

LA LEY SOBRE PROCEDIMIENTO ADMINISTRATIVO EN LA REPÚBLICA FEDERAL DE ALEMANIA*

SUMARIO. 1. Premisa. 2. Los antecedentes históricos. 3. Historia de la Ley federal sobre procedimiento administrativo. 4. La competencia legislativa del Estado central y de los *Länder* en materia de procedimiento administrativo. 5. La sistemática de la Ley federal sobre procedimiento administrativo. 6. Los principios del procedimiento. 7. Las disposiciones de la Ley federal en materia de acto administrativo. 8. El contrato de derecho administrativo. 9. Evaluación y perspectivas.

1. Premisa

Georges Langrod iniciaba su breve monografía sobre “la doctrina alemana y el procedimiento administrativo”,¹ publicada en 1961 por el *Institut international des sciences administratives* de Bruselas, con una declaración según la cual sería tradicional y notoria la indiferencia de la doctrina alemana por los problemas del procedimiento administrativo. El autor, después de analizar en aquel breve ensayo las contribuciones más recientes de la ciencia administrativista alemana, expresaba la opinión de que, frente al proverbial desinterés de la doctrina por el procedimiento administrativo, hasta hace poco habrían conquistado terreno algunas concepciones interesantes y positivas —lo que en definitiva no habría sido el motivo inspirador último de su estudio. Langrod reconocía estas primeras tentativas especialmente en los trabajos de la Comisión de expertos de 1960, en las discusiones y propuestas del 43º *Deutscher Juristentag* de Múnich, así como en algunos trabajos de la doctrina especializada de la época, entre los cuales bondadosamente incluía y examinaba también uno mío reciente sobre este tema, esto es, mi artículo publicado en el *Bayerisches Verwaltungsblatt*,

* El presente estudio legislativo constituye la versión española hecha con base en la traducción italiana de un trabajo original en alemán del profesor Franz Mayer, realizada por Achille Meloncelli y publicada en la *Rivista trimestrale di diritto pubblico* (núm. 3, 1977, pp. 1115-1137, Roma) bajo el título: “La legge sul procedimento amministrativo nella Repubblica Federale Tedesca”.

¹ G. Langrod, *La doctrine allemande et la procédure administrative non contentieuse*, Bruxelles, 1961, 7; 84, 90.

de 1960, con el título *Verfahrensgrundsätze der Verwaltung*. En dicho estudio comenzaba diciendo:

Quien quiera examinar en detalle la actividad y el comportamiento de la administración, experimentará siempre, antes que cualquiera otra reflexión, la abrumadora sensación de no estar pisando terreno particularmente firme. Lo cierto es que las opiniones en torno a los conceptos de administración, de actividad y de procedimiento administrativos y otros similares no divergen quizá de manera excesiva, lo cual es comprensible; faltan, sin embargo, elaboraciones teóricas idóneas con validez general, que les sirvan de fundamento. Esto no es una casualidad. En la escuela de Otto Mayer que, sobre todo en el siglo veinte, se ha desarrollado cada vez más en la dirección de una radical conceptualización jurídica, ésta se ocupó antes que nada de aquellos aspectos de la administración que parecían jurídicamente más fecundos y se dedicó con entusiasmo a ahondar científicamente las distintas instituciones jurídicas particulares. En el empeño científico dedicado a fenómenos tales como el derecho público subjetivo, el acto administrativo y otros similares, se ha olvidado casi completamente que el núcleo central del derecho administrativo general está constituido por la actividad de la administración, en tanto que modo de proceder de la autoridad administrativa, y no de una particular institución jurídica por interesante y significativa que sea... Nosotros consideramos hoy que constituye una laguna importante el hecho de que hasta la fecha, en la fase de orientación especialmente descriptiva del pensamiento, no se haya planteado la cuestión sobre qué cosa deba entenderse en definitiva, desde el punto de vista científico, por administración y por procedimiento administrativo. Tampoco manuales de derecho administrativo tan fundamentales como los de W. Jellinek y P. Fortshoff, por ejemplo, contienen capítulo alguno sobre el "procedimiento administrativo".²

Ha sido precisamente esta ausencia de una doctrina alemana consistente en materia de procedimiento administrativo lo que ha vuelto tan precaria la respuesta a la petición, propia de la vocación de nuestro tiempo, por una regulación legislativa del procedimiento administrativo. Teniendo en cuenta el estado de la doctrina hubiera sido de esperar, ciertamente, una respuesta negativa. Sin embargo, la observancia del estado social de derecho, la práctica y la jurisprudencia administrativas se han propuesto crear esta ley y lo han logrado, a pesar de la ausencia de una ciencia del derecho administrativo que sea verdaderamente estimulante sobre el problema. El 1º de enero de 1977,

² F. Mayer, *Verfahrensgrundsätze der Verwaltung* (en *BayVBl.*, 1960, 332 y ss.).

ha entrado en vigor la nueva Ley sobre procedimiento administrativo de la República Federal de Alemania, y las actuales leyes de los *Länder* sobre la materia han sido consecuentemente modificadas, bien en el sentido de adoptar nuevas leyes del mismo tenor o en el de que lo harán próximamente. Sin embargo, la discusión y el propósito de introducir en Alemania una codificación del procedimiento administrativo son, sustancialmente, más antiguos que las iniciativas y los trabajos preparatorios de esta nueva ley federal.

2. Los antecedentes históricos

Los orígenes del actual derecho administrativo alemán se remontan a los inicios del siglo XIX. La legislación constitucional, que entonces se venía introduciendo, creó en los territorios alemanes el campo para una legislación administrativa; la administración, ya separada de la legislación y de la jurisdicción, tenía necesidad, en una sociedad fundada sobre el derecho, de reglas legislativas especiales, esto es, de un derecho administrativo propio del Estado de derecho. A la base de esta evolución se hallaban, por tanto, también consideraciones sobre la disciplina del procedimiento administrativo.³ De las posibilidades de una codificación del derecho administrativo se ocupó después, a fondo, Lorenz von Stein, en su *Verwaltungslehre*, demostrando desde entonces que existía una parte general del derecho administrativo que se prestaba para ser codificada.⁴ Ya en el siglo XIX se introdujeron, especialmente en Prusia y en Baden, normas generales de dicha naturaleza.⁵ Las pocas disposiciones que en el mismo sector fueron adoptadas sucesivamente por el Reich, como la *Gewerbeordnung* (código mercantil),⁶ la *Reichsversicherungsordnung* (código de seguros del Reich)⁷ y la *Reichsabgabenordnung* (código tributario del Reich),⁸ contienen además un derecho procedimental administrativo unitario. Estos primeros intentos, sin embargo, no condujeron a una codificación general del procedimiento. En la época de la República de Weimar, los *Länder* de Thüringen y de Württemberg en particular trataron de establecer

³ V. por ejemplo la *Bayerische Formationsverordnung* del 17 de diciembre, 1825, RBl., 1049.

⁴ Lorenz von Stein, *Die Verwaltungslehre*, Aalen, 1962 (reimpresión de la 1ª y 2ª ed., 1866-1884), parte I, cap. 1, 47 ss., 51.

⁵ Ley prusiana sobre administración general del *Land*, del 30 de julio de 1883, Pr. GS, 195; *Landesherrliche Verordnung* de Baden, relativa al procedimiento en los asuntos administrativos, del 31 de agosto de 1884, GVBl., 385.

