisada con la consecuencia de que el acto administrativo original "revivirá", o, más precisamente, se considerará como si no hubiese sido revisado desde un principio. Lo mismo rige para la revocación.[119]

3. *La revisión de oficio de actos administrativos favorables*

A. *Desarrollo y problemática*

a) *Antes* regía el principio de que los actos administrativos favorables pero antijurídicos podían —dado el principio de legalidad de la adminis-

ser revocado aunque sea también antijurídico (véase, aunque referidas a otros supuestos de hecho, las sentencias del Tribunal Federal de lo Contencioso-Administrativo publicadas en NVwZ 1987, 498 y BVerwGE 112, 80, 86, y la del Tribunal Superior de lo Contencioso-Administrativo de Hessen publicada en ESVGH 53, 115, 117), con lo que pueden obviarse cuestiones, que en el caso concreto tal vez resulten de difícil solución, como la de si el permiso era antijurídico o si concurren el resto de los presupuestos de la revisión de oficio.

[119] Es admisible la revisión de oficio de una revisión de oficio o de una revocación, pero la revocación de una revocación es mayoritariamente rechazada. Dicho rechazo es plausible ya que cuando un órgano administrativo quiere volver a tener el acto administrativo puede dictarlo de nuevo y si ello no fuera (ya) jurídicamente viable, ello demuestra que la revocación de la revocación sería también cuestionable. Desde un punto de vista lógico jurídico tanto la revisión de oficio como la revocación se podrían encadenar entre sí o una con la otra indefinidamente y a voluntad, pero ya sólo por razones de claridad jurídica esto no sería admisible jurídicamente más allá de los casos ya mencionados (véase, también al respecto, Jellinek, VerwR, pp. 281 y 282); otra opinión contraria (fundamentalmente sobre la legalidad de la revocación de una revocación) Ibler, NVwZ 1993, 451 y ss., con ejemplos. Véase, para la revisión de oficio de una resolución de revisión de oficio, la sentencia del Tribunal Superior de lo Contencioso-Administrativo de Baden-Würtemberg publicada en NVwZ, 1992, 184.

DR © 2012, Universidad Nacional Autónoma de México,
Instituto de Investigaciones Jurídicas

tración— ser revisados de oficio, por regla general, en cualquier momento, la mera antijuridicidad era causa de revisión de oficio (*Rücknahmegrund*) o, según la terminología de la época *Widerrufsgrund*,[Nt14] pero a mediados de los años cincuenta la jurisprudencia propició un *cambio fundamental* que supuso el distanciamiento de la interpretación anterior y una limitación considerable de la revisión de oficio de los actos administrativos favorables por la invocación del principio de protección de la confianza.[120]

[Nt14] Hoy el término *Widerruf* se emplea para la revocación.

b) La *cuestión de la revisión de oficio* de los actos administrativos favorables está presidida por dos *principios que se oponen entre sí*. De un lado, se debe considerar, al igual que sucedía en la interpretación anterior, el principio de *legalidad de la administración* que exige la vuelta a una situación conforme a derecho y, por tanto, la revisión del acto administrativo antijurídico, pero frente a este principio —y esta consideración es la razón para el cambio de la jurisprudencia— se sitúa el principio de *protección de la confianza* que reclama la toma en consideración de la confianza del beneficiado en la continuidad del acto dictado por el órgano administrativo y, por tanto, el mantenimiento del acto administrativo antijurídico. La fundamentación del principio de protección de la confianza es todavía una cuestión discutida, el Tribunal Federal de lo Contencioso-Administrativo encuentra dicha fundamentación, en parte, en el principio de seguridad jurídica, que se fundamenta a su vez en el de estado de derecho, y, en parte, en el principio de buena fe objetiva. En la doctrina se hace referencia también al principio del Estado social y, con creciente frecuencia a los derechos fundamentales (artículos 2 I y 14 I de la ley fundamental; también en algún caso al artículo 3 I, véase *Achterberg*, VerwR § 23, marg. 59). La fundamentación principal debe ser la seguridad jurídica que justifica la eficacia y la firmeza de los actos administrativos proporcionando a esta forma de actuación su singu-

[120] El punto de inflexión lo constituye la sentencia del Tribunal Superior de lo Contencioso-Administrativo de Berlin del 14 de noviembre de 1956, recogida en DVBl, 1957, p. 503 con un comentario de Haueisen. El Tribunal Federal de lo Contencioso-Administrativo (BVerwG) siguió esta jurisprudencia, primero en la sentencia del 25 de octubre de 1957, publicada en BVerwG 5, 312; véase, también, las sentencias publicadas en BVerwGE 8, 261 y 9, 251 (que confirmó la sentencia, supra citada, del Tribunal Superior de lo Contencioso-Administrativo de Berlin); desde entonces es la jurisprudencia dominante, véase los resúmenes en las resoluciones publicadas en BVerwGE 19, 188; 24, 294; 38, 290, 294; 41, 277; 48, 87, 91 y ss. Véase, también las crónicas jurisprudenciales de Becker en DÖV 1963, 459 y ss.; 1967, pp. 729 y ss.; 1973, pp. 379 y ss.

DR © 2012, Universidad Nacional Autónoma de México,
Instituto de Investigaciones Jurídicas

laridad. En todo caso la revisión de oficio no debe contemplarse desde la perspectiva exclusiva del principio de legalidad, siendo obligado tomar en consideración también el principio de protección de la confianza, y, dado que ambos principios se contraponen en el caso de la revisión de oficio de actos administrativos antijurídicos favorables, se debe determinar mediante una ponderación de intereses qué en principio debe prevalecer en el caso concreto y —según prevalezca el principio de legalidad o el de protección de la confianza— deberá afirmarse o negarse la posibilidad de una revisión de oficio (total o parcial).[121]

c) A partir de estas bases el Tribunal Federal de lo Contencioso-Administrativo (*BVerwG*) ha desarrollado una elaborada *jurisprudencia sobre la revisión de oficio* y aún cuando desde la propia perspectiva del tribunal se debe partir de cada caso concreto, se han configurado unos perfiles suficientemente asentados que permiten hablar de una jurisprudencia consolidada del Tribunal Federal de lo Contencioso-Administrativo en materia de revisión de oficio (véase las referencias citadas *supra,* marg. 21). A pesar de que esta doctrina jurisprudencial ha perdido gran parte de su actualidad inmediata dada la regulación legal de la revisión de oficio en el § 48 de la Ley de Procedimiento Administrativo (*VwVfG*), debemos exponerla brevemente a continuación no sólo porque constituye la base de la actual regulación legal (véase *infra*, marg. 27), sino también porque sigue siendo determinante cuando la Ley de Procedimiento Administrativo (*VwVfG*) no resulta de aplicación y no hay una regulación especial en la materia (véase, por ejemplo, *BVerwGE* 71, 261, 262, sobre el derecho a reparaciones como consecuencia de la Segunda Guerra Mundial).[122]

[121] Véase, sobre el principio de protección de la confianza: Haueisen, Zum Problem des Vertrauensschutzes im Verwaltungsrecht, DVBl, 1964, pp. 710 y ss.; Ossenbühl, Vertrauensschutz im Sozialen Rechtsstaat, DÖV, 1972, pp. 25 y ss.; Grabitz, Vertrauensschutz als Freiheitsschutz, DVBl, 1973, pp. 675 y ss.; W. Schmidt, "Vertrauensschutz" im öffentlichen Recht, JuS, 1973, pp. 529 y ss.; Kisker/Püttner, Vertrauensschutz im Verwaltungsrecht, Referate und Diskussion, VVDStRL 32, 1974, pp. 149 y ss.; K. Lange, Probleme des Vertrauensschutzes im Verwaltungsrecht, WiVerw, 1979, pp. 15 y ss.; Weber-Dürler, Vertrauensschutz im öffentlichen Recht, 1983; Maurer, Kontinuitätsgewähr und Vertrauensschutz, HstR III, pp. 211 y ss.; Roellecke, Vertrauensschutz als Rechtskritik, Festschrift für P. Schneider, 1990, pp. 490 y ss.: Bullinger, Vertrauensschutz im deutschen Verwaltungsrecht in historisch-kritischer Sicht, JZ, 1999, pp. 905 y ss.; Blanke, Vertrauensschutz im deutschen und europäischen Verwaltungsrecht, 2000; A. Leisner, Kontinuitätsgewähr als Verfassungsprinzip, 2002; K. A. Schwarz, Vertrauensschutz als Verfassungsprinzip, 2002; Pezzer (ed.), Vertrauensschutz im Steuerrecht, DstJG, 2004, t. 27.

[122] Un acto administrativo favorable antijurídico sólo puede ser revisado de oficio cuando el principio de protección de la confianza no se opone a dicha revisión. La protección de la

DR © 2012, Universidad Nacional Autónoma de México,
Instituto de Investigaciones Jurídicas

Los principios sobre la revisión de oficio del Tribunal Federal de lo Contencioso-Administrativo se refieren, sobre todo, a actos administrativos que tienen por objeto una prestación pecuniaria (fijación de retribuciones, indemnizaciones por daños derivados de la Segunda Guerra Mundial, becas, subvenciones), pero, según el propio Tribunal Federal de lo Contencioso-Administrativo, rigen también para los otros tipos de actos administrativos, si bien éstos aparecen con menor frecuencia en la jurisprudencia debido a que se someten, por regla general, a normativas especiales.[123]

confianza se afirma cuando: 1) el beneficiado ha confiado en la permanencia del acto administrativo; 2) su confianza es protegible, y 3) su interés a la protección de la confianza prevalece frente al interés público a la vuelta a la legalidad. La confianza no resulta protegible: a) cuando el beneficiado ha obtenido el acto administrativo de modo obrepticio o empleando cualquier medio desleal; b) cuando el beneficiario conocía o debía conocer la ilegalidad del acto administrativo, y c) cuando la antijuridicidad del acto trae causa de una actuación que recae en su ámbito de responsabilidad (porque, por ejemplo, él aportó informaciones falsas, sin que sea relevante si es o no responsable de la falsedad de dichas informaciones). También es generalmente exigible para el reconocimiento de la protección de la confianza, que el beneficiario haya manifestado su confianza al adoptar medidas o disposiciones que la presuponen (en tal sentido la sentencia del Tribunal Federal de lo Contencioso-Administrativo recogida en BVerwGE 24, 294, 296; sin embargo, el Tribunal duda todavía de este requisito en la resolución publicada en BVerwGE 48, 87, 93). La ponderación conduce generalmente en el caso de los actos con efectos prolongados (Dauerwirkung) a que el acto pueda ser revisado pero sólo con efectos ex nunc —no *ex tunc*—. No obstante, excepcionalmente puede que la revisión con efectos ex nunc tampoco sea admisible, fundamentalmente cuando el beneficiado ha determinado sus condiciones de vida basándose en la confianza en la continuidad del acto de forma decisiva, duradera y sin posibilidades de corrección (así la sentencia del Tribunal de lo Contencioso-Administrativo de Berlín citada supra y la sentencia del Tribunal Federal de lo Contencioso-Administrativo publicada en BVerwGE 9, 251, 254 y ss. sobre el traslado desde la República Democrática Alemana al Berlín occidental; véase también, la sentencia del Tribunal Federal de lo Contencioso-Administrativo en BVerwGE 36, 252, 255 sobre la continuidad de una ayuda a la formación). Una diferenciación similar se aplica a los actos administrativos que sólo tienen por objeto una prestación pero que hasta el momento sólo se han ejecutado en parte (revisión de oficio parcial, véase la sentencia del Tribunal Federal de lo Contencioso-Administrativo recogida en BVerwGE 10, 308). En la jurisprudencia más reciente se aplica también el criterio de si la revisión de oficio es "razonable" para el beneficiado (véase la sentencia del Tribunal Federal de lo Contencioso-Administrativo publicada en BVerwGE 40, 147, 149). Por último, para un resumen la sentencia del Tribunal Federal de lo Contencioso-Administrativo publicada en NVwZ 1989, 143.

[123] Así, por ejemplo, la exención del servicio militar (sentencia del Tribunal Federal de lo Contencioso-Administrativo recogida en BVerwGE 29, 153), la autorización de una fundación sometida al derecho privado (sentencia del Tribunal Federal de lo Contencioso-Administrativo publicada en BVerwGE 29, 314), la determinación de la nacionalidad (sentencia del Tribunal Federal de lo Contencioso-Administrativo en BVerwGE 41, 277), la licencia para el tráfico inmobiliario según el § 19 del Código urbanístico —BauGB— (sentencias del Tribunal Federal de lo Contencioso-Administrativo recogidas en BVerwGE 48, 87 y 54,

DR © 2012, Universidad Nacional Autónoma de México,
Instituto de Investigaciones Jurídicas

d) La jurisprudencia del Tribunal Federal de lo Contencioso-Administrativo ha tenido una acogida generalmente favorable en la doctrina, aunque también ha habido quien la ha rechazado enérgicamente. En esta última posición destaca la opinión de Forsthoff (VerwR pp. 262 y 263) que exigía una consideración incondicional del principio de legalidad y no admitía "una protección de la confianza contra legem", frente a esta posición puede argumentarse que la protección de la confianza no se garantiza contra legem, sino que se trata de una figura reconocida y exigida por la Constitución. De hecho, la jurisprudencia el Tribunal Federal de lo Contencioso-Administrativo en esta materia es un ejemplo prototípico del desarrollo y despliegue de conformidad con la Constitución de los principios generales del derecho administrativo.

En repetidas ocasiones se ha censurado a la jurisprudencia del Tribunal Federal de lo Contencioso-Administrativo que conducía a la rígida alternativa del todo o nada, ya que al beneficiario o se le concede todo si se niega la posibilidad de la revisión de oficio, o no se concede nada si se procede a la revisión de oficio, por lo que se exige que el legislador adopte una regulación más flexible. Esta crítica no tomaba suficientemente en consideración que la posibilidad de una revisión de oficio limitada temporal y materialmente permite —precisamente en el ámbito de los actos administrativos de contenido pecuniario que eran el objeto de esta jurisprudencia— la adopción de soluciones matizadas, aunque en algunos supuestos, de facto, soló había "una solución del todo o nada".

El legislador se ha adherido en buena medida a la jurisprudencia del Tribunal Federal de lo Contencioso-Administrativo, pero también ha asumido las exigencias de política legislativa de la doctrina. Así, la regulación de la revisión de oficio recogida en el § 48 de la Ley de Procedimiento Administrativo (*VwVfG*) asume los presupuestos de la protección de la confianza que afirmaba la jurisprudencia anterior, que se puede aplicar, por tanto, en caso de dudas en la interpretación, pero contiene en caso de afirmación de la protección de la confianza soluciones más matizadas, ya que no sólo se puede plantear —como sucedía hasta ese momento— la continuidad del acto administrativo que fundó la situación de confianza, sino también su revisión mediante indemnización.

257), la licencia urbanística (sentencia del Tribunal Federal de lo Contencioso-Administrativo publicada en BVerwGE 49, 244, 249 y 250).

DR © 2012, Universidad Nacional Autónoma de México,
Instituto de Investigaciones Jurídicas

B. *La regulación sobre la revisión del oficio del § 48 de la Ley de Procedimiento Administrativo*

a) *Planteamiento general*. Según la regla general del § 48 I de la Ley de Procedimiento Administrativo (*VwVfG*), que rige tanto para los actos favorables como para los de gravamen, se pueden revisar de oficio los actos antijurídicos en cualquier momento, en su totalidad o sólo en parte y con efecto sólo para el futuro o también para el pasado; con lo que se deja a la *discreción* del órgano actuante la decisión sobre si quiere proceder o no a la revisión, sobre el alcance de la misma y sobre su eficacia temporal.

Esta facultad, conocida como libre revisibilidad ("libre", en todo caso, sólo en el marco de los condicionantes de la discrecionalidad) queda, no obstante, *limitada* considerablemente en lo que se refiera a los actos administrativos favorables por los apartados segundo y tercero del § 48 de la Ley de Procedimiento Administrativo (*VwVfG*). Debiendo distinguirse al respecto entre dos grupos de actos administrativos:

— Actos administrativos que reconocen una prestación pecuniaria única o periódica o una prestación en especie y divisible o que constituyen presupuesto para una prestación de este tipo (en lo sucesivo, resoluciones prestacionales).
— Los demás actos administrativos (en lo sucesivo, las otras clases de actos administrativos).[124]

Las resoluciones prestacionales reguladas en el apartado segundo *no* pueden ser revisadas en caso de reconocimiento de una confianza protegible, por contra, en el caso de las otras clases de actos administrativos regu-

[124] Véase, para esta distinción las referencias a la jurisprudencia del Tribunal Federal de lo Contencioso-Administrativo (BVerwG) hechas en el marg. 24. Resoluciones prestacionales son, por ejemplo, el otorgamiento de becas y subvenciones, la fijación de la antigüedad en el servicio que sirve de presupuesto a una prestación pecuniaria, o la certificación que sirve de presupuesto a una exención de impuestos o tasas (véase la sentencia del Tribunal Federal de lo Contencioso-Administrativo publicada en BVerwGE 104, 289, 301). Son actos administrativos de otras clases, por ejemplo, las autorizaciones, las verificaciones, el otorgamiento de la nacionalidad. Véase, también en este contexto la sentencia del Tribunal Administrativo Federal en BVerwGE 85, 79 que aplica a la retirada de la documentación de refugiado, que implica la revisión de oficio del reconocimiento del estatus de refugiado, en parte las reglas del apartado segundo y, en parte, las del apartado tercero del § 48 VwVfG, lo que se explica por una interpretación demasiado restrictiva del apartado tercero (véase, p. 84 de la resolución citada).

DR © 2012, Universidad Nacional Autónoma de México,
Instituto de Investigaciones Jurídicas

ladas en el apartado tercero se puede proceder a la revisión de oficio incluso en caso de reconocimiento de una confianza protegible, pero el interesado debe recibir una indemnización por los perjuicios patrimoniales que se deriven de la revisión.[125]

b) Constituye *presupuesto de la protección de la confianza* que el beneficiado haya confiado en la existencia del acto administrativo y que esa confianza resulte, al ponderarla con el interés público a la revisión de oficio, digna de protección. Esta fórmula todavía muy general de la primera frase del § 48 II de la Ley de Procedimiento Administrativo (*VwVfG*) se concreta y precisa mediante ejemplos positivos y negativos en las siguientes frases del precepto.[126]

Para determinar si existe una confianza protegible es necesario examinar las siguientes cuestiones por el orden en el que se citan y si una de ellas se responde negativamente o si se afirma una de las circunstancias que excluyen la protección, entonces no habrá lugar a la afirmación de la situación de confianza, sin que sea necesario seguir examinando el resto de los puntos (aunque en un dictamen pueda ser conveniente entrar en el análisis del resto de las cuestiones).

aa) ¿Ha confiado de hecho el beneficiario en el acto administrativo? Esta cuestión se negará, por ejemplo, si el mismo no había tenido aún conocimiento del acto.

bb) ¿Concurre una de las circunstancias enumeradas en la frase tercera del precepto que excluyen la protección? Lo que ocurrirá cuando el beneficiado:

[125] Con frecuencia se dice que en el caso de las resoluciones prestacionales se ofrece una protección de la existencia (*Bestandsschutz*), mientras que el del resto de resoluciones se da una mera protección patrimonial (*Vermögensschutz*), esto sólo es cierto desde un punto de vista formal pero no desde uno material. Así, el legislador sigue la tendencia a satisfacer, en principio, sólo los daños derivados de la confianza, lo que se consigue en el caso de las resoluciones prestacionales a través de la compensación por la vía de la revisión de oficio parcial, con lo que no hay una protección de la existencia completa, sino una protección de la continuidad del acto en la medida amparada por la confianza protegible para impedir la causación de un daño por confianza (véase, con detalle al respecto, Maurer, Festschrift für den Boorberg-Verlag, pp. 236 y ss.; también en un sentido similar la sentencia del Tribunal Federal de lo Contencioso-Administrativo publicada en BVerwGE 104, 289, 300 y 301).

[126] El § 48 II de la Ley de Procedimiento Administrativo (VwVfG) regula sólo las resoluciones prestacionales, pero para las demás clases de actos administrativos del § 48 III VwVfG se aplica también análogamente en este aspecto, ya que sólo hay diferencia en el punto de referencia, que no será ya la revisión de oficio sino la indemnización económica.

