

CAPÍTULO PRIMERO

ADMINISTRACIÓN PÚBLICA Y DERECHO ADMINISTRATIVO

I. LA ADMINISTRACIÓN PÚBLICA*

1. *El concepto de administración*

Para adentrarse en el estudio del derecho administrativo resulta necesario tener algunas nociones sobre su objeto, la administración. Ello deviene imprescindible, si se tiene en cuenta que el término “administración” es polisémico y difícil aprender.

A. *Los distintos conceptos de administración*

a) Una primera acotación terminológica se obtiene centrando la atención en la administración pública o administración del Estado en sentido amplio, única de la que se ocupa el derecho administrativo. También existe administración en los sectores privado, económico y social, siendo ejemplos de ella la administración del patrimonio propio o ajeno, la administración de una empresa o de una asociación. Aunque desde una perspectiva técnico-administrativa cabe identificar principios estructurales y ordenadores en gran medida comunes a todas las formas de administración, la administración pública constituye una realidad organizativa, funcional y jurídicamente autónoma, claramente diferenciable de la administración del resto de sectores.

b) Sin embargo, pese a esta primera acotación, el término “administración” sigue siendo polisémico. Puede tener los siguientes significados:

* El § 1 ha sido traducido por Oriol Mir Puigpelat, profesor titular de derecho administrativo de la Universidad de Barcelona.

- Administración en sentido organizativo es la organización administrativa, integrada por el conjunto de entes y órganos administrativos,
- Administración en sentido material^{Nt1} es la actividad administrativa, esto es, aquella actividad estatal que tiene por objeto los asuntos administrativos,

^{Nt1} En España se utiliza también en ocasiones la palabra “administración” (pública) con este significado material/funcional, como sinónimo de función o actividad administrativa, escribiéndose con minúscula para así distinguirla claramente de la administración (pública) en sentido organizativo, escrita invariablemente con mayúscula. A diferencia, sin embargo, de lo que ocurre en Alemania (y en el presente libro, sobre todo en las páginas que siguen), donde constantemente se maneja dicha palabra (en su traducción alemana de *Verwaltung*) en sentido material/funcional, en España la doctrina suele preferir la expresión “actividad administrativa”. Así, la doctrina española habla, por ejemplo, de actividad administrativa de ordenación o policía, de actividad administrativa de servicio público o de actividad administrativa de fomento (siguiendo la célebre clasificación de Jordana de Pozas), y no ya de administración ordenadora, administración prestacional o administración de fomento. Por ello, sacrificando la literalidad en aras de una mayor claridad, en la presente obra se ha optado por traducir el término *Verwaltung* (cuando se usa en sentido material/funcional) por actividad administrativa; sólo excepcionalmente, en los casos en que el autor también lo hace en el original alemán, se maneja la expresión “Administración en sentido material” (con mayúscula, al no haber aquí riesgo de confusión con la administración en sentido organizativo).

- Administración en sentido formal es toda la actividad desarrollada por la organización administrativa, con independencia de que sea o no materialmente administrativa.

c) La distinción entre la administración en sentido organizativo y la administración en sentido material es fundamental. Su importancia deriva del principio de separación de poderes, consistente en la atribución de determinadas funciones estatales a distintos órganos del Estado. Ambos conceptos, en la práctica, no se superponen, sino que constituyen dos círculos secantes. Las funciones administrativas son desarrolladas principal, pero no exclusivamente, por los órganos administrativos, puesto que también los parlamentos y los tribunales las asumen en alguna medida (administración parlamentaria, asuntos presupuestarios, planificación; administración

judicial, jurisdicción voluntaria). Por otro lado, los órganos administrativos disponen también, bajo determinadas condiciones, de potestad normativa (elaboración de reglamentos). Cabe asimismo imaginar, desde una perspectiva teórica, el desempeño de actividad jurisdiccional por parte de tales órganos administrativos (actividad que, de hecho, han ejercido históricamente), si bien ello se encuentra vedado actualmente de lege lata, al atribuir el artículo 92 GG la función jurisdiccional en exclusiva a los tribunales (vease BVerfGE 22, 49, 73 y ss. —potestad sancionadora penal de la administración tributaria—).

d) La administración en sentido organizativo viene determinada por la organización administrativa estatal, en sí misma compleja, pero claramente diferenciada, hacia el exterior, del resto de organizaciones. A su vez, la administración en sentido formal es también, por su conexión con la organización administrativa, fácilmente identificable. En cambio, la delimitación conceptual de la administración en sentido material es discutible y discutida.

B. La administración en sentido material

La doctrina ha elaborado dos métodos para concretar el significado de la administración en sentido material. Los partidarios del primero renuncian de antemano a una definición positiva y se limitan a delimitar el concepto de forma negativa (a); otros autores consideran que no basta con indicar aquello que la función administrativa no es, debiéndose ofrecer una definición positiva (b).

a) El método de la delimitación negativa parte de la teoría de la separación de poderes y su conocida distinción entre las funciones legislativa, ejecutiva y judicial. En su virtud, administración en sentido material es aquella actividad estatal que no es ni legislativa ni judicial.^{N12}

^{N12} Se trata del Wehrbeauftragter des Bundestages previsto en el artículo 45b GG.

El mérito de esta definición consiste en poner a la actividad administrativa en relación con el conjunto de las diferentes funciones del Estado e incardinarla en el esquema tradicional de la separación de poderes, esquema del que también parte la GG. Pese a ello, no resulta satisfactoria por distintas razones:

Al Poder Ejecutivo, esto es, a aquello que “subsiste” tras la sustracción de las funciones legislativa y judicial, no sólo pertenece la activi-

dad administrativa, sino también el gobierno (la actividad de dirección del Estado basada en decisiones de corte político).

El “método de la sustracción” sólo conduce a una solución clara e inequívoca cuando los ámbitos restantes (las funciones legislativa y judicial) son a su vez claros e inequívocos, lo que no es el caso.

Hay actividades estatales que no pueden incardinarse (o, al menos, no necesariamente) en el esquema tradicional de la separación de poderes. Así sucede, sobre todo, con la actividad de control (control parlamentario, actividad fiscalizadora del Tribunal Federal de Cuentas, y funciones de control ejercidas por el comisionado parlamentario de control del ejército,^{N3} la autoridad de protección de datos y libertad de la información y autoridades similares).

^{N3} Sobre el concepto de “regulación” manejado por la legislación y la doctrina alemana como nota definidora del acto administrativo véase infra, § 9, margs. 4 y 6 y ss.

Por último, una “definición” meramente negativa resulta poco esclarecedora.

b) Por ello, una y otra vez trata de definirse la administración en sentido material de forma positiva. La identificación de rasgos característicos específicos.¹

Sirve para poner de relieve, ciertamente, aspectos esenciales, pero no proporciona una definición que agote el significado del concepto. Dicha identificación se encuentra además condicionada, en parte, por consideraciones de ciencia de la administración, siendo, por ello, poco útil para la formulación de un concepto jurídicamente relevante de administración en sentido material, que no puede ignorar la separación constitucional de funciones. A su vez, los intentos de definir la actividad administrativa de un modo más preciso resultan muy abstractos y difícilmente comprensibles.²

¹ Como la realización de los fines estatales en el caso concreto (*Peters*), la conformación social en el marco de las leyes y sobre la base del derecho (*Forsthoff*), el empleo de medios de autoridad propios de la soberanía (*Giese*), la vinculación a órdenes (*Merkl*), la aplicación del derecho distinta de la resolución de conflictos y de la efectuada por los órganos de la Jurisdicción penal (*Giacometti*), la ejecución programada y preordenada teleológicamente de decisiones políticas previamente adoptadas (*Thieme*), la emanación de decisiones vinculantes (*Luhmann*) o la prestación de servicios (*Ellwein*).

² Esto es lo que ocurre, por ejemplo, con la conocida definición de Wolf/Bachof (VerwR I § 2 III): “Administración pública en sentido material es, pues, la satisfacción multiforme,

c) En la doctrina reciente se combinan cada vez más —de forma más o menos explícita— ambos métodos, definiéndose la administración en sentido material a través de su delimitación negativa y mediante la enumeración de rasgos característicos positivos.³

d) Los intentos definitorios expuestos muestran, en suma, que todavía no se ha alcanzado un resultado plenamente satisfactorio, y que dicho resultado, probablemente, no se alcanzará nunca. Ello no se debe a una falta de empeño científico, sino a la singularidad de la administración, cuya gran diversidad de ámbitos de actividad, funciones, estructura y formas de actuación (*cfr. infra*, II) hace prácticamente imposible su apreciación conceptual. En el mismo sentido constata también Forsthoff (VerwR p. 1) que la administración puede ser descrita, pero no definida.

C. Rasgos característicos de la administración en sentido material

Pese a que el concepto de administración en sentido material presente contornos borrosos, cabe identificar algunos de sus rasgos característicos. Tales rasgos no se encuentran siempre presentes, pero sí con mucha frecuencia, y caracterizan la esencia de la actividad administrativa.

a) La actividad administrativa es actividad de conformación social. Tiene por objeto la convivencia colectiva, debiendo ocuparse de los asuntos concernientes a la colectividad y a los individuos en dicha colectividad.

b) De ello se desprende que la actividad administrativa ha de orientarse por el interés público. Los “intereses públicos” no son inmutables, sino que cambian a lo largo del tiempo y son a menudo objeto de controversia en cada

condicionada o sólo preordenada teleológicamente, en todo caso por cuenta ajena, sólo parcialmente planificadora, corresponsable y decisoriamente ejecutiva y configuradora de los asuntos de la colectividad y de sus miembros como tales por parte de los administradores de la colectividad encargados de ello”. *Cfr.* también Bachof, EvStL col. 3828; actualmente, con una redacción algo distinta, Wolf/Bachof/Stober, VerwR § 2 marg. 12.

³ Así, sobre todo, *Stern*, quien, además, otorga un papel esencial al elemento organizativo, a los órganos del Poder Ejecutivo como titulares de la función administrativa, surgiendo con ello el riesgo de incurrir en círculo vicioso (Staatsrecht II, pp. 736 y ss.). *Stern*, en su definición, comienza excluyendo negativamente la actividad de elaboración de normas, el gobierno, la planificación pública, la defensa militar y la actividad judicial, y concibe luego positivamente a la administración en sentido material como “el cumplimiento permanente, bajo la propia responsabilidad, de las funciones de la colectividad, atribuido a los órganos del Poder Ejecutivo y a determinados sujetos de derecho a ellos vinculados, y ejercido a través de medidas concretas sujetas jurídicamente a fines preestablecidos (más o menos especificados” p. 738).

momento histórico. Especialmente en los Estados pluralistas de nuestros días se cuestiona constantemente aquello que pertenece a los intereses públicos y cuál es el peso que les corresponde en caso de producirse un conflicto entre ellos o con otros intereses. Resultan determinantes, a dicho efecto, sobre todo, la Constitución y, en su marco, la ley. Los intereses públicos pueden coincidir total o parcialmente con intereses individuales, pero también contradecirlos. Al erigir la GG a la dignidad de la persona en el principio constitucional superior y garantizar de forma categórica los derechos fundamentales (artículo 1o. y ss., GG), resulta preceptivo tener en consideración los intereses de los individuos cuando se persigan los intereses públicos, pudiendo la satisfacción de intereses individuales llegar incluso a constituir una función pública (como ocurre, por ejemplo, con la asistencia social).

c) La actividad administrativa es, sobre todo, una actividad de conformación activa dirigida al futuro. Ello se advierte con claridad cuando dicha actividad consiste en ejecutar las leyes: aquello que el legislador establece de forma general-abstracta debe ser “puesto en práctica” por la actividad administrativa. Tal actividad, sin embargo, no se agota con la ejecución de la ley, sino que incluye muchas otras funciones, no fijadas legalmente, que se desprenden del genérico encargo en cuya virtud se ejerce (como, por ejemplo, la construcción de carreteras, el sostenimiento de entidades privadas de asistencia social o el fomento de iniciativas culturales). La administración, por tanto, puede y debe actuar por propia iniciativa y según su criterio. Queda siempre, en todo caso, vinculada a los límites jurídicos existentes y a las directrices que emanen del gobierno.⁴

d) La actividad administrativa comporta la adopción de medidas concretas destinadas a la regulación^{N14} de casos individuales y a la materialización de determinados proyectos.⁵

⁴ La característica de la conformación distingue a la actividad administrativa de la *actividad judicial*. Los tribunales son llamados a resolver con fuerza de cosa juzgada los litigios concretos que puedan producirse mediante la aplicación del derecho vigente. Actúan a instancia de parte y resuelven sin tener ningún interés en el asunto. Puede decirse, por ello, que la actividad administrativa resulta más activa y la jurisprudencia más reactiva.

⁵ Ello diferencia a la actividad administrativa de la *actividad legislativa*, consistente en la elaboración de regulaciones generales y abstractas que tienen por objeto una pluralidad de casos imaginables. Aunque este criterio distintivo no debe ser sobredimensionado, puesto que, por ejemplo, la actividad administrativa de planificación tiene también a menudo un amplio alcance temporal y espacial y, viceversa, las *leyes* pueden referirse también a cuestiones muy concretas (leyes de caso único, leyes-medida).

^{N14} Así se traduce habitualmente este concepto de la *Ordnungsverwaltung* en España, donde ha tenido ya una amplia difusión.

2. La multiplicidad de manifestaciones de la administración

La administración puede ser objeto de ulteriores clasificaciones, distintas de la acabada de efectuar entre la actividad y la organización administrativas, con arreglo a otros criterios que en parte se superponen. Tales criterios clasificatorios ponen de relieve la gran diversidad y complejidad de la administración. De ellos destacan los siguientes:

A. El objeto de la administración

Los múltiples y variados ámbitos de actuación de la administración se ven ya reflejados en la propia acuñación de expresiones como la administración urbanística, escolar, económica y empresarial; social, tributaria, militar, forestal, etcétera.

B. Las funciones o fines de la actividad administrativa

a) La actividad administrativa de ordenación ^{N15} persigue el mantenimiento de la seguridad y el orden públicos mediante la defensa frente a los peligros que los amenacen. A ella pertenecen, por ejemplo, la regulación del tráfico vial, el control de las actividades empresariales o la lucha contra las epidemias.⁶

^{N15} Dicha Ley (*Bundeseseuchengesetz*) ha sido derogada y reemplazada, a partir del 1o. de enero de 2001, por la Ley de Protección frente a las infecciones (*Infektionsschutzgesetz*).

⁶ El concepto de *policía* no coincide totalmente con la actividad de ordenación. Se trata de un concepto cuyo significado ha sufrido una progresiva reducción a lo largo del tiempo. Mientras en los siglos XVII y XVIII comprendía toda la actividad administrativa interior del Estado, en el siglo XIX pasó a limitarse a la actividad de ordenación (defensa frente a peligros), para acabar refiriéndose, desde 1945, únicamente a la defensa general —no sectorial-especializada— frente a peligros. De ahí que, por ejemplo, la actividad —sectorial-especializada— de control y erradicación de las epidemias (objeto de la ley federal de epidemias) pertenezca ahora a la “administración sanitaria”, y no ya a la “actividad de policía sanitaria”.

b) La actividad administrativa de prestación tiene por objeto la garantía y la mejora de las condiciones de vida de los ciudadanos mediante la ayuda selectiva a determinados individuos (asistencia social, becas de estudios), por un lado, y la prestación e instauración de servicios y establecimientos públicos (transportes públicos, suministro de agua y energía, parvularios, escuelas, hospitales, etcétera), por otro.

c) La “procura existencial”^{Ni6} comprende una parte de la actividad administrativa de prestación y debe, por tanto, incluirse dentro de ella. El concepto de la “procura existencial” fue acuñado por Forsthoff en un trabajo publicado en 1938 con el título *Die Verwaltung als Leistungsträger*. Forsthoff lo circunscribió inicialmente a la prestación de bienes y servicios de importancia vital para la población (electricidad, agua, transportes públicos), pero luego lo amplió a otros bienes y servicios de los ámbitos económico, social y cultural necesarios para una existencia humana plena. Desde entonces, dicho concepto se ha generalizado, aunque su alcance y su relevancia jurídica vengán siendo discutidos. Según la opinión ampliamente mayoritaria, no se trata de un concepto jurídico del que puedan derivarse consecuencias jurídicas concretas (como el derecho de los ciudadanos a obtener determinadas prestaciones). Con él se pretende más bien designar una función estatal esencial en un Estado social de derecho; una función, ante todo, de la administración, que es quien debe suministrar tales prestaciones, pero también del legislador, obligado a elaborar la regulación correspondiente. El concepto de la procura existencial adquiere relevancia jurídica en la medida en que aparece como elemento del supuesto de hecho de algunas normas legales (*cf.* Ronellenfitch, pp. 97 y ss.), es manejado por la jurisprudencia (*cf.* por ejemplo, BVerfGE 66, 248, 258; BGHZ 154, 146, 150) y aflora, bajo la denominación de “servicios de interés económico general”, en el derecho comunitario (artículos 16 y 86 II EGV).⁷

⁷ *Cfr.* Forsthoff, E., *Rechtsfragen der leistenden Verwaltung*, 1959 (donde se recogen también las partes esenciales del trabajo *supra* citado); *idem*, *Der Staat der Industriegesellschaft*, 1971, pp. 75 y ss.; *idem*, *Lehrbuch des Verwaltungsrechts*, 10a. ed., 1973, pp. 370 y ss.; *cf.* además —también acerca de la evolución posterior—, Forsthoff, Ernest, *Ronellenfitch, Daseinsvorsorge als Rechtsbegriff. Aktuelle Entwicklungen im nationalen und europäischen Recht*, Blümel (coord.), 2003, pp. 53 y ss.; Pielow (ed.), *Grundstrukturen öffentlicher Versorgung*, 2001, pp. 353 y ss.; Schmidt, R., *Die Liberalisierung der Daseinsvorsorge*, *Der Staat* 42, 2003, pp. 225 y ss.; Papier, *Kommunale Daseinsvorsorge im Spannungsfeld zwischen nationalem Recht und Gemeinschaftsrecht*, DVBl, 2003, pp. 686 y ss.; Kersten, *Die Entwicklung des Konzepts der Daseinsvorsorge im Werk von Ernst Forsthoff*, *Der Staat*, vol. 44, 2005, pp. 543 y ss.; Schink, *Kommunale Daseinsvorsorge in Europa*, DVBl, 2005,

^{N16} Se emplea aquí la traducción del concepto de la *Daseinsvorsorge* manejada tradicionalmente por la doctrina española.

d) La actividad administrativa de garantía se diferencia de la antes mencionada actividad administrativa de prestación la cual ella el Estado no proporciona por sí mismo prestaciones en favor de los ciudadanos, sino que se limita a garantizar que sean otros —en especial, empresas privadas— quienes las provean. Se trata de una función administrativa relativamente nueva, propiciada por las privatizaciones de los últimos años y décadas. En su virtud, el Estado transfiere o confía al sector privado, al mercado y a la libre competencia, determinadas actividades de procura existencial antes prestadas por él mismo, debiendo asegurar, sin embargo, a través de los mecanismos apropiados, que tales actividades, al ser necesarias para la población, son desarrolladas por las empresas privadas en una medida suficiente y de un modo adecuado. El Estado, por tanto, debe intervenir en el mercado, regulándolo. Es por ello que a este fenómeno se le conoce también como el “derecho administrativo regulatorio”. Sus ejemplos habituales son las telecomunicaciones, los servicios postales, el transporte por ferrocarril y el suministro de energía.⁸

e) La actividad administrativa de orientación persigue una amplia promoción y dirección de sectores completos de la vida social, económica y cultural mediante medidas tales como la ordenación del territorio, el apoyo a sectores económicos estructuralmente débiles o el fomento de iniciativas culturales (teatro, cine, etcétera). Instrumentos típicos de la actividad administrativa de orientación son la subvención, que estimula a los particulares a través de los beneficios que comporta, o el plan.⁹

pp. 861 y ss.; Weltli, *Die kommunale Daseinsvorsorge und der Vertrag über eine Verfassung für Europa*, AöR vol. 130, 2005, pp. 529 y ss.