⁶ Del 21 de junio de 1869, RGBl. del *Norddeutsches Bund*, 425.

⁷ Del 19 de julio de 1911, RGBl., 509.

⁸ Del 13 de diciembre de 1919, RGBl., 1993.

una regulación legislativa de dicho procedimiento. Sólo la ley administrativa del *Land* de Thüringen llegó, empero, a una realización práctica,⁹ mientras que la concepción más meritoria del de Württemberg no pasó más allá de la fase de proyecto;¹⁰ las tendencias unitarias del naciente nacionalsocialismo impidieron la aprobación de este proyecto que, no obstante ello, ha influido el desarrollo ulterior del derecho administrativo general alemán. El periodo de la dictadura nacionalsocialista en Alemania fue más bien estéril desde el punto de vista de la codificación de dicha rama del derecho. Tampoco la anexión al Reich, de Austria —cuya ley sobre procedimiento administrativo,¹¹ de internacional prestigio, fue tomada como modelo, en el periodo entre las dos guerras mundiales, por las leyes similares de Polonia (1928), de Checoslovaquia (1928) y de Yugoslavia (1930)— imprimió impulso alguno a la codificación alemana. La política del nacionalsocialismo en materia de derecho era contraria en general a introducir mayores condicionamientos jurídicos, pero en particular fue adversa a las ataduras sobre la administración. Con el nacimiento, en 1949, de la República Federal de Alemania, el esfuerzo del legislador se orientó desde luego a la reglamentación del procedimiento de conformidad con el principio del Estado de derecho. Y surgió aquí, ante todo, el derecho procesal administrativo. Aparecieron regulaciones particulares relativas al procedimiento administrativo no contencioso, agregadas a leyes administrativas sustantivas, mientras que los legisladores de los *Länder* procedieron a establecer reglamentaciones más completas del procedimiento en cuestión.¹²

3. *Historia de la Ley federal sobre procedimiento administrativo*

El impulso decisivo para tomar en consideración la codificación del procedimiento administrativo se dio en 1957, por el informe de una Comisión

⁹ *Landesverwaltungsordnung für Thüringen* del 10 de junio de 1926, GS., 177.

¹⁰ Proyecto de una *Verwaltungsrechtsordnung für Württemberg* de 1931.

¹¹ *Osterreichisches allgemeines Verwaltungsverfahrensgesetz* del 21 de julio de 1925, BGBl., n. 274.

¹² Así, la Ley sobre procedimiento administrativo de la *Freie und Hansestadt Bremen* del 11 de abril de 1934 fue presentada en una nueva formulación el 1º de abril de 1960 (*GBl.*, 37); habría que mencionar, además, la *Landesverwaltungs-gesetz* del *Land* Baden-Württemberg del 7 de noviembre de 1955 (*GVBl.*, 225), la primera *Vereinfachungsgesetz* del *Land* Nordrhein-Westfalen del 23 de julio de 1957 (*GBl.*, NW, 189), la Ley sobre procedimiento de la administración de Berlín, del 2 de octubre de 1958 (*GVBl.*, 951) y, en particular, la *Landesverwaltungs-gesetz* de Schleswig-Holstein del 18 de abril de 1967 (*GVBl.*, 131). En la fase de proyecto han quedado una *Verwaltungsverfahrensgesetz* para el *Land* Nordrhein-Westfalen (proyecto de relación de 1960) y una *Verwaltungs-gesetz* de Hamburgo (proyecto de relación de 1960).

de expertos para la simplificación administrativa, creada por el Ministerio Federal del Interior, en el que se analizaba y afirmaba la necesidad y la oportunidad de una ley general sobre procedimiento administrativo. En 1958, la *Vereinigung der Deutschen Staatsrechtslehrer* se ocupó de dicho procedimiento en un congreso celebrado en Viena, en cuya ocasión, sin embargo, las voces de los administrativistas de la República Federal de Alemania se hicieron oír en forma bastante moderada.¹³

Después de esta elaboración el 43º *Deutscher Juristentag* en su congreso de 1960 celebrado en Múnaco, ha planteado en la sesión sobre derecho público la siguiente cuestión: "¿Es aconsejable codificar la parte general del derecho administrativo?" Después de las fundamentales comunicaciones de Hans Spanner, Fritz Werner, Werner Weber¹⁴ y de una apasionante discusión, se adoptó una resolución conforme a la cual "es necesario y oportuno introducir un régimen unitario del procedimiento administrativo, dentro del marco delineado por la *Verwaltungsverfahrensgesetz* de Berlín, del 2 de octubre de 1957, y por la relación de la Comisión de expertos para la agilización de la administración creada por el Ministerio Federal del Interior". Conforme a la mencionada resolución un régimen semejante deberá incluir las materias conexas del derecho administrativo general y, en particular, la cuestión de la resistencia de los actos administrativos al retiro (suspensión). Sólo tres años más tarde el Gobierno Federal acoge en su programa legislativo, con la declaración gubernamental del 18 de octubre de 1963, la codificación de la reglamentación del procedimiento administrativo. En el ínterin una Comisión de expertos había elaborado el proyecto de un modelo de ley sobre procedimiento administrativo,¹⁵ que suscitó una viva discusión científica. Con base en el proyecto de 1963, el Ministerio Federal del Interior elaboró un proyecto de relación que fue concluido en diciembre de 1965.¹⁶ Dicho proyecto de relación fue a su vez reelaborado y mejorado a la luz de las recomendaciones formuladas por una Comisión conjunta Estado Federal-Länder.¹⁷ Ya que los trabajos preparatorios de la codificación en proyecto no marchaban con rapidez a nivel federal, se planteó por los legisladores de los Länder la cuestión sobre si éstos debían esperarse un poco o bien adoptar, en forma de leyes regionales, la correspondiente

¹³ Cfr. K.A. Bettermann-E. Melichar, *Das Verwaltungsverfahren* (en *VVDStRL* 17, 1959, 118 ss., 183 ss.); aplicable ya entonces, C.H. Ule, 224 ss.

¹⁴ *Verhandlungen des 43. DJT*, Band I, 2. Teil, Heft A, 29 ss.; Heft B, 24 ss.; Band II, Teil D, 2. Abt., D 38 ss.

¹⁵ *Musterentwurf eines Verwaltungsverfahrensgesetz (VwVerfG, 1963)*, 2. Auflage. En el apéndice *Münchener Fassung*, 1968.

¹⁶ *Referentenentwurf*, 1965.