DR © 2012, Universidad Nacional Autónoma de México,
Instituto de Investigaciones Jurídicas

1. ha obtenido el acto administrativo mediando engaño premeditado, intimidación o cohecho;
2. ha obtenido el acto administrativo mediante informaciones que, en relación esencial con aquél, eran incorrectas o incompletas.
3. conocía la ilegalidad del acto o la desconocía como consecuencia de una manifiesta negligencia.[127]

cc) ¿Ha consumido el beneficiario las prestaciones otorgadas o ha adoptado disposiciones patrimoniales que no puede variar, o no puede hacerlo sin sufrir perjuicios irrazonables? Si existe tal confirmación o manifestación de la confianza, por regla general, se procederá al reconocimiento de la protección de la confianza. En caso contrario, la falta de confirmación de la confianza no excluye por principio la protección de la confianza, pero sí lo hace en los casos normales porque no se han producido, bajo tales circunstancias, daños de confianza.[128]

[127] Sobre el punto segundo debe señalarse que según la jurisprudencia del Tribunal Federal de lo Contencioso-Administrativo (BVerwG) se debía negar la protección de la confianza cuando la antijuridicidad del acto administrativo recae en el ámbito de responsabilidad del beneficiado, o sea cuando se le pueda atribuir objetivamente, lo que sucedía, sobre todo, cuando la antijuridicidad traía su causa de la aportación de informaciones incorrectas por parte del beneficiado, habiendo sido asumida esta regla en la segunda frase del § 48 II de la Ley de Procedimiento Administrativo (VwVfG). Para apreciar esta circunstancia basta determinar si el interesado aportó informaciones que eran objetivamente incorrectas y que dichas informaciones fueron la causa de la antijuridicidad del acto administrativo, siendo, por contra, irrelevante al respecto si concurrió culpa del interesado o si conocía o debía conocer la incorrección de sus informaciones (véase las sentencias del Tribunal Federal de lo Contencioso-Administrativo recogidas en BVerwGE 74, 357, 364 y en 78, 139, 142 y 143). No obstante, cuando la incorrección de las informaciones es propiciada por el órgano administrativo, al suministrar, por ejemplo, un formulario de solicitud que conduce a errores, entonces la responsabilidad por la antijuridicidad recae en su ámbito de responsabilidad y, en consecuencia, no concurre la segunda causa de exclusión de la protección de la confianza (al respecto, la sentencia del Tribunal Federal de lo Contencioso-Administrativo en BVerwGE 10, 12, 15); sin embargo, en caso de duda el interesado debe consultar al órgano administrativo (véase la sentencia del Tribunal Federal de lo Contencioso-Administrativo en BVerwGE 105, 354, 361). Según la sentencia del Tribunal Federal de lo Contencioso-Administrativo publicada en BVerwGE 74, 357, 364 no se producirá la protección de la confianza en caso de informaciones incorrectas del beneficiario tampoco cuando el órgano administrativo haya tenido corresponsabilidad en la antijuridicidad del acto, pero frente a la revisión de oficio en estos casos se podría oponer, en determinadas circunstancias, la alegación de un abuso de derecho según el § 242 del Código Civil (BGB). Este planteamiento constituye un desvío innecesario ya que estas consideraciones se podrían realizar en el contexto de la ponderación entre el interés a la protección de la confianza y el interés público a la revisión de oficio.

[128] Ejemplos: El beneficiado ha realizado compras con los dineros recibidos, o ha comenzado la construcción de la instalación autorizada. En el caso de prestaciones periódicas

DR © 2012, Universidad Nacional Autónoma de México,
Instituto de Investigaciones Jurídicas

dd) ¿Prevalece el interés del beneficiado a la protección de la confianza? En la ponderación de intereses se deben tener en cuenta las circunstancias concretas y su peso específico en el caso particular, así, por ejemplo, las consecuencias de la revisión de oficio para el beneficiado, las repercusiones de la no-revisión para los intereses públicos y para terceros, el tipo y el procedimiento de elaboración del acto administrativo (cuanto más formalmente se haya configurado el procedimiento, más podrá confiar el beneficiario en la continuidad del acto administrativo), la gravedad de la antijuridicidad, o el tiempo que haya pasado desde el dictado del acto. La ponderación puede llevar a una revisión de oficio limitada en lo material o lo temporal; en el caso de los actos administrativos con efectos duraderos en el tiempo, especialmente aquellos que tienen por objeto prestaciones pecuniarias periódicas, la ponderación lleva generalmente a que el acto administrativo pueda ser revisado de oficio con efectos *ex nunc* y no con efectos *ex tunc*, aunque, excepcionalmente, puede que también en este caso no quepa en absoluto la revisión de oficio (véase los ejemplos de la jurisprudencia inicial que se citaban en el marg. 23); también es posible que la ponderación lleve a un mantenimiento pro futuro del acto administrativo pero limitado a un periodo determinado.[129]

También en el caso de *actos administrativos con efectos constitutivos jurídico-privados* que hayan surtido eficacia cabe hacer uso de la revisión de oficio —en contra de la interpretación que antes se sostenía—. No obs-

que sirven para satisfacer las necesidades vitales tales como retribuciones salariales, rentas, becas, etcétera, se asume, por regla general, sin más que las mismas se han consumido (véase las sentencias del Tribunal Federal de lo Contencioso-Administrativo en BVerwGE 8, 261, 269 y 19, 188, 191). De forma excepcional puede también fundamentar la protección de la confianza las disposiciones realizadas con anticipación a un acto administrativo ya anunciado (véase la sentencia del Tribunal Superior de lo Contencioso-Administrativo de Hamburgo —OVG Hamburg— publicada en NVwZ 1988, 73).

[129] Ejemplo: A W se le reconoce, mediante una resolución fechada el 1o. de febrero, su derecho a recibir una ayuda para la vivienda. Con dicha ayuda alquila el 1o. de marzo una vivienda más cara pero acorde con su situación que sólo puede financiar gracias a la citada ayuda. El 1o. de junio el órgano competente revisa de oficio la resolución por considerarla antijurídica [según el § 45 I y II del libro X del Código Social —SGB X—, que equivale al § 48 I y II de la Ley de Procedimiento Administrativo (VwVfG)]. Dadas las circunstancias del caso concreto puede estar justificado que la resolución no sea revisada ni con efectos ex tunc, ni con efecto ex nunc, sino que se revise con efectos al 31 de diciembre del año en curso de forma que W siga recibiendo la ayuda para que pueda volver a adaptarse a las nuevas (en realidad a las anteriores) circunstancias. Este ejemplo muestra también que en el caso de resoluciones prestacionales se puede llegar a soluciones variables y adecuadas al grado de protección que merezca la confianza mediante la limitación material o temporal de la revisión de oficio.

DR © 2012, Universidad Nacional Autónoma de México,
Instituto de Investigaciones Jurídicas

tante, dada la especialidad de sus efectos, sobre todo para terceros y para el tráfico jurídico en general, la balanza se inclinará con fuerza del lado del mantenimiento de los mismos, véase, por ejemplo, la sentencia del Tribunal Federal de lo Contencioso-Administrativo publicada en *BVerwGE* 54, 257 (sobre una autorización para el tráfico inmobiliario), o la del Tribunal Superior de lo Contencioso-Administrativo de Baviera —*BayVGH*— publicada en NVwZ 1991, 992 (sobre una licencia para fraccionamiento de parcelas).

c) La *consecuencia del reconocimiento de la protección de la confianza* es que en el caso de resoluciones prestacionales, según el apartado segundo, *no* se puedan revisar de oficio, y, en el caso de los otros tipos de actos administrativos, según el apartado tercero, no se puedan revisar *salvo que medie la correspondiente indemnización*, siempre, en uno y otro caso, hasta donde alcance la confianza digna de protección. Por otra parte, los apartados 2 y 3 sólo contienen o una prohibición de la revisión o un mandato de indemnización pero no agotan la regulación sobre la facultad de revisar de oficio, que, en lo no abarcado por estos preceptos, queda a la decisión discrecional contemplada en el apartado primero.[130]

La regulación de la indemnización contenida en el § 48 III de la Ley de Procedimiento Administrativo (*VwVfG*) no limita la discrecionalidad del órgano decisor sino que la aumenta, en vez de la anterior alternativa entre revisar de oficio o no revisar, hoy hay tres posibilidades: revisar, no revisar o revisar mediando indemnización.

[130] El órgano competente podrá prescindir, por tanto, de la revisión de oficio a pesar de que no haya una confianza protegible (por ejemplo, en caso de escasa importancia), aunque el principio de legalidad, preponderante en caso de ausencia de confianza protegible, deja pocas posibilidades al respecto. También podría, en caso de existencia de una confianza protegible fundada por un acto administrativo revisable según el § 48 I y III de la Ley de Procedimiento Administrativo (VwVfG), no revisar de oficio porque el interés del afectado a la continuidad del acto administrativo tiene preferencia incluso frente a la posibilidad de indemnización, sobre todo cuando dicha compensación económica no puede compensarlo o no lo puede hacer suficientemente (en este mismo sentido, Göldner, DÖV, 1979, pp. 809 y ss.; Schenke, DÖV, 1983, pp. 322 y 323; también, aunque incidentalmente, el Tribunal Constitucional Federal en BVerfGE 59, 128, 166 y ss., véase, al respecto, Pieroth, JZ, 1984, 978; en contra, Frotscher, DVBl, 1976, pp. 285 y 286; Erichsen, VerwArch 69, 1978, pp. 307 y 308; del mismo VerwR § 17, margs. 22 y 23 con más referencias; también la sentencia del Tribunal Superior de lo Contencioso-Administrativo con sede en Münster —OVG Münster— en DVBl. 1980, 885, aunque esta sentencia resulta ya criticable al no haber tomado suficientemente en consideración la "reserva de revocación" con que contaba el órgano en cuestión).

DR © 2012, Universidad Nacional Autónoma de México,
Instituto de Investigaciones Jurídicas

C. *Tramitación*

a) *Competencia*. Por regla general el órgano competente para revisar de oficio un acto administrativo es el que lo dictó. Esto plantea problemas cuando el acto administrativo es antijurídico precisamente porque ha actuado un órgano incompetente, siendo en este caso competente para la revisión de oficio el órgano que sería competente para el dictado del acto administrativo a revisar en el momento en el que se proceda a la revisión de oficio, en tal sentido, para la competencia territorial la sentencia del Tribunal Federal de lo Contencioso-Administrativo en NVwZ-RR 1996, 538 y para la competencia material la publicada en *BVerwGE* 110, 226, 231 y 232. Para la cuestión sobre quién es competente para la revisión de oficio de la resolución de un recurso administrativo (si el órgano que dictó el acto original o el que resolvió el recurso). Véase la sentencia del Tribunal Federal de lo Contencioso-Administrativo en DVBl. 2002, 1045; también, Uhle, *Zur Bindungswirkung des Widerspruchsbescheides*, NvwZ 2003, 811 y ss.

b) *Plazo para la revisión de oficio*. El § 48 IV de la Ley de Procedimiento Administrativo (*VwVfG*) establece un plazo de un año para la revisión de oficio, siempre y cuando el acto administrativo no haya sido obtenido por engaño doloso, intimidación o cohecho. Este precepto sobre el plazo se ha convertido en uno de los más discutidos de la Ley de Procedimiento Administrativo dando lugar a multitud de interpretaciones en la doctrina y, finalmente, a una decisión de la Gran Sala del Tribunal Federal de lo Contencioso-Administrativo (publicada en *BVerwGE* 70, 356) que ha sido, a su vez, objeto de crítica por parte de la doctrina, aunque ha fijado la jurisprudencia. La controversia sobre el § 48 IV de la Ley de procedimiento administrativo (*VwVfG*) afecta fundamentalmente a tres cuestiones: 1) el ámbito de aplicación de este precepto, 2) el comienzo del plazo y 3) el concepto de órgano.[131]

[131] 1) El ámbito de aplicación: El § 48 IV de la Ley de Procedimiento Administrativo (VwVfG) se aplica, en todo caso, cuando el órgano tras dictar el acto administrativo tiene conocimiento de hechos (fácticos) que son indicio de la antijuridicidad del acto, pero es una cuestión discutida si también se aplica cuando el órgano ha partido de los presupuestos fácticos correctos pero, con posterioridad, se da cuenta de que ha aplicado o interpretado mal el derecho y, por ello, el acto administrativo es antijurídico (error de aplicación del derecho). Esta interpretación es afirmada por el Tribunal Federal de lo Contencioso-Administrativo en la sentencia publicada en BVerwGE 66, 61 pero es negada por algunos tribunales administrativos superiores con la consecuencia de que no se aplicaría plazo alguno en el caso de los errores de aplicación del derecho y, por tanto, podría revisarse de oficio el acto adminis-

DR © 2012, Universidad Nacional Autónoma de México,
Instituto de Investigaciones Jurídicas

No es posible en este lugar entrar en una confrontación en profundidad con las distintas interpretaciones, que aquí sólo se han expuesto de forma esquemática sin detenerse en los matices. No obstante, debe tenerse en cuenta: 1) el § 48 IV de la Ley de Procedimiento Administrativo (*VwVfG*) se limita sólo, según su tenor literal, al conocimiento a posteriori de hechos, pero, en el caso de errores en la aplicación del derecho, el ciudadano no es menos digno de protección por lo que se debe aplicar analógicamente este precepto. 2) La interpretación según la cual el plazo no comienza a contar hasta que no se conocen todas las circunstancias relevantes para la revisión de oficio, de forma que se trata de un plazo para la resolución y no de un plazo para la tramitación, es contradictoria sino con el tenor literal, si con el objeto del § 48 IV *VwVfG*. En este sentido, el establecimiento del plazo debe servir a la protección del ciudadano y limitar en el tiempo la posibilidad de revisar de oficio, sin que sea posible alcanzar estos objetivos si el plazo se concibe como un plazo de resolución, y no como un plazo de tramitación, sin tener en cuenta que entonces con cada nueva averiguación se vuelve a poner en marcha el plazo, con lo que se hace ociosa la propia determinación del plazo. Por otra parte la estricta separación entre tramitación y decisión resulta fallida ya que la tramitación se desarrolla en función de la

trativo sin plazo alguno. La doctrina está también dividida, pero la Gran Sala del Tribunal Federal de lo Contencioso-Administrativo se ha pronunciado a favor de la interpretación más amplia comprensiva también de los errores de aplicación del derecho (véase la sentencia publicada en BVerwGE 70, 356, 357 y ss.).

2) Comienzo del plazo: Según una interpretación, que antes era sostenida también por el Tribunal Federal de lo Contencioso-Administrativo (véase la sentencia publicada en BVerwGE 66, 61), el plazo comienza a contar desde que el órgano tiene conocimiento de los hechos relevantes, o sea en el caso de los errores de aplicación del derecho desde el mismo momento en el que se dictó el acto administrativo a revisar. Según otra interpretación el plazo comienza a contar cuando el órgano tiene conocimiento de la antijuridicidad del acto administrativo, o sea de los hechos o circunstancias que causan la antijuridicidad del acto. Según una tercera interpretación, sostenida por la Gran Sala, el plazo comienza a contar sólo cuando el órgano administrativo conoce todos los hechos relevantes para la decisión de revisar de oficio, por tanto, cuando ha tomado conocimiento de los hechos relevantes para el otorgamiento de la protección de la confianza y para la decisión discrecional sobre la revisión de oficio (véase la sentencia publicada en BVerwGE 70, 356, 362 y ss.). Si se toma la última interpretación el plazo no sería un plazo para la tramitación (que comienza tras el conocimiento de la antijuridicidad del acto), sino un plazo para la resolución (que comienza tras la aclaración de todos los presupuestos de hecho).

3) Concepto de órgano: Por último, es también objeto de discusión si el conocimiento de los hechos se debe predicar del órgano administrativo o —de forma más estricta— de la persona concreta competente dentro del propio órgano. La gran sala se ha pronunciado a favor de la interpretación más estricta (véase BVerwGE 70, 356, 364).

DR © 2012, Universidad Nacional Autónoma de México,
Instituto de Investigaciones Jurídicas

decisión que se pretende, y en el proceso de decisión probablemente surjan aspectos que exijan una nueva tramitación para su esclarecimiento, por ello se puede afirmar que se trata de un mismo procedimiento pero cambiando la perspectiva que se desarrolla. Teniendo esto en cuenta, debe entenderse que el plazo comienza a contar cuando el órgano tiene conocimiento de que el acto administrativo por razones de hecho o de derecho resulta antijurídico y por tanto se plantea su posible revisión de oficio. 3) En cuanto al conocimiento de los hechos, éste se debe predicar del órgano y no del servidor público concreto competente en la materia, porque según la regla general, de la que parte de forma sistemática la Ley de Procedimiento Administrativo, el órgano administrativo entra en relación con el ciudadano como una unidad, debiendo aplicarse esta regla —a falta de otro precepto— también para la determinación del plazo según el § 48 IV *VwVfG*, ya que es cuestión que atañe sólo a la organización interna del órgano el asegurarse de que las informaciones fluyan dentro del propio órgano, no pudiendo cargarse al ciudadano con las consecuencias de las posibles disfuncionalidades.[132]

En resumen, puede afirmarse que según la ya asentada jurisprudencia del Tribunal Federal de lo Contencioso-Administrativo (*BVerwG*) el plazo de un año para la revisión de oficio comienza a contar sólo cuando el órgano administrativo competente tiene pleno conocimiento de la antijuridicidad del acto administrativo y (tras la correspondiente investigación) de cuantas circunstancias son relevantes para la decisión sobre la revisión de oficio.[133]

[132] Véase la sentencia del Tribunal Federal de lo Contencioso-Administrativo en BVerwGE 70, 356 (sentencia de la Gran Sala), y sobre la misma, Kopp, DVBl, 1985, pp. 525 y ss.; Weides, DÖV, 1985, pp. 431 y ss.; Schoch, NVwZ, 1985, pp. 880 y ss.; Hendler, JuS, 1985, pp. 947 y ss.; Burianek, Jura, 1985, pp. 518 y ss.; Kellermann, VBlBW, 1988, pp. 46 y ss.; también en la jurisprudencia y la doctrina más reciente: las sentencias del Tribunal Federal de lo Contencioso-Administrativo recogidas en BVerwGE 100, 199, 201 y 202 (segunda decisión de revisión de oficio), en BVerwGE 106, 328, 332 y ss. (subvención contraria al derecho comunitario), en BVerwGE 110, 226, 233 y 234 (sobre el órgano del que se debe predicar el conocimiento), en NVwZ, 1986, 119 (aplicación errónea del derecho); las sentencias del Tribunal Social Federal (BSG) en DVBl, 1994, 1247 (informaciones a través de terceros) y en NVwZ, 1996, 1248 (los hechos determinantes son sólo los concretados no los futuros); Kopp, DVBl, 1990, pp. 663 y ss.; Erichsen, Jura, 1991, pp. 386 y ss.; Stadie, DÖV, 1992, pp. 247 y ss.; Frohn, SGb, 1997, pp. 180 y ss. Sobre la discusión antes de la decisión del Tribunal Federal de lo Contencioso-Administrativo (gran sala) véase la cuarta edición de este libro (§ 11 marg. 35), con más referencias.

[133] No obstante, es posible en determinadas circunstancias —en aplicación del principio de buena fe objetiva y de la prohibición del retraso desleal (Verwirkung) que de él se deriva— que el órgano no pueda hacer valer ya la existencia de plazo para revisar de oficio (cuando este plazo haya trascurrido en buena medida por razones achacables al órgano en cuestión). Este será el caso cuando el ciudadano 1) Haya podido llegar a la conclusión de

DR © 2012, Universidad Nacional Autónoma de México,
Instituto de Investigaciones Jurídicas

c) *Reintegro*. Las consecuencias de la revisión de oficio de actos administrativos con efectos retroactivos se regulan en el § 49 a de la Ley de Procedimiento Administrativo (*VwVfG*) que fue introducido en el año 1996 y que se aplica igualmente a la revocación de los actos y a su ineficacia como consecuencia del cumplimiento de una condición resolutoria, y según el cual se produce el reintegro de las prestaciones que se hubiesen derivado del acto administrativo revisado de oficio. De hecho, el § 49a I *VwVfG* es un supuesto regulado legalmente del derecho general de reintegro (véase, al respecto, *infra*, § 29, margs. 20 y ss.). La administración está obligada por principio a hacer valer su derecho al reintegro, aunque puede, en algunos casos especiales —por ejemplo, cuando una exigencia inmediata y sin límites de reintegro colocaría a la empresa que recibió una subvención en una situación de concurso—, ofrecer facilidades (pagos aplazados, moratorias) o incluso renunciar al reembolso. Si el acto administrativo sólo es revisado de oficio parcialmente el reintegro se limitará, como es lógico, a la parte revisada. En lo demás el alcance del reintegro se somete a los preceptos del Código Civil (*BGB*) sobre restitución del enriquecimiento injusto.[134]

La prestación a reintegrar, o —visto desde la otra perspectiva— el derecho al reintegro de la administración se hará efectivo, según el § 49a I 2 de la Ley de Procedimiento Administrativo (*VwVfG*), *mediante un acto administrativo*, con ello se resuelve en este ámbito y mediante una regulación positiva la polémica sobre si y hasta qué punto la administración podría determinar mediante acto administrativo las prestaciones que se le deben (véase *supra,* § 10, marg. 27). La revisión de oficio del acto administrativo

que el órgano competente no hará ya uso de sus facultades de revisión de oficio; 2) Haya confiado de hecho en esta circunstancia y realizado disposiciones en este sentido, y 3) Si se produjese, a pesar de todo, la revisión de oficio sufriría un perjuicio irrazonable (en tal sentido, la sentencia del Tribunal Federal de lo Contencioso-Administrativo en BVerwGE 110, 226, 236).

134 La remisión a los preceptos del Código Civil (BGB) es un reenvío a las consecuencias jurídicas de dichos preceptos y no a sus fundamentos jurídicos. Los preceptos aplicables son los §§ 818, 819, 820 y 822 del Código Civil. El afectado puede alegar según el § 818 III del BGB la extinción del enriquecimiento, con lo que, una vez más, se garantiza la "protección de la confianza" (véase, al respecto la resolución del Tribunal Federal de lo Contencioso-Administrativo publicada en BVerwGE 25, 72, 81 y 82; pero también la recogida en BVerwGE 50, 265, 273). El § 49a II 2 de la Ley de Procedimiento Administrativo (VwVfG), en cuanto ley especial frente al § 819 I del BGB, reduce considerablemente las posibilidades de alegar dicha extinción del enriquecimiento, que no sólo no se producirá en caso de conocimiento de las circunstancias que fundamentan la revisión de oficio, sino también en caso de desconocimiento por negligencia grave. En cuanto a los intereses se rigen por la regla especial del § 49a III de la VwVfG.