⁸ Cfr. al respecto Hermes, *Staatliche Infrastrukturverantwortung*, 1998; Trute, *Regulierung am Beispiel des Telekommunikationsrechts*, Festschrift für Brohm, 2002, pp. 169 y ss.; Voßkuhle, *Beteiligung Privater an der Wahrnehmung öffentlicher Aufgaben und staatliche Verantwortung*, VVDStRL 62, 2003, pp. 266, 304 y ss.; Masing, *Grundstrukturen eines Regulierungsverwaltungsrechts*, DV 36, 2003, pp. 1 y ss.; *ibidem*, *Regulierungsverantwortung und Erfüllungsverantwortung*, VerwArch. 95, 2004, pp. 151 y ss.

⁹ No resulta posible distinguir con total nitidez la actividad administrativa de orientación de las actividades administrativas de ordenación, prestación y garantía. En este sentido, las medidas de protección medioambiental sirven tanto a la defensa frente a peligros (prohibición de contaminación atmosférica perjudicial para la salud) como a la mejora de las condiciones de vida; la subvención, a su vez, por la finalidad perseguida, es actividad

f) La actividad administrativa tributaria tiene por finalidad la obtención de los recursos pecuniarios requeridos por el Estado, mediante la recaudación de los impuestos y demás tributos a satisfacer por los ciudadanos (tasas, contribuciones especiales y tributos compensatorios).^{Nt7}

^{Nt7} Se traducen por “tributos compensatorios” las *Ausgleichsabgaben* previstas por el derecho tributario alemán.

g) La actividad administrativa de provisión se ocupa de proporcionar los medios personales y materiales necesarios para el desarrollo de las funciones administrativas.

C. Las consecuencias jurídicas para los ciudadanos de los instrumentos de la actividad administrativa

El presente criterio lleva a la distinción tradicional entre la actividad administrativa de intervención y la actividad administrativa de prestación. La actividad administrativa de intervención es aquella que incide en la esfera jurídica del ciudadano, limitando su libertad o derecho de propiedad, imponiéndole, en definitiva, cargas y obligaciones. La actividad administrativa de prestación, en cambio, confiere al ciudadano prestaciones y otros beneficios. En el primer caso, la administración muestra su autoridad, empleando la coacción, si es necesario, para imponer sus mandatos, mientras que en el segundo se presenta amable y dispuesta a ayudar y favorecer al ciudadano.¹⁰

La distinción entre la actividad administrativa de intervención y la de prestación es cada vez más criticada por la doctrina. Dichas críticas olvidan, sin embargo, a menudo, que la expresión “actividad administrativa de prestación” se emplea con dos significados distintos: uno material, en el que la prestación aparece como fin de la actividad administrativa (así, supra, marg. 16); y otro instrumental, en que la misma se presenta como un medio al servicio de la administración. Cuando se contrapone la actividad de prestación

administrativa de orientación, pero por los efectos concretos que tiene para su destinatario individual es también actividad administrativa de prestación.

¹⁰ Ejemplos de la actividad administrativa de intervención son las limitaciones impuestas al tráfico rodado, la prohibición de actividades industriales, la expropiación forzosa o las liquidaciones tributarias. A su vez, constituyen ejemplos de la actividad administrativa de prestación las prestaciones asistenciales, las subvenciones o los servicios y establecimientos públicos municipales.

a la de intervención sólo tiene sentido manejar la expresión con el segundo de los significados apuntados. De esta forma, la distinción entre la actividad administrativa de ordenación y la de prestación no se corresponde con la efectuada entre la actividad administrativa de intervención y la de prestación. La actividad administrativa de intervención y la de prestación en sentido instrumental no constituyen dos ámbitos estancos, completamente separados, sino que poseen múltiples puntos de conexión.¹¹

Por ello, las expresiones actividad administrativa de intervención y actividad administrativa de prestación, en sentido instrumental, sólo siguen siendo apropiadas como fórmulas abreviadas con las que hacer referencia al conjunto de medidas administrativas que inciden de forma gravosa en los derechos de los ciudadanos o que, de forma favorable, les confieren derechos u otras ventajas. Así entendidas, resultan aún plenamente justificadas, puesto que los actos favorables y los de gravamen —por los distintos efectos jurídicos que tienen para el particular afectado— merecen un tratamiento jurídico en parte diferenciado. Ello se podrá observar más adelante, cuando se aborde el estudio de la reserva de ley y de la revocación y revisión de oficio de los actos administrativos.

¹¹ Así, muchas prestaciones se *hacen depender* a menudo de determinadas obligaciones (cargas, intervenciones en derechos), como ocurre, por ejemplo, cuando se subordina el pago de una beca a la obtención de una buena nota en un examen o se somete la concesión de un préstamo a bajo interés para la construcción de un edificio al cumplimiento de determinadas directrices en el posterior alquiler de las viviendas.

Una misma medida puede tener *simultáneamente* carácter interventor y prestacional, ya sea para el propio receptor de la prestación (suministro de agua con obligación de utilización) o para terceros (subvención que mejora la posición competitiva del destinatario en detrimento de los competidores no subvencionados).

En algunos ámbitos administrativos la prestación y la intervención *se alternan*, como sucede, por ejemplo, con las limitaciones urbanísticas y el apoyo financiero en el marco tanto de la protección medioambiental como del saneamiento de los cascos antiguos de las ciudades.

Finalmente, la prestación y la intervención pueden ser empleadas *indistintamente* para la satisfacción de determinados fines administrativos. La administración puede lograr el comportamiento deseado del ciudadano mediante mandatos o prohibiciones, pero también —y quizá de forma más eficaz—, a través de impuestos (una medida de gravamen) o de subvenciones (una medida favorable). Así, por ejemplo, cabe evitar una sobreproducción indeseada de productos agrícolas estableciendo contingentes y prohibiciones análogas, pero también fijando gravámenes fiscales o subvencionando productos y actividades alternativos. Ilustrativo resulta también el ejemplo de *Jellinek*, VerwR p. 22: “El exterminio de víboras podría ser impuesto unilateralmente a los propietarios de tierras como una obligación de policía; dará, sin embargo, posiblemente, mejor resultado, fijar una gratificación de 50 *pfennigs* por cada ejemplar eliminado”.

D. La forma jurídica de actuación de la administración

La administración actúa normalmente revestida de autoridad, sujeta al derecho administrativo, la rama específica del derecho público que le es propia (administración revestida de autoridad); pero también puede valerse, bajo determinadas circunstancias, de las formas jurídicas del derecho privado (administración sujeta al derecho privado). Se volverá sobre ello *infra*, en el § 3 marg. 9.

E. El grado de vinculación a la ley

a) La actividad administrativa dependiente de la ley se encuentra regida y condicionada por una específica regulación legal. Su vinculación a la ley puede revestir diferentes intensidades: puede ser estricta, con la consecuencia de que la administración debe actuar de una determinada manera cuando concorra el supuesto de hecho legal (actividad administrativa reglada). Pero puede ser también más laxa, de forma que la administración disponga de un cierto margen de discrecionalidad aun concuriendo el supuesto de hecho legal (actividad administrativa discrecional).¹²

b) La actividad administrativa libre de ley, en cambio, no se encuentra determinada legalmente. La administración, en el marco de la misma, puede actuar por propia iniciativa y según su propia concepción de lo que deba hacerse. Naturalmente, la administración debe también aquí observar los límites y vínculos genéricos impuestos por el derecho (normas relativas a la competencia, respeto de los derechos fundamentales y cumplimiento de los principios generales del derecho administrativo).¹³

¹² Ejemplos: según el § 15 IV *VersG* deben disolverse las reuniones prohibidas (supuesto de actuación administrativa reglada). Según el § 15 III *VersG* pueden disolverse las reuniones que no hayan sido notificadas: aquí la disolución queda en el ámbito de la discrecionalidad de la administración. Se volverá sobre ello y sobre el margen de apreciación de la administración *infra*, en el § 7.

¹³ Ejemplos: la construcción de carreteras (se trata de un ejemplo siempre citado en este contexto; debe, sin embargo, tenerse en cuenta que, pese a que la administración se encuentre ciertamente “libre de ley” en lo relativo a la decisión de si, dónde y cómo construir la carretera, está en cambio sujeta a lo dispuesto por la ley de carreteras respectiva y otras normas legales en lo que concierne a la puesta en práctica de su decisión) o la instauración de servicios y establecimientos públicos locales no impuestos legalmente.

F. La articulación de la organización administrativa

La organización administrativa del Estado en sentido amplio puede ser clasificada según el sujeto (ente administrativo dotado de capacidad jurídica) en cada caso competente. Se habla de administración estatal inmediata cuando el Estado actúa a través de sus propios órganos, y de administración estatal mediata cuando aquel no presta por sí mismo las funciones administrativas, sino que las confía a corporaciones, instituciones o fundaciones por él creadas y provistas de personalidad jurídica propia. Según la estructura federal de la República Federal de Alemania, Estado es tanto la Federación como los distintos Estados federados (Länder), de modo que existe tanto administración (inmediata y mediata) federal como administración (inmediata y mediata) de los Länder. La administración de los municipios y de los Kreise^{N18} forma también parte de la administración mediata de los Länder, pero posee una gran importancia. Junto a estos entes administrativos jurídico-públicos existe un amplio abanico de organizaciones jurídico-privadas (sociedades anónimas, sociedades limitadas, etcétera) y de particulares a los que se confía el ejercicio de determinadas funciones administrativas. Algunas de tales organizaciones jurídico-privadas son creadas expresamente con dicha finalidad, mientras que otras —como los particulares— ejercen dichas funciones administrativas de forma paralela a su propia actividad empresarial.

N19 14

¹⁴ Bibliografía sobre el § 1: Dürig, *Verfassung und Verwaltung im Wohlfahrtsstaat*, JZ 1953, pp. 193 y ss.; Forsthoff, *Rechtsfragen der leistenden Verwaltung*, 1959; Morstein-Marx (coord.), *Verwaltung*, 1965; Badura, *Auftrag und Grenzen der Verwaltung im sozialen Rechtsstaat*, DÖV 1968, 446 y ss.; Bachof/Brohm, *Die Dogmatik des Verwaltungsrechts vor den Gegenwartsaufgaben der Verwaltung, Referate mit Diskussion*, VVDStRL 30, 1972, pp. 193 y ss.; Bull, *Die Staatsaufgaben nach dem Grundgesetz*, 2a. ed., 1977; Schuppert, *Die öffentliche Aufgabe als Schlüsselbegriff der Verwaltungswissenschaft*, VerwArch, 71, 1980, pp. 309 y ss.; Bachof, *Verwaltung*, en: EvStL, col. 3827 y ss.; Stern, *Staatsrecht II*, pp. 732 y ss.; Wahl, *Zur Lage der Verwaltung Ende des 20. Jahrhunderts*, DVG, pp. 1197 y ss.; M. Schröder, *Die Bereiche der Regierung und der Verwaltung*, HStR III, 1988, § 67, en especial el marg. 16; Bryde/Haverkate, *Die Einheit der Verwaltung als Rechtsproblem, Referate mit Diskussion*, VVDStRL 46, 1988, pp. 181 y ss., con los trabajos que los acompañaron de Oe-bbecke, DVBl. 1987, 866 y ss.; Sachs, NJW 1987, 2338; Schuppert, DÖV 1987, pp. 757 y ss.; Wendt, NWVBl, 1987, pp. 33 y ss.; B. Becker, *Öffentliche Verwaltung*, 1989; Bullinger, *Verwaltung im Rhythmus von Wirtschaft und Gesellschaft*, JZ 1991, pp. 53 y ss.; H. Dreier, *Zur "Eigenständigkeit" der Verwaltung*, DV 25, 1992, pp. 137 y ss.; Roellecke, *Verwaltung und Verwaltungsrecht*, DV 29, 1996, pp. 1 y ss.; König/Siedentopf (coords.), *Öffentliche Verwaltung in Deutschland*, 1997; K. König, *Der Verwaltungsstaat in Deutschland*, VerwArch. 88, 1997, pp. 545 y ss.; Burgi, *Funktionale Privatisierung und Verwaltungshilfe*, 1999; Schmidt, R., *Die Reform von Verwaltung und Verwaltungsrecht*, VerwArch. 91, 2000,

^{N18} El *Kreis* o *Landkreis* es el ente local supramunicipal más importante en Alemania. Se trata de una corporación territorial dotada de importantes competencias garantizada tanto por la GG como por las constituciones de los diferentes Länder. Los miembros que integran su órgano plenario (el *Kreistag*) son elegidos directamente por los ciudadanos. También lo es, en la mayoría de Länder, el órgano unipersonal que lo dirige (el *Landrat*), órgano que forma parte al mismo tiempo de la administración del Land al que pertenezca el *Kreis* y que tiene, pues, una doble naturaleza local y estatal.

^{N19} En la sexta parte de la edición original de la presente obra (§§ 21-24), no incluida en esta traducción (con la excepción del § 24, sobre las instrucciones administrativas), se expone con detenimiento la organización administrativa alemana.

II. BASES HISTÓRICAS DE LA ADMINISTRACIÓN PÚBLICA Y DEL DERECHO ADMINISTRATIVO; CONSTITUCIÓN Y ADMINISTRACIÓN^{15*}

1. *El condicionamiento constitucional de la administración*

La administración y el derecho administrativo se encuentran condicionados de un modo esencial por la Constitución de su tiempo. Así se reconoce de forma generalizada en la actualidad, desde que Fritz Werner, a la sazón presidente del BVerwG, acuñara la tan citada máxima del “derecho administrativo como derecho constitucional concretizado” (DVBl, 1959, p. 527). Pero ello fue así también con anterioridad, al menos en sus aspectos fundamentales. Las decisiones recogidas en la Constitución (escrita o no escrita) acerca del Estado, sus funciones y competencias y su relación con los ciudadanos deben tener su reflejo en la administración y el derecho administrativo si quieren hacerse realidad. En este sentido, cabe afirmar que la administración es “Constitución en acción” (Lorenz von Stein, Handbuch

pp. 149 y ss.; Bullinger, *Das Recht auf eine gute Verwaltung nach der Grundrechtecharta der EU*, Festschrift für Brohm, 2002, pp. 25 y ss.

Cfr. también los manuales de ciencia de la administración (provenientes de la perspectiva jurídico-administrativa) de: Thieme, *Verwaltungslehre*, 4a. ed., 1984; *ibidem*, *Einführung in die Verwaltungslehre*, 1995; Lecheler, *Verwaltungslehre*, 1988; Püttner, *Verwaltungslehre*, 3a. ed., 2000.

^{15*} El § 2 ha sido traducido por Oriol Mir Puigpelat, profesor titular de derecho administrativo de la Universidad de Barcelona.

der Verwaltungslehre, 3a. ed., 1888, vol. 1, p. 6). Cada etapa constitucional tiene su propio tipo de administración.

Ello, por supuesto, no significa que la administración sea un mero componente de la Constitución o que el derecho administrativo pueda derivarse sin más de la Constitución. La administración se encuentra también condicionada por el contexto político, social, económico, tecnológico y cultural de su tiempo, resultando determinantes no sólo los fenómenos y acontecimientos que realmente se produzcan, sino también las concepciones y expectativas que pueda haber en cada momento. La administración debe reaccionar ante los retos de su tiempo valiéndose de los medios tecnológicos que el mismo le brinde. Además, también hay funciones y estructuras inherentes a toda administración, que existen con independencia del momento histórico y del contexto jurídico-constitucional. La administración y el derecho administrativo se insertan así en el sistema de coordenadas de una Constitución y un entorno que los condicionan. A su vez, ambos repercuten sobre la Constitución.