¹⁷ Llamada *Münchener Fassung*. Cfr. la nota 15.

regulación normativa del procedimiento administrativo. Ya en 1958 el gobierno de Schleswig-Holstein había declarado que la codificación del derecho administrativo general podía constituir una medida eficaz para la simplificación de la administración. Con base en el material ya elaborado a nivel federal, el Ministerio del Interior de Schleswig-Holstein continuó desde 1964 los trabajos tendientes a la adopción de una ley general administrativa (*Landesverwaltungsgesetz*).¹⁸ A pesar de algunas intervenciones admonitorias provenientes de diversas partes, en particular del mundo científico, el *Landtag* de Schleswig-Holstein se pronunció en favor de una clara respuesta afirmativa a la cuestión, acorde con la vocación de nuestro tiempo, relativa a la legislación sobre procedimiento administrativo, en favor de la cual formularon votos, ante una Comisión especial del *Landtag* de Kiel, especialmente los profesores C.F. Manger, C.H. Ule y F. Mayer. Tomando en cuenta la situación inicial¹⁹ y los escasos resultados de las investigaciones básicas de la ciencia administrativista sobre el tema, era difícil contar a corto plazo con una base de codificación mejor. Por otra parte, la práctica administrativa tenía urgente necesidad de esa ley. Tomando una decisión valiente, el *Landtag* de Schleswig-Holstein aprobó, el 18 de abril de 1967, la Ley general sobre la administración del *Land*, consiguiendo así la meta de abrir la brecha definitiva. El funcionamiento práctico de esta ley demostró pronto la exactitud de la decisión de política jurídica que era su presupuesto. A nivel federal nuevamente no ocurrió nada, sobre todo a causa de la disolución anticipada del Parlamento. Sólo hasta el 18 de julio de 1973 fue presentado al séptimo *Bundestag* un nuevo proyecto revisado,²⁰ el cual tenía en cuenta los más recientes desarrollos de la doctrina y la jurisprudencia. Tras de largos debates en el *Bundesrat*, en el *Bundestag* y en las Comisiones respectivas, el séptimo *Bundestag* aprobó finalmente, con algunas modificaciones y adiciones, el proyecto de Ley gubernamental sobre procedimiento administrativo, en su 212ª sesión del 15 de enero de 1976. Objeto de controversia entre el Estado central y los *Länder* quedaron

¹⁸ Los trabajos fueron iniciados y realizados, entre otros, por el entonces Ministro del interior del *Land* Schleswig-Holstein, Dr. Schlegelberger y por el Jefe de la Oficina del Ministerio del Interior, secretario de Estado Klaus von der Groeben; en tanto que en los trabajos preparatorios del proyecto han participado H.J. Knack, K.R. Schwarze, W. Klappstein, J.D. Busch, W. Clausen y A. Galette; el grupo de trabajo del gobierno regional contó, en fin, con la asesoría del entonces presidente del *Bundesverwaltungsgericht*, profesor Dr. Fritz Werner (Berlín), del profesor Dr. C.H. Ule (Speyer), del profesor Dr. C.F. Menger (Kiel) y del profesor Dr. F. Mayer (Regensburg).

¹⁹ *Cfr. supra*, 1 ss.

²⁰ Proyecto de 1973, *Bundestagsdrucksache*, 7/910.

algunas pocas disposiciones, referentes especialmente al ámbito de aplicación de la ley en cuestión. Contra el proyecto de ley aprobado, el *Bundesrat*, en su sesión del 20 de febrero siguiente, pidió la intervención de la Comisión de conciliación.²¹ La propuesta de compromiso elaborada por dicha comisión fue aceptada por el *Bundestag* en la sesión del 1º de abril del mismo año²² y por el *Bundesrat* en la suya del día 9 siguiente.²³ Finalmente, la Ley federal sobre procedimiento administrativo fue promulgada por el Jefe del Estado el 25 de mayo de 1976 y publicada en el *Bundesgesetzblatt* del día 29.²⁴ La ley entró en vigor en sus partes esenciales el 1º de enero de 1977.²⁵

4. La competencia legislativa del Estado central y de los 'Länder' en materia de procedimiento administrativo

La cuestión relativa al ámbito de aplicación de una ley federal sobre procedimiento administrativo fue objeto de controversia hasta el final. El problema persistente al respecto es una consecuencia de la repartición de la competencia legislativa entre el Estado central y los *Länder* en materia de procedimiento administrativo. Es decir, que mediante una ley federal se puede regular el modo de proceder de la administración pública distinguiendo la administración del Estado federal (artículo 86 GG), la administración por cuenta del Estado federal (artículo 85 GG) o la administración de los *Länder* en aplicación de leyes federales (artículo 84, párrafo 1, GG). Surge la cuestión de una ulterior administración regional, esto es, sobre si los *Länder*, al aplicar exclusivamente su derecho regional, sólo ellos, y no el Estado federal, pueden, con base en la repartición del poder legislativo operada por la *Grundgesetz*, adoptar disposiciones normativas sobre procedimiento administrativo. La primera tentativa de crear un régimen para el procedimiento administrativo federal válido sólo respecto de las autoridades administrativas del Estado central y de adoptar por las autoridades regionales once leyes similares, demostró ser poco práctico. Conforme al régimen federal de la *Grundgesetz*, las autoridades regionales aplican en definitiva tanto el derecho federal como el derecho regional y, con frecuencia, aplican una ley federal y regional que se refiere al mismo acto administrativo. Tras de una larga controversia, y con el auxilio de la Comisión de conciliación, hoy se ha

²¹ *Bundersratdrucksache*, 45/76 (Resolución).

²² *Deutscher Bundestag, Stenographischer Bericht*, 233. Sesión, 16227 (D).

²³ *Bundesratdrucksache*, 223/76.

²⁴ *BGBL.*, 1976, I, 1253 ss.

²⁵ V. § 103, *VwVfG*.

llegado a la siguiente delimitación de los ámbitos de aplicación del derecho federal y del regional en materia de procedimiento administrativo: la ley federal es aplicable cuando una autoridad central o de un *Land* realiza una actividad administrativa de derecho público; esto es, siempre que se trate de una actividad enjuiciable a la luz del derecho público y no de un simple comportamiento de derecho privado. Por otra parte, son autoridades en el sentido de § 1 de la Ley federal sobre procedimiento administrativo (*Bundesverwaltungsverfahrensgesetz, WwVfG*) todas las oficinas que desempeñan tareas de la administración pública. Comprenden todas las autoridades del Estado central, de los órganos instrumentales de éste, de las administraciones y establecimientos de derecho público, todas las autoridades de los *Länder*, de las Comunas y de los consorcios de Comunas (por ejemplo *Landkreise, Bezirke*) y de las demás personas jurídicas públicas (§ 1, párr. 1, nn. 1 y 2, *WwVfG*). Autoridad en este sentido es, en fin, también el empresario beneficiario de una concesión (por ejemplo, una sociedad por acciones que, como persona jurídica de derecho privado, administre un ferrocarril público con base en una concesión). La Ley federal sobre procedimiento administrativo no se aplica en caso de que las normas jurídicas federales contengan ya disposiciones de contenido diverso o contrario, y se aplica sólo con carácter supletorio si la actividad administrativa de derecho público de las autoridades está regulada por una ley procesal regional. La ley, en fin, no es aplicable en los casos enumerados en el § 2 de la *VwVfG* (se mencionan aquí, a título ejemplificativo, la administración de las iglesias, de las asociaciones religiosas, de las comunidades ideológicas, los sectores administrativos en los que opera ya un derecho administrativo especial como es el caso de las autoridades financieras, de las autoridades encargadas de la represión penal, de la oficina de patentes, de determinados sectores de la administración social, de la administración de justicia). La Ley federal no se aplica, en fin, a los procedimientos que no puedan ser considerados como "actividades de una autoridad con eficacia hacia el exterior, la cual esté dirigida a la determinación de los presupuestos, a la preparación y a la expedición de un acto administrativo o a la conclusión de un contrato de derecho público" (§ 9 *VwVfG*). Por tanto no son considerados por la Ley federal sobre procedimiento administrativo los procedimientos de naturaleza puramente interna, los procedimientos de producción de normas y otros similares.