DR © 2012, Universidad Nacional Autónoma de México,
Instituto de Investigaciones Jurídicas

y el reintegro de las prestaciones de él derivadas están interrelacionados pero constituyen dos actos administrativos distintos desde un punto de vista distinto, que tienen, por tanto, que ser enjuiciados jurídicamente por separado, lo que se aplica también cuando —como es posible desde un punto de vista jurídico— se manifiestan al exterior comprendidos en *una* sola resolución.[135]

d) La *indemnización* en el caso de las otras clases de acto administrativos que hayan fundado una situación de confianza según el § 48 III de la *VwVfG*, se refiere al perjuicio patrimonial que el interesado ha sufrido como consecuencia de que confió en el mantenimiento del acto administrativo, pero no puede sobrepasar el importe del interés que dicho interesado tiene a la continuidad del acto en cuestión. Por tanto, sólo se compensa el denominado interés negativo o de confianza (análogamente el § 122 del Código Civil), el interés positivo o de cumplimiento constituye, no obstante, la frontera superior de la indemnización. La indemnización debe ser solicitada por el interesado, aunque el órgano debe advertirle sobre las posibilidades de que se produzca dicha indemnización.[136]

e) *Vía de recurso*. El derecho al reintegro que tiene la administración según los §§ 48 II y 49a de la Ley de Procedimiento Administrativo (*VwVfG*) incluidos los intereses, y el derecho a indemnización que corresponde al ciudadano de acuerdo con el § 48 III de la *VwVfG* tienen naturaleza jurídico-pública con lo que, a falta de norma especial que establezca otra cosa, se

[135] Véase, para la distinción entre la revisión de oficio y el reintegro la sentencia del Tribunal Federal de lo Contencioso-Administrativo (BVerwG) publicada en NJW, 1992, 328. Si el órgano administrativo exige mediante una resolución el reintegro de una cantidad pagada como consecuencia de un acto administrativo antijurídico debe considerarse, en caso de duda, que al mismo tiempo ha querido revisar de oficio el acto administrativo que sirvió de base a la prestación. En este sentido, con razón, la sentencia del Tribunal Federal de lo Contencioso-Administrativo publicada en BVerwGE 67, 305, 313.

[136] Ejemplo: El órgano administrativo revisa de oficio la autorización de una instalación otorgada, según los §§ 4 y siguientes de la Ley de Protección contra las Inmisiones (BImSchG), a A quien había y podía confiar en la continuidad de dicha autorización, por tanto, A puede reclamar —dependiendo de si la construcción de la instalación se ha iniciado o incluso ya se ha concluido— los costes de los planos, los costes que conlleve la resolución del contrato que se haya firmado con la empresa de construcción, los propios costes de la construcción, etcétera, pero no va a recibir el valor objetivo que la instalación tiene en sí misma.

DR © 2012, Universidad Nacional Autónoma de México,
Instituto de Investigaciones Jurídicas

podrán recurrir en vía administrativa según el § 40 I de la Ley de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa (*VwGO*).[137]

D. *La revisión de oficio de los actos administrativos contrarios al derecho comunitario*

Dado que la ejecución del derecho comunitario se rige por el derecho nacional siempre que no haya regulación en contrario, la revisión de oficio de los actos administrativos dictados por la administración alemana que infringen el derecho comunitario se regula por el § 48 *VwVfG*. No obstante, este precepto no puede, en este caso, ser contemplado de forma aislada, debiendo tenerse en cuenta el contexto propio del derecho comunitario y las obligaciones que este derecho impone. Esto se demuestra en el caso de la revisión de oficio de ayudas que infringen los artículos 87 y 88 del Tratado Constitutivo de la Comunidad Europea (*EGV*) —antes, artículo 93 y 94 del *EGV*—. En el sentido que dan estas normas al término, ayudas son tanto subvenciones como también otros tipos de beneficios (véase, al respecto, el § 17, marg. 35) y según el artículo 87 *EGV* son incompatibles con el mercado común y, por tanto, están prohibidas las ayudas concedidas por el Estado o con medios estatales a empresas privadas que falsean el mercado o pueden falsearlo y que afectan al comercio entre los Estados miembros, siempre y cuando no resulte de aplicación alguna de las excepciones reguladas en el artículo 87 II y III del *EGV*. En este contexto, el artículo 88 III del *EGV* establece que los proyectos de ayudas deben ser notificados por las autoridades nacionales a la Comisión Europea y sólo pueden ejecutarse cuando la comisión haya determinado su licitud (en el llamado procedimiento de notificación). En consecuencia las resoluciones que otorgan ayudas contrarias

[137] La cuestión sobre cómo se debe calificar desde el punto de vista del derecho de la propiedad el derecho a indemnización derivado del § 48 III VwVfG no es pacífica entre la doctrina, en la medida en que se ha preocupado por discutir sobre este tema. Las posiciones tempranas (véase, por ejemplo, Maurer, Festschrift für den Boorberg-Verlag, 1977, pp. 247 y ss.) han sido superadas por el desarrollo de la nueva dogmática jurídica sobre la expropiación y la propiedad, hoy dicho derecho a la indemnización podría representar un supuesto de determinación del contenido del derecho que debe dar lugar a indemnización según el artículo 14 I 2 GG (véase infra, § 27, margs. 79 y ss.). Las eventuales pretensiones de indemnización por responsabilidad administrativa extracontractual o por una lesión análoga a la expropiación que puedan surgir en el caso concreto no quedan excluidas por el derecho a indemnización según el § 48 III VwVfG. Véase, al respecto, Kopp/Ramsauer, VwVfG, § 48, margs. 140 y ss. con más referencias.

DR © 2012, Universidad Nacional Autónoma de México,
Instituto de Investigaciones Jurídicas

al artículo 87 III *EGV* son materialmente antijurídicas y las que vulneran el artículo 88 *EGV* lo son formalmente. Cuando la comisión establece que una ayuda es contraria al artículo 87 *EGV* y, por tanto, vulneradora del derecho comunitario, el órgano nacional competente debe modificar o revisar de oficio la ayuda otorgada, aplicándose al respecto el § 48 *VwVfG*.

La controversia se plantea, en este ámbito, al determinar si son aplicables en estos casos las limitaciones a la revisión de oficio del § 48 de la Ley de procedimiento administrativo —*VwVfG*— (esto es, la protección de la confianza, las disposiciones sobre plazos, la discrecionalidad administrativa), principalmente los presupuestos de la protección de la confianza regulados en las proposiciones1a. a 3a. del § 48 II *VwVfG*, si se niega dicha aplicación nada se opondrá entonces a la revisión de oficio, si, por el contrario, se afirma la aplicación de estas reglas, se deberá ponderar entre el interés público a la revisión y el interés de confianza del particular. En este contexto se decidirá la ponderación tanto según la jurisprudencia del Tribunal Federal de lo Contencioso-Administrativo (*BVerwG*) como según la del Tribunal de Justicia de la Comunidad y los autores que les siguen. *A favor* de la revisión de oficio juegan no sólo —como es usual— el interés público a un empleo correcto de los presupuestos y a la legalidad de la administración, sino también —más allá— el interés público a la ejecución de la normativa comunitaria sobre competencia y el deber de la República Federal de cumplir el Tratado Constitutivo de las Comunidades Europeas, teniendo estas consideraciones, por regla general, más peso que el interés a la protección de la confianza del particular. No obstante, la aplicación de la protección de la confianza no queda así completamente excluida, aunque sí bastante postergada, ya que mientras que la ponderación en caso de vulneración de un precepto del derecho alemán suele resolverse a favor del particular, en el caso de vulneración de una norma de derecho comunitario se resolverá, generalmente, en su contra.

Si se sigue, en este punto, la jurisprudencia y la doctrina mayoritaria, entonces no queda margen para la *discrecionalidad* del órgano administrativo sobre la decisión de revisar de oficio. Por otra parte, la aplicación en estos casos del plazo de un año previsto en el § 48 IV *VwVfG* ha sido excluida por el Tribunal de Justicia de la Comunidad en el caso Alcan y con motivo de una cuestión prejudicial planteada, según el artículo 234 del *EGV*, por el Tribunal Federal de lo Contencioso-Administrativo (véase *infra*, marg. 38d). La falta del sometimiento a plazo de la revisión de oficio en estos casos se argumenta también por la necesidad de ser consecuentes con el derecho comunitario; debiéndose evitar el peligro de que las administracio-

DR © 2012, Universidad Nacional Autónoma de México,
Instituto de Investigaciones Jurídicas

nes nacionales dejen pasar a propósito el plazo para así seguir otorgando las subvenciones necesarias, en su opinión, en sus respectivos Estados. Por último, el Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas ha señalado en el caso ya citado que ni el principio de buena fe (en relación con comportamiento del órgano que otorgó la subvención), ni la alegación por parte del receptor del cese enriquecimiento injusto se pueden oponer al reintegro. Como resultado de todo esto el § 48 *VwVfG* cumple sólo la función de "resorte para la ejecución" a favor del cumplimiento de la orden comunitaria de reintegro. No obstante, la jurisprudencia del Tribunal de Justicia sobre la retirada de ayudas de Estado está justificada, teniendo en cuenta las inequívocas exigencias formales que contiene el artículo 88 del *EGV*, suficientes, por sí mismas, para excluir generalmente la formación de la confianza en los destinatarios de ayudas; pero esta jurisprudencia no debe entenderse como de aplicación general, el propio Tribunal de Justicia ha reconocido con carácter general la aplicación del principio de protección de confianza tanto en el propio derecho comunitario como en su ejecución por las autoridades nacionales, afirmación que se demuestra con dos sentencias posteriores del Tribunal de Justicia de las Comunidades que han reconocido la aplicación en casos de revisión de oficio del principio de protección de la confianza o del cese del enriquecimiento injusto (véase las sentencias de este Tribunal publicadas en EuZW 1998, 499 y 603).[138]

[138] La problemática de la revisión de oficio de las ayudas de estado contrarias al derecho comunitario ha conducido en el caso Alcan a una sucesión de sentencias en las distintas instancias judiciales que debemos exponer tras hacer una breve referencia a las circunstancias de hecho del asunto: La firma Alcan tiene en Renania-Palatinado una factoría dedicada a la producción de aluminio que en 1982 y debido a dificultades financieras planeó cerrar despidiendo a una plantilla de 330 trabajadores, para evitarlo el gobierno del Land se declaró dispuesto a concederle un crédito puente por valor de 8 millones de marcos, lo que efectivamente realizó concediendo el 9 de junio de 1983 y el 30 de noviembre del mismo año sendas remesas de 4 millones de marcos, sin que se cumpliese con la obligación de notificación a la Comisión Europea impuesta por el artículo 88 III del EGV. No obstante, la Comisión tiene noticia de la ayuda y mediante una decisión del 14 de diciembre de 1985 declara que la ayuda vulnera los artículos 87 I y 88 III del EGV y, por tanto, debe ser retirada. Dado que esta orden de retirada no fue cumplida, la Comisión acude al Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas interponiendo un recurso por incumplimiento de las obligaciones derivadas del Tratado según el artículo 226 EGV, resolviendo el Tribunal de Justicia, en su sentencia del 2 de febrero de 1989, que la República Federal de Alemania había incumplido sus obligaciones derivadas del Tratado, lo que motiva que el gobierno del Land revise de oficio la ayuda por resolución del 26 de septiembre de 1989 y exija el reintegro de los ocho millones de marcos. Este asunto ha ocupado desde entonces a Tribunales de todas las instancias: Alcan recurrió la decisión de revisión ante el Tribunal de lo Contencioso-Administrativo de Mainz (VG Mainz) que anuló dicha decisión, recurrida por el Estado dicha sentencia, el

DR © 2012, Universidad Nacional Autónoma de México,
Instituto de Investigaciones Jurídicas

Tribunal Superior de lo Contencioso-Administrativo con sede en Koblenz (OVG Koblenz) confirma la sentencia de instancia, el Estado recurre entonces ante el Tribunal Federal de lo Contencioso-Administrativo (BVerwG) que plantea una cuestión prejudicial ante el Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas de conformidad con el artículo 234 EGV dado que aunque el Tribunal Federal de lo Contencioso-Administrativo ya había señalado, al hilo de otro asunto, que en estos casos la administración nacional estaba generalmente obligada, por exigencias del derecho comunitario, a la revisión de oficio (sentencia publicada en BVerwGE 92, 81) estimaba que todavía restaban tres cuestiones por aclarar: la aplicación en estos supuestos del plazo de un año previsto en el § 48 IV de la Ley de Procedimiento Administrativo (VwVfG); la del cese enriquecimiento injusto según el § 48 II VwVfG en relación con el § 818 III del Código Civil (BGB), y, por último, la del principio de la buena fe objetiva (véase la resolución del Tribunal Federal de lo Contencioso-Administrativo (BVerwG) del 28 de septiembre de 1994 recogida en NVwZ 1995, 703). Sobre estas cuestiones resolvió el Tribunal de Justicia de las Comunidades en su sentencia del 20 de marzo de 1997 estimando que ninguno de estos tres planteamientos podría oponerse a la revisión de oficio en el caso concreto (sentencia publicada en NJW 1998, 47 y en NVwZ 1998, 45). En consecuencia, el Tribunal Federal de lo Contencioso-Administrativo (BVerwG) estima el recurso interpuesto por el Land y rechaza por infundada la pretensión constitutiva de impugnación mantenida por Alcan (sentencia del Tribunal Federal de lo Contencioso-Administrativo del 23 de abril de 1998 publicada en BVerwGE 106, 328). Contra esta última sentencia se interpuso un recurso de amparo que el Tribunal Constitucional Federal (BVerfG) inadmitió (§ 93a de la Ley del Tribunal Constitucional —BverfGG—) razonando brevemente en la fundamentación de esa decisión que el recurso de amparo sería inadmisible en cuanto se refiere a la cuestión prejudicial ante el Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas y —con independencia de ello— carece además de fundamento ya que la sentencia del Tribunal Federal de lo Contencioso-Administrativo (BVerwG) no choca ni contra los principios constitucionales de protección de la confianza y seguridad jurídica con lo que nada hay que objetarle desde un punto de vista constitucional (resolución de sección del Tribunal Constitucional Federal del 17 de febrero de 2000 reproducida en NJW 2000, 2015 y DVBl. 2000, 900). Sobre esta problemática puede consultarse además las sentencias del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas publicadas en DVBl, 2003, 319 y DVBl, 2004, 373; en la doctrina, entre los numerosos estudios publicados: Koenig/Kühling, Grundfragen des EG-Beihilferechts, NJW, 2000, pp. 1065 y ss.; Sauerbaum, Die Europäisierung des nationalen Verwaltungsverfahrensrechts am Beispiel der Rückabwicklung gemeinschaftsrechtswidriger staatlicher Beihilfen, VerwArch 91, 2000, pp. 169 y ss.; Scheuing, Europaisierung des Verwaltungsrechts. Zum mitgliedstaatlichen Vollzug des EG-Rechts am Beispiel der gemeinschaftsrechtswidrigen Beihilfen, DV 34, 2001, pp. 107 y ss.; Schwarz, Vertrauensschutz im Spannungsfeld von Europäischem Gerichtshof und Bundesverfassungsgericht, DV 34, 2001, pp. 397 y ss. R. Scholz ha realizado una dura crítica contra la sentencia del Tribunal de Justicia de las Comunidades del 30 de marzo de 1997 (en DÖV 1998, 261 y ss.), pero ha sido, a su vez, contestado (véase Winkler, en DÖV, 1999, 148 y ss.). Para las influencias del derecho comunitario en la cuestión de la revisión de oficio de actos desfavorables, véase infra, marg. 48a.

DR © 2012, Universidad Nacional Autónoma de México,
Instituto de Investigaciones Jurídicas

4. *La revocación de los actos administrativos favorables*

A. *En general*

a) El principio de *protección de la confianza* adquiere en el caso de la *revocación* de actos favorables *prima facie* mayor fuerza aún que en el caso de la *revisión de oficio* de esta clase de actos, ya que en este caso no se encuentra frente al *principio de legalidad* de la administración sino que se asocia a él y se refuerza con él. Pero esto sólo vale en el caso de que las circunstancias no hayan cambiado, y la cuestión sobre la revocación se suele plantear precisamente cuando los presupuestos de hecho o de derecho que sirvieron de base para el dictado del acto administrativo en cuestión cambian y el acto administrativo (originariamente) conforme a derecho ya no tiene un contenido conforme con el derecho actualmente vigente. En estos casos vuelve a plantearse el conflicto entre la seguridad jurídica y la protección de la confianza de un lado y, de otro, el principio de legalidad, si bien en este caso no se plantea por una decisión errónea de la administración, sino por el mero desarrollo de las circunstancias.[139]

b) Según la regulación contenida en el § 49 II y III de la Ley de Procedimiento Administrativo (*VwVfG*) la revocación de un acto administrativo favorable sólo es admisible cuando concurre una *causa de revocación*.

La revocación no depende, por tanto —a diferencia de lo que ocurre con la revisión de oficio—, de una ponderación de intereses en el caso concreto, sino que ya viene limitada por la ley, siendo el legislador el que ha realizado de forma abstracta la ponderación. Esto conlleva que en ocasiones puede ser posible la revocación a pesar de que existe en el caso concreto una situación de confianza protegible, para estos casos se prevé en el § 49 VI *VwVfG* una indemnización. Por lo demás, en el caso de que concurra una causa de revocación la administración está habilitada para revocar pero no obligada a ello con lo que puede también por consideraciones de protección de la confianza renunciar a una revocación que en sí sería admisible.[140]

[139] Ejemplo: La licencia otorgada a X para construir un edificio de dos plantas era conforme al ordenamiento en el momento en el que se otorgó, pero debido a un cambio en el planeamiento urbanístico aplicable en esa zona, que ahora sólo permite edificios de una planta, se encuentra en contradicción con el derecho vigente.

[140] La revocación sólo es admisible según el § 49 II de la Ley de Procedimiento Administrativo (VwVfG) con eficacia para el futuro —*ex nunc*—. Esta limitación también sirve a la protección de la confianza, aunque puede llevar a resultados indeseables cuando un acto administrativo que era conforme a derecho debido a un cambio de circunstancias jurídicas o fácticas "deviene antijurídico". Por ello es más razonable en estos casos permitir la revoca-

DR © 2012, Universidad Nacional Autónoma de México,
Instituto de Investigaciones Jurídicas

B. *Las causas concretas de revocación contenidas en el § 49 II y III de la Ley de Procedimiento Administrativo*

La revocación es admisible cuando —al margen de los casos permitidos en las regulaciones especiales— concurre una de las siguientes causas de revocación:

a) *Reserva de revocación*: un acto administrativo puede ser revocado cuando al dictarlo se estableció una reserva en tal sentido (§ 49 II 1). La admisibilidad de tales reservas se deriva, a su vez, del § 36 de la Ley de Procedimiento Administrativo —*VwVfG*— (véase *infra*, § 12 margs. 18 y ss.). La revocación sólo puede ejercitarse en el caso concreto cuando:

   1. *La reserva de revocación es conforme a derecho*. Esta es una cuestión discutida manteniéndose por el sector doctrinal contrario a esta opinión que el afectado no puede alegar la ilegalidad de la reserva de revocación cuando ésta ha devenido firme junto al resto del acto administrativo, véase, al respecto, la sentencia de Tribunal Superior de lo Contencioso-Administrativo de Baden Württemberg (*BadWürtt. OVG*) recogida en GewArch. 1975, 330 y la sentencia del Tribunal Federal de lo Contencioso-Administrativo (*BVerwG*) publicada en NVwZ 1987, 498; mantiene la posición que se sostiene aquí, la sentencia del Tribunal Federal de lo Contencioso-Administrativo recogida en DVBl. 1965, 728.
   2. *La revocación en sí misma viene justificada por razones objetivas*. Si concurren dichas razones objetivas se debe determinar a partir de las finalidades que persigue la ley que sirve de fundamento al acto administrativo que se quiere revocar.[141]

ción a partir del momento en el que se produjo el cambio de circunstancias aunque bajo las exigencias de la protección de la confianza. En este sentido se ha orientado el legislador y en la reforma del § 49 III VwVfG operada en 1996 se puede revocar con efectos retroactivos —*ex tunc*— en los casos de subvenciones que no han sido empleadas de conformidad con su finalidad (véase, al respecto, infra, marg. 44).