No hay duda de que las revoluciones y transformaciones constitucionales inciden sobre la administración. Ello, sin embargo, no suele producirse de repente, sino con un cierto desfase temporal, puesto que las mismas deben ser primero asimiladas y procesadas, para luego identificarse y materializarse las consecuencias que puedan tener para el derecho administrativo. La alineación del derecho administrativo con el derecho constitucional es, pues, un proceso lento, en el que participan en igual medida el legislador, la jurisprudencia y la doctrina.¹⁶

2. Principales etapas de la historia de la administración

En las páginas siguientes se abordará la evolución histórica sólo en la medida en que resulte necesaria para comprender el significado que la administración tiene en la actualidad. Por ello, la explicación arrancará de los

¹⁶ Así debe entenderse la tan citada frase de Otto Mayer según la cual “el derecho constitucional pasa, mientras el derecho administrativo permanece” (prólogo a la tercera edición de su *Manual de derecho administrativo*), frase que, como muestra su contexto, respondía al momento histórico en que fue pronunciada. La obra de Otto Mayer, surgida a finales del siglo XIX, se debía al Estado de derecho liberal y representa, por ello, precisamente, un buen ejemplo del condicionamiento constitucional del derecho administrativo. Por lo demás, dicha afirmación acierta a poner de relieve los aspectos que se mantienen constantes de la administración, también existentes.

inicios de la Edad Moderna y se limitará a algunas observaciones de carácter general dirigidas a identificar algunos rasgos típicos de cada etapa.

A. La administración en el Estado absoluto de los siglos XVII y XVIII

En el siglo XVII, los monarcas y príncipes, en disputa con la nobleza, lograron desligarse de las limitaciones que les venía imponiendo tradicionalmente el derecho estamental (*princeps legibus solutus*), así como ampliar el poder del Estado y concentrar todas las prerrogativas estatales en su persona. Se apoyaron, para ello, en el funcionariado y el ejército regular, creados entonces por ellos para imponer y mantener su poder. Funcionarios y soldados se debían únicamente al monarca o príncipe, quien, a su vez, aparte de las pocas y en la práctica poco eficaces vinculaciones del derecho del Sacro Imperio, no quedaba sometido a limitación jurídica alguna.¹⁷

En dicho periodo, la actividad administrativa creció considerablemente tanto en volumen como en intensidad. Pasó a incidir, mediante regulaciones y mandatos, pero también mediante su promoción y apoyo, en todos los ámbitos de la vida económica y social, ocupándose incluso de asuntos concernientes a la esfera privada de los individuos. Las razones de una actuación administrativa tan amplia e intensa hay que buscarlas, por un lado, en la voluntad de obtener, a través de la promoción del comercio y de la actividad económica, los recursos necesarios para el mantenimiento del ejército y de la corte, pero también, por otro, en la entonces arraigada concepción patriarcal de que el Estado no sólo debía cuidar del bien de la colectividad, sino también del bienestar (la “felicidad”) de cada individuo.

El Estado absoluto recibe también, por ello, la denominación de Estado benefactor o Estado de policía (entendiendo la palabra “policía” en su significado de entonces, como sinónimo de la totalidad de la actividad admi-

¹⁷ El fundamento jurídico lo ofrecía el *ius eminens*, que atribuía a monarcas y príncipes la prerrogativa de incidir en los derechos adquiridos (*iura quaesita*), esto es, en aquellos derechos que estuvieran amparados en títulos jurídicos específicos (sobre todo, en los derechos de la nobleza conferidos por el derecho estamental). A lo largo del tiempo, el *ius eminens*, concebido en sus orígenes como un derecho excepcional, fue expandiéndose, hasta convertirse en el fundamento del amplio conjunto de prerrogativas reconocidas a monarcas y príncipes.

nistrativa intraestatal), caracterizándose por desempeñar una vasta e intensa actividad administrativa que carecía de limitaciones jurídicas.¹⁸

B. La administración en el Estado liberal de derecho del siglo XIX

La burguesía liberal del siglo XIX se volvió contra la tutela y la reglamentación de un Estado personificado en la figura del monarca y su aparato funcional. Exigió la reducción de la actividad administrativa al ámbito de la defensa frente a los peligros que pudieran amenazar la seguridad y el orden públicos, así como la sujeción de dicho ámbito a la ley. El ámbito privado, económico y social debía ser dejado a sí mismo y a su propio mecanismo de dirección basado en el principio de libre competencia (principio del *laissez faire, laissez aller*).

Tales exigencias lograron imponerse en gran medida, aunque no totalmente. Las Constituciones aprobadas a lo largo del siglo XIX condujeron a un equilibrio entre el monarca y la burguesía. El poder hasta ese momento ilimitado del monarca fue objeto de limitación mediante los derechos fundamentales y la participación de la representación popular en la elaboración de las leyes. El poder Ejecutivo siguió, ciertamente, en manos del monarca; pero la injerencia de la administración en la libertad y la propiedad —y, con ello, en el ámbito social-burgués— sólo resultó admisible cuando la autorizara una ley específica aprobada por la representación popular (derechos fundamentales, reserva de ley). Ello condicionó el concepto de ley propio del Estado liberal de derecho, circunscrito a las injerencias en la libertad y la propiedad en el marco de la relación general existente entre el Estado y los ciudadanos. La actividad administrativa de prestación, cuando la hubiera, la organización administrativa y las relaciones de sujeción especial atribuidas a la esfera interna del Estado (cfr. al respecto infra, § 8 margs. 26 y ss.) podían seguir siendo reguladas en exclusiva por el monarca, lo que, como es natural, no excluía que este pudiera escoger la forma de la ley, para así involucrar a la representación popular en su regulación y corresponsabilizarla de la misma.

¹⁸ De todos modos, fue en dicho periodo cuando se desarrolló la denominada “teoría del fisco”, según la cual los particulares debían soportar las injerencias del monarca en sus derechos (adquiridos o fundamentados en el derecho natural), pero a cambio de obtener, en su caso, una indemnización del fisco, erigido en persona jurídica autónoma de derecho privado junto al monarca soberano revestido de autoridad. De dicha teoría provienen las conocidas expresiones “tolera, pero liquida” y “el fisco como chivo expiatorio del Estado”.

El Estado, realmente, se limitó en gran medida a garantizar la seguridad y el cumplimiento del derecho, respetando el ámbito de libertad reclamado por la sociedad burguesa. El punto culminante de dicha evolución lo constituye la ley de actividades empresariales de 1869, que garantizaba la libertad de empresa y sólo autorizaba pocas limitaciones e injerencias, relacionadas con la defensa frente a peligros.

C. La administración en el Estado social de derecho del siglo XX

Pese a ello, el Estado, incluso en el siglo XIX, no ha renunciado nunca por completo a inmiscuirse en los ámbitos social y económico, por no mencionar su incidencia en el terreno cultural (escuelas y universidades). La creciente industrialización y tecnificación, la concentración de millones de personas en el reducido espacio de las grandes ciudades, el empobrecimiento de amplios sectores de la población producido durante periodos de guerra y de posguerra, la disolución de los vínculos y apoyos familiares y vecinales, aunque también, por otro lado, las crecientes necesidades y exigencias de los ciudadanos (el tránsito, en definitiva, hacia la sociedad industrial de carácter igualitario de nuestros días, con sus problemas), han llevado al Estado a desarrollar una actividad social cada vez mayor. El Estado debe cuidar de la seguridad social de los individuos, prestar toda clase de servicios de tipo económico, social y cultural (como, por ejemplo, agua, gas y electricidad, transportes públicos, alcantarillado y recolección de basura, medicina preventiva, hospitales y residencias de ancianos, escuelas, universidades y demás centros educativos, teatros, museos, instalaciones deportivas, etcétera) e intervenir en los ámbitos social y económico para lograr la reducción de las diferencias sociales y el mantenimiento y promoción de la prosperidad económica. El derecho y el deber del Estado de satisfacer todas estas funciones se deriva del principio del Estado social consagrado constitucionalmente (artículos 20 I y 28 I GG). La “defensa frente a peligros” sigue siendo una función legítima e irrenunciable de la administración, pero ahora se ve complementada por las funciones de la previsión, la prestación y el fomento en los ámbitos social, económico y cultural. Ello ha comportado una ampliación tan notable de la actividad administrativa que en la actualidad al Estado se lo califica de “Estado administrativo”. Ello es cierto, en la medida en que la evolución expuesta ha traído consigo una considerable expansión de la actividad y del aparato administrativos. Pero lo mismo puede predicarse también del legislador y del gobierno, cuyas funciones de carácter social y cultural han crecido de forma similar, y quienes,

además, tienen la obligación de dirigir y limitar la actuación administrativa mediante leyes y directrices.

En el Estado social de derecho se aúnan el carácter social del Estado y su sumisión a derecho. También la actividad prestacional y la conformación social del Estado deben observar las formas y las vinculaciones que impone el derecho. Ello diferencia al actual Estado social de derecho del Estado benefactor del absolutismo y lo sitúa en la tradición del Estado de derecho liberal. El Estado social de derecho, por supuesto, ha ido más allá del Estado liberal también en lo concerniente a su sumisión a derecho, puesto que no sólo exige la vinculación formal a la ley, sino también la realización de la justicia material.

3. Surgimiento y evolución histórica del derecho administrativo

Las condiciones necesarias para la aparición de un derecho administrativo en sentido moderno no surgieron hasta que, a lo largo del siglo XIX, la administración pasó a quedar sometida a la ley. Para ello resultaron determinantes la separación de poderes, que exigía reglas de distribución de competencias, y el reconocimiento de derechos fundamentales, que requerían de la preceptiva regulación legal para que pudiera incidirse en la libertad y la propiedad de los ciudadanos.

La ciencia del siglo XVIII se había ocupado exclusivamente de la ciencia de la administración y de la política administrativa, es decir, de la realidad administrativa y de los requerimientos de una actividad administrativa oportuna y efectiva, incorporando sólo ocasionalmente algunos aspectos jurídicos. Sólo cuando se juridificó la actividad administrativa pudo desarrollarse también una ciencia del derecho administrativo. En sus inicios, dicha ciencia estuvo presidida por el denominado método de la ciencia del Estado, que partía de la organización y, sobre todo, de las funciones y ámbitos de actuación de la administración, compilando y aclarando las numerosas y dispersas normas jurídicas que la regulaban. Se trataba, por tanto, en cuanto a su objeto, de estudios de parte especial de derecho administrativo. Las primeras exposiciones de derecho administrativo aparecieron contenidas en obras de un alcance mayor, las cuales, bajo el título común de “derecho del Estado”, se ocupaban tanto del derecho constitucional (el derecho del Estado en el sentido actual) como del derecho administrativo, circunscribiéndose siempre al territorio de un determinado Land.¹⁹

¹⁹ Cfr., sobre todo, Robert von Mohl, *Das Staatsrecht des Königreiches Württemberg*, 2 vols., 1a. ed. de 1829-1832, 2a. ed. de 1840 (1a. parte: Derecho constitucional; 2a. parte:

A finales del siglo XIX el método de la ciencia del Estado fue reemplazado por el denominado método jurídico, según el cual no sólo debían recopilarse y valorarse las normas jurídicas existentes, sino también —y sobre todo— construirse los conceptos generales e identificarse los aspectos y estructuras comunes del derecho administrativo. Con ello nació la parte general del derecho administrativo. Esta nueva senda se inició en 1895-96 con la publicación del manual de Otto Mayer, que contiene la exposición clásica del derecho administrativo del Estado de derecho liberal. Su principal objetivo es la sujeción de la actividad administrativa de intervención a los límites propios del Estado de derecho, valiéndose para ello de los institutos de la reserva de ley y del acto administrativo (como acto jurídico de intervención). Por su claridad conceptual y coherencia interna, dicho manual, objeto todavía de dos ediciones posteriores (1917 y 1924), ha ejercido —y sigue ejerciendo, en sus aspectos fundamentales— una gran influencia sobre la doctrina y la práctica del derecho administrativo.²⁰

Derecho administrativo); además, por ejemplo, Julius Schmelzing, *Staatsrecht des Königreichs Baiern*, 2 vols., 1820-1821 (1a. parte: Derecho constitucional del Estado; 2a. parte: Derecho de la administración del estado); Ernst von Moy, *Lehrbuch des bayerischen Staatsrechts*, 3 vols., 1840-1846 (1a. parte: *Derecho constitucional*; 2a. parte: *Derecho administrativo*); Ludwig von Rönne, *Das Staats-Recht der Preußischen Monarchie*, 2 vols., 1a. ed. de 1856-1863, 4a. ed. (4 vols.) de 1881-1884 (1a. parte: *Derecho constitucional*; 2a. parte: *Derecho administrativo*). Los ejemplos podrían multiplicarse. Como regla general se incluía el derecho administrativo en las entonces numerosas exposiciones del derecho estatal de los Länder. Más adelante aparecieron manuales que se ocupaban únicamente del Derecho administrativo, rebasando el ámbito territorial de los Länder; tales manuales seguían basándose en el método de la ciencia del Estado, pero empezaron a abordar ya “teorías generales”. Así, por ejemplo, Meyer, Georg, *Lehrbuch des deutschen Verwaltungsrechts*, 2 vols., 1883-1885 (1a 4a. ed., a cargo de Duchow, es de 1913); Edgar Löning, *Lehrbuch des deutschen Verwaltungsrechts*, 1884; Karl Frhr. von Stengel, *Lehrbuch des Deutschen Verwaltungsrechts*, 1886.

²⁰ Otto Mayer, nacido en 1846 en Fürth bei Nürnberg, comenzó ocupándose del derecho administrativo francés, en su condición de abogado en la ciudad alsaciana de Mulhouse y, sobre todo, como profesor en la Universidad de Estrasburgo, llegando a publicar incluso un libro sobre el mismo (*Theorie des Französischen Verwaltungsrechts*, 1886). Ello influyó en sus trabajos sobre el derecho administrativo alemán y, en especial, en su manual. Con su “método jurídico” seguía también evoluciones similares del Derecho civil y constitucional alemán de la época (en especial del segundo, en el que Carl Friedrich von Gerber y Paul Laband habían desarrollado y defendido la línea jurídica o —en la terminología habitual— positivista). Sin embargo, también tuvo precursores en el derecho administrativo alemán, como, sobre todo, Friedrich Franz Mayer (*Grundzüge des Verwaltungs-Rechts und Rechtsverfahrens*, 1857; *Grundsätze des Verwaltungs-Rechts*, 1862) y Otto von Sarwey (*Allgemeines Verwaltungsrecht*, 1884), altos funcionarios ambos de la administración de Wurtemberg (Mayer fue *Oberamtmann*, el equivalente del actual *Landrat*, mientras que Sarwey fue *Sta-*

Para el desarrollo del derecho administrativo resultó también de una gran importancia la instauración de la jurisdicción contencioso-administrativa, primero en Baden (1863) y luego en Prusia (1872-75), Hesse (1875), Wurtemberg (1876), Baviera (1879), etcétera. Muchos de los principios del derecho administrativo considerados hoy evidentes fueron concebidos e impuestos en su día por los tribunales de lo contencioso-administrativo (en especial, por el tribunal superior de lo contencioso-administrativo prusiano).²¹

Las transformaciones constitucionales derivadas de la caída de la monarquía y del advenimiento de la democracia parlamentaria provocados por la Constitución de Weimar de 1919 no pudieron apenas desplegar sus efectos sobre el derecho administrativo durante la corta vida de la República de Weimar. Pese a ello, no faltaron en dicho periodo obras notables de derecho administrativo.²²

Las tendencias que entonces comenzaron a abrirse paso en dicha dirección se vieron bruscamente interrumpidas por la dictadura nacionalsocialista, que sometió también a la administración al “principio de caudillaje”.

atsrat y luego Ministro de Wurtemberg). Nt10 Cfr. sobre O. Mayer: Heyen, *Otto Mayer. Studien zu den geistigen Grundlagen seiner Verwaltungsrechtswissenschaft*, 1981; Hueber, *Otto Mayer. Die “juristische Methode” im Verwaltungsrecht*, 1982; Schmidt-De Caluwe, *Der Verwaltungsakt in der Lehre Otto Meyers*, 1999. Sobre F. F. Mayer: T. Ishikawa, *Friedrich Franz von Mayer. Begründer der “juristischen Methode” im deutschen Verwaltungsrecht*, 1992. La ciencia de la administración tuvo, en la segunda mitad del siglo XIX, un nuevo apogeo gracias a Lorenz von Stein (*Verwaltungslehre*, 8 partes, 1866-1884; *Handbuch der Verwaltungslehre*, 3a. ed., 1887-1888), pero luego fue arrinconada casi totalmente por el método jurídico. Cfr., sobre la evolución de la ciencia del derecho administrativo a lo largo del siglo XIX, Dennewitz, pp. 41 y ss.; Stolleis, *Geschichte*, vol. 2, pp. 258 y ss., 381 y ss.

Nt10 Ya se ha explicado antes quién es el *Landrat*. El *Staatsrat*, a su vez, en el Reino de Wurtemberg, era en aquella época una especie de ministro sin cartera. En el actual Land de Baden-Wurtemberg el *Staatsrat* es un miembro honorífico del gobierno.

²¹ Cfr., sobre el surgimiento y la evolución de la jurisdicción contencioso-administrativa, Külz /Naumann (coords.), *Staatsbürger und Staatsgewalt*, vol. I, 1963; Baring (coord.), *Aus 100 Jahren Verwaltungsgerichtbarkeit*, 1963; Rübner, DVG III, 1984, pp. 909 y ss.; IV, 1985, pp. 639 y ss., pp. 1100 y ss.; Schmidt-Abmann, en: Schoch/Schmidt-Abmann/Pietzner, VwGO, Einleitung, margs. 70 y ss.; Hufen, *Verwaltungsprozessrecht*, § 2 margs. 6 y ss.