La Ley federal sobre procedimiento administrativo es aplicable, por consiguiente, cuando:

- 1) intervenga una autoridad del Estado federal o de un *Land*;

2) se trate de una actividad administrativa de naturaleza jurídica pública;

3) las normas jurídicas del Estado federal no contengan alguna disposición diversa o en sentido contrario;

4) no exista alguna excepción a las disposiciones del § 2 *VwVfG*, o se trate de una actividad externamente relevante orientada a un acto administrativo o a la celebración de un contrato de derecho público (§ 9 *VwVfG*); y

5) tratándose de una autoridad regional (§ 1, párrafo 1, n. 2, *VwVfG*), la actividad administrativa de derecho público de esta autoridad no estuviere regulada por una ley local sobre procedimiento administrativo.

5. *La sistemática de la Ley federal sobre procedimiento administrativo*

La ley federal sobre procedimiento administrativo está dividida en ocho partes:

La Parte I regula el ámbito de aplicación (§§ 1 y 2), la competencia territorial (§ 3) y la colaboración entre dependencias (§§ 4 y ss.), esto es, todas las materias relativas a la fase preliminar del procedimiento administrativo propiamente dicho.

La Parte II contiene las normas generales sobre el procedimiento administrativo y se divide, a su vez, en tres capítulos. El primero, empieza con una definición legal del concepto de procedimiento administrativo (§ 9) y establece los principios generales del procedimiento (§§ 10-30); el segundo se refiere a los términos y a la dispensa de éstos (§§ 31 y ss.), y el tercero contiene disposiciones relativas a la legalización (§§ 33 y ss.).

La Parte III trata en tres capítulos, de la institución jurídica central: el acto administrativo. El primer capítulo se ocupa del concepto de acto administrativo (§ 35), de sus cláusulas accesorias (§ 36), de la promesa (§ 38), de la motivación y de la notificación del acto administrativo (§§ 39 a 41). El segundo capítulo, que por cierto lleva el equívoco subtítulo de "Resistencia del acto administrativo al retiro" (suspensión), contiene en resumidas cuentas la jurisprudencia firme. En una forma no precisamente feliz, desde el punto de vista de la técnica legislativa, aparecen recogidas aquí las contribuciones de la doctrina y de la jurisprudencia en materia: de eficacia (§ 43), de nulidad (§§ 44 y ss.), de suspensión y de revocación (§§ 48 y ss.) del acto administrativo. El tercer capítulo, que consta únicamente del § 53, regula la interrupción de la prescripción mediante acto administrativo.

La Parte IV de la ley está dedicada al contrato de derecho público,

una institución jurídica que la doctrina y la jurisprudencia han desarrollado de conformidad con la práctica administrativa.

La Parte V trata los tipos especiales de procedimiento, esto es, de los procedimientos administrativos formales y, en particular, de los procedimientos planificadores (*pianificatori*).

La Parte VI contiene las disposiciones relativas a los recursos administrativos, a cuyo efecto remite, por una parte, al Código procesal administrativo, pero, por otra, aclara nuevamente que el procedimiento contencioso administrativo regulado por dicho código es un procedimiento administrativo en sentido estricto.

La Parte VII comprende las disposiciones sobre la actividad honoraria en la administración pública (§§ 81-87) y las normas procesales para las comisiones, los comités y demás órganos administrativos colegiados (§§ 88-93).

La Parte VIII contiene, bajo el epígrafe "disposiciones finales", las normas transitorias, las modificativas y las de coordinación.

Este breve panorama sistemático de la Ley federal de procedimiento administrativo muestra ya que la misma no sólo ofrece una mera concepción procesal; representa más bien un intento de codificar, dentro del marco de una síntesis del régimen de dicho procedimiento, importantes sectores de la teoría general sobre el mismo no sujetos hasta ahora a alguna regulación positiva. Ya que no es posible examinar a fondo, dentro de los límites de un breve artículo, todas las cuestiones planteadas por esta ley, expondremos el contenido de ella siguiendo un criterio de selectividad.

6. *Los principios del procedimiento administrativo.*

El procedimiento administrativo no está, en principio, vinculado a formas determinadas; por lo que, para conducirlo a su realización más simple posible, rápida y práctica, rige el *principio de la informalidad*. Sólo en caso específico está prevista una formalidad para el mismo. Estos procedimientos de carácter predominantemente cognoscitivo, con instrucción oral obligatoria y deber de declaración se tienen, por ejemplo, en la aplicación del derecho municipal (*edilizio*), del de aguas, del de caminos, del relativo a la tutela de diques, del aéreo y similares. Al adoptar esta solución, ajustada a sectores materiales particulares —garantías procedimentales formales por una parte y practicidad, rapidez, simplicidad y economía por la otra— el legislador federal ha tenido presentes también los modelos extranjeros.²⁶

²⁶ C.H. Ule, *Verwaltungsverfahrensgesetze des Auslandes*, Berlín, 1967, Band I, 418 y Band II, 1050 (índice sinóptico por materia: II: 8).

Frente a los actos administrativos que emanan de procedimientos de esta naturaleza, no se da ningún otro preprocedimiento (procedimiento por recurso administrativo); son inmediatamente impugnables mediante acción jurisdiccional ante el juez administrativo (§ 70). Esta decisión del legislador no está libre de peligros, tanto desde el punto de vista de la política del derecho como del de la administrativa. La experiencia recogida con la renuncia al recurso administrativo en materia municipal (*edilizia*) habla en favor de tal solución. Sobre el régimen de los procedimientos administrativos formales en particular, consúltense los §§ 63 y ss. *VwVfG*.

Para el procedimiento administrativo, que en principio es informal, existen disposiciones relativamente poco vinculantes. Al iniciarse un procedimiento administrativo, la autoridad decide discrecionalmente si actúa de oficio o a petición de parte (§ 22). El procedimiento concluye con un acto administrativo o con un contrato de derecho público, siempre que aquél no se haya interrumpido o se haya conducido en alguna otra forma.

La situación es determinada de oficio por la autoridad (§ 24). Rige al respecto el *principio de oficiosidad*; la autoridad, en cuanto rectora del procedimiento, no está obligada a declarar ni a presentar pruebas a petición de las partes. Para la determinación de la verdad material, la autoridad puede valerse de los medios de prueba normales (§ 26, párr. 1, apartado 2, *VwVfG*); pero los testigos y los peritos están obligados a declarar, a rendir dictámenes, a otorgar declaraciones bajo juramento únicamente en los casos previstos por la ley (§§ 26, párr. 3 y 27, *VwVfG*).

La determinación de quienes son partes en el procedimiento está delimitada por el § 13. Rige aquí el *principio de la participación de todas aquellas personas que tengan un interés jurídico en el procedimiento*. La autoridad puede, de oficio o a petición de parte, solicitar la declaración de cualquier persona cuyos intereses pudieran resultar particularmente afectados con el resultado del procedimiento. Si éste tiene eficacia constitutiva frente a un tercero, el afectado deberá ser llamado al procedimiento a iniciativa de parte. La ley distingue entre la capacidad para ser parte (§ 11: personas físicas y jurídicas, asociaciones que tengan derecho a serlo, autoridades) y la capacidad para actuar. Esta última la tienen aquellas personas físicas a las que el Código civil les reconozca dicha capacidad y aquellas que, conforme al mismo, tengan una capacidad de actuar limitada, en el sentido de que, respecto del objeto del procedimiento, se les reconozca legitimación para actuar desde el punto de vista civilístico o publicístico. También las per-

sonas jurídicas y las asociaciones tienen capacidad de actuar a través de representantes legales o especiales, de órganos directivos y sus apoderados (§ 12). Además, el régimen del procedimiento administrativo establece las instituciones de la *representación* y la *asistencia* (§§ 14 y ss.). Cualquiera de las partes en el procedimiento puede hacerse representar por un mandatario. El poder respectivo autoriza para toda clase de actos procesales relacionados con el trámite administrativo de que se trate.