[141] Ejemplo: X quiso establecer un quiosco de prensa en la acera del tramo de una carretera federal que atraviesa el Municipio Z y, a tal fin, solicitó el correspondiente permiso para uso especial según el § 8 de la Ley de Carreteras (FStG), dicho permiso se le concedió con la "reserva de revocación en cualquier momento". Pasado un tiempo se revoca el permiso basándose en: 1) la mera existencia de la reserva de revocación, 2) el hecho de que el

DR © 2012, Universidad Nacional Autónoma de México,
Instituto de Investigaciones Jurídicas

b) *Incumplimiento de un modo*. El acto administrativo puede ser revocado también cuando está asociado a un modo y el interesado no ha cumplido el mismo o no lo ha hecho dentro del plazo previsto (§ 49 II, núm. 2 de la Ley de Procedimiento Administrativo).[142]

c) *Modificación de las circunstancias de hecho de derecho que daban soporte al acto administrativo*. La revocación es admisible también según los números 3 y 4 del § 49 II de la Ley de Procedimiento Administrativo (*VwVfG*) cuando concurren acumulativamente las siguientes condiciones:

1. El órgano competente estaría habilitado, por razón de un cambio sobrevenido de las circunstancias de hecho o por razón de la modificación sobrevenida de una norma jurídica, a no dictar el acto administrativo. Se debe, por tanto, plantear hipotéticamente si la administración estaría obligada o —en caso de que disponga de discrecionalidad— habilitada, por razón de las circunstancias de hecho o de derecho que se dan ahora, a negar el dictado del acto ya solicitado.
2. Sin la revocación se estaría perjudicando a los intereses públicos.
3. Sólo en el caso de una modificación de las circunstancias jurídicas se exige además que el particular afectado no haya hecho uso aún de las ventajas otorgadas (no se haya, por tanto, "puesto manos a la obra") o

tráfico en la zona ha aumentado considerablemente y el quiosco constituye ahora un estorbo a la circulación, y 3) porque el titular ofrece publicaciones que constituyen un peligro para la juventud. ¿es válida la revocación? La reserva de revocación en estos casos está recogida en el § 8 de la Ley de Carreteras y es por tanto admisible y conforme a derecho, pero la pregunta es si en el caso se debería haber hecho uso de esa reserva de revocación. Esta pregunta se puede contestar afirmativamente en el caso de la segunda cuestión alegada, porque un permiso para un uso especial se otorga basándose en criterios propios del derecho de circulación y de carreteras y puede, por tanto, ser revocado bajo ese mismo tipo de criterios. No sería admisible, sin embargo la revocación por la primera causa alegada porque la mera referencia a la reserva de revocación no sirve para fundamentar la misma y tampoco sería viable, sobre todo, la revocación por la tercera causa alegada porque no concurren en este caso consideraciones basadas en el derecho del tráfico y las carreteras y, por tanto, no habría razones objetivas para la revocación.

142 Los principios de necesidad de la intervención y de proporcionalidad en sentido estricto deben ser especialmente tenidos en cuenta en este caso. Así la revocación de la autorización para una instalación ya implantada no sería admisible si lo que se ha incumplido es un modo de poca importancia relativa, debiendo, por regla general, la administración tratar, al menos en una ocasión, de imponer el modo mediante la ejecución forzosa del mismo, como medio menos radical (véase, sobre el principio de proporcionalidad en sentido estricto, cfr. supra, § 10 marg. 17).

DR © 2012, Universidad Nacional Autónoma de México,
Instituto de Investigaciones Jurídicas

no haya recibido todavía las prestaciones derivadas del acto administrativo.

Se trata en estos casos de actos administrativos que originariamente eran válidos pero ahora ya no son conformes con el derecho vigente, o sea que han "devenido antijurídicos".[143]

d) *Uso de prestaciones contrario a su finalidad o a un modo*. Esta causa de revocación recogida en el § 49 III de la Ley de Procedimiento Administrativo (*VwVfG*) tiene por objeto las subvenciones y otras prestaciones pecuniarias. Dado que la administración persigue con el otorgamiento de subvenciones fines de carácter público (véase *infra,* § 17 marg. 9), cuando se ha determinado el fin en la misma resolución que otorga la subvención o en un modo asociado a ésta y el destinatario no emplea la subvención conforme a dicho fin, no lo hace en un tiempo razonable o no lo va a hacer más, entonces la resolución que otorgó la subvención se puede revocar y procederá el reintegro de la misma. La revisión de oficio se excluye en estos casos ya que el uso contrario al fin de la subvención no hace a la resolución que la otorgó contraria a derecho, sino que representa una alteración sobrevenida de las circunstancias de hecho, por lo que debe emplearse la revocación aunque ésta tenga que admitirse con eficacia *ex tunc* porque sólo de este modo se puede operar sobre la subvención ya pagada, consideración que está detrás del § 49 III *VwVfG*.[144]

[143] Ejemplo: En el caso de derecho urbanístico que planteábamos supra (marg. 39) la administración (sólo) puede revocar según el § 49 II núm. 4 VwVfG, cuando no se hayan comenzado las obras de construcción.

[144] Véase sobre la nueva redacción del § 49 III de la Ley de Procedimiento Administrativo (VwVfG): Baumeister, NVwZ, 1997, pp. 19 y ss.; Sauerbaum, VerwArch 90, 1999, pp. 361 y ss.; Sobre la regulación precedente contenida en el § 44a de la Ley Presupuestaria (BHO): Götz, NVwZ 1984, 480; Weides, JuS 1985, 364 y ss.

Ejemplos: X recibe una ayuda a la inversión (subvención) de cincuenta mil euros para la ampliación de una instalación industrial, pero, debido a que la cifra de ventas de los productos que fabrica en dicha instalación cae, X decide renunciar a la ampliación de la misma y emplea el dinero en desarrollar su red de negocio; Y que también ha recibido una ayuda a la inversión con la misma finalidad decide, por su parte, dadas las dificultades de venta que se están produciendo en ese momento aplazar la ampliación de la instalación por dos años e invertir, mientras tanto, el dinero a un buen interés. En ambos casos la administración podría revocar la resolución por uso indebido de la subvención y exigir el reintegro de la cantidad otorgada. Por el contrario, no concurriría causa de revocación según el § 49 III de la Ley de Procedimiento Administrativo (VwVfG), cuando las instalaciones se han ampliado pero no se ha cumplido, debido a las dificultades en las ventas, la expectativa de quien otorgó la subvención de creación de nuevos puestos de trabajo. Véase, también como ejemplos

DR © 2012, Universidad Nacional Autónoma de México,
Instituto de Investigaciones Jurídicas

e) *Interés público perentorio*. Por último, procede también la revocación "para evitar o eliminar perjuicios graves para el bien común" (§ 49 II núm. 5 *VwVfG*). Esta causa de revocación viene a funcionar como una cláusula residual para acoger supuestos que no encajan en el resto de los supuestos de revocación, pero, al mismo tiempo, debe ser interpretada restrictivamente como *ultima ratio* para casos extremos.[145]

C. *Protección de la confianza e indemnización*

En los dos primeros supuestos contemplados en el § 49 II de la Ley de Procedimiento Administrativo (*VwVfG*) no se afecta al principio de protección de la confianza ya que la *reserva de revocación* tiene por finalidad precisamente advertir al interesado de la posibilidad de una futura revocación y evitar así la creación de una situación de confianza protegible, por ello resulta tan perentorio tomar en consideración los límites jurídicos a las reservas de revocación. En el caso del *incumplimiento de un modo* tampoco podrá el afectado alegar la protección de la confianza porque la causa de la revocación reside en su comportamiento.

Por el contrario, cuando la revocación trae causa de la *alteración de la situación jurídica o fáctica* o de la *concurrencia de un interés público perentorio* puede suponer una intromisión en una posición amparada por el principio de protección de la confianza. En estos casos el § 49 VI de la Ley de Procedimiento Administrativo (*VwVfG*) establece la posibilidad de una indemnización que no se otorga con carácter general sino sólo en la medida en la que el afectado haya confiado en el mantenimiento del acto administrativo y dicha confianza sea protegible.[146]

Con estas consideraciones queda claro el significado de las reservas de revocación: también la revocación por razón de una reserva se produce sólo por una alteración de las circunstancias de hecho o de derecho pero dicha

jurisprudenciales la resolución del Tribunal Superior de lo Contencioso-Administrativo de Baden Württemberg (BadWürttVGH), recogida en DÖV 1983, 383 y del Tribunal Federal de lo Contencioso-Administrativo (BVerwG) en NVwZ 1998, 852.

145 Ejemplo: En el caso de derecho urbanístico planteado supra (margs. 39 y 43) si el constructor ha comenzado con la obra o incluso ya la ha concluido, entonces la revocación sólo será posible bajo las estrictas condiciones del § 49 II núm. 5 VwVfG.

146 Ejemplo: Si se revoca la licencia urbanística en los dos supuestos arriba citados (véase margs. 43 y 44a), entonces el constructor podrá exigir, en la medida de su situación de confianza protegible, una indemnización.

DR © 2012, Universidad Nacional Autónoma de México,
Instituto de Investigaciones Jurídicas

revocación es —debido a la reserva— más fácil de realizar y se puede adoptar sin que medie indemnización.[147]

D. *Tramitación*

a) *Plazo*. La regulación sobre el plazo para la revisión de oficio del § 48 IV de la Ley de Procedimiento Administrativo (*VwVfG*) se aplica analógicamente para la revocación de los actos administrativos (§ 49 II 2 *VwVfG*), con lo que se refuerza la protección de la confianza y la seguridad jurídica.

b) *Reintegro*. El ciudadano debe reintegrar las prestaciones que se hayan otorgado, cuando —en caso de uso de la prestación contrario al fin o al modo impuesto— se produce la revocación con efectos para el pasado —*ex tunc*— (§ 49a *VwVfG*).

c) *Vía de recurso*. Para los litigios que surjan sobre la indemnización otorgada de conformidad con el § 49 IV 1 de la Ley de Procedimiento Administrativo (*VwVfG*) no queda abierta la vía judicial contencioso-administrativa, sino la vía judicial civil (§ 49 VI 3 *VwVfG*), con lo que se evita la posible colisión con el artículo 14 III 4 de la Ley Fundamental (*GG*), que sería de aplicación si y en la medida en que la revocación tenga carácter expropiatorio.

Vease, sobre la determinación del plazo, *supra*, marg. 35; sobre la obligación de reintegro, *supra*, marg. 36; y sobre la vía de recurso, Maurer, *Festschrift für den Boorberg-Verlag*, pp. 253 y ss.

5. *Revisión de oficio y revocación de actos administrativos desfavorables*[148*****]

A. *Revisión de oficio de actos administrativos desfavorables*

147 Véase para el caso de las licencias urbanísticas con reserva de revocación la sentencia del Tribunal Supremo Federal en Materia Civil y Penal (BGH) recogida en NJW 1970, 1178 y en DÖV 1970, 421 con una nota crítica de Menger y Erichsen en VerwArch. vol. 61, 1970, pp. 384 y ss.; según la interpretación del BGH la revocación como consecuencia de una reserva de revocación no da lugar a derecho a indemnización, ya que en estos casos sólo hay posición jurídica restringida y la revocación sólo vendría a concretar las obligaciones para con la sociedad. Pero en tales casos se plantea de forma perentoria la cuestión sobre si la reserva de revocación era admisible y, en caso afirmativo, si el dictado de una licencia urbanística bajo reserva de revocación no supone por sí misma una limitación a la propiedad que debe generar indemnización, y que se concretaría con la revocación.

148***** Los epígrafes V, VI y VII de este § 11 han sido traducidos por Alejandro Huergo Lora, profesor titular de derecho administrativo de la Universidad de Oviedo.

DR © 2012, Universidad Nacional Autónoma de México,
Instituto de Investigaciones Jurídicas

a) Planteamiento. Los problemas básicos son los mismos que en la revisión de oficio de actos administrativos favorables. El principio de legalidad de la administración postula la eliminación de los actos ilegales, mientras que el de seguridad jurídica tiende hacia el mantenimiento de todo acto ya dictado y devenido firme. Lo único que cambia frente al supuesto de los actos favorables son los intereses en juego. El principio de legalidad juega ahora a favor del particular. La administración no puede, ciertamente, invocar en sentido contrario (es decir, para evitar la anulación) la protección de la confianza, que era el punto de apoyo de particular frente a la anulación de actos favorables, pero sí puede alegar motivos de seguridad jurídica para defender el mantenimiento del acto.

b) De acuerdo con la regla general establecida en el § 48 I 1 VwVfG, la administración decide discrecionalmente sobre la anulación, o no, de los actos administrativos desfavorables ilegales. La *VwVfG* no contiene ningún otro criterio o limitación adicionales. Sólo su § 51 suministra alguna regla más. Así, cuando concurran los requisitos previstos en ese precepto para la revisión de un procedimiento, lo normal será que el acto ilegal que se haya dictado y cuya revisión se solicite sea anulado (*cfr*. al respecto, *supra,* marg. 61). Por lo demás, la administración debe guiarse, en el ejercicio de esa discrecionalidad, por los ya mencionados principios de legalidad y seguridad jurídica y decidir en función del peso respectivo que en el caso concreto tengan los mismos. Cuando predominan los argumentos favorables a la revisión (por ejemplo la gravedad del vicio de que adolece el acto, el gravamen que éste supone para los interesados o sus efectos para el interés general), el margen de discrecionalidad puede reducirse hasta dar lugar a un auténtico deber de revisar.[149]

Al igual que ocurre con la revisión de actos favorables (véase *supra,* margs. 38 y ss.), la revisión de actos administrativos desfavorables que infringen el derecho comunitario se rige por el derecho alemán, aunque se encuentra sometida a las influencias del comunitario. Véase la sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea publicada en *DVBl* 2004, p. 373, con comentario de Frenz. En ese caso concreto se planteaba el problema de una subvención invertida, es decir, la revisión de un acto firme por el que

[149] Sobre la revisión de una resolución por la que se exige una tasa, véase BVerwGE, 27, 141. Existe un régimen especial para los actos administrativos dictados en aplicación de una ley que más tarde es declarada nula o simplemente inconstitucional como resultado de la estimación de un recurso directo de inconstitucionalidad: véase § 79 II de la BVerfGG, §§ 183, 47 V 3 de la VwGO. Estos actos administrativos mantienen su existencia, pero ya no pueden ser ejecutados. La prohibición de que sean ejecutados equivale, de hecho, a una revisión con efectos *ex nunc*. Así, quien ya ha pagado no puede repetir, pero quien todavía no ha pagado ya no tiene que hacerlo.

DR © 2012, Universidad Nacional Autónoma de México,
Instituto de Investigaciones Jurídicas

se exigía al reintegro de una ayuda. El Tribunal exigió que en la decisión sobre la revisión de la resolución por la que se exige el reintegro se tuviera en cuenta la jurisprudencia comunitaria que se había producido en el tiempo intermedio entre el dictado del acto y su revisión.

B. *Revocación de actos administrativos desfavorables*

La revocación tiene por objeto, en principio, actos conformes a derecho. Al igual que ocurre con los actos favorables, la revocación se plantea en aquellos casos en que se produce un cambio material o jurídico que afecta a la base sobre la que se sustenta un acto administrativo con efectos prolongados.[150]

Mientras que el § 49 II, números 3 y 4, regula expresamente este supuesto en relación con los actos favorables, el § 49 I, que se ocupa de la revocación de actos desfavorables, no lo menciona especialmente. La habilitación discrecional de que dispone la administración es la que permite alcanzar soluciones adecuadas a las circunstancias del caso. Las reglas son, en consecuencia, las siguientes:

a) En principio, la revocación de actos desfavorables es una decisión discrecional.
b) El § 49 I *excluye* la revocación en estos casos:

— Si, una vez revocado el acto, tuviera que dictarse de nuevo un acto con el mismo contenido, es decir, si el acto que pretende revocarse es un acto reglado y siguen concurriendo los presupuestos para su producción.
— Si se oponen a la revocación otros motivos, como por ejemplo una praxis que vincule a la administración (es decir, que hasta ese momento la administración no haya utilizado su potestad de revocación en casos similares), el sentido y finalidad de la regulación jurídica material aplicable el supuesto de que se trate, las especificidades del

[150] Ejemplo: Al señor G se le prohíbe, por falta de honorabilidad, continuar ejerciendo una actividad comercial con base en el § 35 de la GewO; sin embargo, la conducta posterior del señor G permite sostener que ya no se encuentra afectado por esa falta de honorabilidad (supuesto de modificación de la situación material, véase BVerwGE 28, 202, en esp. 204). Una prohibición de ejercicio de actividad comercial se dicta en aplicación de preceptos legales que después son derogados (supuesto de modificación de la situación jurídica, véase BVerwGE 22, 16, 21 y ss.).

DR © 2012, Universidad Nacional Autónoma de México,
Instituto de Investigaciones Jurídicas

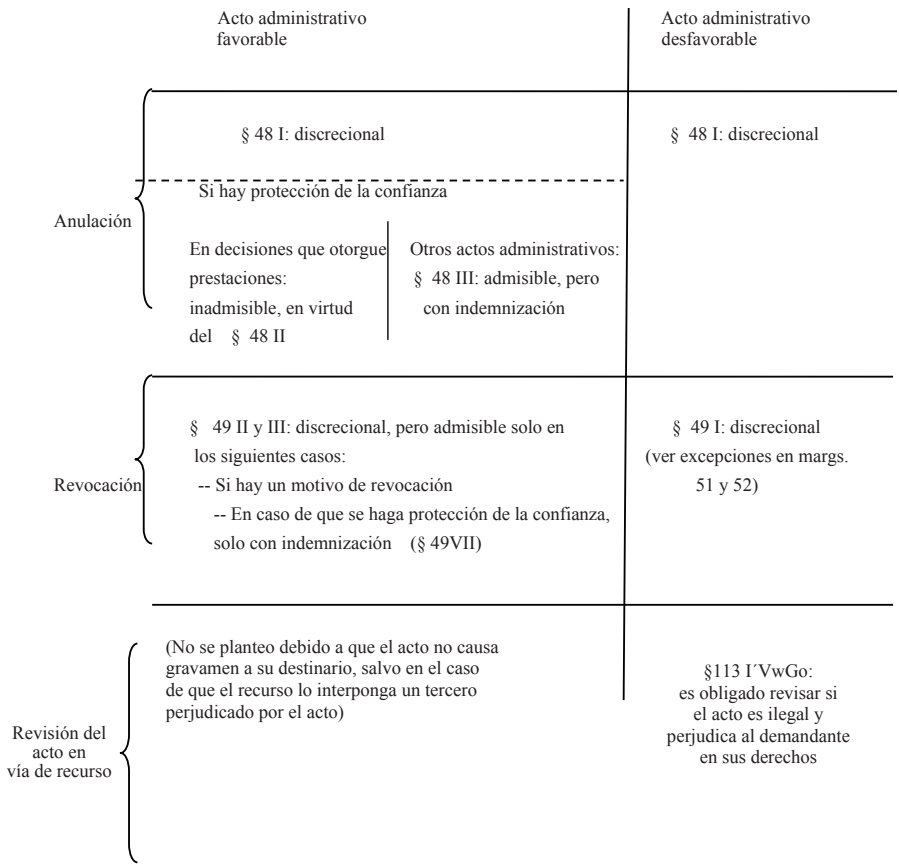
acto administrativo o la aplicación de principios generales del derecho.

c) Por el contrario, la revocación *es obligatoria* si han cambiado las circunstancias fácticas o jurídicas y por ello ya no sería posible dictar el mismo acto administrativo. Esto sucede, en especial, si un acto administrativo conlleva la limitación de un derecho fundamental y el cambio de la situación material o jurídica hace que desaparezcan los presupuestos que legitiman esa limitación. El principio de legalidad (y, tratándose de derechos fundamentales, incluso el respeto a la Constitución) exigen la eliminación de un acto administrativo que, por esa razón, ha "devenido antijurídico". El principio de seguridad jurídica no resulta afectado por esta eliminación, porque la estabilidad que con él se protege se refiere al momento de la producción del acto, pero no afecta a los cambios que se produzcan con posterioridad. Esta idea se entiende perfectamente si se piensa que los cambios de circunstancia producidos con posterioridad al dictado del acto no pudieron hacerse valer como motivos para impugnarlo. Además, la obligatoriedad de revocar el acto en este caso se ve reforzada por la aplicación del § 51 I *VwVfG*.[151]

[151] Ejemplos: En los casos mencionados más arriba de prohibición de ejercicio de actividades económicas es obligatorio (aunque sólo sea en aplicación del artículo 12 I GG) revocar la prohibición (BVerwGE 28, 202, 205 y ss., 209 y ss.). La clasificación de una publicación como peligrosa para la juventud debe ser revocada si la publicación ya no puede verse como peligrosa para la juventud en el sentido del § 1 GjS (en este sentido, BVerwGE 39, 197 y 202; BVerwG NJW 1987, 1435). La prohibición de un establecimiento artesanal debe ser revocada si con el paso del tiempo disminuye el tamaño de ese establecimiento y pasa a quedar colocado por debajo del umbral que marca el § 3 del HandwO (BVerwGE 59, 5). La prohibición de portar en clase una determinada pancarta política, dirigida a un profesor, debe ser retirada si ya no es necesaria para alcanzar su finalidad (BVerwGE 84, 292, 298).

Desde el punto de vista procesal, la revocación debe solicitarse a través de la acción de condena dirigida a la obtención de un acto administrativo. Se produce una situación procesal especial cuando el ciudadano que ha recibido una prohibición de ejercicio de una actividad económica la impugna y en el proceso se pone de manifiesto que efectivamente carecía del requisito de honorabilidad en el momento en que se dictó esa prohibición, pero que después ha pasado a reunirlo. Se plantea, en consecuencia, la pregunta de cuál es el momento relevante para enjuiciar la validez de un acto administrativo. Según la opinión dominante, ese momento es el de la última decisión administrativa, que normalmente coincide con la resolución del recurso administrativo interpuesto contra el acto, aunque, tratándose de actos administrativos de tracto sucesivo puede prolongarse ese momento hasta el de la última vista ante el Tribunal administrativo o incluso el de la decisión judicial (Schmitt Glaeser/Horn, VwprozR margs. 525 y ss.). Coherentemente con ello, el BVerwG ha mantenido el criterio de que la prohibición de ejercicio de la actividad económica debe ser anulada cuando la situación fáctica o jurídica cambia durante el proceso a favor del recurrente, aunque no con

DR © 2012, Universidad Nacional Autónoma de México,
Instituto de Investigaciones Jurídicas



efectos ex tunc, sino sólo a partir del momento en que se produzca ese cambio de circunstancias (BVerwGE 28, 202, 204 y ss.; 59, 5, 7 y ss.). Este resultado, que con seguridad es plausible desde el punto de vista de la oportunidad, puede sostenerse también en el plano dogmático si entendemos que el objeto del proceso no es una pretensión dirigida a que se condene a la administración a revocar el acto, sino que el objeto es la impugnación de la decisión administrativa de no revocar, es decir, de mantener, ese acto (aplicándose entonces las reglas ya indicadas sobre el momento relevante).