²² Deben mencionarse, sobre todo, las obras de Fritz Fleiner, *Institutionen des deutschen Verwaltungsrechts*, 1a. ed. de 1911, 8a. ed. de 1928; Walter Jellinek, *Verwaltungsrecht*, 1a. ed. de 1927, 3a. ed. de 1931; Julius Hatschek, *Institutionen (luego Lehrbuch) des deutschen und preußischen Verwaltungsrechts*, 1a. ed. de 1919, 7a. y 8a. eds. de 1931 con adenda de 1932 (a cargo de Paul Kurtzig); Adolf Merkl, *Allgemeines Verwaltungsrecht*, 1927 (sobre la base de la Teoría pura del derecho). Ulteriores referencias en Jellinek, *cit.*, 3a. ed., 1931, pp. 98 y ss.; Stolleis, DVG IV, 1985, pp. 77 y ss.; *idem*, *Geschichte*, vol. 3, pp. 234 y ss.

Ello contribuyó a que se impusieran con más fuerza todavía después de 1945 y, sobre todo, tras la aprobación de la Ley Fundamental en 1949.

4. El derecho administrativo bajo la Ley Fundamental de Bonn

La Ley Fundamental de Bonn supuso un gran revulsivo para el derecho administrativo —en algunos aspectos, sólo tras el transcurso de un cierto periodo de tiempo desde su aprobación—. Ha provocado cambios muy profundos, comportando el rechazo de algunas concepciones jurídicas tradicionales y el reconocimiento de institutos jurídicos completamente nuevos. La jurisprudencia y la doctrina han tenido igual participación en dicho proceso, siendo en ocasiones la primera la que ha asumido la iniciativa (como, por ejemplo, el BVerwG en relación con los límites impuestos a la revisión de oficio de actos administrativos favorables) o la que ha dado el paso decisivo (como, por ejemplo, el BVerfG al rechazar la figura de las relaciones de sujeción especial).²³

No procede describir aquí con detalle dicha evolución, puesto que irá siendo expuesta a lo largo de la presente obra. A continuación sólo se enunciarán aquellos principios e impulsos constitucionales que deben repercutir y han repercutido en el derecho administrativo:

1. La Ley Fundamental (los derechos fundamentales, las demás normas constitucionales y los principios constitucionales básicos —principio del Estado de derecho, principio del Estado social, etcétera—) rige para todas las manifestaciones del poder del Estado. Ya no hay, por

²³ Los manuales de derecho administrativo más influyentes de las primeras décadas que siguieron a la segunda guerra mundial han sido, sobre todo, los de Ernst Forsthoff, *Lehrbuch des Verwaltungsrechts*, vol. 1: Parte general, 1950, 10a. ed. de 1973; Hans J. Wolf, *Verwaltungsrecht I*, 1956 (en el índice bibliográfico incluido al inicio del presente libro se encontrará la referencia de los demás volúmenes y ediciones posteriores de dicha obra); Hans Peters, *Lehrbuch der Verwaltung*, 1949; Kurt Egon von Turegg, *Lehrbuch des Verwaltungsrechts*, 1950, 4a. ed. a cargo de Erwin Kraus de 1962. De gran influencia fue también una serie de monografías de la época (fruto sobre todo de trabajos de habilitación), Nt11 como, sobre todo, las de Bachof, Otto, *Die verwaltungsgerichtliche Klage auf Vornahme einer Amtshandlung*, 1951; Jesch, Dietrich, *Gesetz und Verwaltung*, 1961; Lerche, Peter, *Übermaß und Verfassungsrecht*, 1961; Rupp, Hans Heinrich, *Grundfragen der heutigen Verwaltungsrechtslehre*, 2a. ed., 1991.

Nt11 Como es sabido, la *Habilitationsschrift* o escrito de habilitación es el trabajo elaborado en Alemania, una vez alcanzado el grado de doctor, para la obtención de una plaza de profesor de universidad.

- tanto, espacios ajenos al derecho (como las relaciones de sujeción especial, los actos soberanos ajenos al derecho o los actos de gracia).
2. La administración, como poder del Estado legitimado democráticamente, goza de autonomía en el sistema constitucional de la Ley Fundamental (artículo 20 II GG); al mismo tiempo se encuentra, sin embargo, vinculada al legislador parlamentario (artículo 20 III GG) y es objeto de control por parte de los tribunales (artículos 19 IV y 92 y ss. GG).
 3. Tanto la actividad administrativa de prestación como la de orientación se encuentran reconocidas constitucionalmente. Por ello, junto a las formas tradicionales de la actividad de intervención (que todavía hoy requieren la atención de la doctrina), deben desarrollarse y cultivarse, de modo coherente con el carácter social y cultural del Estado, instrumentos jurídico-administrativos que resulten adecuados para la satisfacción de las funciones típicas de la actividad administrativa de prestación y de orientación.
 4. La Ley Fundamental se erige sobre la dignidad y la libertad del ser humano (artículos 1o. y 2o. I GG, principios del Estado social y de derecho). Los individuos no pueden, por ello, ser considerados meros “súbditos” de la administración, sino que deben ser vistos y tratados como “ciudadanos maduros y responsables”. Ello tiene consecuencias concretas, como, por ejemplo:
 - El reconocimiento de derechos subjetivos; cfr. al respecto, la básica BVerwGE 1, 159 (derecho a obtener prestaciones sociales) e infra, § 8 margs. 4 y ss.
 - La admisión de los convenios celebrados entre la administración y los ciudadanos; cfr. sobre ello la básica BVerwGE 23, 213 (convenio de dispensa de construcción) e infra, § 14 margs. 21 y ss.
 - La obligación de la administración de tomar en consideración, en el ejercicio de potestades discrecionales, los intereses constitucionalmente protegidos del ciudadano afectado; cfr. infra, § 7 marg. 23.
 - La garantía de los derechos de los ciudadanos mediante un procedimiento administrativo rodeado de derechos procedimentales como el trámite de audiencia, el acceso al expediente, etcétera; cfr. BVerfGE 53, 30, 62 y ss. (autorización de una central nuclear y “protección de los derechos fundamentales a través del procedimiento”) e infra, § 19 margs. 8 y ss.

— La protección de los derechos de la personalidad frente a innovaciones tecnológicas empleadas por la administración; cfr. BVerfGE 65, 1, 41 y ss. (protección de datos) e infra, § 18 marg. 3a.

5. Finalmente, de las normas y principios constitucionales cabe deducir una serie de principios generales del derecho administrativo, como el principio de protección de la confianza, derivado de los principios constitucionales del Estado de derecho y de la seguridad jurídica; cfr. al respecto la jurisprudencia del BVerwG relativa a la revisión de oficio de los actos administrativos favorables, recogida luego en sus aspectos esenciales por el legislador (véase sobre ello infra, § 11 margs. 21 y ss.).

5. El derecho administrativo en la República Democrática Alemana (DDR) y en el Tratado de Unificación

1. *El derecho administrativo en la DDR.* La adscripción política e ideológica de la DDR a la concepción marxista-leninista del Estado y la sociedad tuvo también consecuencias desde la perspectiva del derecho administrativo. La “dependencia constitucional” del derecho administrativo se evidenció también aquí, aunque presentando, como es obvio, un signo contrario. El “socialismo real” de la DDR, caracterizado por la hegemonía del Partido Socialista Unificado de Alemania (*Sozialistische Einheitspartei Deutschlands-SED*), el centralismo democrático, la economía planificada y el concepto socialista de la propiedad, era reacio ante un derecho administrativo que aspira a fijar las competencias y límites de la actividad y de los órganos administrativos y a establecer y garantizar los derechos de los ciudadanos que surgen de tales limitaciones. Los derechos fundamentales contenidos en las constituciones de la DDR de 1949 y 1968-74 se quedaron en papel mojado. Las nociones que se acuñaron de “legalidad socialista” e incluso, con posterioridad (a partir de 1988), de “Estado de derecho socialista”, no comportaron ninguna limitación propia del Estado de derecho. El derecho era sólo un instrumento para la imposición de los fines de la “clase de los trabajadores y de su partido marxista-leninista” (artículo 1o. I de la Constitución de la DDR de 1968-1974) o, lo que es lo mismo, para el mantenimiento del poder de los funcionarios de la cúpula del SED.

La doctrina jurídico-administrativa estaba sometida a diversas presiones. En 1957 apareció, bajo la dirección de Bönninger, un manual de la parte general del derecho administrativo que pretendió ganar aceptación apoyán-

dose en un manual soviético traducido poco antes al alemán, aunque sin renunciar a presentar rasgos propios, vinculados a la tradición alemana de derecho administrativo. Sólo un año después, en la conferencia de Babelsberg de 1958, Walter Ulbricht, Secretario general del SED y presidente del Consejo de Estado de la DDR, denunció públicamente al derecho administrativo por sus “tendencias burguesas” y reclamó su supresión. A raíz de ello quedó abolido de forma oficial como rama propia del derecho, algo totalmente inusual, incluso en el bloque socialista (sólo en la Unión Soviética había sido suprimido temporalmente durante los años veinte). El “derecho administrativo” comenzó a ser aceptado de nuevo, de forma paulatina, a principios de los años setenta, tras el relevo de Ulbricht al frente de la Secretaría General. También a finales de dicha década apareció un nuevo manual de derecho administrativo, elaborado por un grupo de autores (1979; 2a. ed. de 1988). Este —único— manual, sin embargo, se limitaba a ofrecer una descripción de la materia observando las líneas marcadas por el partido y evitando toda discusión científica, posición crítica y sistematización dogmática; lo cual no debe sorprender, puesto que no sólo faltaban muchos años de debate científico, sino que, además, había que seguir las pautas oficiales. En dicha obra no se distingue ningún “derecho administrativo socialista”. No obstante, en el resto de la literatura cabe encontrar, durante los años ochenta, algunas posturas críticas, en especial desde la perspectiva de la tutela judicial de los ciudadanos. Como en la DDR no había jurisdicción contencioso-administrativa (la Ley de Competencia y Procedimiento de los Tribunales para la Revisión de las Decisiones Administrativas del 14 de diciembre de 1988 no entró en vigor hasta el 1o. de julio de 1989, sin que pudiera tener eficacia práctica), no pudo servir de estímulo alguno. A su vez, los contactos científicos con el oeste fueron prácticamente inexistentes; la DDR, a diferencia de Polonia o Hungría, se cerró herméticamente a los países occidentales. Bajo tales condiciones, no es de extrañar que el derecho administrativo y la doctrina jurídico-administrativa de la DDR no aportaran apenas nada cuando se produjo la reunificación.²⁴

²⁴ *Cfr.*, sobre los manuales citados: Studenikin/Wlassow/Jewtichijew, *Sowjetisches Verwaltungsrecht, Allgemeiner Teil*, 1950, traducción alemana de 1954; Bönninger/Hochbaum/Lekschas/Schulze, *Das Verwaltungsrecht der Deutschen Demokratischen Republik, Allgemeiner Teil*, 1957 (al respecto Ule, *VerwArch.* vol. 49, 1958, pp. 285 y ss.); Akademie für Staats und Rechtswissenschaft der DDR (coord.), *Verwaltungsrecht, Lehrbuch*, 1979, 2a. totalmente actualizada de 1988 (*cfr.* el detallado comentario sobre la 1a. ed. de Brunner, DV 14, 1981, pp. 92 y ss. y de W. Schmidt, *Der Staat* 20, 1981, pp. 593 y ss.). En general, sobre el derecho administrativo en la antigua DDR: Brunner, *Einführung in das Recht der*

2. *El Derecho administrativo de la DDR tras la caída del muro de Berlín.* La revolución pacífica y el desplome del régimen del SED que tuvieron lugar en el otoño de 1989 comportaron una transformación radical de la política y el derecho de la DDR. La Cámara popular surgida de las primeras elecciones libres del 18 de marzo de 1990 aprobó toda una serie de leyes que —siguiendo el patrón jurídico de la República Federal de Alemania— debían sentar las bases jurídicas de un Estado de derecho de corte liberal. De especial importancia fue el Tratado de Creación de una Unión Monetaria, Económica y Social entre la República Federal de Alemania y la República Democrática Alemana (tratado monetario) del 18 de mayo de 1990, aprobado por la Cámara Popular mediante la mayoría necesaria para modificar la Constitución (Ley Constitucional del 21 de junio de 1990, GBl. I, p. 331). Dicho tratado no sólo constituyó el paso previo a la reunificación, como se desprende de su preámbulo y del conjunto de su articulado, sino que estableció de modo vinculante los principios de una “regulación fundamental libre, democrática, federal, social y propia de un Estado de derecho” (artículos 2 I y 4 I del tratado monetario).

De entre las muchas leyes aprobadas por la Cámara Popular entre el 18 de marzo y el 3 de octubre de 1990 (fecha esta última de la reunificación alemana) merecen ser destacadas, desde la perspectiva del derecho administrativo —junto a la Ley de Principios Constitucionales de 17 de junio (GBl. I, p. 299), que hacía realidad tales principios—, las siguientes:

- En materia local, la Ley de autonomía de los Municipios y Landkreise de la DDR (Constitución local) del 17 de mayo de 1990 (GBl. I, p. 255), la Ley de Haciendas Locales de 6 de julio de 1990 (GBl. I, p. 660) y la Ley de Cajas de Ahorro del 29 de junio de 1990 (GBl. I, p. 567).
- En materia de policía y urbanismo, la Ley de Funciones y Prerrogativas de la policía del 13 de septiembre de 1990 (GBl. I, p. 1489) y la Ley de Urbanismo del 20 de julio de 1990 (GBl. I, p. 929).

DDR, 2a. ed., 1979, pp. 37 y ss.; Püttner, Zur Entwicklung des Verwaltungsrechts in der DDR, Festschrift für Mampel, 1983, pp. 143 y ss.; Ule, Gesetzlichkeit in der Verwaltung durch Verwaltungsverfahren und gerichtliche Kontrolle in der DDR, DVBl. 1985, pp. 1029 y ss.; Bönninger, Theorie des Verwaltungsrechts im administrativen System und im demokratischen Rechtsstaat, NJ 1990, pp. 102 y ss.; K. König (coord.), Verwaltungsstrukturen der DDR, 1991; Bernet, Entwicklung und Zustand der Verwaltungsrechtswissenschaft der DDR, Der Staat 29, 1990, pp. 389 y ss.; Stelkens, Verwaltungsverfahren, 1991, pp. 9 y ss.; Hauschild, Die örtliche Verwaltung im Staats- und Verwaltungssystem der DDR, 1991; R. Schröder, Geschichte des DDR-Rechts, Jura 2004, pp. 73 y ss.; Stelkens/Sachs, StBS Einleitung margs. 100 y ss.

- En materia escolar —junto a las normas provisionales de regulación de la educación y de la enseñanza universitaria del 18 de septiembre de 1990 (GBl. I, pp. 1579 y 1585), aprobadas mediante sendos reglamentos—, la Ley de escuelas de formación profesional del 19 de julio de 1990 (GBl. I, p. 919) y la Ley Constitucional de escuelas de titularidad privada del 22 de julio de 1990 (GBl. I, p. 1036).
- En materia de tutela judicial frente a la administración, la Ley de Competencia y Procedimiento de los Tribunales para la Revisión de las Decisiones Administrativas del 29 de junio de 1990 (GBl. I, p. 595).

Aunque tales leyes han sido después reemplazadas por normas más recientes de los nuevos Länder del este, ponen de relieve la voluntad y la disposición de iniciar una nueva etapa de democracia y estado de derecho tras el desplome del régimen del SED.

3. *El derecho administrativo en el Tratado de Unificación.* La reunificación se produjo el 3 de octubre de 1990 con la entrada en vigor del Tratado suscrito entre la República Federal de Alemania y la DDR sobre el establecimiento de la unidad de Alemania (Tratado de Unificación) de 31 de agosto de 1990, aprobado por los parlamentos de la DDR (22 de agosto) y la República Federal (23/24 de agosto) con la mayoría necesaria para modificar las constituciones respectivas. Al establecimiento de la unidad estatal debió seguir la consecución de la unidad jurídica. Las grandes diferencias políticas, económicas, sociales y jurídicas existentes entre ambos Estados impidieron que la adaptación jurídica pudiera hacerse mediante un solo acto normativo, siendo necesario un gran número de disposiciones y de regímenes transitorios. En un primer momento se discutió si el derecho de la DDR (incluyendo las leyes aprobadas tras el 18 de marzo de 1990) debía seguir en vigor de forma provisional, aun con reservas y limitaciones, o si, en cambio, debía aplicarse el derecho de la República Federal (con algunas limitaciones y condiciones) de manera inmediata en los nuevos Länder del Este. Se optó por la segunda alternativa.

Los artículos 8o. y 9o. del Tratado de Unificación establecen lo siguiente:

- El derecho de la República Federal se extiende a los nuevos Länder salvo que se desprenda lo contrario del Tratado de Unificación (artículo 8o. I EV). Las excepciones (limitaciones, condiciones, normas complementarias) son cuantitativa y cualitativamente importantes, encontrándose previstas, sobre todo, en el Anexo I del tratado.

- El derecho de la DDR, que según la Ley Fundamental tiene la naturaleza de derecho de los Länder, sigue en vigor en la medida en que resulte compatible con la Ley Fundamental, el resto del derecho de la República Federal aplicable a los nuevos Länder y el derecho comunitario directamente aplicable (artículo 9 I EV). Al poseer el rango de derecho del Land, puede ser modificado o derogado por el legislador del Land respectivo en cualquier momento. Ello resulta también predicable respecto de las leyes administrativas enumeradas supra, en el marg. 21 (con la excepción de la Ley de Revisión Judicial de las Decisiones Administrativas, reemplazada por la Ley de la Jurisdicción Contencioso-administrativa de la República Federal —a su vez modificada para los nuevos Länder del Este—).
- Asimismo, el derecho de la DDR contenido en el Anexo II del Tratado sigue en vigor en tanto resulte compatible con la ley fundamental y el derecho comunitario directamente aplicable, debiendo observarse las muchas limitaciones, condiciones y normas complementarias del Tratado y de su Anexo II (artículo 9 II EV).
- Finalmente, el Tratado prevé una cláusula referida al Derecho de la DDR aprobado tras la firma de aquel. Tal Derecho seguirá en vigor cuando así lo acuerden la DDR y la República Federal (art. 9 III EV). Se trata de las normas aprobadas entre el 31 de agosto y el 3 de octubre de 1990. El acuerdo en cuestión se contiene en los arts. 3o y 4o del Acuerdo de desarrollo e interpretación del Tratado de unificación de 18 de septiembre de 1990 (BGBl. II pág. 1239).