Ningún acto administrativo que afecte los intereses de una de las partes puede ser emitido sin previa *audiencia* del interesado (§ 28). Sólo en los casos enumerados en el párrafo 2 del citado artículo de la *VwVfG* se puede prescindir de esta garantía de audiencia: cuando se trate de providencias urgentes por razón de peligro inminente o de medidas de necesidad por causa de interés público, en relación con los términos; de providencias adoptadas en admisión de una demanda o de conformidad con una declaración; de actos administrativos generales o adoptados con el auxilio de mecanismos automáticos; de providencias de ejecución administrativa. La audiencia de parte tampoco tiene lugar cuando sea contraria al interés público (§ 28, párrafo 3).

La *lengua oficial* para las promociones y actuaciones es el alemán. Las declaraciones sujetas a término deben ser rendidas por el extranjero en idioma alemán o ser traducidas a éste dentro del plazo que se le señale. Las resoluciones de la autoridad deben ser redactadas en idioma alemán sin excepción. Sin embargo, la autoridad puede establecer la relación con los extranjeros en su idioma. Es interesante advertir cómo a este propósito el legislador ha seguido una orientación distinta de la de la jurisprudencia del *Bundesverfassungsgericht*.²⁷

Cualquier parte en el procedimiento tiene derecho a *consultar las actuaciones* del mismo, cuando su conocimiento sea indispensable para poder ejercer o defender sus intereses jurídicos. Dicha consulta está, sin embargo, limitada por la obligación de la autoridad de desahogar con regularidad sus funciones, por la defensa del interés público, por consideraciones relativas al legítimo interés de los demás en el mantenimiento del secreto (§ 29). También sobre este aspecto el legislador federal ha seguido los modelos extranjeros. Se puede afirmar, en efecto, que el derecho a la consulta de las actuaciones procedimentales pertenece hoy en día al "patrimonio básico" de todas las leyes europeas sobre la materia.²⁸

²⁷ Cfr. *BVerfGE*, 40, 95.

²⁸ C.H. Ule, *op. cit.*, *loc. cit.*, 1051 (índice sinóptico por materia: II.15); F. Becker, *Verwaltungsverfahrensrecht in Ost. und West* (en *ROW*, 1969, 54 s.).

De primaria importancia es el derecho que tienen las partes en el procedimiento a la *asesoría* y a la *información*, establecido por el § 25, *VwVfG*. La idea básica al respecto es que, en un Estado de derecho, nadie debe ser privado de sus derechos por falta de conocimientos.²⁹ Es por ello que la autoridad debe garantizar la propia asistencia en cuestiones jurídicas a las partes faltas de experiencia. En esta materia el legislador se conforma a la jurisprudencia del *Bundesgerichtshof*.³⁰ En particular, la autoridad debe velar por la presentación de demandas regulares, cuando sus deficiencias sean producto de error debido a descuido o inexperiencia. Debe además proporcionar información sobre los derechos que corresponden a las partes en el procedimiento, así como sobre los deberes que les atañen. Aunque se trate de normas meramente dispositivas, la violación de esta obligación de asistencia puede dar base a una acción de resarcimiento por daños, de acuerdo con las disposiciones del § 839 del *BGB*, en relación con el artículo 34 de la *GG*.

Las partes en el procedimiento administrativo tienen derecho a la tutela de su esfera de intimidad, tanto personal como profesional. El *deber del secreto* en el procedimiento administrativo rige también para los funcionarios honorarios (§ 84, *VwVfG*).

La Ley sobre procedimiento administrativo no exige forma alguna especial para el acto administrativo: éste puede ser emitido en forma escrita, oral o incluso en cualquier otra (por ejemplo, mediante signos) (§ 37, párrafo 2, inciso 1, *VwVfG*). Sin embargo, los actos administrativos emitidos en forma escrita o confirmados así —los actos administrativos orales son confirmados por escrito— deben ser siempre motivados por escrito, cuando haya un interés calificado y el destinatario lo solicite oportunamente (§ 37, párrafo 2, inciso 2). En la motivación deben especificarse todas las razones de hecho y de derecho que hayan contribuido a la adopción de una providencia discrecional. En esto el legislador se ha conformado a la jurisprudencia del *Bundesverfassungsgericht*,³¹ de acuerdo con la cual el ciudadano cuya esfera jurídica sea afectada debe tener la garantía, conforme al principio del Estado de derecho, de conocer los motivos para dicha afectación, porque sólo así podrá hacer valer sus defensas de manera efectiva. La Ley sobre procedimiento administrativo adopta, por tanto, el principio del *deber general de motivación*. Dicha motivación es, por esto, indispensable para evaluar la legitimidad y la procedibilidad de un recurso. El

²⁹ *Bundestagsdrucksache*, 7/910, 49.

³⁰ *BGHZ*, 15, 305 (312).

³¹ *BVerfG* 6, 44; a esta opinión se ha adherido el *BVerwG* en la sentencia 22, 212 (217); 38, 191.

§ 29, párrafo 2, *VwVfG*, admite determinadas excepciones a este deber de motivación. Merece ser mencionado, además, el hecho de que la omisión de la motivación no produce consecuencias jurídicas, si la misma se subsana en una segunda oportunidad (§ 45, párrafo 1, n. 2), así como que se puede prescindir de la motivación escrita de un acto administrativo en las cuestiones relativas a la defensa, una vez que se ha resuelto el caso de defensa o de conflicto (§ 95, párrafo 1, *VwVfG*). También sobre este punto el legislador federal ha tenido presentes las experiencias extranjeras.³²

Ahora bien, las partes en el procedimiento no sólo tienen derechos sino también *deberes*. Conforme al § 26, párrafo 2, *VwVfG*, todas las partes en el procedimiento deben colaborar en la *determinación de los hechos*. Se trata aquí, no tanto de un deber jurídico en sentido estricto como de una carga, de una incumbencia, cuyo cumplimiento cae dentro de los intereses mismos de las partes. De allí que tal colaboración no pueda ser exigida coactivamente. No existe, en principio, deber alguno de comparecer personalmente o de rendir declaraciones (§ 29, párrafo 2, inciso 2). El incumplimiento del deber de colaboración puede no obstante acarrear importantes perjuicios jurídicos, por ejemplo, por lo que hace a la valoración de las pruebas, al juicio sobre la corresponsabilidad dentro del marco de las acciones por resarcimiento de daños a causa de violación de deberes a cargo de los funcionarios, a las demandas de resarcimiento por la suspensión de actos administrativos para evaluación de la tutelabilidad, a las resoluciones sobre gastos. Pero no obstante ello, las autoridades no están exentas del deber de hacer todo lo que esté a su alcance para realizar una instrucción completa del procedimiento (§ 24, párrafo 1, *VwVfG*). En los procedimientos administrativos formales, los testigos y los peritos están obligados a comparecer, a rendir declaraciones y a formular dictámenes (§ 65).