El BVerwG ha cambiado su jurisprudencia precisamente para el supuesto de la prohibición de ejercer el comercio. En estos momentos defiende la tesis de que sólo debe tenerse en cuenta la situación en el momento de la última decisión administrativa, no los cambios posteriores (BVerwGE 65, 1, 2 y ss.; desde entonces es la jurisprudencia constante, NVwZ, 1991, 372; NVwZ-RR 1997, 621; confirmado por el Tribunal Constitucional en BVerfG-K NVwZ, 1995, 1096). Para fundar su posición, el BVerwG invoca la modificación introducida en el § 35 VI de la GewO, según la cual en estos casos de cambio de circunstancias y de desaparición de la causa de incumplimiento del requisito de la honorabilidad, la administración debe examinar nuevamente la situación a instancia del interesado, aunque siempre

DR © 2012, Universidad Nacional Autónoma de México,
Instituto de Investigaciones Jurídicas

Sobre III-V. El siguiente esquema da una visión de las diferentes posibilidades de retirada del acto:

6. *La reapertura del procedimiento*

A. *Problemática*

Hasta aquí se han estudiado los presupuestos *jurídico-materiales* de la revisión de oficio y la revocación. Ahora se van a examinar las *cuestiones procedimentales*, estrechamente relacionadas con las anteriores. Los problemas en presencia se ponen de manifiesto a la vista del siguiente caso:

Al señor G, propietario de un terreno, se le dirige una resolución, provista de la correspondiente indicación de los recursos procedentes, en la que se le exige el pago de una cantidad en concepto de gastos de urbanización. El señor G paga la cantidad solicitada. Dos meses después se entera por una conversación con su vecino el señor N, de que a éste no se ha exigido cantidad alguna. El señor G piensa que, como la situación es idéntica en ambos casos, la resolución que se le ha dictado es ilegal. Así lo expone a la

dejando pasar el plazo de un año desde la denegación anterior. La posibilidad de examinar, a instancia de parte, las nuevas circunstancias impide, a juicio del Tribunal, que esas nuevas circunstancias se examinen en el proceso judicial impugnatorio en marcha. Sin embargo, esa tesis no es aceptable. Sería adecuado integrar ese nuevo examen en el proceso judicial de impugnación de la decisión desestimatoria, entre otras cosas porque también la jurisprudencia anterior partía del presupuesto de una nueva solicitud del interesado (BVerwGE 28 y 204). La terminología del § 35 IV de la GewO, que habla de una "nueva autorización" no oculta el hecho de que se trata de una revocación que abre la vía al ejercicio, libre a reserva de prohibición, de actividades económicas. Por ello es errónea la cita de la decisión (correcta) BVerwGE 60, 133, porque ésta se refiere a un cambio en la situación material tras el dictado de una orden de expulsión y esa cita ignora las grandes diferencias entre ambos casos: mientras la estancia de un extranjero en territorio alemán requiere una autorización y debe ser autorización de nuevo en caso de que se anule la expulsión, la actividad económica en los casos del § 35 VI GewO no requiere autorización previa, salvo en casos especiales, y por tanto no requiere una nueva autorización en el sentido de un permiso especial, sino que puede realizarse sin más tras la revocación de la prohibición recaída. Por ello la jurisprudencia del BVerwG ha sido criticada: Schenke, WiVerw, 1988, 145, 166 y ss.; K. H. Klein, NVwZ, 1990, pp. 633 y ss.; Kopp/Schenke, VwGO § 113, marg. 44; por el contrario son favorables a esa jurisprudencia Laubinger, VerwArch 89, 1998, pp. 163 y ss., con más referencias, Jochum, JuS, 2003, pp. 1104 y ss. Sobre el caso supuesto (la prohibición era inicialmente ilegal, pero sin embargo el comerciante ha perdido el requisito de la honorabilidad mientras se tramita el proceso), véase OVG Lüneburg, NVwZ, 1995, 185 y sobre ella Pager, NVwZ, 1996, pp. 124 y ss.

DR © 2012, Universidad Nacional Autónoma de México,
Instituto de Investigaciones Jurídicas

administración, reclamando la anulación de la resolución y la devolución de la cantidad ya pagada. La administración desestima la petición alegando que la resolución ya es firme al haberse agotado el plazo de impugnación.

a) La solicitud del señor G plantea dos cuestiones. Una de tipo *jurídico-material*, referida a si la administración puede (y debe) anular un acto ilegal, y por otro lado la cuestión *jurídico-procedimental* en torno a si la administración puede (y debe) revisar la legalidad de un acto cuyo plazo de impugnación ya se ha agotado. Al señor G sólo le puede servir la posible anulación del acto. Ésta sólo puede plantearse en caso de que la administración haya verificado la concurrencia de sus presupuestos, entre los que destaca la ilegalidad del acto cuya anulación se solicita. Cuando se habla de "revisión posterior", se hace referencia a que en un nuevo procedimiento se examina un asunto sobre el que ya ha recaído un acto que ha devenido firme y consentido, y que, en determinadas ocasiones, se dicta en ese asunto una nueva decisión que supone la eliminación o modificación del acto dictado en primer lugar. De esta forma se vuelve a abrir el antiguo procedimiento, y por eso se habla de "reapertura" del procedimiento.

A la reapertura del procedimiento se opone la firmeza (impugnabilidad) del acto administrativo inicial. El ciudadano tiene la posibilidad de impugnar los actos que le perjudican. Si no lo hace, o no lo hace a tiempo, debe asumir ese acto administrativo. Los plazos de impugnación sirven precisamente para asegurar que las posibles dudas sobre la legalidad de un acto administrativo se aclaran lo antes posible y que, una vez agotado ese plazo, tales dudas ya no pueden volver a plantearse, lo que sirve para garantizar el principio de seguridad jurídica; sin embargo, la firmeza del acto no puede convertirse en una barrera absoluta. Incluso las sentencias judiciales pueden —aunque sólo en supuestos definidos de manera muy estricta— ser nuevamente revisadas y, si se demuestra su ilegalidad, eliminadas. Con mayor razón aun debe aplicarse esta idea a los actos administrativos, que se dictan tras la tramitación de un procedimiento menos formalizado que el judicial y de los que no puede presumirse su certeza y legalidad en el mismo grado que respecto a las sentencias. Se trata de algo en lo que hoy todo el mundo está de acuerdo. Por tanto, la cuestión ya no es *si* la administración puede reabrir un procedimiento administrativo en el que ya ha recaído un acto firme, sino *en qué casos* puede o incluso debe hacerlo.

b) Cuando el ciudadano (en nuestro caso el señor G) solicita la anulación de un acto administrativo, está presentando, en realidad, dos peticiones: una dirigida a la reapertura del procedimiento y otra a la anulación del acto. Por esta razón caben distintas decisiones. La administración puede:

DR © 2012, Universidad Nacional Autónoma de México,
Instituto de Investigaciones Jurídicas

1. Denegar la reapertura del procedimiento.
2. Conceder la reapertura del procedimiento, pero dictar una nueva resolución desestimatoria sobre el fondo.
3. Reabrir el procedimiento y dictar una nueva resolución sobre el fondo que esta vez sea estimatoria de la solicitud.

Las tres posibles decisiones son actos administrativos. La primera de ellas era clasificada tradicionalmente, y en parte todavía hoy, como una mera "disposición confirmatoria", es decir, una mera remisión a la resolución desestimatoria inicial, entendiéndose que esa mera remisión carece de contenido regulador y por tanto no constituye un acto administrativo. Sin embargo, esto no es correcto, porque en realidad ese acto contiene una decisión desestimatoria sobre la reapertura del procedimiento y tiene, en consecuencia, un auténtico contenido regulador, en este caso sobre una cuestión procedimental. En consecuencia se trata de un acto administrativo cuya especialidad consiste en que no contiene una decisión jurídico-material sino jurídico-procedimental (*BVerwGE* 44, 333, 335; *BVerwG* NVwZ, 2002, 482). En los casos 2 y 3, se dicta, una vez acordada la reapertura del procedimiento, una nueva decisión sobre el fondo (es decir, sobre la anulación solicitada por el señor G), en un caso de sentido desestimatorio (en el caso 2) reo positivo (caso 3). Esa decisión sobre el fondo se denomina "segunda resolución" porque se resuelve sobre el fondo por segunda vez.

B. *La regulación de la reapertura del procedimiento en el § 51 de la VwVfG*

La reapertura del procedimiento se regula —aunque de manera incompleta— en el § 51 *VwVfG*.

a) *Requisitos de la reapertura*. La administración debe pronunciarse, a instancia del interesado, "sobre la retirada o modificación de un acto administrativo cuyo plazo de impugnación ya se ha agotado", es decir, debe reabrir el procedimiento, si se cumplen los siguientes requisitos:

— El afectado por el acto administrativo ha presentado una solicitud en ese sentido.
— Ya no cabe interponer recurso contra el acto administrativo (también cabe la reapertura del procedimiento respecto a actos confirmados

DR © 2012, Universidad Nacional Autónoma de México,
Instituto de Investigaciones Jurídicas

por una sentencia firme: *BVerwGE* 82, 272, 274 y ss.; 95, 86, 88 y ss.).
— Concurre alguno de los motivos de la reapertura del procedimiento del § 51 I *VwVfG* (serán estudiados en el apartado *b*).
— El interesado no pudo, sin culpa grave por su parte, hacer valer el motivo que justifica la reapertura del procedimiento en una fase anterior, y en especial a través de un recurso.
— La solicitud se presenta en el plazo de tres meses (§ 51 III *VwVfG*) a contar desde el conocimiento de la causa que justifica la revisión del acto.

b) *Los motivos de la reapertura del § 51 I VwVfG.*

aa) *Variación en la situación fáctica o jurídica que sirvió de base al acto* (núm. 1). Este motivo de reapertura apunta a la revocación del acto. Pues el interesado alega que la situación fáctica o jurídica ha cambiado con posterioridad al dictado del acto (cuya legalidad inicial no se pone en duda), de modo que el acto ya no se encuentra en conformidad con el ordenamiento jurídico.[152]

bb) *Aparición de nuevos medios de prueba* (núm. 2). La expresión "nuevos medios de prueba" no hace referencia a hechos nuevos (eso sería el supuesto anterior), sino a hechos antiguos, es decir, hechos que ya concurrían en la fecha en que se dictó el acto. Puede ser cualquiera de los medios de prueba enumerados en el § 26 *VwVfG* (en particular informaciones que puedan recabarse, testigos, dictámenes de peritos, documentos e inspección ocular). Son medios de prueba "nuevos" cuando sólo hayan sido conocidos o hayan podido aportarse después de la terminación del primer procedimiento administrativo. Esas nuevas pruebas deben mostrar, al menos indi-

[152] Ejemplos: Al señor G se le prohíbe, por medio de una resolución del 1o. de marzo de 1994, continuar ejerciendo su actividad económica. El 1o. de junio de 1994 es derogada la norma sobre la que se apoyaba esa resolución. El señor G puede exigir la reapertura del procedimiento, es decir, la revisión de la resolución de prohibición. El señor B solicita una subvención a la vivienda de 80 euros, y se le conceden, por resolución del 1o. de julio de 1994, sólo 40. El 1o. de diciembre de 1994, el señor B comunica que su situación económica ha empeorado y que tiene derecho a una subvención mayor. El cambio de la situación puede originarse también en la obtención de mayores conocimientos científicos (BVerwGE 115, 274, 281). El cambio en la jurisprudencia no supone, sin embargo, una alteración de la situación jurídica en los términos del § 51 I 1: BVerwGE NVwZ, 1989, 161 (cambio en la jurisprudencia de los tribunales de primera y segunda instancia), BVerwGE 95, 86, 89 y ss. (sentencia de un tribunal disciplinario), BVerwGE 121, 226, 228 y ss. (procedimiento posterior sobre un asunto similar), sin embargo, puede ser relevante a otros efectos distintos de la reapertura del procedimiento del § 51 VwVfG, véase infra, marg. 66.

DR © 2012, Universidad Nacional Autónoma de México,
Instituto de Investigaciones Jurídicas

ciariamente, la ilegalidad de la resolución administrativa. En este caso, por tanto, la reapertura del procedimiento da lugar a la posible anulación (no revocación) de la resolución.[153]

cc) *Motivos de los que justifican el recurso judicial de revisión del § 580 ZPO* (núm. 3): En este apartado de la *VwVfG* se contiene una remisión a los motivos del recurso de revisión del proceso civil, que también se aplican al contencioso-administrativo (§ 153 *VwGO*). La idea es que debe admitirse la reapertura del procedimiento administrativo al menos en aquellos casos en que se permite la revisión de un proceso judicial.[154]

c) Consecuencias de la reapertura del procedimiento. El § 51 es sólo una norma procedimental. Otorga al ciudadano el derecho a la reapertura del procedimiento y a que se dicte una nueva resolución sobre el fondo. El contenido de ésta depende del derecho material. Como se trata de anular o revocar un acto, la respuesta la van a dar los §§ 48 I 1 y 49 I *VwVfG*, a los que se remite expresamente el § 51. Debe revocarse un acto desfavorable si la situación fáctica o jurídica ha cambiado en beneficio del particular (ver *supra*, margs. 49 y ss.). La anulación de un acto desfavorable es, sin embargo, discrecional para la administración. Por tanto, es posible y legítimo que la administración llegue a la conclusión de que el acto revisado es, en efecto, ilegal, pero sin embargo rechace (en todo o en parte) su anulación. Este resultado parece poco satisfactorio. Es difícil que el ciudadano entienda que un procedimiento dirigido precisamente a la revisión del procedimiento, y en el que se constata la ilegalidad de la decisión dictada inicialmente, no produzca sin embargo consecuencia alguna. El resultado favorable (formalmente) que consiste en conseguir que la administración reabra el

[153] Ejemplo: El señor C solicita la exención del servicio militar de acuerdo con el § 11 II de la ley que lo regula, debido a que sus padres desaparecieron en guerra. La solicitud es desestimada por no haberse probado esa circunstancia; sin embargo ahora el señor C está en condiciones de aportar testigos que confirman ese hecho. El procedimiento debe reabrirse (BVerwGE 25, 241). Los informes periciales sólo se consideran "nuevas pruebas" cuando se emiten después del dictado del primer acto administrativo y se refieren a circunstancias nuevas, no conocidas en aquel momento, es decir, cuando se refieren a nuevas pruebas (BVerwGE 95, 86, 90 y ss.). Esta regla se justifica con facilidad, pues en caso contrario bastaría la obtención de un informe pericial nuevo para conseguir la reapertura del procedimiento. Sobre el concepto de "nuevos medios de prueba" como circunstancia que legitima la reapertura del procedimiento, véase BVerwG DVBl, 1982, 998; BVerwGE 82, 272, 275 y ss.

[154] Así venía pronunciándose la jurisprudencia del BVerwG ya antes de la aprobación de la VwVfG. Así, BVerwGE 19, 153, 155; 24, 115, 117. En la práctica este supuesto no se aplica casi nunca. Véase BVerwGE 95, 86, 91, un caso en el que, en una solicitud en la que se pretendía obtener una nueva decisión en un procedimiento disciplinario, se examina y se deniega la posible aplicación de los apartados 6 y 7b del § 580 de la ZPO.

DR © 2012, Universidad Nacional Autónoma de México,
Instituto de Investigaciones Jurídicas

procedimiento, carece de consecuencias materiales favorables para él si no consigue la eliminación del acto. En este caso el principio de seguridad jurídica tiene un papel menos relevante que el de legalidad. Por ello debe considerarse, como regla general, que constituye un ejercicio ilegal de la discrecionalidad toda decisión administrativa por la que, al término de un proceso de revisión del procedimiento, y tras constatar la ilegalidad de la resolución dictada inicialmente, no se anula esa decisión. En casos excepcionales puede estar justificado este resultado, por ejemplo si se trata de un acto administrativo que también afecta a terceros y para proteger la confianza de éstos. También puede plantearse una eliminación limitada del acto, por ejemplo con efectos sólo *ex nunc* (*BVerwGE* 42, 353, 358 y ss.).[155]

C. *¿Reapertura del procedimiento al margen del § 51 VwVfG?*

El § 51 *VwVfG* contiene un catálogo cerrado de supuestos de reapertura del procedimiento, que no puede ser ampliado por la vía de una interpretación extensiva o de la analogía; sin embargo, no afecta a las reglas sobre anulación o revocación de los §§ 48 I y 49 I *VwVfG* (así lo indica expresamente en § 51 V). Por lo tanto, la administración puede revocar o anular de oficio un acto administrativo aunque no concurra una causa de las que

[155] La opinión que aquí se defiende, que une la reapertura del procedimiento con las reglas sobre la anulación y la revocación, no carece de oponentes (defienden esta misma tesis, por ejemplo, Weides, Verwaltungsverfahren, pp. 332 y ss.; Meyer-Borgs, VwVfG, § 51 núms. 3 y ss.; la opinión dominante es la contraria: Ule/Laubinger, Verwaltungsverfahrensrecht, § 65 IV 1; Schenke, DÖV, 1983, pp. 330 y ss.; Selmer, JuS, 1987, pp. 363 y ss.; Erichsen, VerwR § 20 núms. 10 con más referencias; véase también BVerwG DVBl, 1982, 998). La opinión contraria hace una separación neta entre el procedimiento de anulación o revocación de los §§ 48 y 49 VwVfG y la reapertura del procedimiento del § 51. Mientras que en el primer caso la revisión y la anulación o revocación serían, en principio, decisiones discrecionales de la administración, en el segundo caso ésta debe llevar a cabo la revisión y, en caso de que concurran los requisitos formales y materiales de la reapertura, dictar una nueva resolución sobre el fondo. Esta tesis diferenciadora se opone, sin embargo, al tenor literal de la Ley y a los antecedentes parlamentarios (BT-Drs. 7/910 p. 75); además, separa dos fenómenos que están materialmente relacionados y lleva a la tramitación de dos procedimientos paralelos con objetos muy similares pero con distintos requisitos y distintas consecuencias jurídicas (anulación o revocación en un caso, reapertura del procedimiento en otro). Tampoco es una tesis recomendable por motivos prácticos, pues para evitar el insatisfactorio resultado de que la reapertura del procedimiento termine con una decisión que, aun constatando la ilegalidad de la decisión adoptada en primer lugar, la confirme, basta emplear la reducción de la discrecionalidad; por otro lado, es justo la unión de la reapertura del procedimiento y los §§ 48 y 49 VwVfG la que permite tener en cuenta los casos especiales (véase supra, margs. 47 y ss.).

DR © 2012, Universidad Nacional Autónoma de México,
Instituto de Investigaciones Jurídicas

legitima la reapertura del procedimiento con arreglo al § 51. Esa potestad permite a la administración verificar por sí misma si concurren los requisitos de la anulación o revocación, es decir, reabrir el procedimiento administrativo. Por tanto, cabe distinguir entre la reapertura en sentido estricto (regulada por el § 51 *VwVfG*) y en sentido amplio (derivada de la aplicación de los §§ 48 y 49 *VwVfG*). Mientras que, si concurren los requisitos del § 51, la administración está obligada a reabrir el procedimiento, la reapertura en sentido amplio es discrecional, aunque, como en otros supuestos, la discrecionalidad puede convertirse en un deber en casos especiales.

Es discutible si el particular tiene *derecho* a que la administración ejerza esa discrecionalidad de forma legal y, en caso de que la discrecionalidad se reduzca, si tiene derecho a la reapertura del procedimiento en sí misma. Ese derecho se ha negado tradicionalmente (y en parte se sigue negando hoy) apelando a los breves plazos de impugnación de los actos administrativos, que se verían eludidos si se concediera a los ciudadanos tal derecho. Sin embargo, si aplicamos las reglas generales sobre los derechos subjetivos y sus requisitos debe afirmarse la existencia de ese derecho, porque las reglas de los §§ 48 I y 49 I *VwVfG*, que establecen límites a la discrecionalidad administrativa, con seguridad no persiguen únicamente el interés público, sino que también intentan proteger el interés del particular, especialmente cuando se trata de actos de contenido desfavorable, que son los únicos de que estamos hablando ahora. Tampoco constituye un obstáculo la firmeza del acto administrativo. La mera existencia de las potestades administrativas de reapertura del procedimiento y anulación y revocación de actos administrativos ya constituyen una excepción a la misma. El hecho de que el ciudadano tenga un derecho subjetivo al ejercicio de esas potestades no amplía esa excepción, sino que únicamente la complementa de un modo acorde con el Estado de derecho.[156]

Deben añadirse las siguientes consideraciones:

[156] Esta opinión favorable al derecho subjetivo ya se había ido abriendo camino (aunque con grandes vacilaciones y discusiones) antes de la aprobación de la VwVfG: véase BVerwGE 27, 297, 305 y ss. (sobre todo en relación con su fundamento constitucional); BVerwGE 44, 333; BGH DÖV 1973, 92; además Maurer, JuS, 1976, pp. 25 y ss. con más referencias. La VwVfG de 1976 se adhiere a esta idea. El § 51 no pretende restringir los planteamientos tradicionales sobre la reapertura del procedimiento, sino regular expresamente algunos de los supuestos de la misma, de tal modo que cuando éstos se dan el ciudadano tiene derecho, en todo caso, y siguiendo lo que venía reconociendo la jurisprudencia, a la reapertura del procedimiento. Véase BVerwG NJW, 1981, 2595; BVerwGE 78, 332, 338 y ss.; 95, 86, 92; 121, 226, 230 y ss.; 122, 103, 107.