Los nuevos Länder del Este se encontraron, así, con una regulación muy compleja y poco clara, puesto que sus principios inspiradores (extensión del derecho de la República Federal y mantenimiento provisional de la vigencia del derecho de la DDR) fueron objeto de numerosas excepciones. Los Anexos I y II del Tratado de unificación ocupan unas 350 apretadas páginas del Diario Oficial Federal, afectando no sólo al derecho administrativo, sino a todos los sectores del ordenamiento. A ello deben sumarse otras leyes aprobadas en el marco de la unificación, como son la Ley de Inversiones en la DDR, la Ley de Cuestiones Patrimoniales abiertas en la DDR y la Ley de Impuestos Religiosos (como fundamento de los impuestos religiosos recaudados por los Länder).²⁵

²⁵ Una buena introducción en dicha materia la ofrece el libro de Stern/Schmidt-Bleibtreu, *Einigungsvertrag und Wahlvertrag, Verträge und Rechtsakte zur Deutschen Einheit*, vol. 2,

6. La integración europea

A. Evolución

El proceso de integración europea ha tenido y tiene una gran incidencia en la evolución de la administración y el derecho administrativo alemanes. Se inició en 1951 —seis años después del final de la segunda guerra mundial— con la creación de la Comunidad Europea del Carbón y del Acero (EGKS), a la que siguieron, en 1957, la Comunidad Europea de la Energía Atómica (EAG, conocida también como Euratom) y la Comunidad Económica Europea (EWG).²⁶

Las Comunidades Europeas no son sólo estructuras de derecho internacional público, sino auténticas organizaciones supranacionales dotadas de prerrogativas originarias propias de la soberanía en los ámbitos cubiertos por los tratados. Sus competencias se extendieron primero —según el principio de atribución— a determinados sectores económicos: la producción y distribución de carbón y acero, el desarrollo y el fomento de la energía atómica para fines pacíficos y —en el caso de la EWG— la consecución de un mercado interior libre y unitario. Con el tiempo, tales competencias han seguido siendo ampliadas.²⁷

1990; este volumen viene acompañado de otros dos de los mismos autores: vol. 1: Staatsvertrag zur Währungs, Wirtschafts und Sozialunion, 1990 y vol. 3: Zwei-plus-Vier-Vertrag, 1991. Cfr. además W. Schäuble, *Der Vertrag*, 1991 (Informe sobre las negociaciones del Tratado del entonces ministro del Interior); Brunner, *Was bleibt übrig vom DDR-Recht nach der Wiedervereinigung?* JuS, 1991, pp. 353 y ss.; Brachmann, *Öffentliches Recht in den neuen Bundesländern nach dem Einigungsvertrag*, LKV 1991, pp. 12 y ss.; Stelkens, *Fragen zum Verwaltungsverfahrensgesetz nach dem Einigungsvertrag*, DtZ 1991, 264 y ss.; Kloepfer/Kröger, *Rechtsangleichung nach Art. 8 und 9 des Einigungsvertrages*, DVBl. 1991, pp. 1031 y ss.; Degenhart, *Deutsche Einheit und Rechtsangleichung – Öffentliches Recht*, JuS 1993, pp. 627 y ss.; Stelkens/Sachs, StBS, Einleitung, margs. 118 y ss.

²⁶ Los Estados fundadores de las tres comunidades fueron Francia, Italia, los tres Estados del Benelux (Bélgica, Holanda y Luxemburgo) y la República Federal de Alemania. Más adelante ingresaron en ellas otros Estados europeos: el Reino Unido, Irlanda y Dinamarca (1973), Grecia (1981), España y Portugal (1986) y Austria, Finlandia y Suecia (1995). A ellos se sumaron, el 1o. de mayo de 2004, ocho Estados de Europa del Este (Estonia, Letonia, Lituania, Polonia, la República Checa, Eslovaquia, Hungría y Eslovenia), Malta y Chipre. Otros Estados han solicitado ya su adhesión. Nt12

Nt12 El 1o. de enero de 2007 se ha producido el ingreso de Bulgaria y Rumania.

²⁷ La evolución ha venido marcada por los siguientes tratados: 1) los Tratados de fusión de 1957 y 1965, en virtud de los cuales se fusionaron los órganos de las tres comunidades (el Consejo de Ministros, la Comisión, la Asamblea Parlamentaria y el Tribunal de Justicia); 2) la denominada Acta Única Europea (EEA) de 1986, que amplió de forma considerable las

La EWG fue rebautizada como “Comunidad Europea” (EG), para así adaptar su denominación al hecho de que muchas de las nuevas funciones y competencias recibidas a lo largo de la evolución expuesta rebasaran el estricto ámbito económico de sus inicios. Por ello, ahora debe distinguirse entre las Comunidades Europeas (EGKS, EAG y EG) y la Comunidad Europea (EG, antes EWG). El Tratado Constitutivo de la Comunidad Europea del Carbón y del Acero quedó limitado temporalmente a 50 años (artículo 97 EGKSV), expirando, por ello, el 23 de julio de 2002. El ámbito del carbón y del acero, que en cualquier caso ha perdido la importancia central que tenía en los años cincuenta, queda ahora bajo la competencia de la EG. Al compartir las tres comunidades los mismos órganos (*cf.* supra, marg. 27), la extinción de la EGKS no ha tenido mayores consecuencias.²⁸

En la actualidad, la Unión Europea está integrada por dos comunidades jurídicamente independientes, pero unidas entre sí mediante órganos comunes (la EG y la EAG; sobre la anterior EGKS *cf.* supra, marg. 28), y por los ámbitos políticos de la política exterior y de seguridad común (GASP, artículos 1o. y ss. EUV) y la cooperación policial y judicial en materia penal (PJZS, artículos 29 y ss. EUV). Tiene, además, otras funciones propias. La doctrina

competencias de la EWG; 3) el Tratado de la Unión Europea (EU) del 7 de febrero de 1992 (EUV, conocido como Tratado de Maastricht), que creó la EU, amplió la función política de las Comunidades, sentó las bases de la Unión monetaria e introdujo los ámbitos políticos de la “política exterior y de seguridad común” (GASP) y la “cooperación en materia de justicia e interior” (ZBJI); 4) el Tratado de Ámsterdam del 2 de octubre de 1997, que, pese a no lograr la reforma institucional necesaria para la ampliación al Este, comportó algunos avances desde la perspectiva organizativa y funcional; 5) el Tratado de Niza del 26 de febrero de 2001, que introdujo algunas —modestas— reformas institucionales; 6) la Convención constitucional instaurada en 2001 por los jefes de Estado y de Gobierno y reunida durante los años 2002 y 2003 bajo la presidencia del ex presidente de la República francesa Giscard d’Estaing presentó en junio de 2003 el proyecto de un “Tratado por el que se establece una Constitución para Europa”, firmado solemnemente por los jefes de Estado y de Gobierno el 29 de octubre de 2004. El Tratado debe ser todavía ratificado por todos los Estados miembros. Su futuro es incierto tras ser rechazado mediante referéndum vinculante en Francia y referéndum consultivo en Holanda. *Cfr.* al respecto *Oppermann*, *Europarecht*, § 1 margs. 43 y ss.; *Streinz*, *Europarecht*, margs. 57 y ss.

²⁸ La falta de claridad derivada de las muchas modificaciones (adición y supresión de preceptos) sufridas por el EGV con el paso de los años llevaron al artículo 12 del Tratado de Ámsterdam a establecer que debían volverse a numerar, de forma continuada, los preceptos de aquel. A su vez, los artículos del EUV, expresados en letras, fueron convertidos en números. Ello simplifica la legibilidad de los tratados, pero tiene la consecuencia de que la nueva numeración no coincide con la de los preceptos citados con anterioridad por la doctrina, la jurisprudencia y las publicaciones oficiales. No obstante, la tabla oficial de equivalencias añadida como anexo al Tratado permite la comparación entre la vieja y la nueva numeración.

trata de ilustrar gráficamente esta compleja estructura acudiendo a la imagen de los pilares: cuando todavía existía la EGKS, se decía que se trataba de un modelo de tres o cinco pilares (dependiendo de si las tres comunidades se agrupaban en una o se enumeraban por separado) que recibían una base y un techo comunes de la EU; con posterioridad también se ha dicho que es un modelo de dos pilares (las dos comunidades y los dos ámbitos políticos) (cfr. Streinz, *Europarecht*, marg. 86; Herdegen, *Europarecht*, § 5 margs. 1 y ss.; Oppermann, *Europarecht*, § 6 marg. 1. No hay que perder de vista, sin embargo, las diferencias fundamentales. Las tres comunidades son organizaciones supranacionales que pueden aprobar actos jurídicos de eficacia inmediata en el territorio de los Estados miembros, mientras que los ámbitos políticos son instancias intergubernamentales más propias del derecho internacional público. La Unión Europea no es (todavía) un Estado federal (en sentido jurídico-estatal), ni una mera confederación de Estados (en el sentido del derecho internacional público), sino una organización de rasgos propios situada entre una y otra figura. El BVerfG, siguiendo a P. Kirchhof (HStR VII § 183 margs. 54, 66, 69), utiliza la expresión “unión de Estados”^{Nt13} para evidenciar dicho carácter intermedio (BVerfGE 89, 155, 181 y sigs.), expresión que, por sí misma, todavía no permite deducir consecuencias jurídicas concretas. El núcleo central de la integración europea reside —al menos en lo que concierne a la administración— en la EG, que ha superado con creces el reducido ámbito económico y comprende muchos otros (como el medio ambiente, la ordenación del territorio, el derecho de la seguridad social, la sanidad, la educación, la política local, etcétera). Las consideraciones que siguen se circunscriben a ella. *Cfr.* sobre la evolución de la integración europea, los manuales citados en el índice bibliográfico incluido al inicio de la presente obra.

^{Nt13} Se trata de la conocida noción alemana del *Staatenverbund*. Como es sabido, son muchos también los autores alemanes que prefieren calificar a la Unión Europea de “unión constitucional” (*Verfassungsverbund*).

B. Presupuestos constitucionales

La autorización para la suscripción de los tratados constitutivos de las Comunidades Europeas de 1951 y 1957 derivó de la habilitación contenida en el artículo 24 I GG (la denominada “palanca de la integración”), que permite transferir facultades propias de la soberanía en favor de instancias internacionales mediante una simple ley federal. No obstante, a medida que se intensificaba la integración y ante la perspectiva de la ambicionada unión

política, empezó a dudarse acerca de la suficiencia de dicha norma habilitadora, habida cuenta que la participación de la República Federal en las instancias europeas se canaliza a través del gobierno federal, con la consiguiente pérdida de competencias del Bundestag ^{Nt14} y de los Länder. Por ello, la Ley de reforma constitucional del 21 de diciembre de 1992 (BGBl. I p. 2086) introdujo en la Ley Fundamental un nuevo artículo 23 como “artículo de Europa” (en sustitución del anterior artículo 23, sobre la reunificación alemana, que quedó obsoleto una vez se produjo la misma), que sigue habilitando para la profundización de la integración europea, pero al mismo tiempo establece los límites de la transferencia de facultades soberanas y refuerza la posición del Bundestag, del Bundesrat y de los Länder en el proceso de fijación de la postura alemana en asuntos de relevancia comunitaria. Según la denominada “cláusula de garantía estructural” del artículo 23 I 1 GG, la República Federal debe contribuir al desarrollo de la Unión Europea de modo que la misma observe los principios del Estado social, democrático y federal de derecho, así como el principio de subsidiaridad, y garantice una protección de los derechos fundamentales comparable en lo esencial a la que se deriva de la Ley Fundamental. De esta forma se fijan los límites de la integración desde la perspectiva federal alemana. Los actos jurídicos de las Comunidades Europeas que rebasen tales límites no serán vinculantes para la República Federal. Naturalmente, no se llegará a producir ningún conflicto serio, puesto que también la Unión Europea y las Comunidades Europeas se saben vinculadas a dicho estándar, una conquista de la tradición constitucional occidental.²⁹

^{Nt14} Como se sabe, el Parlamento federal alemán consta de dos Cámaras, el Bundestag y el Bundesrat. El primero equivale al Congreso español y está integrado por miembros elegidos por los ciudadanos en las elecciones federales, mientras que el segundo, un verdadero Senado federal, está compuesto por representantes de los gobiernos de los distintos Länder.

²⁹ Pese al aseguramiento constitucional expuesto, tanto el Tratado de Maastricht como la nueva redacción del artículo 23 GG fueron impugnados ante el *BVerfG*. El Tribunal desestimó los recursos interpuestos en parte por no reunir los requisitos de admisibilidad y en parte por falta de fundamento (*BVerfGE* 89, 155). Sin embargo, llama la atención el carácter restrictivo con que el Tribunal interpretó el Tratado de Maastricht, evidenciando una postura más bien reservada.

C. La influencia del derecho comunitario sobre el derecho administrativo alemán

Las Comunidades Europeas, en el marco de sus competencias, ostentan la potestad de aprobar normas jurídicas directamente aplicables en el territorio de los Estados miembros o que éstos tienen la obligación de transponer al derecho interno (este último es el caso de las directivas; *cfr.* con mayor detenimiento, *infra*, § 4 marg. 49 y ss.). El derecho nacional (también, pues, el alemán) se ve limitado, desplazado y completado por las normas directamente aplicables del derecho comunitario, que se le superponen, aunque sigue vigente y continúa siendo vinculante allá donde éstas no inciden. Surge con ello una amalgama de derecho comunitario y derecho alemán. Ello es particularmente cierto en relación con el derecho administrativo, objeto preferente del derecho comunitario. El entrelazamiento se ve acrecentado por el hecho de que la ejecución del derecho comunitario por parte de los órganos administrativos de los Estados miembros se produce, salvo disposición en contra, y como regla general, según las normas procedimentales del derecho administrativo nacional. Como el derecho material aplicable incide (aquí y en general) en el derecho procedimental empleado para aplicarlo, el derecho procedimental nacional sufre importantes modulaciones cuando con él se ejecuta el derecho comunitario. Resulta, por tanto, posible, que el funcionario alemán, en un caso concreto, no sólo deba aplicar derecho alemán y comunitario, sino que, en su aplicación, deba tomar en consideración también derecho procedimental administrativo alemán modificado por el derecho comunitario. Cabe esperar asimismo que los condicionantes mediatos o inmediatos del derecho comunitario tengan también consecuencias en aquellos ámbitos que (todavía) competen en exclusiva al derecho nacional.

32 El derecho comunitario (aún) no incorpora una parte general del derecho administrativo. Ello sería jurídicamente admisible, siempre y cuando se tratara de una regulación circunscrita al ámbito del derecho comunitario y a su aplicación. Sin embargo, no parece que se haya alcanzado todavía el grado de madurez requerido para una regulación semejante. Sigue correspondiendo, por tanto, a la doctrina y a la jurisprudencia (en especial, al Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas —EuGH—, al que el artículo 220 EGV atribuye la competencia para interpretar y aplicar el derecho comunitario), la elaboración de las reglas, principios y conceptos comunes y generales de este sector del ordenamiento jurídico.

La construcción de una parte general del derecho administrativo europeo debe partir, en primer lugar, de los elementos estructurales y exigencias del derecho comunitario (en especial, según la jurisprudencia del

EuGH, del principio de aplicación efectiva del derecho comunitario — *effet utile*—), en segundo lugar, de los principios de derecho administrativo comunes a los estados miembros y, en tercer lugar, de las categorías jurídicas susceptibles de generalización que resulten del proceso de abstracción de las distintas normas del derecho comunitario (*cf.* al respecto, sobre el derecho alemán, *infra*, § 4 marg. 29). El derecho administrativo alemán no se ve sólo influido por el derecho comunitario, sino que, viceversa, tiene también la oportunidad de ejercer su influencia (entrando en competencia con el derecho administrativo de los demás estados miembros) en la elaboración del derecho comunitario. De un derecho administrativo de dos niveles (el federal y el de los Länder) se ha pasado a uno de tres (derecho comunitario, derecho federal y derecho de los Länder).

Las distintas manifestaciones del influjo ejercido por el derecho comunitario sobre el derecho administrativo alemán irán siendo abordadas en la sede correspondiente de la presente obra, bastando aquí una visión panorámica de las mismas. Afectan a prácticamente todos los ámbitos de la parte general del derecho administrativo:

- A la relación existente entre el derecho comunitario y el derecho alemán y, con ello, a la posición que ocupa el derecho comunitario en el sistema de fuentes (*cf.* *infra*, § 4 margs. 49 y ss.),
- A la competencia de las administraciones y autoridades alemanas para la ejecución del derecho comunitario y, con ello, al derecho de la organización administrativa,
- A la regulación del procedimiento administrativo aplicable (*cf.* *infra*, § 5 marg. 25),
- A la regulación de la responsabilidad patrimonial del Estado y
- A la tutela judicial frente a medidas contrarias al derecho comunitario.