Los términos y las fechas que han de acatarse en el ámbito del procedimiento administrativo se computan conforme al § 31, *VwVfG*. En general, el legislador sigue la regla ya experimentada por el Código civil. Si un término es fijado por una autoridad, transcurre desde el día siguiente al de la notificación, a menos que la autoridad no haya efectuado una diversa comunicación del acto administrativo de que se trate. Si un término concluye en domingo, o en cualquier otro día festivo, o en sábado, se prolonga hasta el siguiente día laborable. Sin embargo, esta regla no se aplica si el interesado ha sido notificado el

³² C.H. Ule, *op. cit.*, 1052 (tabla sinóptica por materia: IV, 9); F. Becker, *op. cit.*, 55.

día previamente determinado como fecha de expiración del término. Los términos fijados por las autoridades pueden ser prorrogados. La *dispensa de los términos* es materia de una minuciosa regulación (§ 32). Esta procede a petición de parte cuando, sin culpa de la obligada, no es acatado un término. Sin embargo, el representado debe cargar con la culpa del representante. La petición puede ser hecha dentro de las dos semanas siguientes a la remoción del impedimento, pero dicha petición es improcedente cuando haya transcurrido un año desde la expiración del término inobservado (término de caducidad). De esta institución se distingue la reapertura del procedimiento. El § 51, *VwVfG*, reconoce a los interesados la posibilidad de solicitar la *reapertura de un procedimiento ya concluido e inimpugnable*. La petición de reapertura puede fundarse en el hecho de que la situación jurídica o material que haya dado base al acto administrativo se haya modificado posteriormente en favor del solicitante, que existan nuevos medios de prueba supervenientes que hubieren conducido a una resolución más favorable al interesado, que aparezcan motivos de revocación en términos del § 580 del Código de procedimiento civil. La petición es admisible sólo si el solicitante no ha estado en la posibilidad, sin culpa grave de su parte, de hacer valer tales razones en un procedimiento anterior, particularmente en el procedimiento de impugnación. Para la presentación de la petición se concede un término de tres meses.

La *moderna técnica administrativa*, especialmente la electrónica, hace posible la producción de actos administrativos en gran cantidad. En múltiples casos la computadora sustituye al hombre. En los §§ 17-19, *VwVfG*, el legislador, que se mueve en un terreno completamente virgen, trata de ponerse a la altura del fenómeno.

Los *procedimientos masivos* son aquellos en los que intervienen como partes una multiplicidad de personas, que con frecuencia pasan del millar. Tales procedimientos han sido introducidos en los últimos tiempos, sobre todo en materia de construcción de centrales eléctricas atómicas, de nuevos y grandes aeropuertos, de grandes plantas industriales y similares. El procedimiento masivo está dirigido a la emisión de un acto administrativo, por ejemplo, la autorización para la instalación de una central eléctrica, que afecta los intereses de una multitud de personas que, en hipótesis, han hecho valer sus derechos a través de listas de firmas o bien mediante la suscripción de escritos uniformes. El legislador trata de captar la esencia del problema creado por el número ilimitado de las partes en un procedimiento masivo, estableciendo una regulación adecuada de la representación en este caso. De acuerdo con los §§ 17 y 18, *VwVfG*, la autoridad puede ahora exigir la desig-

nación de un representante común si intervienen como partes en un procedimiento administrativo más de cincuenta personas. Si no se designa dicho representante, la autoridad puede dejar de tomar en consideración las instancias de igual tenor hechas conjuntamente (§ 17, párrafo 2). El representante designado debe cuidar diligentemente, conforme al § 19, los intereses de sus representados, y ejercitar sin nexo de mandato todo los derechos de éstos relativos al procedimiento administrativo.

Análogos problemas surgen para la notificación de un acto administrativo que deba practicarse a más de trescientas personas. En este caso, las notificaciones efectuadas individualmente son sustituidas por la publicación.³³ Por norma, ésta se realiza mediante la publicación del acto administrativo en un boletín oficial o en un determinado diario o periódico local escogido de oficio por la autoridad.

La Ley sobre procedimiento administrativo contiene disposiciones especiales sobre los actos administrativos múltiples, que son aquellos emitidos en gran número, con un contenido sustancialmente idéntico y con el auxilio de mecanismos electrónicos (por ejemplo, providencias de pensión, tributarias). En la expedición de estos actos administrativos, efectuada con instrumentos automáticos, la audiencia de las partes puede ser omitida (§ 28, párrafo 2, n. 4). En la emisión de un acto administrativo escrito de este tipo pueden faltar la firma y la especificación del nombre (§ 37, párrafo 4). Estos actos administrativos no ameritan de una motivación (§ 39, párrafo 2, n. 3, *VwVfG*).

7. *Las disposiciones de la Ley federal en materia de acto administrativo*

En la Parte III de la Ley federal sobre procedimiento administrativo, el legislador ha acometido el intento de establecer, en 18 artículos, disposiciones sobre el acto administrativo con la intención de dar forma normativa a sus elementos esenciales, de conformidad con el estado actual de la doctrina y la jurisprudencia. Aquí el legislador ha rebasado los límites de su tema, constituido por el procedimiento administrativo propiamente dicho, al tratar, en forma de defensa del procedimiento, de sacudir un poco la dogmática administrativa alemana que era infecunda sobre este punto. Contemporáneamente se ha querido dar solución a antiguas controversias, sin que por lo demás tal intención se haya realizado plenamente. La Ley federal continuará, por esto, dando lugar a la discusión científica. En efecto, esta Parte III, considerada desde el punto de vista de la dogmática jurídica, representa la sección más vulnerable de la ley.

³³ §§ 17, párr. 2, inc. 2; 63, párr. 3; párr. 1, inc. 4-6; 69, párr. 2, inc. 2-5; párr. 3, inc. 2; 72, párr. 2; 73, párr. 5, n. 4; párr. 6, inc. 4-5; 74, párr. 5 (*VwVfG*).

Hasta ahora los legisladores alemanes se habían cuidado, en general, de proporcionar una definición legal del concepto central de *acto administrativo*. Actualmente el § 35, párrafo 1, *VwVfG*, establece que por tal debe entenderse todo decreto, decisión o providencia dictada por una autoridad para regular un caso singular dentro del ámbito del derecho público y que está dirigida a producir inmediatamente efectos jurídicos externos. Esta definición del acto administrativo, susceptible sin duda de una posterior afinación, responde al estado actual de la doctrina y la jurisprudencia. Indudablemente que tal definición tiene un efecto unificador desde el punto de vista jurídico. Ahora, como antes, tocará a la jurisprudencia la tarea de resolver los difíciles problemas limítrofes.