DR © 2012, Universidad Nacional Autónoma de México,
Instituto de Investigaciones Jurídicas

a) *Criterios que deben tenerse en cuenta en el ejercicio de la discrecionalidad.* La solicitud del ciudadano dirigida a la reapertura del procedimiento debe ser examinada y resuelta de conformidad con los principios generales sobre el ejercicio de la discrecionalidad. En su ejercicio debe ponderarse también, por supuesto, la firmeza del acto originario: es un factor relevante, aunque no decisivo por sí solo. Cuando el particular se limita a alegar la ilegalidad del acto administrativo o a invocar motivos que ya han sido rechazados al desestimar anteriores recursos o solicitudes de reapertura, la administración puede denegar la solicitud remitiéndose sin más a la firmeza del acto sin que ello suponga un ejercicio ilegal de la discrecionalidad. Sin embargo, cuando se invoquen motivos nuevos o insuficientemente atendidos, la administración debe examinar con cuidado los puntos a favor y en contra de la reapertura.
b) *Derecho a la reapertura.* Se produce la reducción a cero de la discrecionalidad, con la consecuencia de que la administración está obligada a reabrir el procedimiento (y el particular tiene un derecho subjetivo a ello), además de en los supuestos del § 51 I, cuando la administración haya otorgado la reapertura en casos similares (vinculación por el precedente, *BVerwGE* 26, 153, 155), cuando el mantenimiento del acto administrativo sea "sencillamente inaceptable" (*BVerwGE* 28, 122, 127 y ss.), y cuando "sea claro que en esas circunstancias, invocar la firmeza del acto dictado originariamente constituya un ataque a las buenas costumbres o a la buena fe" (*BVerwGE* 44, 333, 336).
c) *Nuevos criterios jurisprudenciales*. Es discutido y dudoso en qué medida constituye un motivo para la reapertura del procedimiento el hecho de que una vez dictado el acto se produzca un cambio jurisprudencial, sea en el sentido de corregir la doctrina de los tribunales inferiores, sea porque un Tribunal corrige su propia doctrina.[157]

[157] Ejemplo: El funcionario señor B solicita una ayuda para una estancia de reposo que ha llevado a cabo después de sufrir una enfermedad. La solicitud es desestimada porque la normativa vigente no reconoce derecho a percibir una ayuda para tal estancia. El señor B comprueba que esa interpretación normativa se corresponde con la jurisprudencia del Tribunal administrativo competente y renuncia a recurrir. Tres meses después el BVerwG dicta una sentencia que interpreta de otro modo los preceptos legales y declara el derecho a recibir ayudas para esos tratamientos. El señor B solicita, invocando esa sentencia, la reapertura del procedimiento y la concesión de la ayuda inicialmente denegada.

DR © 2012, Universidad Nacional Autónoma de México,
Instituto de Investigaciones Jurídicas

Si se considera que la nueva decisión judicial supone un cambio en el Ordenamiento jurídico, entonces debe concluirse que se ha producido un cambio en la situación jurídico que obliga a la reapertura del procedimiento en virtud del § 51 I 1 *VwVfG*; sin embargo, sólo en casos excepcionales puede aceptarse este resultado. Normalmente ese cambio jurisprudencial sólo indica que la interpretación seguida anteriormente era incorrecta y que el acto administrativo que en ella se apoyaba era ilegal desde el principio. La nueva jurisprudencia no proporciona, por sí sola, un derecho a la reapertura del procedimiento; sin embargo, debe ser tenida en cuenta en el ejercicio de la discrecionalidad como un factor relevante, sobre todo en la medida en que ponga de manifiesto sin duda alguna la ilegalidad del acto administrativo.[158]

En el caso expuesto más arriba debe reabrirse el procedimiento, salvo que existan motivos especiales en contra (como por ejemplo los efectos que puedan producirse sobre otros supuestos similares o la existencia de medios limitados).

7. *La posibilidad de revisar actos administrativos favorables que producen efectos desfavorables para terceros*

Se trata en este apartado de actos administrativos que benefician a una persona y perjudican a otra (ver el estudio de concepto en el § 9, marg. 50). El supuesto típico es una licencia de obras que favorece al dueño del terreno pero afecta a los derechos de los vecinos.

[158] En este sentido se pronuncia el BVerwG NJW 1981, 2595 (leading case); BVerwG NVwZ, 1988, 143 (modificación de la jurisprudencia de los Tribunales de primera y segunda instancia), BVerwG NVwZ, 1995, 1097 (cambio en la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos). La jurisprudencia anterior era vacilante. La existencia de una obligación de reabrir el procedimiento fue negada por BVerwGE 28, 122, 124 y ss. y BVerwG DÖV 1978, 405, y sin embargo afirmada por BVerwGE 17, 256, 260 y ss. y 35, 234, 237, así como por BSozGE 36, 120, 123 y ss. en caso de un cambio en la jurisprudencia de los tribunales más altos. El § 51 VwVfG ha dejado deliberadamente sin responder esa cuestión (ver BT-Drs. 7/910, pp. 764 y ss.). El § 48 II del SGB X establece una obligación (limitada) de anular el acto y por tanto de reabrir el procedimiento. Véase también BVerwGE 27, 141, 142 y ss. acerca de los efectos de la declaración de nulidad de una ordenanza sobre la anulación de un acto administrativo en casos similares.

DR © 2012, Universidad Nacional Autónoma de México,
Instituto de Investigaciones Jurídicas

A. *Impugnación*

El tercero (por ejemplo, el vecino) perjudicado por el acto puede interponer recurso contra él. Si la impugnación es admisible y está fundada en derecho, el acto deberá ser anulado (ver § 113 I de la *VwGO*). El principio de protección de la confianza no se opone a ello porque no entra en juego, en primer lugar porque el favorecido por el acto debe contar con la posibilidad de que éste sea recurrido (mientras no haya transcurrido el plazo de recurso, claro), y en segundo lugar las consideraciones relativas a la protección de la confianza del favorecido por el acto no pueden oponérsele al perjudicado por él.[159]

B. *Anulación y revocación*

Las reglas de los §§ 48 y 49 de la *VwVfG* sólo se ocupan de los actos que son sólo favorables o sólo desfavorables. Tal como se desprende del § 50 *VwVfG*, la anulación y revocación de los actos favorables que producen efectos negativos para terceros se rigen por las reglas y principios relativos a la anulación y revocación de los *actos favorables*. Por lo tanto, también en este caso se aplican los límites a la anulación y revocación derivados del principio de protección de la confianza. Sin embargo, en la ponderación de intereses no deben tenerse en cuenta únicamente los intereses del beneficiado por el acto y los intereses públicos, sino también los del tercero que resulta perjudicado por el acto.[160]

[159] Más problemático es saber si el vecino, al que no se ha notificado la licencia, puede impugnarla después del transcurso del plazo de un año, pues los plazos de recurso comienzan a correr con la notificación del acto; al vecino podrá oponérsele, si conoce de hecho la existencia de la obra y no recurre en un plazo apropiado, el principio de buena fe: véase BVerwGE 44, 294, 299 y ss.; 78, 85, 88 y ss.

[160] Ejemplo: Se otorga una licencia de obras que incumple las reglas sobre retranqueo a linderos. En la decisión acerca de la anulación de la licencia debe tenerse en cuenta el perjuicio que sufre el vecino (aunque en el bien entendido que las normas sobre retranqueo a linderos protegen ciertamente los intereses de los vecinos, pero también y fundamentalmente los intereses públicos).

DR © 2012, Universidad Nacional Autónoma de México,
Instituto de Investigaciones Jurídicas

C. *La regla especial del § 50 VwVfG*

La regla especial del § 50 *VwVfG* se refiere al supuesto de que un acto favorable con efecto negativo para terceros es impugnado por ese tercero, y dispone que, en ese caso, el acto puede ser anulado o revocado por la administración sin respetar las restricciones que imponen los §§ 48 y 49 *VwVfG* en aras del principio de protección de la confianza. [Nt15] Por lo tanto, esta regla especial desplaza al principio de protección de la confianza. El principio de protección de la confianza no puede oponerse a esta anulación porque el sujeto favorecido por el acto debe contar con la posibilidad de que éste sea impugnado con éxito (véase *supra,* marg. 67). Esta regla se basa igualmente en la economía procesal, ya que de este modo el órgano que ha dictado el acto puede anularlo él mismo si llega a la convicción de que es ilegal, en lugar de esperar a que lo haga otro competente para conocer de los recursos que se interpongan contra él. De todas formas, el principio de economía procesal tiene una eficacia limitada, porque también es posible que, si se acuerda la anulación, sea el favorecido por el acto el que interponga recurso alegando que no se cumplen los requisitos del § 50.

[Nt15] El § 50 no se refiere a la anulación o revocación de un acto *en vía de recurso*, sino a la posibilidad de que el órgano que ha dictado ese acto lo anule o revoque mientras está pendiente de resolución un recurso interpuesto *ante otro órgano* (administrativo o judicial) distinto del que lo ha dictado.

Para que se aplique el § 50 *VwVfG*, es decir, para que no se apliquen las reglas sobre protección de la confianza de los §§ 48 y 49 *VwVfG* (incluidas las reglas sobre compensación indemnizatoria) es necesario que:

— El acto administrativo haya sido impugnado efectivamente (mediante recurso administrativo y acción judicial de impugnación), no siendo suficiente su mera impugnabilidad.
— Que el recurso interpuesto sea admisible.
— Que el procedimiento de recurso aún esté abierto.
— Que la eliminación del acto por el órgano que lo ha dictado produzca un efecto equivalente a la estimación del recurso, no tanto porque los argumentos jurídicos de la anulación sean los mismos que los del recurso, sino porque el resultado final sea idéntico.

DR © 2012, Universidad Nacional Autónoma de México,
Instituto de Investigaciones Jurídicas

— Que el recurso esté fundado, es decir, que el acto lesione efectivamente los derechos del tercero.

Casi todos esos requisitos se discuten en la doctrina y la jurisprudencia con mayor o menor intensidad. Es el caso, en particular, del requisito de que el recurso está fundado, que algunos consideran irrelevante (así Obermeyer/Schäfer, *VwVfG*, § 50, marg. 18); sin embargo, a favor de ese requisito puede invocarse el tenor literal del § 50 (que equivalga a la "estimación"), y además la ratio de este precepto, con el que se pretende permitir a la administración que se adelante a la anulación del acto por el órgano que conoce del recurso, y el principio de protección de la confianza, que debe ser respetado siempre que el tercero no tenga derecho a la anulación o corrección del acto administrativo. La consecuencia es, sin embargo, que en el supuesto de revocación el § 50 *VwVfG* sólo entra en juego si, mientras se tramita el recurso, el órgano que ha dictado el acto pasa a considerarlo inoportuno. La cuestión, debatida en la doctrina, acerca de la competencia y el momento para decidir si el recurso está fundado y si el acto es contrario a derecho, es un falso problema: si la Administración quiere eliminar un acto aprovechándose del régimen favorable del § 50 *VwVfG*, debe verificar si concurren sus requisitos, lo que incluye controlar si el recurso está, previsiblemente, fundado. Si el acto es, efectivamente, retirado, y el favorecido por él impugna la anulación, entonces será el tribunal administrativo el que determine, en último término, si el recurso interpuesto por el perjudicado por el acto estaba en realidad bien fundado como sostiene la administración, es decir, si hubiera sido estimado.[161]

[161] La anulación pone fin al recurso. El favorecido por el acto puede, si considera que la anulación es ilegal, interponer recurso frente a ella.

Ejemplo: Si en el ejemplo anterior el vecino ha interpuesto recurso, la administración puede anular la licencia sin más condiciones; el titular de la misma no puede oponerse invocando la protección de la confianza y tampoco recibe, por tanto, una indemnización al amparo del § 48 III VwVfG (aunque sí tal vez con apoyo en otros fundamentos jurídicos como el artículo 34 de la GG o el § 839 del BGB o si se considera que el daño constituye una forma de expropiación). Para un estudiado más detallado sobre el § 50 VwVfG, véase Remmert, Die behördliche Aufhebung von Verwaltungsakten mit Doppelwirkung, VerwArch, 91, 2000, pp. 209 y ss.

Bibliografía sobre el § 11: Ipsen, Widerruf gültiger Verwaltungsakte, 1932; Haueisen, Die Rücknahme fehlerhafter Verwaltungsakte, NJW 1954, pp. 1425 y ss.; Becker/Luhmann, Verwaltungsfehler und Vertrauensschutz, 1963; Bullinger, Zur Bestandskraft belastender Verwaltungsakte, JZ, 1963, pp. 466 y ss.; J. Martens, Der Anspruch auf Rücknahme eines belastenden Verwaltungsakts, NJW, 1963, pp. 1856 y ss.; Ossenbühl, Die Rücknahme fehlerhafter begünstigender Verwaltungsakte, 2a. ed., 1965; Maurer, Die Rücknahme re-

DR © 2012, Universidad Nacional Autónoma de México,
Instituto de Investigaciones Jurídicas

chtswidriger belastender Verwaltungsakte, DÖV, 1966, pp. 477 y ss.; idem, Wiederaufgreifen unanfechtbar abgeschlossener Verwaltungsverfahren, JuS, 1976, pp. 25 y ss.; idem, Das Vertrauensschutzprinzip bei Rücknahme und Widerruf von Verwaltugnsakten, Festschrift für den Boorberg-Verlag, 1977, pp. 223 y ss.; Bettermann, Über die Wiederaufnahme abgeschlossener Verwaltungsverfahren, Festschrift für Hans J. Wolff, 1973, pp. 465 y ss.; Göldner, Die Rücknahme rechtswidriger begünstigender Verwaltungsakte nach dem neuen Verwaltungsverfahrensrecht, DÖV, 1979, pp. 805 y ss.; Sachs, Das Wiederaufgreifen des Verwaltungsverfahrens, JuS, 1982, pp. 264 y ss.; Schenke, Probleme der Bestandskraft von Verwaltungsakten, DÖV, 1983, pp. 320 y ss.; Kopp, Die Bestandskraft von Verwaltungsakten, DVBl, 1983, pp. 392 y ss.; Erichsen/Knoke, Bestandskraft von Verwaltungsakten, NVwZ, 1983, pp. 185 y ss.; Merten, Bestandskraft von Verwaltungsalten, NJW, 1983, 1993 y ss.; J. Ipsen, Verbindlichkeit, Bestandskraft und Bindungswirkung von Verwaltungsakten, DV 17, 1984, pp. 169 y ss.; Schwabe, Das Wiederaufgreifen unanfechtbarer Verwaltungsakte, JZ, 1985, pp. 545 y ss.; Selmer, Wiederaufgreifen des Verwaltungsverfahrens–von Amts wegen und auf Antrag, JuS, 1987, pp. 363 y ss.; Frohn, Das Verwaltungsrechtliche Zweitverfahren: Rücknahme, Widerruf und Wiederaufgreifen (§§ 48 ff. VwVfG), DV 20, 1987, pp. 337 y ss.; M. J. Seibert, Die Bindungswirkung von Verwaltungsakten, 1989; Knoke, Rechtsfragen der Rücknahme von Verwaltungsakten, 1989; Baumeister, Der Anspruch auf ein Wiederaufgreifen unanfechtbar abgeschlossener Verwaltungsverfahren, VerwArch 83, 1992, pp. 374 y ss.; Steiner, Zum Anwendungsbereich der verwaltungsverfahrensrechtlichen Regelungen über die materielle Bestandskraft von Verwaltungsakten (§§ 48, 49 VwVfG), VerwArch 83, 1992, pp. 479 y ss.; Preusche, Zum Ändern und Ersetzen angefochtener Verwaltungsakte, DVBl. 1992, pp. 797 y ss.; Schnapp, Rücknahme von Verwaltungsakten, SGb 1993, pp. 1 y ss.; Lehner, Der rückwirkende Widerruf von begünstigenden Verwaltungsakten nach dem Eintritt einer Sachverhaltsänderung, DV 26, 1993, pp. 183 y ss.; Bronnenmeyer, Der Widerruf rechtsmässiger begünstigender Verwaltungsakte nach § 49 VwVfG, 1994; Siebelt/Eckert, Dritte als Rückforderungsadressaten im Verwaltungsrecht, DVBl, 1995, pp. 114 y ss.; Wickel, Bestandskraft im Umweltrecht, 1996; Gassner, Rücknahme drittbelastender Verwaltungsakte im Rechtsbehelfsverfahren, JuS, 1997, pp. 794 y ss.; Stelzer, Was leistet das Prinzip der Rechtssicherheit? DV 30, 1997, pp. 139 y ss.; Erichsen/Ebber, Das Wiederaufgreifen unanfechtbar abgeschlossener Verwaltungsverfahren gemas § 51 VwVfG, Jura, 1997, pp. 424 y ss.; Erichsen/Brügge, Die Rücknahme von Verwaltungsakten nach § 48 VwVfG, Jura, 1990, pp. 155 y ss.; Pauly/Pudelka, Verwaltungsprozessuale Folgenprobleme des § 49a VwVfG, DVBl 1999, pp. 1609 y ss.; Bamberger, Rücknahme und Widerruf begünstigender Allgemeinverfügungen, DVBl, 1999, pp. 1632 y ss.; Sauerbaum, Widerruf und Erstattung bei Geld-und Sachleistungsverwaltungsakten nach der Novellierung des Verwaltungsverfahrensrechts, VerwArch 90, 1999, pp. 361 y ss.; Schenke, Der Anspruch des Verletzen auf Rücknahme des Verwaltungsakts von Ablauf der Anfechtungsfristen, Festschrift für Maurer, 2001, pp. 723 y ss.; Hansmann, Der Bestandsschutz im Immissionsschutzrecht, BVerwG-Festschrift, 2003, pp. 935 y ss. Sobre el principio de protección de la confianza, véase supra, marg. 22.

Jurisprudencia sobre el § 11 I: BVerfGE 60, 253, 269 y ss. (sobre el significado de la firmeza en el Estado de derecho); BVerwGE 48, 271 (firmeza de la denegación de una licencia de construcción); BVerwG en DÖV 1977, 249 (firmeza de una resolución sobre el pago anticipado de los costes de urbanización); BVerwG DÖV 1982, 941 (firmeza de los actos administrativos con efectos frente a terceros).

DR © 2012, Universidad Nacional Autónoma de México,
Instituto de Investigaciones Jurídicas

Jurisprudencia sobre el epígrafe III (Revisión de oficio de actos administrativos favorables): BVerfGE 59, 128, 152 y ss. (fundamentos constitucionales); BVerwGE 56, 230 (sobre la revisión de oficio de un acto administrativo con una irregularidad formal); BVerwGE 68, 151 (revisión de oficio de un aplazamiento en la llamada a filas para cumplir el servicio militar); BVerwGE 68, 159 y 78, 139 (retirada del permiso para desarrollar una actividad empresarial, protección de la confianza); BVerwGE 70, 356 (plazo para la revisión de oficio); BVerwGE 71, 220 (modificación de una resolución sobre ayudas para el estudio a favor del estudiante); BVerwGE 71, 261 (revisión de oficio según los principios generales del derecho administrativo); BVerwGE 74, 357 (revisión de oficio de un acto administrativo por vulneración del derecho comunitario, informaciones falsas, cese del enriquecimiento injusto); BVerwGE 78, 101 y 87, 103 (Revisión de oficio de una ayuda al estudio según los §§ 44 y ss. del SGB X); BVerwGE 85, 79 y 88, 312 (retirada del permiso para desarrollar una actividad empresarial); BVerwGE 88, 278 (presupuestos de la revisión de oficio); BVerwGE 92, 81 y 106, 328 (revisión de oficio de la certificación necesaria para obtener una ayuda comunitaria a la inversión); BVerwGE 98, 298, 304 y ss. (revisión de oficio de un permiso de residencia); BVerwGE 100, 199 (plazo para la revisión de oficio); BVerwGE 110, 226 (competencia, plazo para la revisión de oficio y retraso desleal [Verwirkung]); BVerwGE 118, 216 (revisión de oficio de la nacionalización obtenida mediante engaño doloso); BVerwGE NVwZ 1985, 488 (revisión de oficio de una subvención, carga de la prueba); BVerwGE NJW 1992, 328 (diferenciación entre revisión de oficio y reintegro de las prestaciones recibidas, cese del enriquecimiento injusto); OVG Münster en DÖV 1981, 109 (revisión de oficio de un acto administrativo contrario a un reglamento administrativo); OVG Münster NVwZ 1985, 661 (revisión de oficio de la resolución de un recurso administrativo según el § 72 del VwGO); BadWürttVGH NVwZ 1992, 184 (revisión de oficio de una resolución de revisión de oficio); BVerwGE NVwZ 2003, 1384 (Revisión de oficio de la resolución que otorgaba una subvención contraria a un reglamento administrativo). Sobre la jurisprudencia del BVerwG en materia de revisión de oficio anterior a la VwVfG, véase supra, margs. 21 y 23.