Las modulaciones y modificaciones experimentadas por el derecho alemán como consecuencia del derecho comunitario se derivan en parte de regulaciones concretas y siempre, en cualquier caso, del principio de aplicación efectiva del derecho comunitario (*effet utile*). Cabe mencionar, entre ellas:

- La reducción de la protección de la confianza en la revisión de oficio de subvenciones contrarias al derecho comunitario (*cf.* *infra*, § 11 margs. 38a. y ss.),
- La nulidad de los convenios administrativos contrarios al derecho comunitario (*cf.* *infra*, § 14 marg. 43a.),

- El reconocimiento de la competencia de rechazo incidental de normas nacionales contrarias al derecho comunitario por parte de las autoridades administrativas (*cf.* infra, § 4 margs. 52 y ss.),
- El rechazo de las instrucciones administrativas concretizadoras de normas (esto es, dotadas de eficacia externa) como instrumento de transposición de las directivas comunitarias (*cf.* infra, § 21 margs. 20 y ss.),
- La ampliación de la legitimación del recurso contencioso-administrativo (*cf.* infra, § 8 marg. 15a.) y
- La ampliación de la responsabilidad patrimonial del Estado.

Esta enumeración no debe ser vista como un catálogo de retrocesos jurídicos. Algunas de las soluciones e instituciones alemanas afectadas venían siendo ya cuestionadas (como, por ejemplo, la figura de las instrucciones administrativas concretizadoras de normas o la eficacia jurídica de los convenios administrativos contrarios a derecho) y otras parecen francamente anticuadas (por ejemplo, la regulación de la responsabilidad patrimonial del estado). El derecho comunitario puede tener y tiene, por tanto, un carácter innovador. Por otro lado, debe tenerse en cuenta que tales modulaciones y modificaciones se producen sólo en aquellos ámbitos del derecho alemán sujetos al derecho comunitario.³⁰

³⁰ Así, por ejemplo, la limitación de la regulación de la revisión de oficio contenida en el § 48 *VwVfG* en detrimento del principio de protección de la confianza afecta sólo a los actos administrativos contrarios al derecho comunitario, y no ya a los que (sólo) vulneren el derecho alemán. A su vez, los §§ 97 y ss. *GWB*, que regulan la adjudicación de encargos públicos, Nt15 en cumplimiento de las directivas comunitarias sobre contratación pública, sólo resultan aplicables a aquellos contratos importantes que rebasen el umbral económico fijado por tales directivas, de modo que los contratos de menor importe se siguen adjudicando según las reglas propias del derecho alemán (*cf.* § 3 marg. 7 y § 17 margs. 32 y ss.). El legislador alemán, ciertamente, podría haber extendido la regulación de matriz comunitaria a todos los encargos públicos, pero no estaba obligado a ello.

Nt15 La expresión “*Vergabe öffentlicher Aufträge*” significa literalmente “adjudicación de encargos públicos”, aunque en determinados contextos también podría traducirse como “adjudicación de contratos públicos”. De hecho, esa es la expresión utilizada, por ejemplo, para dar título a la versión alemana de la Directiva 2004/18/CE del Parlamento Europeo y del consejo, del 31 de marzo de 2004, sobre coordinación de los procedimientos de adjudicación de los contratos públicos de obras, de suministro y de servicios (“*Koordinierung der Verfahren zur Vergabe öffentlicher Bauaufträge, Lieferaufträge und Dienstleistungsaufträge*”). No obstante, hemos preferido emplear la traducción literal por la razón de que, según la doctrina alemana dominante, la adjudicación de un “encargo público” da lugar a la celebración de un contrato jurídico-privado, por lo que hablar aquí de contrato “público”

La consecuencia de lo anterior es que, en determinados sectores del ordenamiento, coexisten dos regulaciones distintas, dependiendo de si se encuentran o no condicionadas por el derecho comunitario. No parece que tal duplicidad sea sostenible a largo plazo. El legislador alemán se encuentra por ello obligado (no jurídica, pero sí fácticamente, en beneficio de la unidad del ordenamiento jurídico), en mayor o menor medida, a incorporar, en las nuevas normas que dicte para dar cumplimiento al derecho comunitario, también aquellos aspectos no regulados por éste. Esta equiparación no sólo permitiría una armonización del derecho a nivel alemán, sino también a nivel europeo (entre los distintos Estados), contribuyendo a la integración comunitaria, una integración que debe producirse también a través de la cooperación de los distintos estados miembros, y no sólo a través de la Comunidad Europea. Sea como fuere, el derecho comunitario, junto a su incidencia jurídica, ejerce también de facto una importante fuerza atractiva.³¹

podría dar lugar a malentendidos (véase al respecto lo dicho por el autor *infra*, § 3 marg. 7, y, sobre todo, § 17 margs. 31 y ss).

³¹ Cfr. al respecto Schmidt-Preuß, *Festschrift für Maurer*, 2001, pp. 797 y ss.; Huber, *ibidem*, pp. 1165 y ss.

Bibliografía sobre el § 2: Cfr. las referencias doctrinales del § 1. Además: *Dennewitz, Die Systeme des Verwaltungsrechts*, 1948; *Bachof*, “Über Entwicklungstendenzen im gegenwärtigen Verwaltungsrecht”, *Staatsbürger und Staatsgewalt*, 1963, pp. 3 y ss.; *Badura, Verwaltungsrecht im liberalen und im sozialen Rechtsstaat*, 1966; *Rüfner, Formen öffentlicher Verwaltung im Bereich der Wirtschaft*, 1967; *Ossenbühl, Verwaltungsrecht im sozialen Rechtsstaat*, StKV 1971, 57 y ss.; *Häberle, “Leistungsrecht” im sozialen Rechtsstaat*, *Festschrift für G. Küchenhoff*, 1972, pp. 453 y ss.; “Demokratie und Verwaltung”, *Schriftenreihe der Hochschule Speyer*, vol. 50, 1972 (con numerosas contribuciones sobre la historia y el estado actual de la administración); *Achterberg, Einwirkungen des Verfassungsrechts auf das Verwaltungsrecht*, JA 1980, pp. 210 y ss. y pp. 273 y ss.; *Meyer-Hesemann, Methodenwandel in der Verwaltungsrechtswissenschaft*, 1981; *Jeserich/Pohl/von Unruh* (coords.), *Deutsche Verwaltungsgeschichte*, 5 vols. y vol. de índices, 1983–1988 (zit. DVG); *Stolleis, Geschichte des öffentlichen Rechts in Deutschland*, 3 vols., 1988-1992-1999; *idem, Entwicklungslinien der verwaltungsrechtlichen Dogmatik im industriellen Zeitalter*, BWV, 1990, 152 y ss.; *idem, Verwaltungsrechtswissenschaft in der Bundesrepublik Deutschland*, Simon (coord.), *Rechtswissenschaft in der Bonner Republik*, 1994, pp. 227 y ss.; *Robbers, “Europäische Verwaltungsgeschichte*, en R. Schulze (coord.), *Europäische Rechts- und Verfassungsgeschichte*, 1991, pp. 153 y ss.; *Ellwein, Perioden und Probleme der deutschen Verwaltungsgeschichte*, VerwArch. 87, 1996, pp. 1 y ss.; *Hoffmann-Riem, Tendenzen in der Verwaltungsrechtsentwicklung*, DÖV 1997, pp. 433 y ss.

Bibliografía sobre el § 2 VI 3 (influencia del derecho comunitario sobre el derecho administrativo alemán): *Streinz, “Der Einfluß des europäischen Verwaltungsrechts auf das Verwaltungsrecht der Mitgliedstaaten—dargestellt am Beispiel der Bundesrepublik Deutschland”*, en *Schweitzer* (coord.), *Europäisches Verwaltungsrecht*, 1991, pp. 241 y ss.; *Ehlers, Die Einwirkungen des Rechts der Europäischen Gemeinschaften auf das Verwaltungsrecht*,

III. EL DERECHO DE LA ADMINISTRACIÓN^{32*}

1. *El derecho administrativo*

Derecho administrativo es la noción con la que se alude al conjunto de disposiciones jurídicas^{Nt16} (escritas y no escritas) específicas de la administración (de la actividad, del procedimiento y de la organización administrativos). Es el derecho propio de la administración.

^{Nt16} El autor maneja aquí la noción formal de *Rechtssatz*. Véase la distinción que el mismo efectúa entre *Rechtssätze* y *Rechtsnormen* infra, en el § 4, marg. 4.

DVBl, 1991, pp. 605 y ss.; Engel, *Die Einwirkungen des Europäischen Gemeinschaftsrechts auf das deutsche Verwaltungsrecht*, DV 25, 1992, pp. 437 y ss.; Schmidt-Aßmann, *Deutsches und Europäisches Verwaltungsrecht – wechselseitige Einwirkungen*, DVBl, 1993, pp. 924 y ss.; Zuleeg/Rengeling, *Deutsches und europäisches Verwaltungsrecht – wechselseitige Einwirkungen, Referate mit Diskussion*, VVDStRL 53, 1994, pp. 154 y ss.; E. Klein, *Der Einfluß des Europäischen Gemeinschaftsrechts auf das Verwaltungsrecht der Mitgliedstaaten*, Der Staat 33, 1994, pp. 39 y ss.; Schoch, *Die Europäisierung des Allgemeinen Verwaltungsrechts*, JZ, 1995, pp. 109 y ss.; Classen, *Strukturunterschiede zwischen deutschem und europäischem Verwaltungsrecht*, NJW, 1995, pp. 2457 y ss.; Kahl, *Hat die EG die Kompetenz zur Regelung des Allgemeinen Verwaltungsrechts?*, NVwZ, 1996, pp. 865 y ss.; *idem*, *Europäisches und nationales Verwaltungsorganisationsrecht*, DV 29, 1996, pp. 341 y ss.; Schwarze (coord.), *Das Verwaltungsrecht unter europäischem Einfluß*, 1996; *idem*, *Konvergenz im Verwaltungsrecht der EU-Mitgliedstaaten*, DVBl, 1996, pp. 881 y ss.; Burgi, *Verwaltungsprozeß und Europarecht*, 1996; v. Danwitz, *Verwaltungsrechtliches System und Europäische Integration*, 1996; Sommermann, *Europäisches Verwaltungsrecht oder Europäisierung des Verwaltungsrechts?* DVBl, 1996, pp. 889 y ss.; Classen, *Das nationale Verwaltungsverfahren im Kraftfeld des europäischen Gemeinschaftsrechts*, DV 31, 1998, pp. 307 y ss.; Kadelbach, *Allgemeines Verwaltungsrecht unter europäischem Einfluß*, 1999; Schoch, “Die Europäisierung des Allgemeinen Verwaltungsrechts und der Verwaltungsrechtswissenschaft“, *Die Wissenschaft vom Verwaltungsrecht*, DV Beiheft 2, 1999, pp. 135 y ss.; *idem*, *Europäisierung des Allgemeinen Verwaltungsrechts und des Verwaltungsprozessrechts*, NordÖR, 2002, pp. 1 y ss.; Huber, *Das duale Regelungsregime als Sackgasse der Europäisierung*, Festschrift für Maurer, 2001, pp. 1165 y ss.; Brenner/Huber, *Europarecht und Europäisierung*, DVBl. 1999, pp. 764 y ss.; 1999, 1559 y ss.; 2001, 1013 y ss.; Battis, *Verwaltungsrecht als konkretisiertes Gemeinschaftsrecht*, DÖV, 2001, p. 988; Bergmann/Kenntner (coords.), *Deutsches Verwaltungsrecht unter europäischem Einfluß*, 2002; Schmidt-Aßmann, *Die Europäisierung des Verwaltungsverfahrensrechts*, BVerwG-Festschrift, 2003, pp. 487 y ss.; Ruffert, *Die Europäisierung der Verwaltungsrechtslehre*, DV 32, 2003, pp. 293 y ss.

^{32*} El § 3 ha sido traducido por Oriol Mir Puigpelat, profesor titular de derecho administrativo de la Universidad de Barcelona.

Ello no significa, por supuesto, que el derecho administrativo sólo se ocupe de los órganos administrativos y de su actividad. También (y sobre todo) regula las relaciones existentes entre la administración y los ciudadanos, estableciendo derechos y obligaciones de estos últimos, aunque, eso sí, referidos siempre a su relación con la administración.³³

A. La parte general y la parte especial del derecho administrativo

La distinción habitual entre la parte general y la parte especial del derecho administrativo se basa en el objeto de la regulación.

a) La parte general del derecho administrativo comprende aquellos principios, conceptos e institutos jurídicos válidos para todos los sectores del derecho administrativo. Pretende abarcar lo común, lo típico, lo general. Al igual que el derecho civil y el derecho penal, el derecho administrativo tiene también su parte general. No forma parte, sin embargo (a diferencia de la parte general del BGB o del StGB), de una codificación de mayor alcance. De hecho, hasta 1976 no estuvo siquiera positivada en ley alguna, consistiendo únicamente en una serie de principios generales del derecho administrativo, no escritos, que habían venido siendo desarrollados por la doctrina y la jurisprudencia. Las leyes de procedimiento administrativo de la federación y de los Länder (*cf.* § 5) fueron las que regularon por primera vez algunos (y no todos) de los ámbitos de dicha parte general. En los aspectos no regulados siguen siendo determinantes los principios generales del derecho administrativo.

b) A su vez, la parte especial del derecho administrativo engloba la regulación de los distintos sectores de actividad de la administración (*cf.* supra, § 1 marg. 14). Existe, así, derecho urbanístico, derecho de carreteras, derecho económico y del comercio, derecho de la seguridad social, derecho escolar, derecho de la educación superior, etcétera. Los distintos sectores de

³³ Ejemplo: el derecho urbanístico jurídico-administrativo establece y regula sólo las relaciones jurídicas existentes entre el propietario y la administración urbanística, y no las que pueda haber entre el propietario y sus vecinos. En el caso de que un vecino considere que una obra previamente autorizada incumple las distancias mínimas impuestas por el derecho urbanístico, sólo podrá dirigirse contra la administración, no pudiendo hacerlo también contra el propietario. En cambio, el derecho privado regulador de las relaciones de vecindad (§§ 906 y ss. *BGB*) sí contempla acciones directas entre propietarios de inmuebles. Por ello, la postura del *BGH* que considera que las normas urbanísticas sobre distancias mínimas son normas de protección a los efectos del § 823 II *BGB* (*BGHZ* 66, 354) es, cuando menos, discutible.

la parte especial del derecho administrativo son regulados de forma más o menos completa por distintas leyes.³⁴

c) La parte general y la parte especial del derecho administrativo se encuentran estrechamente interrelacionadas. La parte general obtiene de la parte especial el material y los casos particulares de los que, una vez suprimido lo especial, se extrae lo general. A su vez, la parte especial recibe de las reglas, principios y conceptos de la parte general una estabilidad y unas estructuras comunes que impiden que se produzca una diferenciación y un aislamiento excesivos de los distintos sectores que la componen. En cualquier caso, no resulta posible distinguir con total precisión una de otra. La segmentación creciente del derecho administrativo ha hecho que surjan, incluso, niveles intermedios entre una y otra, reglas, principios y conceptos generales aplicables a sectores concretos de la parte especial que constituyen, por así decirlo, una parte general del derecho administrativo específica de determinados sectores. Ello puede obedecer a distintas razones. Puede ocurrir 1) que el legislador incluya una parte general al inicio de una codificación de la parte especial del derecho administrativo, como ha hecho ya en el Código de la Seguridad Social o en el —anteproyecto de— Código del medio ambiente; 2) que el legislador extraiga algunas partes de determinadas leyes especiales para regularlas mediante una ley distinta, pero manteniendo la ley originaria carácter subsidiario respecto de dicha materia, como sucede con la Ley General de Policía y las Leyes Especiales de Policía (las que regulan los derechos de reunión y asociación o la edificación) o con la Ley de Actividades Empresariales (que, por su finalidad primordial de defensa frente a peligros, puede ser también considerada una regulación especial de policía) y las que la complementan (Ley de Establecimientos de Restauración, Ley Reguladora de la Artesanía, Ley del Comercio minorista, etcétera); 3) o que la doctrina y la jurisprudencia elaboren conceptos y principios generales para determinados sectores, que luego sean recogidos por la legislación.

³⁴ Así, por ejemplo, el derecho urbanístico se contiene en el Código Urbanístico y en las leyes urbanísticas de los Länder; el derecho de carreteras, en la Ley Federal de Carreteras y en las leyes de carreteras de los Länder; el derecho del medio ambiente, en (entre otras) la Ley Federal de Protección contra las Inmisiones, la Ley de Aguas, la Ley Federal de Protección de la Naturaleza y la Ley Federal de Protección del Suelo, así como en leyes complementarias de los Länder; el derecho de la seguridad social, en el Código de la Seguridad Social, y el derecho de la educación superior, en la Ley Marco de Universidades y las leyes de universidades y de educación superior de los Länder.

B. Derecho externo y derecho interno

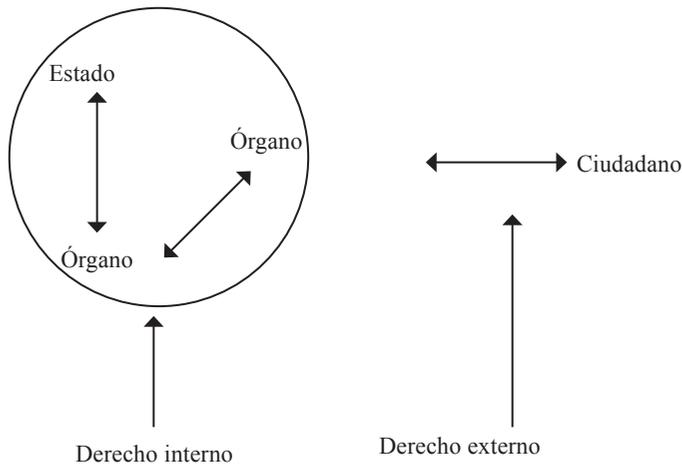
a) El derecho externo se ocupa de las relaciones jurídicas entabladas entre el Estado-administración, por un lado, y los ciudadanos y demás personas jurídicas situadas frente a la administración, por otro. El centro de gravedad del derecho administrativo se sitúa, sin ninguna duda, en el ámbito del derecho externo. Dicho centro de gravedad viene determinado por las fuentes del derecho externo (la ley, el reglamento y la ordenanza),^{N17} se caracteriza por las formas jurídicas típicas de actuación de la administración (el acto y el convenio administrativos) y se encuentra jurídicamente garantizado por los sistemas de tutela judicial y de responsabilidad patrimonial del Estado.