En armonía con la definición establecida, el párrafo 2 del propio artículo 35 define la *providencia general* como un acto administrativo dirigido a una esfera de personas determinadas o determinables conforme a criterios generales, o que se refiere al carácter de derecho público de una cosa o a su utilización por parte de la generalidad. En la práctica, esta definición resulta escasamente útil, porque continuaremos preguntándonos necesariamente cuándo puede decirse que una esfera de personas es determinable. Con ella el legislador intentó también contribuir a aclarar las dos cuestiones controvertidas relativas a la naturaleza jurídica de la clasificación y a la de las señales de policía de caminos. Creo que los resultados habrían sido decididamente mejores si el intento se hubiese realizado sin conexión con la "providencia general". La voluntad del legislador estaba dirigida a considerar como tal el llamado acto administrativo relativo a bienes. Por esto habría sido mucho mejor decir en una ley que estos actos de autoridad están sujetos al mismo régimen de los actos administrativos. En el § 36, están minuciosamente tratadas las *cláusulas accesorias* del acto administrativo (condiciones, cargas, términos). En las providencias administrativas obligadas, esto es, cuando existe un derecho subjetivo a la emisión por la autoridad del acto administrativo puede ponerse una cláusula accesoria únicamente si ella está en armonía con el ordenamiento jurídico (a través de una norma jurídica se concede o se debe garantizar que los presupuestos legislativos del acto administrativo sean acatados). En las providencias administrativas discrecionales se puede proceder libremente también con relación a los elementos accidentales, pero también aquí la "cláusula accesoria" debe encontrarse en una relación de conexión funcional con el acto administrativo, a cuyo fin no puede oponerse dicha cláusula. El § 37 reglamenta la *determinación* y la *forma* de los actos administrativos, mientras que el § 38 se ocupa de la *promesa* de actos administrativos, la cual ha sido objeto de largas discusiones. Para la efi-

cacia de la promesa se prescribe ahora la forma escrita, en tanto que su validez está sujeta a la reserva de la cláusula *rebus sic stantibus*. El § 39 regula la *motivación de los actos administrativos* y, en particular, enumera los casos en que no se hace necesaria esa motivación. El § 40 delimita la *administración discrecional* de la autoridad: "Esta debe ejercitar su discrecionalidad de conformidad con el fin de la facultad de que se trate y dentro de los límites establecidos por la ley".

La Ley Federal sobre Procedimiento Administrativo se ocupa detalladamente de los *vicios* de los actos administrativos y de sus formas. La cuestión de si un vicio conduce a una simple anulabilidad del acto o lo vuelve nulo, ha sido resuelta de acuerdo con la teoría dominante sobre la evidencia. Se trata, por lo demás, de problemas a los que la jurisprudencia y la doctrina de los Estados europeos no han logrado hasta ahora dar una solución unívoca.³⁴ El legislador federal se ha orientado por una solución articulada sobre los siguientes puntos:

—Los conflictos materiales y/o formales con la ley provocan consecuencias jurídicas diferentes.

—Las imprecisiones evidentes, como errores de escritura o de cálculo, pueden ser rectificadas en cualquier momento (§ 42).

—Los vicios de procedimiento y los de forma, a excepción de las causas de nulidad, son irrelevantes si son eliminados inmediatamente o cuando no haya sido posible adoptar ninguna otra decisión sobre la materia (§ 46).

—Un acto administrativo inválido puede ser convertido en otro (§ 47).

—Un acto administrativo que esté afectado de un vicio particularmente grave y evidente, cuya invalidez sea por tanto manifiesta, es nulo (§ 44, párrafo 1). Ya que la especificación de las causas de nulidad no siempre es unívoca, el legislador ha enumerado toda una serie de posibles ilicitudes que pueden conducir o no a la nulidad (§ 44, párrafos 2 y 3).

—Otras ilicitudes hacen al acto "solamente" anulable. Tal acto debe ser anulado mediante recurso o acción, en los términos establecidos por el Código procesal administrativo.

—Los actos administrativos ilícitos pueden ser suspendidos de acuerdo con el § 48, *VwVfG*.

—Excepcionalmente, en las hipótesis del § 49, los actos administrativos lícitos pueden ser revocados.

³⁴ C.H. Ule, *op cit.*, 1053 (índice sinóptico por materia: IV, B, 1-9); F. Becker, *op. cit.*, 55 s.

—Los §§ 48-50 reglamentan el retiro y la revocación de los actos administrativos.

La ley, siguiendo la terminología dominante, emplea aquí la palabra “retiro” (§ 48) para referirse a la suspensión de un acto administrativo ilícito, y entiende por “revocación” (§ 49) la suspensión de un acto administrativo lícito.³⁵ Además, el legislador distingue los actos administrativos “gravosos” de los “favorables”, esto es, de aquellos actos que constituyen o confirman una ventaja jurídicamente relevante (cfr. § 48, párrafo 1, inciso 2). Por su retiro asumen importancia, a veces, otros presupuestos.

Los actos administrativos gravosos ilícitos, aunque sean inimpugnables pueden ser retirados total o parcialmente, con eficacia *ex nunc* o *ex tunc* (§ 48, párrafo 1, inciso 1). A este respecto se plantea la cuestión de *si* y *cuándo* adquiere el ciudadano un derecho subjetivo al retiro de la restricción ilícita. En principio, el legislador da una solución negativa. Reconoce tan sólo una pretensión a un acto administrativo discrecional correcto, la cual no obstante puede convertirse en una pretensión al retiro en caso de que, conforme a la actual jurisprudencia la discrecionalidad se reduzca a cero.

Para los actos administrativos favorables ilícitos se ha adoptado una solución que, tomando en cuenta la confianza del ciudadano en la estabilidad del acto administrativo, apela o a la conservación de éste o a su retiro a cambio de indemnización. Es por esto que son conservados aquellos actos administrativos que conceden una prestación monetaria única o continua o una prestación de naturaleza divisible (otorgamiento de una subvención, determinación de la pensión), o que constituyen su presupuesto (determinación de la antigüedad en el servicio de un funcionario), siempre que se demuestre que el beneficiario tenía una expectativa o certeza sobre la estabilidad del acto administrativo en cuestión y que su confianza sea digna de tutela frente al interés público en el retiro de dicho acto (§ 48, párrafo 2, inciso 1). El párrafo 2, incisos 2 y 3, del citado artículo del *VwVfG*, establece en qué casos dicha confianza es digna de ser tutelada o no. Los actos administrativos que no caen dentro de la hipótesis de dicho párrafo 2 (por ejemplo, la licencia municipal, el certificado, los actos constitutivos de derechos), pueden ser retirados previa indemnización del perjuicio patrimonial sufrido por el administrado, por el hecho de la confianza que éste tenía en la estabilidad del acto administrativo, siempre que tal confianza sea digna de tutela frente al interés público (§ 48, párrafo 3, inciso 1). En el primer caso, la confianza es garantizada mediante

³⁵ Cfr. Las indicaciones en *Bundestagsdrucksache*, 7/910, 67.

la tutela de la estabilidad; en el segundo caso, mediante la tutela del patrimonio. Este régimen diverge de la jurisprudencia anterior,³⁶ que se encontraba ante la rígida alternativa de tomar todo, a través del retiro del acto administrativo, o dejar todo, mediante su conservación. El principio de “todo o nada” ha sido substituido por la mencionada solución más elástica adoptada en el citado § 48. La transformación de la tutela de la confianza en el sentido de “tolerar o indemnizar” no constituye un *deminutio*.³⁷ Conforme al párrafo 4 del § 48, el retiro del acto administrativo es posible únicamente dentro del término de un año, computado a partir del conocimiento de las circunstancias que justifiquen su suspensión.

Un acto administrativo gravoso y lícito puede ser revocado en cualquier momento, a menos que no se tenga que expedir un nuevo acto con el mismo contenido (§ 49, párrafo 1). Un acto administrativo favorable y lícito no puede, en principio, ser revocado; en otras palabras, puede ser revocado solamente en los casos previstos por el párrafo 2, nn. 1-5, del citado artículo del *VwVfG*. Al respecto el legislador se conforma a la opinión dominante. Sigue controvertida, tan sólo, la cuestión de si el interés público, junto con otras condiciones, puede justificar la revocación. En estos casos (§ 49, párrafo 2, nn. 3-5), sin embargo, el administrado puede exigir indemnización (§ 49, párrafo 5).