Jurisprudencia sobre el epígrafe IV (Revocación de actos administrativos favorables): BVerwGE 32, 12 (presupuestos de la revocación); BVerwGE 68, 267 (revocación, audiencia previa); BVerwGE 71, 234 (revocación de un permiso de armas); BVerwGE 105, 6 (revocación del permiso de funcionamiento de una instalación atómica: caso del cementerio nuclear Morsleben); BVerwGE 105, 55 (revocación de una subvención, significado para la correcta adopción de una decisión discrecional de los principios de economía y austeridad); BVerwGE 105, 214 (revocación de una aprobación médica; ausencia de plazo preclusivo); BVerwGE 108, 30 (mantenimiento de una revisión de oficio ilegal considerándola una revocación); BVerwGE 112, 360 (plazo para la revocación por incumplimiento de un modo); BVerwGE 116, 332 (reintegro de una prestación según el § 49a de la VwVfG, intereses); BVerwGE 117, 380 (revocación de un permiso de residencia indefinido); BVerwGE 118, 174 (revocación de la resolución por la que se reconocía el asilo); BVerwG en NVwZ 1984, 102 (revocación de la autorización para el empleo de un libro como texto escolar); BVerwG NVwZ, 1987, 498 (reserva de revocación); BayVGH en BayVBl. 1986, 304 (reserva de revocación); HessVGH en DVBl 1992, 1446 (revocación de una resolución por la que se fijaba el plan y se autorizaba el desarrollo de un proyecto); BGH NJW, 1970, 1178 (ausencia de indemnización por la revocación como consecuencia de una reserva de revocación).

DR © 2012, Universidad Nacional Autónoma de México,
Instituto de Investigaciones Jurídicas

§ V. Las cláusulas accesorias de los actos administrativos, en particular las condiciones y los modos[162]******

1. *Significado general*

Elemento esencial de todo acto administrativo es un contenido regulador. Esta *regulación principal* puede ser complementada o limitada mediante una *cláusula adicional*, denominada cláusula accesoria. Lo son en tal sentido el término, la condición, la reserva de revocación, el modo y la reserva del modo.

Las cláusulas accesorias juegan un papel esencial en la práctica administrativa, particularmente en relación con las licencias de edificación y con las autorizaciones para el ejercicio de una actividad económica. Tienen primordialmente la finalidad de eliminar los obstáculos jurídicos y también fácticos que (aún) se oponen a una autorización sin restricciones. La administración no debe, si existen objeciones a una autorización sin ninguna clase de limitación, rechazar dicha autorización solicitada si puede adoptarla con determinadas reservas; en lugar de un estricto "no" que supone la denegación, se introduce un restrictivo "sí, pero" de una autorización con cláusulas accesorias. Las cláusulas accesorias posibilitan una administración elástica

Jurisprudencia de los epígrafes V y VI (revisión de oficio y revocación de actos administrativos, reapertura del procedimiento): BVerfGE 27, 297 (fundamentos constitucionales); BVerwGE 27, 141 (revisión de oficio de una decisión sobre imposición de tasas antijurídica); BVerwGE 30, 132 y 67, 129, 133 y sigs. (modificación de resoluciones sobre tasas en perjuicio del interesado); BVerwGE 44, 333 (reapertura del procedimiento aplicando los principios generales del derecho); BVerwGE 69, 90 (nueva solicitud para el reconocimiento de la condición de objetor de conciencia); BVerwGE 70, 110 y 82, 272 (reapertura del procedimiento también en los casos en los que el acto administrativo en cuestión estaba confirmado por una sentencia judicial firme); BVerwGE 78, 332 (reapertura del procedimiento en casos de derecho de asilo); BVerwGE 95, 86 (reapertura del procedimiento según el § 51 VwVfG y los principios generales del derecho administrativo); BVerwGE 104, 115 (limitación de la reapertura del procedimiento según el § 51 I núm. 1 VwVfG a los actos administrativos con efectos prolongados —*Dauerverwaltungsakte*—); BVerwGE 115, 302 (impugnación y revocación de actos administrativos desfavorables); BVerwG en NJW 1981, 2595 (¿reapertura del procedimiento por cambios en la jurisprudencia?); BVerwG en DVBl, 1982, 998 y NVwZ 2002, 483 (resolución confirmatoria); OVG Münster en NVwZ 1986, 51 y BadWürttVGH en NVwZ 1986, 225 (ambas sobre la reapertura del procedimiento en aplicación del § 51 VwVfG).

[162]****** El § 12 ha sido traducido por José García Alcorta, doctor en derecho y abogado.

DR © 2012, Universidad Nacional Autónoma de México,
Instituto de Investigaciones Jurídicas

y convienen a los intereses de los ciudadanos. Pero también esconden el peligro de una reglamentación y tutela públicas.

Las cláusulas accesorias se regulan en el § 36 *VwVfG*. El párrafo 1 se refiere a la licitud de las cláusulas accesorias en relación con actos administrativos reglados, el párrafo 2 alude a la licitud de las cláusulas accesorias en relación con actos administrativos discrecionales. El párrafo 2 contiene además definiciones legales de las particulares cláusulas accesorias.

2. *Tipos de cláusulas accesorias*

A pesar de las definiciones legales del § 36 II *VwVfG*, la delimitación de las particulares cláusulas accesorias siempre plantea dificultades. La problemática se simplifica si se toma en consideración la regulación principal, la determinación del contenido del acto administrativo.

A. *La regulación principal del acto administrativo y sus límites*

Con la fijación del contenido regulador del acto administrativo (un contenido favorable, un perjuicio), se determinan al mismo tiempo sus límites. Si, por ejemplo, una notificación tributaria señala la cantidad de 1000 marcos, es dicho importe el que se exige, ni más ni menos; si se autoriza la construcción de una casa de un solo piso, sólo puede construirse uno, no varios. Los límites resultantes del contenido del acto administrativo que resultan de una delimitación positiva pueden ser complementados de forma negativa mediante unas restricciones adicionales. Es por ejemplo el caso de una autorización para un restaurante que limita el despacho de bebidas a las que no tienen alcohol o el permiso de trabajo a un extranjero para unos determinados ámbitos de actividad.[163]

A menudo tan sólo se trata de una cuestión de formulación si el contenido regulador del acto administrativo sólo se delimita de forma positiva o también —mediante el empleo de limitaciones— de forma negativa. Estas limitaciones existen sobre todo si el órgano administrativo disiente de la so-

[163] Véase, además, los siguientes ejemplos actuales en la jurisprudencia, bajo el nombre de "modos modificativos": la autorización para el desempeño de un trabajo de transporte de hormigón es otorgada con la limitación de que no se supere un determinado nivel de ruido (BVerwG DÖV, 1974, 380); la construcción y explotación de una instalación de combustible se autoriza estableciendo que sólo se utilice combustible que tenga un contenido de azufre que sea como máximo del 1% (BVerwGE 69, 37).

DR © 2012, Universidad Nacional Autónoma de México,
Instituto de Investigaciones Jurídicas

licitud y concede entonces menos de lo solicitado o algo distinto. Semejante disensión existe si, en lugar del tejado de sillín solicitado por el constructor, se autoriza un tejado plano. En todos estos casos no se trata de cláusulas adicionales sino de determinaciones del contenido del acto administrativo, lo cual debe tenerse en cuenta en el análisis jurídico (véase, sobre esto, *infra*, marg. 16).

B. *Término y condición*

El término y la condición establecen el ámbito temporal de validez (la eficacia interna) del acto administrativo. La diferencia entre ambos se encuentra en que el *término* fija el comienzo o la finalización de la eficacia del acto administrativo en un determinado plazo, mientras que la *condición* hace depender el comienzo o la terminación de la eficacia del acto administrativo de un acontecimiento determinado, cuya materialización es todavía incierta. Incierto puede ser *cuando* tiene lugar el acontecimiento y también *si* éste tendrá lugar. Además, es posible y también sucede a menudo que el acontecimiento es un comportamiento del favorecido, por lo que el cumplimiento de la condición depende de su voluntad y de su comportamiento. Se habla de una condición *suspensiva* si el acto administrativo ya es eficaz con la materialización del acontecimiento, y de una condición *resolutoria* si el acto administrativo es desde el principio eficaz, pero pierde la eficacia con el cumplimiento de la condición.[164]

Un supuesto especial de condición resolutoria es la *reserva de revocación*. El "acontecimiento" que causa la terminación de la eficacia del acto administrativo es la revocación declarada por el órgano administrativo. La

[164] Ejemplos: Existe un término si el comerciante minorista E obtiene una autorización para mantener abierto su comercio situado en un balneario hasta la finalización de la temporada el 30 de septiembre del año. El día 30 de septiembre pierde automáticamente su eficacia el permiso. Existe una condición suspensiva si se adopta una licencia de edificación con la condición de que se creen todavía plazas para automóviles (BVerwGE 29, 261), o si un llamamiento para realizar el servicio militar se notifica de forma preventiva para el supuesto en que haya de ejercer una actividad de defensa (véase BVerwGE 57, 69, 70; sobre esto, también, Maurer, JZ, 1968, 591). En ambos casos, el acto administrativo (la licencia de edificación, el llamamiento para el servicio militar) no es eficaz hasta que la condición (creación de plazas, supuesto de defensa) se materialice. Existe una condición resolutoria si el permiso de residencia para un extranjero se adopta sólo mientras dure el empleo con un determinado empresario (Tribunal Superior de Justicia de Koblenza [OVG Koblenz] DÖV, 1966, 209). Si finaliza la concreta relación de empleo, entonces concluye el permiso de residencia.

DR © 2012, Universidad Nacional Autónoma de México,
Instituto de Investigaciones Jurídicas

reserva de revocación indica al destinatario la posibilidad de una revocación posterior y excluye por ello el surgimiento de una confianza digna de protección.[165]

Puesto que el término y la condición determinan únicamente el comienzo o la terminación de la eficacia de un acto administrativo, no tienen ningún contenido regulador, sino que delimitan tan sólo la regulación principal del acto administrativo desde una perspectiva temporal, en todo caso, en el supuesto de la condición, teniendo en cuenta puntos de vista materiales. Forman por consiguiente partes integrantes, esto es, no partes autónomas, del acto administrativo.

C. *Modo*

El modo complementa el acto administrativo mediante una regulación propia. Obliga al favorecido a hacer, soportar u omitir algo concreto, conteniendo por ello una obligación o una prohibición. No es por ello —como el término o la condición— sólo una parte integrante del acto administrativo, sino una obligación *adicional* y por consiguiente un *acto administrativo propio*. No obstante, es una cláusula accesoria, puesto que no sólo está relacionado con un acto administrativo principal, sino que también depende jurídicamente de él. Es por ello eficaz si el acto administrativo también lo es y si el favorecido por él hace uso del mismo. La diferencia con la condición y el término se expresa en la formulación del § 36 II *VwVfG*, conscientemente elegida por el legislador ("adoptado con", "vinculado con").[166]

[165] Pero justamente por eso deben imponerse estrictos requisitos a la adopción de una reserva de revocación. Véase, sobre esto y sobre el ejercicio de la reserva de revocación, supra, § 11 marg. 41.

[166] El carácter de acto administrativo del modo es, en todo caso, discutido, como Wolff/Bachof/Stober, VerwR I, § 47, marg. 8; Kopp, VwVfG, § 36, marg. 29; Stelkens, en: Stelkens/Bonk/Sachs, VwVfG, § 36, marg. 32; BVerwGE 85, 24, 26; BVerwG NVwZ 1990, 855; BadWürtt, VGH VBlBW, 1987, 292; otra opinión, Meyer/Borgs, VwVfG, § 36, marg. 19; Schenke, JuS, 1983, pp. 183 y ss.; Fehn, DÖV, 1988, p. 203; Erichsen, Jura, 1990, p. 217 (aunque, según su opinión, se cumplen todas las características de un acto administrativo con arreglo al § 35 VwVfG).

Ejemplos: A obtiene una licencia de edificación con la obligación de colocar en la escalera exterior un pasamanos. B obtiene un permiso de conducir con la obligación de someterse cada cierto período de tiempo a un examen de la vista. C obtiene una autorización de derribo con la obligación de pagar una indemnización de cincuenta mil marcos para la promoción de la obra de vivienda social (véase BVerwGE 55, 135; 65; 139; además, sobre los límites constitucionales de tales obligaciones, sentencia del Tribunal Constitucional Federal [BverfGE]

DR © 2012, Universidad Nacional Autónoma de México,
Instituto de Investigaciones Jurídicas

El modo y la condición suspensiva pueden concurrir una con la otra. Es el supuesto de que el "acontecimiento" de la condición suspensiva sea un determinado comportamiento del interesado, esto es, una acción, una obligación de soportar o una omisión del interesado. En tal caso, una determinada acción, obligación de soportar u omisión es también objeto del modo. No obstante, ambos deben diferenciarse debido a sus distintas consecuencias jurídicas. Ambos están relacionados con la eficacia de la regulación principal, con la realización de la cláusula accesoria y —al menos de acuerdo con la opinión anterior— con la tutela judicial.[167]

a) El *acto administrativo vinculado con un modo* es inmediatamente eficaz —sin atención a si el modo se cumple o no—. El acto administrativo sometido a condición suspensiva es por el contrario eficaz sólo si se materializa la condición.[168]

b) El *modo obliga* y es por consiguiente *ejecutable forzosamente*. La condición suspensiva no es obligatoria y por consiguiente tampoco ejecutable.[169]

Las diferencias mencionadas entre a) y b) se expresan en la formulación clásica de Savigny: "La condición… suspende, pero no obliga; el modo obliga, pero no suspende (System des heutigen römischen Rechts, vol. III, 1840, p. 231).[170]

55, 249). Si la autorización de derribo es anulada o si C no hace uso de ella, también decae la obligación de pago fijada por la obligación.

167 Supuesto de partida: G adquiere un restaurante y solicita la licencia necesaria según el § 2 de la Ley sobre Establecimientos de Restauración (GastG) para la explotación del mismo. La licencia es adoptada con la cláusula adicional de que G debe colocar aún un dispositivo de protección contra el ruido, para evitar molestias al vecindario. Esta "cláusula adicional" puede ser tanto un modo como una condición suspensiva (véase, sobre la difícil delimitación práctica, infra, marg. 17); las diferencias jurídicas son relevantes.

168 Si, en el supuesto anterior, la "cláusula adicional" es un modo, entonces G puede explotar inmediatamente su restaurante de acuerdo con una licencia eficaz. Si representa por el contrario una condición suspensiva, sólo después de que se coloca un dispositivo de protección contra el ruido existe una licencia eficaz que autoriza a explotar el restaurante.

169 Si en el supuesto anterior ha habido un modo, entonces éste puede ser ejecutado en el procedimiento de ejecución administrativa, en el supuesto de que G no lo cumpla (véase, infra, § 20). Si se trata por el contrario de una condición suspensiva, ya no es necesaria una ejecución forzosa, porque la autorización aún no es eficaz y, por consiguiente, aún no puede iniciarse la explotación del restaurante; es del interés de G provocar la eficacia de la autorización mediante el cumplimiento de la condición.

170 En cualquier caso, la diferencia se suaviza de hecho si se piensa que el incumplimiento del modo permite la revocación del acto administrativo principal (véase § 49 II, núm. 2, VwVfG y supra, § 11, marg. 42) y con ello puede tener consecuencias para la eficacia del

DR © 2012, Universidad Nacional Autónoma de México,
Instituto de Investigaciones Jurídicas

c) De acuerdo con la opinión anteriormente dominante, el modo puede ser *impugnado* y *eliminado de forma independiente*, mientras que la condición suspensiva sólo puede ser eliminada mediante una acción dirigida a la adopción de un acto administrativo incondicionado.

D. *La reserva del modo*

Puesto que el modo es un acto administrativo reglado y autónomo, y también con un contenido regulador, también puede ser adoptado con posterioridad. La reserva del modo es la notificación jurídicamente relevante de que se establecerá posteriormente en su caso un modo o de que se modificará un modo existente (§ 36 II, núm. 5, *VwVfG*). Semejante reserva viene al caso si, en el momento de la adopción del acto administrativo, son posibles determinados efectos (como los perjuicios por ruido para el vecindario), pero aún no son constatables de forma inequívoca, o si el órgano administrativo quiere dejar abierta la posibilidad, para poder reaccionar a modificaciones posteriores de la relación jurídica (por ejemplo incremento de los perjuicios por ruidos para el vecindario). Al igual que la reserva de revocación, también la reserva del modo debería excluir el surgimiento de una confianza digna de protección.[171]

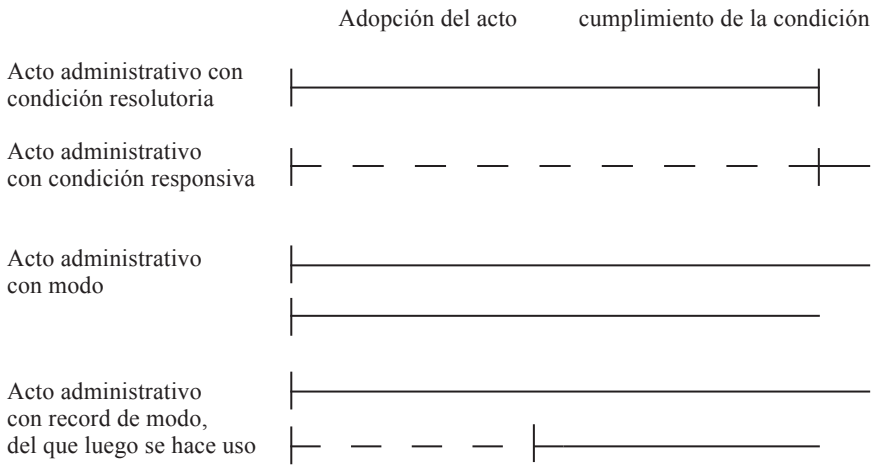
De forma gráfica, pueden representarse la condición y el modo como sigue (la línea expresa la eficacia temporal de un acto administrativo):

acto administrativo principal, y, por otro lado, el ciudadano puede evitar el modo no haciendo uso del contenido favorable que fue añadido al modo.

171 La clasificación jurídico-dogmática de la reserva del modo es aún cuestionable: bien sea una mera indicación, un acto administrativo como modo, un preacto administrativo (por ejemplo, una forma de promesa en sentido contrario), o bien un supuesto de reserva de revocación (lo que sin embargo no es sostenible si se juzga la adopción posterior del modo como una revocación parcial). Puesto que la reserva del modo debilita por un lado la firmeza del acto administrativo en perjuicio del favorecido y tiene por eso carácter regulador, por otro lado sin embargo —al igual que el propio modo— no es parte del acto administrativo, y debe ser calificado como acto administrativo ("acto administrativo accesorio"), a no ser que se pudiera ver en él un acto en sentido propio.

Véase, sobre esto Kloepfer, Der Auflagenvorbehalt bei Verwaltungsakten, Die Verwaltung, vol. 8, 1975, pp. 295 y ss.; Heinrich, Auflagen und Vorbehalt weiterer Auflagen bei Erteilung einer Genehmigung nach § 16 GewO, GewArch, 1968, pp. 25 y ss.; OVG Münster OVGE 23, 1.

DR © 2012, Universidad Nacional Autónoma de México,
Instituto de Investigaciones Jurídicas



E. *El denominado modo modificativo*

Un modo modificativo debería existir si no fundamenta —como un modo normal— una obligación de prestación adicional, sino que "modifica el contenido del acto administrativo, la propia autorización de forma cualitativa". Debido a esta característica especial no debería ser —éste es el verdadero motivo de su creación— impugnable ni eliminable de forma independiente.[172]

[172] La tesis del modo modificativo fue desarrollada por Weyreuther (DVBl, 1969, pp. 295 y ss.; DVBl, 1984, pp. 365 y ss.) y adoptada por el Tribunal Federal de lo Contencioso-Administrativo. Véase BVerwG DÖV 1974, 380: en este caso concreto se trataba de una licencia de edificación de una empresa de transporte de hormigón que fue adoptada con numerosas cláusulas accesorias denominadas "obligaciones especiales", entre ellas, con la núm. 11, la obligación de no exceder de un determinado nivel de ruidos. El tribunal concluyó que: "la cláusula accesoria núm. 11 a analizar como modo no se refiere a una obligación de realización especial y autónoma que se coloca junto a la concesión, sino que afecta de forma inmediata al mismo plan que se presenta para la autorización y tiene por eso una función modificativa en cuanto a esta autorización; esta "obligación modificativa" provoca una modificación cualitativa de la autorización en relación con el objeto de la solicitud". Se mencionan como otros ejemplos la licencia de edificación con la obligación de construir un tejado plano en lugar del tejado de sillín solicitado (véase Wolff/Bachof/Stober, VerwR I, § 47, marg. 11), o el permiso de residencia para un extranjero con la obligación de no ejercer ninguna actividad como comerciante autónomo en la República Federal de Alemania (Tribunal Superior de Justicia de Hesse (HessVGH) DÖV 1978, 137). En la práctica, están también extendidas las llamadas anotaciones verdes, con las cuales la autoridad que otorga la licencia de edificación

DR © 2012, Universidad Nacional Autónoma de México,
Instituto de Investigaciones Jurídicas

En un examen más detenido se comprueba que no se trata siquiera de un modo, sino de una *restricción del contenido o de una modificación del acto administrativo* en comparación con la solicitud (véase *supra,* marg. 5). El ciudadano no ha obtenido lo que ha solicitado. Tampoco se trata de un modo modificativo, sino de una autorización modificada —desde el punto de vista de la solicitud—. Si el ciudadano afectado no está de acuerdo con ello, no puede impugnar la limitación o la modificación, sino que debe interponer una acción judicial instando la adopción del acto solicitado por él. Debe compartirse por ello la posición del Tribunal Federal de lo Contencioso-Administrativo en lo que se refiere al resultado procesal, pero no en el fundamento jurídico-dogmático.[173]

Si bien la doctrina ha prestado una gran atención al modo modificativo, sin embargo es rechazado en su totalidad. También el *Tribunal Federal de lo Contencioso-Administrativo*, aunque no expresamente, sí de hecho se ha distanciado de él.[174]

realiza pequeñas modificaciones (anotadas en verde) en los documentos de edificación, con el fin de ponerlos en consonancia con las regulaciones vigentes sobre edificación y evitar la denegación de la solicitud de construcción (véase BadWürttVGH VBlBW, 1993, 135, 137).