^{N17} Como se explica *infra*, en el § 4, los términos “reglamento” y “ordenanza” se corresponden, respectivamente, con las nociones alemanas de *Rechtsverordnung* y *Satzung*.

b) El derecho interno. El Estado aparece, frente al ciudadano, como una unidad, pero en sí mismo posee una estructura muy compleja, que cuenta con un gran número de administraciones, órganos administrativos y personas físicas (funcionarios). También este ámbito interno requiere ser regulado por el derecho. Así, por ejemplo, debe establecerse qué funciones y competencias tienen atribuidos los distintos entes y órganos administrativos, cómo se proveen los puestos de trabajo y cuáles son las obligaciones inherentes al cargo que los funcionarios deben observar en el ejercicio del mismo. Las relaciones jurídicas existentes entre las distintas administraciones públicas se rigen por las normas y formas jurídicas del derecho externo, puesto que son personas jurídicas de derecho público y, como tales, unas y otras aparecen ante sí como sujetos jurídicos independientes. En cambio, el ámbito interno de cada ente administrativo (en especial, su estructuración jerárquica interna) queda sujeto a formas y reglas jurídicas específicas, como son las instrucciones administrativas, las órdenes y —dentro de cada órgano— los reglamentos internos.³⁵

La relación entre el derecho externo y el interno puede representarse gráficamente de la siguiente forma:

³⁵ *Cfr.*, sobre las fuentes del derecho interno, *infra*, § 21.



2. La actuación de la administración sometida al derecho privado; el derecho privado administrativo

La administración queda sometida normalmente al derecho administrativo que le es propio. Pero ello no siempre es así. En algunos ámbitos puede o incluso debe acudir al derecho privado. Habitualmente suelen distinguirse tres grandes grupos de casos en que ello sucede, aunque los mismos se han ido aproximando a lo largo del tiempo, hasta tal punto que, en la actualidad, llegan a superponerse parcialmente.

A. Actividad administrativa de provisión

El Estado, normalmente, obtiene los medios materiales (material de oficina, vehículos, terrenos, edificios) y servicios (obras, estudios) que necesita para poder satisfacer sus funciones administrativas acudiendo al mercado y a cambio del pago de un precio. Encarga suministros, obras y servicios celebrando para ello con empresas privadas los correspondientes contratos de compra-venta, de arrendamiento de obra, de arrendamiento de servicios y similares según las normas del derecho civil. En tales casos, el Estado interviene en el tráfico jurídico prima facie como un empresario

privado. Son de aplicación las normas del derecho privado; en caso de conflicto serán competentes los tribunales civiles.³⁶

La de provisión es también una función administrativa (*cf.* supra, § 1 marg. 19). Su particularidad radica en que con ella se obtiene aquello que se necesita para poder satisfacer las auténticas funciones administrativas (externas). Por eso se conoce también a este tipo de contratos como “negocios auxiliares de carácter fiscal”. Esta denominación tradicional puede seguir siendo empleada para referirse a la compra de material de oficina para una delegación de hacienda o a pequeñas reparaciones del edificio de un ayuntamiento, pero ya no resulta adecuada para grandes proyectos como la construcción de una clínica universitaria o la adquisición de aviones de combate para el Ejército. La actividad administrativa de provisión y los contratos que en su marco se adjudican han alcanzado, en Alemania, un volumen gigantesco, que ronda los docientos cincuenta millardos de euros anuales (sumando los contratos celebrados por la Federación, los Länder, los municipios y demás administraciones públicas). No sólo constituyen un factor económico de primer orden, sino que pueden ser utilizados —dependiendo de los criterios de adjudicación de los contratos que se manejen— para la persecución de todo tipo de fines económicos, estructurales y sociopolíticos. Por otro lado, la obtención de un contrato del Estado suele ser una cuestión de una gran importancia (vital, incluso, en ocasiones) para muchos empresarios privados. Uno de tales contratos puede llegar a tener más valor que una cuantiosa subvención.

De forma paralela a esta evolución fáctica se constata una creciente sumisión de tales contratos a las normas del derecho público. En la doctrina se ha impuesto la opinión de que los derechos fundamentales y los principios generales del derecho administrativo no sólo deben ser observados en el ámbito de la actividad administrativa de derecho público y en el del derecho privado administrativo (*cf.* infra, marg. 9), sino también en el marco de la actividad administrativa de provisión (en especial, en el derecho de las adjudicaciones). Objeto de consideración es, sobre todo, el artículo 3 I GG.^{Nt18} Sería, sin duda, jurídicamente inadmisibles, que el Estado excluyera a un determinado empresario de una adjudicación debido a su adscripción política (algo que un particular sí podría hacer). Además, la adjudicación de encargos públicos se encuentra regulada por normas de derecho público

³⁶ Naturalmente, el Estado también puede obtener los bienes y servicios que necesita por otras vías, como son la producción propia (por ejemplo, encargando la reparación de sus vehículos a personal propio) y, en casos excepcionales, la intervención forzosa (por ejemplo, expropiando un terreno necesario para la construcción de una carretera y que no puede ser adquirido mediante contrato de compra venta).

(derecho presupuestario e instrucciones administrativas de contratación — *Verdingungsordnungen*—), por normas comunitarias (directivas) y, recientemente, por los §§ 97 y sigs. GWB en la versión de la Ley de Modificación del Derecho de las Adjudicaciones del 26 de agosto de 1998, que contienen normas materiales y —sobre todo— procedimentales para la adjudicación de aquellos contratos que superen un determinado umbral económico (*cfr.* para más detalles, *infra*, § 17 margs. 32 y ss.). Es discutible si y hasta qué punto los §§ 97 y ss. GWB poseen naturaleza jurídico-pública, jurídico-privada o mixta. No obstante, esta duda carece apenas de consecuencias prácticas, puesto que allí donde podría tenerlas (en relación, por ejemplo, con el orden jurisdiccional competente) suelen haberse previsto normas específicas que evitan el problema en cuestión ofreciendo una regulación expresa. En la actualidad debe entenderse que la adjudicación de los encargos públicos se lleva a cabo mediante contratos de derecho privado, aunque bajo sujeción a normas jurídico-públicas que se superponen y la condicionan. De todos modos, esta calificación jurídico-privada del contrato ya no es compartida por toda la doctrina. Algunos autores prefieren considerar que se trata de un convenio administrativo^{Nt19} o de una relación estructurada en dos niveles^{Nt20} (adjudicación de derecho público y contrato de derecho privado).³⁷

^{Nt18} Dicho precepto constitucional consagra el principio de igualdad de todas las personas ante la ley.

^{Nt19} El convenio jurídico-público o de Derecho público (o, como prefiere el autor, el convenio administrativo) es objeto de análisis detenido *infra*, en el § 14 de la presente obra.

^{Nt20} Se trata de la teoría de los dos niveles o *Zweistufentheorie*, que guarda muchas similitudes con la teoría francesa de los actos separables recogida, como es sabido, por la legislación española de contratos. El autor se ocupará de ella con detenimiento *infra*, en el marg. 26 y, sobre todo, en el § 17.

³⁷ *Cfr.* Pietzcker, ZHR 162, 1998, pp. 456 y ss. (contrato de derecho privado); Schlette, *Die Verwaltung als Vertragspartner*, 2000, pp. 152 y ss. (convenio de derecho público); Hermes, *Gleichheit durch Verfahren bei der staatlichen Auftragsvergabe*, JZ 1997, pp. 909, 914 y ss. (teoría de los dos niveles), todos ellos con ulteriores referencias; *cfr.* además *infra*, § 17 margs. 31 y ss.

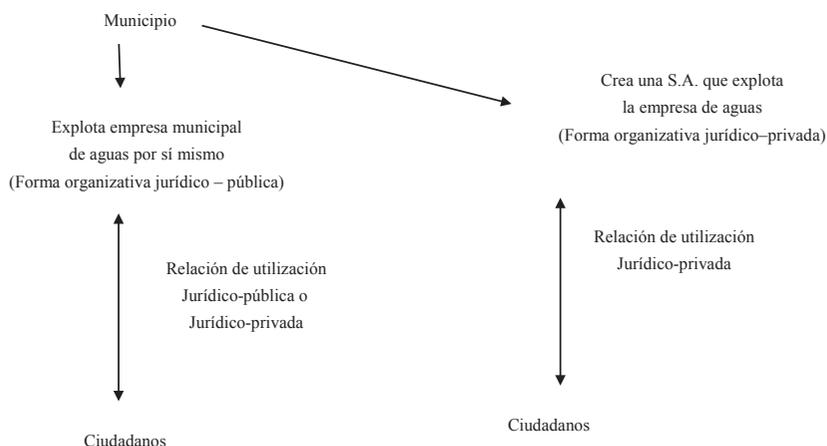
B. La actividad empresarial de la administración

Aunque —en el actual contexto privatizador— menos que antaño, el Estado participa como empresario en la vida económica, ya sea a través de su propia actividad empresarial o mediante sociedades mercantiles (anónimas, en especial) total o parcialmente participadas por aquel (“el Estado como accionista”). Su actividad empresarial incluyó, tradicionalmente, la manufactura de porcelana, la explotación de las fincas agrícolas o la elaboración de cerveza y, más recientemente, sobre todo, la actividad industrial, minera, bancaria, etcétera. Dicha actividad se rige, como en el caso de los empresarios privados, por criterios económicos, quedando también sometida al derecho privado: al BGB, el HGB, la AktG, la Ley de Competencia Desleal (UWG) y la Ley de Defensa de la Competencia (GWB, cfr. su § 130), entre otras normas.³⁸

³⁸ Una visión panorámica de la actividad empresarial de la Federación le ofrece la publicación anual del Ministerio Federal de Hacienda titulada *Beteiligungen des Bundes*. La actividad empresarial del Estado plantea dos cuestiones fundamentales. La primera, si resulta constitucionalmente admisible, y la segunda —en caso de que se responda afirmativamente a la primera—, si queda sometida a limitaciones jurídicas. Según las Leyes de régimen municipal de los Länder, las empresas municipales sólo resultan admisibles cuando así lo justifique el fin público perseguido (así, por ejemplo, el § 102 I de la *GemO* de Baden-Wurtemberg). Con ello se convierte a la actividad empresarial en un instrumento de la actividad administrativa municipal, quedando sometida a las limitaciones propias del derecho público (derechos fundamentales y principios generales del derecho administrativo). El aspecto empresarial queda en un segundo plano, aunque no resulta irrelevante, puesto que la empresa debe proporcionar beneficios al municipio (así, por ejemplo, el § 102 II de la *GemO* de Baden-Wurtemberg). La jurisprudencia ha sido muy generosa en la aceptación de la concurrencia del fin público: cfr., por ejemplo, *BVerwGE* 39, 329 (empresa funeraria municipal); *BayVGH BayVBl.* 1976, 628; *BVerwG DÖV* 1978, 851 (ambas sobre el servicio municipal de viviendas de alquiler para personas de rentas bajas); *OVG Münster NVwZ* 1986, 1045 (sauna municipal). Pese a ello, no basta con la finalidad de obtener un beneficio para la hacienda municipal (así lo cree la doctrina mayoritaria; aunque también esto se ha visto cuestionado, cfr. Cremer, *DÖV*, 2003, pp. 921 y ss.). Las normas que regulan esta cuestión en el ámbito federal y de los Länder (cfr., por ejemplo, § 65 *BHO* y § 65 *LHO* de Baden-Wurtemberg) ponen menos condiciones a la actividad empresarial. No obstante, debería extenderse el ejemplo municipal y someterse la actividad empresarial del Estado a limitaciones semejantes. La tentación de hacer política económica valiéndose de la actividad empresarial (mediante una determinada política de precios o de condiciones de venta, por ejemplo) se verá pronto frenada por las condiciones fácticas y las leyes propias de la economía de mercado. En cualquier caso, las pérdidas que puedan producirse en el ámbito empresarial no pueden ser compensadas con ayudas provenientes de los presupuestos públicos.

C. El ejercicio de funciones administrativas bajo la forma del derecho privado

Por último, también las funciones administrativas inmediatas pueden ser satisfechas acudiendo al derecho privado. Sin embargo, ello sólo es posible y admisible con un alcance limitado. Ni la actividad administrativa de ordenación ni la tributaria, indisolublemente unidas al empleo de medios coactivos, pueden renunciar a las prerrogativas de autoridad propias del derecho público. También la actividad administrativa de prestación, pese a no requerir normalmente el uso de la coacción, es objeto de una amplia regulación jurídico-pública. Pero cuando falten tales normas, la administración podrá elegir entre ofrecer sus prestaciones valiéndose de las formas jurídicas del derecho público o acudiendo a las del derecho privado. La libertad de elección alcanza tanto a la forma de organización del servicio como, también, a la configuración de la relación de prestación o de utilización. En el marco de la ola privatizadora de los últimos años se ha producido un aumento considerable de la actividad administrativa sujeta al derecho privado.³⁹



³⁹ De este modo, un municipio puede optar entre prestar el servicio de suministro de agua (una función administrativa inmediata) mediante sus propios medios o encargar dicha prestación a una sociedad anónima por ella controlada. La sociedad anónima es una empresa de derecho privado, por lo que las relaciones que surjan entre ella y los usuarios sólo pueden ser de Derecho privado. Si, en cambio, la administración decide prestar por sí misma el suministro de agua (a través de una empresa municipal de distribución de agua), podrá configurar la relación existente entre ella y los usuarios como una relación de derecho público o de derecho privado. En este último caso coinciden una forma de organización jurídico-pública y una relación de prestación jurídico-privada.

La denominada libertad de elección, esto es, la facultad de poder decidir la realización de las funciones administrativas bajo la forma del derecho privado, plantea algunos problemas. Encuentra su justificación, en cualquier caso, en el hecho de que en el derecho público (todavía) faltan formas jurídicas idóneas para la prestación de servicios, a diferencia de lo que ocurre con el derecho privado, que gracias a su completud sí dispone de figuras jurídicas apropiadas. La administración, al optar por las formas jurídicas del derecho privado, no puede, sin embargo, sustraerse a las vinculaciones jurídico-públicas existentes. Ello vale especialmente para la vinculación a los derechos fundamentales, pero también para las demás limitaciones del derecho público (como la distribución de competencias o los principios generales de la actuación administrativa). La administración tiene a su disposición las formas jurídico-privadas, pero no la libertad ni las posibilidades que ofrece la autonomía privada. Se maneja, por ello, en este contexto, la expresión del derecho privado administrativo (Wolff): con ella se alude al tipo de derecho privado que la administración tiene a su disposición para llevar a cabo las funciones administrativas, un derecho privado impregnado y limitado por un conjunto de normas jurídico-públicas.⁴⁰

⁴⁰ Una S. A. que explote el servicio de tranvía en determinadas partes del territorio municipal se encuentra vinculada de forma inmediata al artículo 3 I GG, debiendo respetar por tanto el principio de igualdad al fijar las tarifas (descuentos para estudiantes; en este sentido BGHZ 52, 325). *Cfr.*, además, BGHZ 29, 76 y BGHZ 65, 284, 287 (sometimiento al principio de igualdad en la adjudicación de tierras para su colonización y en materia de suministro de agua, respectivamente); BGHZ 91, 84, 96 y ss. (obligación de observar no sólo los derechos fundamentales, sino también otros principios jurídico-públicos como, “en todo caso, los principios básicos de la hacienda pública”); BGHZ 155, 166, 175 y ss. (vinculación al principio de interdicción de la arbitrariedad derivado del artículo 3 GG, a la prohibición de exceso inherente al principio del Estado de derecho y al derecho fundamental de audiencia; no vinculación, en cambio, a las prescripciones de la *VwVfG*, salvo que recojan un mandato constitucional o un principio general del derecho); OVG Lüneburg NVwZ 1990, 91 (sometimiento a los derechos fundamentales, al principio de proporcionalidad y otros —en todo caso, a los principios materiales del derecho público, y en especial a los principios básicos de la hacienda pública— en la fijación —gradación— de los precios a cobrar por los parvularios); BVerwGE 92, 56, 65 (los municipios, al celebrar contratos de derecho privado para la satisfacción de funciones públicas ex § 138 BGB, se encuentran sometidos a la prohibición de combinación prevista para los convenios jurídico-públicos en el § 59 II núm. 4 *VwVfG*). BVerfGE 12, 205, 246 y ss. (sentencia de la televisión): como la radio y la televisión son de competencia de los Länder, la Federación tiene también vedado el establecimiento de una cadena de televisión federal bajo la forma del derecho privado.

Nt21 “Prohibición de exceso” (*Übermaßverbot*) es otra denominación que recibe a menudo en Alemania el principio de proporcionalidad, como explica el autor *infra*, en el § 10 marg. 17 de la presente obra.

La obligación de respetar los derechos fundamentales existe, tras lo expuesto, en los tres ámbitos en que la administración actúa sometida al derecho privado. Ello se deduce del propio artículo 1 III GG,^{N122} aplicable no sólo a la actividad administrativa revestida de autoridad, sino, en general, a todas las manifestaciones de la administración del Estado, con independencia de si la misma actúa valiéndose de las formas del derecho público o del derecho privado. El principio de igualdad del artículo 3 I GG rige (al menos como interdicción de la arbitrariedad) sin reserva alguna. En cambio, los derechos de libertad tienen menor importancia, puesto que cuando la administración actúa sometida al derecho privado no suele poder ejercer la coacción ni, por tanto, incidir en los derechos de los particulares. No obstante, adquirirán relevancia cuando la administración, en un caso concreto, haga valer su poder fáctico o jurídico. Además, los valores y opciones constitucionales básicas expresados en los derechos de libertad no sólo rigen en el ámbito social, sino también, y sobre todo, en el estatal. La teoría de la eficacia mediata de los derechos fundamentales frente a terceros^{N123} desarrollada por Dürig sigue teniendo, pues, importancia (cfr. Dürig, en: Maunz/Dürig, Grundgesetz, artículo 3 I (1973) margs. 475 y ss.).⁴¹

^{N122} Dicho precepto constitucional establece la vinculación del Poder Ejecutivo a los derechos fundamentales.