8. *El contrato de derecho administrativo*

La Parte IV de la Ley Federal sobre Procedimiento Administrativo lleva el título, no muy adecuado, de “El contrato de derecho público”. En realidad, las disposiciones normativas de la ley no contemplan todos los contratos de derecho público sino únicamente el contrato de derecho administrativo. También aquí el legislador se ha internado en una tierra virgen. Un procedimiento administrativo puede terminar, además, de con la emisión de un acto administrativo, también con la obtención de un acuerdo y con la celebración de un contrato, el cual puede, por tanto, ser visto y tratado como parte de la temática procedimental. El § 54 de la *VwVfG* califica de “contrato de derecho público” a aquel mediante el cual se constituye, modifica o extingue una

³⁶ Cfr. las indicaciones en V. Götz, *Das neue Verwaltungsverwaltungsgesetz* (en *NJW*, 1976, 1429, n. 32); H. Maurer, *Das Verwaltungsverfahrensgesetz des Bundes* (en *Jus*, 1976, 492, n. 66).

³⁷ Por último, W. Frotscher, *Vermögensschutz oder Bestandsschutz bei der Rücknahme von Verwaltungsakten?* (en *DVBl.*, 1976, 281, con otras indicaciones, en particular en la n. 63).

relación jurídica de naturaleza iuspublicista. Sin embargo, si tomamos en cuenta lo que establecen los §§ 1 y 9 de la propia ley, advertiremos que aquella disposición se refiere, en realidad, al contrato de derecho administrativo. En el ámbito de esta categoría la doctrina alemana distingue, desde tiempo inmemorial, entre contrato de partes en situación de igualdad y contrato de partes con distinta jerarquía. La Ley federal de procedimiento administrativo no menciona expresamente, por cierto, estos dos tipos fundamentales de contrato administrativo, pero en su § 54, párrafo 2, el elemento característico del contrato entre partes desiguales, sirviéndose de la fórmula: "en vez de emanar de un acto administrativo". A través de un contrato de derecho administrativo se puede dar nacimiento, modificar o extinguir una relación jurídica de derecho público, siempre que no haya normas que lo prohíban. De este modo el legislador ha dado solución a una cuestión jurídica controvertida hasta ahora. En lo sucesivo, aun sin un fundamento legislativo especial, la administración puede servirse del contrato para dar aplicación a la ley. Ello no quiere decir que se eluda el principio de legalidad de la administración y, por tanto, que ésta cree situaciones jurídicas que no puedan constituirse mediante acto administrativo. Consecuentemente, el § 59 de la *VwVfG* prevé las siguientes causas de nulidad para el contrato entre partes desiguales:

—cuando la nulidad derive de la aplicación de las normas correspondientes del Código civil;

—cuando, de emitirse un acto administrativo de idéntico contenido éste sería nulo;

—cuando la ilicitud del contrato fuera conocida de ambas partes;

—cuando no se hayan respetado los presupuestos específicos del convenio de transacción;

—cuando, tratándose de contratos sinalagmáticos, se haya violado la prohibición de estipular contraprestaciones ilícitas.

Esta enunciación exhaustiva y casuística de las causas de nulidad y la correspondiente a la ausencia en la ley de una cláusula general de anulabilidad, han sido duramente criticadas por la doctrina jurídica; ello vendría a constituir un grave defecto estético en una ley que, desde otros ángulos, puede considerarse que está bien lograda.³⁸ Por otra parte, una sentencia del *Bundesverwaltungsgericht*³⁹ ofrece la oca-

³⁸ V. Götz, *op. cit.*, 1430; H. Maurer, *op. cit.*, 495.

³⁹ *BVerwG* sentencia del 14 de noviembre de 1975, *DVBl.*, 1976, 217; *cfr.* sobre este punto H.U. Erichsen, *Rechtsfragen des verwaltungsrechtlichen Vertrags* (en *VerwArch.*, 1977, 65 ss.).

sión para observar que el § 59 de la ley no constituye la última palabra en materia de nulidad de los contratos de derecho administrativo.

Un contrato entre sujetos del mismo nivel sólo es nulo si la nulidad del mismo deriva de una correspondiente aplicación de las normas de derecho civil. El § 59 se refiere únicamente al contrato afectado de una invalidez de origen. Para los casos de variación posterior de los aspectos determinantes de la relación respectiva, el § 60 de la *VwVfG* prevé la adecuación a la nueva situación o la rescisión del contrato, de conformidad con el principio de la cláusula *rebus sic stantibus*. Además, la autoridad administrativa puede rescindir un contrato siempre que con ello trate de evitar o eliminar graves perjuicios al bien común.

9. *Evaluación y perspectivas*

En su conjunto, la Ley federal sobre procedimiento administrativo debe ser valorada favorablemente. Y, en realidad, los juicios formulados por la doctrina jurídica alemana son predominantemente positivos, aunque muchos de los buenos augurios respecto de aquélla no se hayan realizado y no obstante las numerosas críticas que la misma ha suscitado. Indudablemente que la aplicación de la ley pondrá en evidencia ulteriores defectos, los cuales podrán ser fácilmente eliminados aprovechando las características de flexibilidad que se le han imprimido. Desde el punto de vista de la dogmática jurídica, la Ley federal analizada no puede considerarse que esté bien lograda en todas sus partes. El hecho no es de sorprender si se tiene en cuenta el desinterés científico que, hasta hace poco tiempo, se ha manifestado en este sector del derecho administrativo dentro de la República Federal de Alemania. Sin embargo, la ley constituye, quizá, un eficaz estímulo para reactivar la dogmática del derecho administrativo que, desafortunadamente, se ha manifestado infecunda al respecto y para orientar de nuevo su atención sobre la dinámica administrativa más que hacia su precisa regulación. Vista en su conjunto, la ley resulta bastante flexible y abierta a ulteriores desarrollos e incluso, suficientemente explícita. La larga espera que la precedió ha terminado por resultar benéfica: la ley ha logrado algo auténticamente específico para el procedimiento administrativo, haciendo que éste se desarrolle de manera totalmente autónoma respecto del proceso administrativo. En definitiva, el efecto unificador de esta ley federal será muy considerable, por no decir importante, sobre los ordenamientos administrativos de los *Länder*, que hasta ahora se han mantenido bastante diferentes. Por consiguiente, en lo sucesivo el recurso al *Bundesverwaltungsgericht* podrá fundarse tam-

bién en la violación del derecho administrativo regional, siempre que la norma invocada coincida en el texto con la correspondiente norma de la Ley federal sobre procedimiento administrativo (§ 97, n. 3). Finalmente, esta ley constituye un verdadero impulso para la codificación de la doctrina general del derecho administrativo alemán, que será secundada en breve con una nueva ley sobre la responsabilidad del Estado, que comprende expectativas del derecho público sistemáticamente importantes del ciudadano frente a aquél (responsabilidad del Estado, derechos vinculados con la expropiación, con renunciaciones, con revocación de efectos, con situaciones de peligro o con daños por motines). El legislador administrativo de la República Federal de Alemania abandona inequívocamente por esta vía su anterior actitud de abstencionismo en el ámbito del derecho administrativo general.

Franz MAYER

Traducción de Fausto E. RODRÍGUEZ