173 El destinatario de ese acto administrativo, que no se conforma con la restricción o con la modificación, no infringe una obligación forzosamente ejecutable, sino que ejerce una actividad que exige autorización sin el correspondiente permiso y actúa por tanto de forma ilegal. Si, por el contrario, el destinatario hace uso de la autorización restringida o modificada, también se encuentra entonces dentro de la solicitud eventualmente necesaria, que en todo caso siempre puede volver a presentar (§ 45 VwVfG). Tan sólo debe hacerse notar junto a esto que el modo modificativo tampoco puede calificarse como condición, puesto que no afecta al inicio o a la terminación de la eficacia jurídica del acto administrativo, sino a su contenido.

174 En BVerwGE NVwZ, 1984, 367, el Tribunal tiene expresamente en cuenta la sentencia DÖV, 1974, 380, pero atiende a otro punto de vista en el "seguimiento de la jurisprudencia", concretamente si la autorización "puede mantener su vigencia después de la anulación del modo con un contenido conforme al ordenamiento". En BVerwGE 69, 37, 39 y 85, 24, 26, se menciona el modo modificativo, pero se añade al mismo tiempo que en dicho supuesto no está presente. En la nueva jurisprudencia, el modo modificativo ya no aparece de forma evidente. No es por ello muy afortunado que en los nuevos manuales se discuta aún el "modo modificativo" en el tratamiento de la tutela judicial frente a las cláusulas accesorias, indicándose al mismo tiempo, y correctamente, que se trata en realidad de una determinación del contenido. Para evitar confusiones, este término debería ser suprimido.

DR © 2012, Universidad Nacional Autónoma de México,
Instituto de Investigaciones Jurídicas

F. *Cuestiones de delimitación*

Las concretas cláusulas accesorias se diferencian claramente de forma teórica y conceptual unas de otras. En la práctica existen sin embargo dificultades de delimitación, en particular entre la condición y el modo. Por lo tanto, debe plantearse la cuestión acerca de cuáles son los puntos de vista que deben ser tenidos en cuenta para delimitar los supuestos dudosos.

a) En primer lugar, ha de atenderse a la correspondiente *denominación* de la concreta cláusula accesoria. Esto es no obstante un primer indicio, pero no un criterio decisivo, puesto que la terminología en la legislación y en la práctica administrativa es con frecuencia todavía muy imprecisa. Se debería en cualquier caso asumir que los órganos administrativos reflexionasen qué es lo que pretenden exactamente y trasladarlo al lenguaje jurídico.

b) Lo que es decisivo es la *voluntad del órgano administrativo*, que debe deducirse de sus declaraciones en el contexto de la concreta relación. Adquiere aquí un significado esencial a través de qué medio se valoran debidamente las intenciones del órgano administrativo. Como *regla general*, puede señalarse que se pretende establecer una condición si al órgano administrativo le parece tan importante la observancia de la cláusula accesoria que desea hacer depender la eficacia del acto administrativo de ella.

c) Otro indicio lo representa la *licitud* de la respectiva cláusula accesoria, puesto que, en caso de duda, no debe aceptarse que el órgano administrativo pretendiera adoptar una regulación ilegal. Si, por ejemplo, en un supuesto concreto se puede adoptar legalmente un modo, pero no una condición, debe presumirse que existe un modo.

d) Si aún existen dudas, debe asumirse que el modo es, por lo general, un medio menos restrictivo —aunque esto debe tomarse con muchas cautelas—.

3. *La licitud de las cláusulas accesorias*

A. *Reglas especiales*

Existen multitud de disposiciones especiales que establecen expresamente la licitud (así por ejemplo el § 14 de la Ley de Extranjería (AuslG), o prohíben (por ejemplo, el § 2 de la Ley federal sobre la profesión médica (BÄO), para la aprobación de médicos, véase *BVerwGE* 108, 100, 103 y ss.), o autorizan únicamente con determinadas condiciones (así el § 17

DR © 2012, Universidad Nacional Autónoma de México,
Instituto de Investigaciones Jurídicas

BImSchG en relación con obligaciones posteriores). Además, hay varios actos administrativos que no pueden estar unidos, por su naturaleza, a cláusulas accesorias, como las decisiones sobre exámenes (examen de bachillerato, examen de Estado), nacionalizaciones, nombramientos de funcionarios y otros actos basados en la condición personal o *status* (los llamados actos administrativos incompatibles con las cláusulas accesorias).

B. *La regulación del § 36 VwVfG*

a) En lo que se refiere a los *actos administrativos para los que existe una pretensión*, esto es, los *actos administrativos reglados*, las cláusulas accesorias son en principio *ilícitas*, a no ser que —como es evidente— exista una disposición especial, o que —como establece el § 36 I *VwVfG*—, mediante una cláusula accesoria deba asegurarse que se cumple una condición establecida por la ley.[175]

b) En lo que se refiere a los *actos administrativos discrecionales*, las cláusulas accesorias son por el contrario *lícitas* (§ 36 II *VwVfG*). Si corresponde a la apreciación de la administración el hecho de adoptar o no un acto administrativo, entonces debe ser competente también para adoptarlo con una cláusula accesoria (es decir, con restricciones).

C. *Condiciones generales de validez*

Toda cláusula accesoria debe estar en relación con el contenido regulador principal y ser conforme con el principio de proporcionalidad. Las normas generales (atención a la finalidad de la ley, idoneidad, inclusión y ponderación de los distintos intereses, etcétera) también deben ser objeto de atención en este punto. Además, el § 36 III *VwVfG* establece que una cláusula accesoria no puede contradecir la finalidad del acto administrativo.[176]

[175] Ejemplo: Si un proyecto de edificación no puede autorizarse debido únicamente a un concreto punto intrascendente, es razonable adoptar la licencia de edificación con un modo o una condición ("Si, pero").

[176] Ejemplo: El órgano administrativo adopta una autorización de tráfico rodado con arreglo al § 19 BBauG, en la redacción vigente hasta 1979, estableciendo la obligación de no construir un inmueble antes de la adquisición de un terreno más. La obligación es ilegal, puesto que la autorización de tráfico tiene la finalidad de posibilitar la construcción de un inmueble en el marco de los §§ 20 y 21 BBauG, véase BVerwGE 24, 129.

DR © 2012, Universidad Nacional Autónoma de México,
Instituto de Investigaciones Jurídicas

4. *Tutela judicial frente a las cláusulas accesorias*

La tutela judicial frente las cláusulas accesorias de gravamen contenidas en actos administrativos favorables ha experimentado considerables transformaciones a lo largo del tiempo, aunque no en la legislación, sino en la literatura y en la jurisprudencia. Faltan regulaciones legales especiales, de manera que debe acudirse a los preceptos generales de la Ley de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa. Anteriormente, se aceptaba como regla general que el modo pudiera ser impugnado y eliminado de forma independiente, mientras que, por el contrario, la eliminación de los términos y condiciones sólo podía efectuarse mediante una pretensión dirigida a la adopción de un acto administrativo sin términos ni condiciones. Esta solución se basaba en que el modo es un acto administrativo autónomo aunque vinculado con un acto administrativo principal, mientras que el término y la condición representan sólo partes integrantes del acto administrativo principal. Esta concepción simple y poco estructurada era sin embargo objeto de crítica y rechazo. Se señalaba que el modo y el acto administrativo principal también se encontraban a menudo en estrecha conexión, complementándose uno con el otro. Así sucedía, a juicio de unos, si el modo debía compensar los déficit jurídicos del acto administrativo principal, y, en opinión de otros, si ambos, modo y acto administrativo principal, se basaban en una única decisión discrecional. Mediante la eliminación independiente del modo se mantenía aún un acto administrativo que el órgano administrativo (en los actos administrativos discrecionales) no quiso adoptar o incluso (en los actos administrativos reglados) no pudo adoptar. Pero también era problemática la tutela judicial frente a los términos y condiciones contrarios a derecho. No podía pasarse por alto que el afectado que pretendía únicamente la eliminación de un término o condición que él consideraba contrarios a derecho, debía cuestionar el acto administrativo en su conjunto y pretender en vía judicial la adopción de un acto nuevo.

Estas objeciones han conducido a la doctrina a proponer un gran número de soluciones. Pueden diferenciarse al respecto, de forma simplificada, cuatro posiciones de partida: distinción según el carácter jurídico de la cláusula accesoria (pretensión constitutiva de anulación del modo, pretensión de condena a la adopción de un acto administrativo sin término ni condición); distinción según el carácter jurídico de la regulación principal (pretensión constitutiva de anulación para los actos administrativos reglados, pretensión de condena para los actos administrativos discrecionales); pretensión constitutiva de anulación de todas las cláusulas accesorias; pretensión de condena frente a todas las cláusulas accesorias (pretensión a la adopción de

DR © 2012, Universidad Nacional Autónoma de México,
Instituto de Investigaciones Jurídicas

un acto administrativo sin el modo, término o condición). Véase, sobre esto, *Schenke*, VwProzR, margs. 292 y ss.; además, en la edición anterior de este libro (§ 14, marg. 23).[177]

La nueva jurisprudencia del *BVerwG*, que se recoge en *BVerwGE* 112, 221, y que el propio tribunal denomina como "jurisprudencia fija del Tribunal Federal de lo Contencioso-Administrativo", puede ser asumida. Establece relaciones claras en una disputa hasta ahora incierta y sobrecargada, en la que la defectuosa denominación de la determinación del contenido como un modo modificativo ha jugado un papel desafortunado y confuso (véase *supra,* marg. 16). La impugnación independiente de un modo se deriva ya de su carácter de acto administrativo. La impugnación independiente de los términos y condiciones puede basarse en que también la impugnación parcial de actos administrativos es posible y lícita. Si bien esto no se dice expresamente en la Ley de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa, se deduce sin embargo del § 113 I 1 *VwGO* ("En la medida en que el acto administrativo sea ilegal, …"). Si, de todas formas, el modo se contemplase como parte integrante del acto administrativo principal, también podría aplicársele este mismo razonamiento. En el marco de la motivación de la pretensión debe examinarse entonces, 1) si la

177 También el Tribunal Federal de lo Contencioso-Administrativo ha mostrado dudas. En un primer momento, efectuó la distinción que realizaba la doctrina mayoritaria de entonces según la naturaleza jurídica de las cláusulas accesorias y defendió la pretensión constitutiva de anulación de los modos y la pretensión de condena frente a los términos y condiciones (BVerwGE 29, 261, 265; 36, 145, 154; 41, 78, 81). Con posterioridad, rechazó sin embargo la impugnación y eliminación independiente de los modos si la regulación principal y el modo se basaban en una única decisión discrecional inseparable (BVerwG 55, 135, 137; 56, 254, 256). Años más tarde el tribunal abandonó expresamente esta posición (BVerwGE 65, 139, 141) y volvió a la pretensión constitutiva de anulación del modo de forma independiente (BVerwGE 81, 185, 186; 85, 24, 26; 88, 348, 349). Señaló desde entonces que si, en los supuestos de la impugnación independiente, "los modos son eliminados de forma independiente y la autorización puede permanecer conforme a derecho sin el modo, ello es un asunto relativo a la motivación y no a la admisibilidad de la pretensión de eliminación perseguida mediante la acción de anulación" (así, BVerwGE 81, 185, 186). Tampoco se mantuvo de forma consecuente la idea relativa a la pretensión de condena para los términos y condiciones, como se muestra en BVerwGE 60, 269, 275 y ss. (impugnación independiente de un término). En BVerwGE 112, 221, 224, el Tribunal Federal de lo Contencioso-Administrativo declaró exclusivamente que, frente a las cláusulas accesorias de gravamen de un acto administrativo —esto es, no sólo frente a modos, sino también frente a condiciones y términos— puede interponerse una pretensión constitutiva de anulación. Además, la cuestión relativa a su impugnación independiente del acto administrativo principal no puede examinarse en el marco de la admisibilidad, sino en el de la motivación de la pretensión, a no ser que, ya de antemano, esté excluida de forma evidente la posibilidad de anular de forma independiente la cláusula accesoria.

DR © 2012, Universidad Nacional Autónoma de México,
Instituto de Investigaciones Jurídicas

correspondiente cláusula accesoria es contraria a derecho y 2) si la regulación principal que aún se mantiene en caso de anulación aún es conforme a derecho y tiene sentido. Puede recurrirse aquí al § 44 III *VwVfG*: si el acto administrativo principal que permanece después de la anulación de la cláusula accesoria es contrario a derecho o no hubiera sido adoptado por el órgano administrativo de esta forma, la pretensión constitutiva de anulación es infundada. El demandante puede entonces —eventualmente, después de la reelaboración de la pretensión— interponer una pretensión de condena cuyo objeto sea la adopción de un acto administrativo sin la correspondiente cláusula accesoria que, si tiene éxito, finalizará por lo general con una sentencia marco.

La posibilidad de impugnar todas las cláusulas accesorias plantea también problemas. Por un lado, la impugnación independiente de las cláusulas accesorias tiene como consecuencia que la cláusula accesoria, debido al efecto suspensivo de la pretensión (§ 80 I *VwGO*), no es eficaz y que el afectado se ve beneficiado de esta forma por un efecto favorable inmediatamente eficaz, aunque provisional, sin ninguna clase de limitación. Este resultado puede no obstante prevenirse acudiendo a la ejecución inmediata, de conformidad con el § 80 II, núm. 4, *VwGO*, en el supuesto de que puedan producirse dificultades y se cumplan en dicho caso las condiciones de ese precepto. Por otro lado, la doctrina hace alusión al problema que plantea la firmeza, puesto que, en el supuesto de que se opte por una impugnación exclusivamente de la cláusula accesoria, el acto administrativo principal favorable devenga firme (véase *Pietzcker*, en Schoch/Schmidt-Aßmann/Pietzner, *VwGO*, § 42, marg. 128). A ello ha de oponerse no obstante que el afectado, si bien en los supuestos en los que se dirige una pretensión constitutiva de anulación únicamente contra la cláusula accesoria se beneficia de un efecto favorable sin ninguna limitación, éste lo es sin perjuicio de que la cláusula accesoria puede ser ejecutada de forma inmediata, de que el acto puede ser eliminado mediante su revisión y su revocación y de que puede también ser anulado por terceros. Y además, el propio favorecido por el acto tampoco puede instar su anulación. Es problemática, además, —también en las otras propuestas de solución—, la separación del acto administrativo principal y la cláusula accesoria, en particular en los actos administrativos discrecionales. No obstante, este problema se aborda de forma correcta en el marco de la solución propuesta, a saber, no en el marco de la admisibilidad de la pretensión sino en el de su motivación. Por último, cabe preguntarse por la posición del Tribunal Federal de lo Contencioso-Administrativo según la cual la impugnación independiente de la cláusula accesoria no es admisible si ya *a priori* resulta evidente que no es posible anular dicha cláusula de forma independiente (así, finalmente, *BVerwGE* 112, 221, 224). Esta especie de retroceso

DR © 2012, Universidad Nacional Autónoma de México,
Instituto de Investigaciones Jurídicas

desde la motivación a la admisibilidad está en cualquier caso justificada cuando con ésta nos estamos refiriendo a la necesidad de tutela judicial (véase sobre esto, también, *Detterbeck*, VerwR, § 669; falta de legitimación).[178]

[178] Bibliografía sobre el § 12: Kloepfer, Der Auflagenvorbehalt bei Verwaltungsakten, DV, vol. 8, 1975, pp. 295 y ss.; Schachel, Nebenbestimmungen zu Verwaltungsakten, 1979; idem, Nebenbestimmungen zu Verwaltungsakten, Jura, 1981, pp. 449 y ss.; Elster, Begünstigende Verwaltungsakten mit Bedingungen, Einschränkungen und Auflagen, 1979; H. J. Schneider, Nebenbestimmungen und Verwaltungsprozess, 1981; Mössle, Der Verwaltungsakt mit Nebenbestimmungen im Planungsrecht und der verwaltungsgerichtliche Rechtsschutz, BayVBl., 1982, pp. 193 y ss., y 231 y ss.; Laubinger, Die Anfechtbarkeit von Nebenbestimmungen, VerwArch, vol. 73, 1982, pp. 345 y ss.; Stelkens, Das Problem Auflage, NVwZ, 1985, pp. 469 y ss.; Fehn, Die isolierte Auflagenanfechtung, DÖV, 1988, pp. 2202 y ss.; Badura, Schutz Dritter durch Nebenbestimmungen einer Planfeststellung oder Genehmigung, Festschrift für Lukes, 1989, pp. 3 y ss.; Erichsen, Nebenbestimmungen zu Verwaltungsakten, Jura, 1990, pp. 214 y ss.; Stadie, Rechtsschutz gegen Nebenbestimmungen eines begünstigenden Verwaltungsaktes, DVBl, 1991, pp. 613 y ss.; Pietzcker, Rechtsschutz gegen Nebenbestimmungen–unlösbar? NVwZ, 1995, pp. 17 y ss.; Störmer, Rechtsschutz gegen Inhalts-und Nebenbestimmungen, DVBl, 1996, pp. 81 y ss.; Brenner, Der Verwaltungsakt mit Nebenbestimmungen, JuS, 1996, pp. 281 y ss.; Schenke, Eine unendliche Geschichte: Rechtsschutz gegen Nebenbestimmungen, Festschrift für Roellecke, 1997, pp. 281 y ss.; Remmert, Nebenbestimmungen zu begünstigenden Verwaltungsakten, VerwArch, 88, 1997, pp. 112 y ss.; Siekmann, Die Anfechtbarkeit von Nebenbestimmungen zu begünstigenden Verwaltungsakten, DÖV, 1998, pp. 525 y ss.; Jahndorf, Rechtsschutz gegen Nebenbestimmungen, JA, 1999, pp. 676 y ss.; Axer, Nebenbestimmungen im Verwaltungsrecht, Jura, 2001, pp. 748 y ss.; Sproll, Rechtsschutz gegen Nebenbestimmungen eines Verwaltungsakts, NJW, 2002, pp. 3221 y ss.; Brüning, Ist die Rechtsprechung zur isolierten Anfechtbarkeit von Nebenbestimmungen wieder voraussehbar?“, NVwZ, 2002, pp. 1081 y ss.; Heitsch, Neben-und Inhaltsbestimmungen bei begünstigenden Verwaltungsakten: Kriterien für die Auswahl des passenden Regelungssystems, DÖV, 2003, pp. 367 y ss.; Hanf, Rechtsschutz gegen Inhalts-und Nebenbestimmungen zu Verwaltungsakten, 2003; J. Schmidt, Rechtsschutz gegen Nebenbestimmungen, VBlBW, 2004, pp. 81 y ss.; Sturm, Isolierter Rechtsschutz von Nebenbestimmungen?, VR, 2004, pp. 15 y ss.

Jurisprudencia sobre el § 12: BVerwGE 27, 263 (convocatoria condicionada para el servicio militar); BVerwGE 36, 145 (autorización de aguas con un modo); BVerwGE 60, 269 (anulación de un término); BVerwGE 65, 139 (autorización de derribo con obligación de pago); BVerwGE 78, 114 (autorización para el transporte de mercancías, condición resolutoria); BVerwGE 81, 185 (autorización para una central nuclear con un modo); BVerwGE 85, 24 (fijación de una fianza jurídico-comunitaria como modo); BVerwGE 88, 348 (modo para un salón de juegos); BVerwGE 90, 42 (“modo de finalidad” posterior, delimitación con la modificación del contenido); BVerwGE 112, 221 (pretensión constitutiva de anulación dirigida contra cláusulas accesorias, reserva de modo); BVerwGE 112, 263 (reserva de revocación; tutela judicial); BVerwG DÖV, 1974, 380 y 563 (el llamado modo modificativo, en este caso confirmado o negado); BVerwG NVwZ, 1990, 855 (naturaleza jurídica y determinación del contenido del modo); BVerwG NVwZ-RR, 1996, 20 (posibilidad de impugnación independiente del modo, resumen); BVerwG NJW, 1998, 94 (ilicitud de una obligación de garantizar el precio de alquiler en las autorizaciones por mal uso); BayVGH BayVBl., 1986, 304 (reserva de revocación); véase, además, lo señalado en marg. 24.

DR © 2012, Universidad Nacional Autónoma de México,
Instituto de Investigaciones Jurídicas