^{N123} Se trata de la difundida teoría de la *Drittwirkung*, en la denominación alemana con la que se la conoce también en España.

Poniendo lo expuesto en relación con la clasificación efectuada supra, § 1 margs. 13 y ss., cabe representar gráficamente la actividad administrativa de la siguiente forma:

⁴¹ Cfr., sobre la vinculación inmediata a los derechos fundamentales, Hesse, *VerfR.*, margs. 346 y ss.; Ehlers, *Verwaltung in Privatrechtsform*, 1984, pp. 212 y ss.; H. Dreier, *Grundgesetz*, vol. I, 2a. ed., 2004, artículo 1, III margs. 65 y ss.; Starck, en von Mangoldt/Klein/Starck, *Grundgesetz*, vol. I, 4a. ed., 1999, artículo 1, margs. 196 y ss.; Stern, *Staatsrecht III*, 1, pp. 1394 y ss. Resulta problemática la vinculación a los derechos fundamentales (y la titularidad de derechos fundamentales) por parte de las denominadas sociedades de economía mixta, aquellas sociedades participadas en parte por el Estado y en parte por particulares. La distinción entre el Estado y los socios particulares propuesta por la doctrina es ciertamente plausible, pero no será siempre posible. No cabe aquí profundizar en dicha cuestión, cfr. Dreier, *cit.* margs. 69 y ss.; Starck, *cit.* marg. 159; Rübner, *HStR IV* (1992) § 16 marg. 81 y § 17 marg. 49; también *BVerfG-K NJW* 1990, 1783.

^{Ni24} Como se explica con detenimiento en la séptima y última parte de la edición original alemana de la presente obra (§§ 25-31, dedicados al amplio conjunto de medidas resarcitorias previsto por el derecho administrativo alemán), no incluida en esta traducción, la institución de la responsabilidad por ejercicio del cargo o *Amtshaftung* no agota el régimen alemán de responsabilidad extracontractual de la administración. Junto a ella coexisten otras instituciones de origen legislativo y jurisprudencial que la complementan como, por ejemplo, las figuras de la intervención o injerencia equivalente a la expropiación (*enteignungsgleicher Eingriff*) y de la intervención o injerencia expropiatoria (*enteignender Eingriff*), o la responsabilidad por riesgo (*Gefährdungshaftung*). En el marco de las relaciones sometidas al derecho privado, la administración alemana responde extracontractualmente con arreglo a los §§ 839 y 823 BGB.

^{Ni25} La institución resarcitoria del *Aufopferungsanspruch* o acción derivada del sacrificio de derechos no patrimoniales es una creación de la jurisprudencia alemana (a partir del principio general de indemnización del sacrificio especial contenido en los §§ 74 y 75 de la introducción del código general territorial prusiano de 1794) dirigida a completar la protección ofrecida por la expropiación forzosa (*Enteignung*) y aquellas otras figuras afines que sólo operan en caso de sacrificio de derechos de contenido patrimonial. El autor le dedica el § 28 en la edición alemana de la presente obra.

- Para saber si la administración puede acudir a la ejecución forzosa, ya que esta sólo resulta admisible respecto de obligaciones de derecho público (cfr. por ejemplo, los §§ 1 y 6 VwVG).
- Para determinar el orden jurisdiccional competente, porque los “litigios de derecho público” son competencia de los Tribunales de lo contencioso-administrativo, mientras que los de Derecho privado lo son de los Tribunales ordinarios (cfr. § 40 VwGO y § 13 GVG respectivamente).
- Para delimitar el alcance de las competencias legislativas concurrentes de la Federación enumeradas en el artículo 74 núm. 1 GG, con un peso importante de la tradición (cfr. BVerfGE 42, 20, 28 y ss.; 61, 149, 174 y ss.).

Más allá de dichas consecuencias, el derecho público y el derecho privado tienen funciones y puntos de partida esencialmente distintos. El derecho privado parte de la autonomía privada de los particulares, teniendo como función la de suministrar reglas para el tráfico jurídico y para la resolución de conflictos de intereses actuales o potenciales que pueda haber entre su-

jetos particulares. A su vez, el derecho público, o al menos sus piezas más importantes (el derecho del Estado y el derecho administrativo), tiene por objeto al Estado como sujeto revestido de autoridad^{N126} y sirve para fundamentar y limitar sus prerrogativas. Ello no excluye que también el Estado pueda valerse de las formas del derecho privado; pero dicho uso sólo resulta admisible de forma excepcional y se circunscribe al empleo de las formas jurídico-privadas, sin que el Estado participe por ello de la autonomía privada.

^{N126} Aquí y en los márgenes sucesivos el autor emplea el término *Hoheitsträger*.

B. Teorías delimitadoras

La distinción entre el derecho público y el derecho privado es discutible y discutida. Como también la administración puede actuar sometida al derecho privado, no cabe basar la distinción exclusivamente en el sujeto, afirmando que el derecho privado regula las relaciones entre particulares mientras el derecho público se ocupa del Estado (como sostenía la teoría del sujeto, antes defendida por algunos autores). A lo largo de los años han sido elaboradas muchas teorías delimitadoras, de las cuales sólo se enunciarán las tres más importantes en la actualidad.

a) La teoría de los intereses se basa en los intereses perseguidos por las distintas normas. Según ella, las normas de derecho público sirven a los intereses públicos, mientras que las de derecho privado sirven a los intereses individuales. Como se decía ya en la tan citada máxima del jurista romano Ulpiano (170-228 d. C.), *publicum ius est quod ad statum rei Romanae spectat, privatum quod ad singulorum utilitatem*.

Esta teoría pone de relieve un aspecto esencial (*cf.* supra, § 1 marg. 10), pero no permite siempre una distinción precisa porque muchas normas toman en consideración tanto intereses públicos como privados —contrapuestos o coincidentes—.

b) La teoría de la subordinación (teoría de la superioridad-subordinación; teoría de la sujeción) parte de la relación existente entre los sujetos implicados. El derecho público se caracterizaría por la relación de superioridad-subordinación y el derecho privado por la de igualdad. La medida vinculante unilateral (la ley, el acto administrativo) sería, así, típica del derecho público, y, el contrato, típico del derecho privado.

Esta teoría se remonta a la concepción del siglo XIX según la cual la administración debía limitarse a la defensa frente a peligros y, con ello, a

desarrollar actividad administrativa de intervención. Acierta a mostrar la superioridad del Estado y de los medios que tiene a su disposición. Sin embargo, con independencia del hecho de que tanto en el derecho privado como en el derecho público existen también, respectivamente, relaciones de superioridad-subordinación y de igualdad (como ocurre en las relaciones contractuales de derecho público), esta segunda teoría no explica suficientemente las relaciones jurídicas que se entablan en el ámbito de la actividad administrativa de prestación.

c) La teoría de la atribución (teoría del sujeto modificada; teoría del derecho exorbitante) parte de los sujetos a los que se atribuyen las distintas normas. En su virtud, pertenecen al derecho público aquellas normas que sólo pueden ser atribuidas al Estado o a otro sujeto revestido de autoridad, esto es, las que se dirigen exclusivamente al Estado o a otro sujeto revestido de autoridad; forman parte, en cambio, del derecho privado, las normas que corresponden a cualquier sujeto. El derecho público es así el derecho exorbitante del Estado, y, el derecho privado, el derecho de todos los individuos (incluyéndose entre tales “individuos” también al Estado, a diferencia de lo que ocurría con la teoría del sujeto tradicional —de ahí que también se denomine a la teoría ahora expuesta “teoría del sujeto modificada”—). Esta es una teoría formal y, por ello, precisamente, resulta segura e idónea como criterio de distinción; carece, sin embargo, de valor explicativo material.

La teoría de la atribución, formulada por Hans J. Wolff (*cf.* AöR 76, 1950, pp. 205 y ss.), ha sufrido una cierta modificación por parte de una determinada doctrina posterior. Según dicha doctrina debe también efectuarse la distinción en función del sujeto de atribución, incluyendo en el derecho público las normas que tengan por destinatario a un sujeto revestido de autoridad. Pero ya no resulta determinante, en cambio, el hecho de que tales normas habiliten u obliguen a dicho sujeto de forma exclusiva, sino que le habiliten u obliguen como tal, es decir, por su condición de sujeto revestido de autoridad.⁴²

⁴² En este sentido Bettermann, NJW 1977, pp. 715 y ss.; Bachof, BVerwG-Festgabe 1978, pp. 9 y ss. Los distintos puntos de partida conducen también en parte a resultados diferentes: el derecho de apropiación del Estado previsto en el § 928 II *BGB* es para Wolff, derecho público, porque *sólo* le corresponde al Estado; en cambio, para Bachof y Bettermann es derecho privado, porque no le es reconocido al Estado como sujeto revestido de autoridad, sino como titular de patrimonio y participante en el tráfico jurídico-civil. Además, según la nueva concepción puede haber derecho “común” o “compartido”, esto es, normas jurídicas dirigidas tanto a sujetos particulares como a sujetos revestidos de autoridad y que pertenecerán, según los casos, al derecho privado o al derecho público; así sucedería con determinados preceptos del *BGB* (§§ 1 y ss., §§ 104 y ss., § 133, entre otros), con algunos

La referencia a la “autoridad” (*hoheitliche Gewalt*) es, en realidad, el criterio determinante, puesto que conecta con las distintas funciones del derecho público y el derecho privado (*cf.* lo ya señalado *supra*, marg. 13).⁴³

Pero ni la teoría de los intereses ni la teoría de la subordinación han conseguido imponerse hasta la fecha. La teoría de la atribución gana adeptos, pero la antes dominante teoría de la sujeción sigue teniendo defensores. La teoría de los intereses, a su vez, acostumbra a ser manejada de forma subsidiaria. Son muchos incluso los autores que opinan que, en el caso concreto, deben considerarse las tres teorías, aplicándolas según convenga. Esto puede ser cuestionable desde un punto de vista dogmático, pero parece plausible, en la medida que cada una de ellas contiene una idea de fondo acertada: así, tanto el interés público, como la titularidad de autoridad como, en fin, la relación con el Estado, inducen a suponer la existencia de derecho público.⁴⁴

principios generales del derecho y con los artículos 9 III 2 y 48 II GG (lo cual resulta cuestionable).

⁴³ Esta teoría guarda cierta relación con la de la subordinación. De algún modo la actualiza, al tener en cuenta que, hoy en día, la “autoridad” no se manifiesta sólo a través de la actividad estatal de intervención, sino también a través de sus actividades de planificación y de prestación.

⁴⁴ La insatisfacción producida por las soluciones examinadas ha llevado a la doctrina de los últimos años a elaborar nuevas teorías delimitadoras, llamadas a completar o a reemplazar a las anteriores. Entre ellas se encuentran la *teoría de la importancia*, según la cual las regulaciones importantes, que afectan a cuestiones fundamentales o al conjunto de la vida social, pertenecen al derecho público, mientras las regulaciones de detalle de menor importancia forman parte del derecho privado (Püttner, VerwR p. 80; *idem*, *Festschrift für Maurer*, 2001, p. 717); la *teoría de la tradición*, para la que debe mantenerse la calificación que ha venido siendo habitual cuando no haya razones de peso que aconsejen un cambio (Püttner, *cit.*; Bull, VerwR marg. 107); la *teoría de la autoridad* (*Hoheitstheorie*), en virtud de la cual la actividad de los sujetos revestidos de autoridad debe considerarse, en principio, sujeta al derecho público, especialmente adaptado al ejercicio de la autoridad (Zuleeg, VerwArch. 73, 1982, pp. 384, 393 y ss.); la *teoría del valedor*, para la que el derecho público es el conjunto de normas reguladoras de relaciones jurídicas en las que al menos una de las partes aparece como valedora del bien común —en virtud de otra relación jurídica que la legitime como tal— (Achterberg, VerwR § 1 marg. 27); y la *teoría de la competencia*, según la cual debe partirse de la competencia para desarrollar actuación estatal (Gern, ZRP 1985, 60 y ss.). No puede profundizarse aquí en cada una de estas teorías. Basta señalar lo siguiente: las teorías de la importancia y de la tradición, aunque pueden aportar asideros prácticos de utilidad, no deben ser confundidas con teorías delimitadoras dogmáticamente fundadas; la teoría del valedor traslada el problema a la cuestión del bien común, que no es menos controvertida, y la teoría de la competencia no convence porque se basa en un círculo vicioso (hay derecho público cuando existe un fundamento competencial jurídico-público), acaba llegando al mismo resultado que la teoría del sujeto, ya superada (*cf.* *supra*, marg. 14), y se ve obligada a hacer concesiones ante el denominado derecho de elección de la administración.

C. La resolución de casos concretos

El valor práctico de las teorías delimitadoras es, ciertamente, escaso. Normalmente, la cuestión de si una determinada norma jurídica pertenece al derecho público o al derecho privado no resulta problemática y no se discute. Las dificultades (al determinar el orden jurisdiccional competente, por ejemplo) no surgen casi nunca porque se discute el carácter jurídico-público o jurídico-privado de la norma aplicable, sino porque se duda acerca de la norma o el ámbito del derecho a los que debe someterse el caso concreto. La distinción entre el derecho público y el derecho privado no es, pues, en la práctica, un problema de calificación de las normas, sino un problema de atribución. Se explica así que la jurisprudencia (considerada a menudo oscilante o incluso inconsecuente por la doctrina) no suele resolver aplicando una u otra teoría, sino tratando de enfocar y abordar los casos dudosos desde distintas perspectivas. Este modo de proceder se corresponde con el verdadero problema, por mucho que puedan discutirse luego los resultados concretos a los que se llega. *Cfr.* las referencias jurisprudenciales contenidas en Bachof, BVerwG-Festgabe 1978, pp. 3 y ss., cuya crítica no considera los aspectos apuntados en su justa medida.

De lo anterior se desprende que, normalmente, resultará innecesario acudir a las teorías delimitadoras para resolver los casos concretos. Cuando quede claro que el supuesto debe ser enjuiciado a la luz, por ejemplo, de la Ley de Policía, la Ley de Actividades Empresariales o la Ley Federal de Becas Escolares y Universitarias, bastará la simple indicación de que la norma en cuestión pertenece al derecho público y de que, por tanto, se trata de un litigio jurídico-público. Sólo en los pocos casos en que se dude acerca de si la norma forma parte del derecho público o del derecho privado deberá acudir a dichas teorías (que a menudo tampoco serán de mucha ayuda, como evidenció la polémica relativa al anterior § 24 BBauG —derecho de tanteo y retracto de los Municipios—; *cfr.* infra, marg. 27). El problema surge cuando no hay ninguna norma que regule el caso concreto o cuando se dispone de dos normas, una de derecho público y otra de derecho privado, que se excluyen mutuamente; cuando esto suceda habrá que clarificar la atribución, debiéndose considerar, para ello, sobre todo, el contexto general en que se sitúa el caso concreto y la finalidad y el objetivo de la actuación administrativa de que se trate.

D. La atribución de supuestos problemáticos

a) Actividad material de la administración. La actividad material de la administración que carece de un fundamento legal plantea siempre muchas dificultades. Así sucede, por ejemplo, con la conducción de un vehículo por parte de un funcionario. Conducir, como tal, no es una acción ni de derecho público ni de derecho privado. Según el BGH debe partirse del contexto y de la finalidad. Como ha señalado en BGHZ 29, 38 y BGH DÖV 1979, 865 (ante supuestos de responsabilidad por accidente de tráfico con el vehículo de servicio), la participación en el tráfico viario general debe ser calificada de jurídico-pública cuando se produce para satisfacer funciones de autoridad (un alcalde realiza un viaje en coche para asistir a una reunión con el Landrat sobre asuntos policiales), y de jurídico-privada cuando sirve a la realización de negocios fiscales por parte de la administración (un alcalde realiza un viaje en coche para negociar con un particular la compra de unos terrenos por parte del municipio). Parecería más lógico, sin embargo, someter la conducción con motivo del servicio (en cuanto participación en el tráfico viario general), como regla general, al derecho privado, y reservar la calificación jurídico-pública a los casos previstos en el § 35 StVO (conducción con motivo de actuaciones de los bomberos, las fuerzas y cuerpos de seguridad, etcétera).

Surgen problemas similares cuando un ciudadano reclama la rectificación o la cesación de determinadas declaraciones de un funcionario. Tanto el derecho público como el derecho privado prevén una acción de rectificación. La cuestión de si concurre la acción jurídico-pública o la jurídico-privada dependerá de la calificación que se dé a las declaraciones del funcionario, y ésta, a su vez, sólo podrá ser determinada atendiendo al contexto en que las mismas se han producido. Resultará crucial, así, la función en cuyo ejercicio fueron emitidas tales declaraciones por el funcionario.⁴⁵

⁴⁵ Ejemplo: el funcionario F del *Land* L realiza unas declaraciones afirmando que el empresario E ha maquinado para obtener una posición ventajosa en la adjudicación de encargos públicos, y E exige su rectificación. Caben tres posibilidades: 1) si F realizó tales declaraciones como sujeto particular (en una reunión privada, por ejemplo), E dispondrá sólo de una acción jurídico-privada de rectificación contra F. 2) si F las hizo como funcionario, con ocasión de la celebración de algún negocio jurídico-privado (durante la negociación de la adjudicación de un encargo, por ejemplo), E gozará de una acción jurídico-privada de rectificación contra el Estado, al que resultan imputables las declaraciones de su funcionario. 3) si F realizó las declaraciones como funcionario, con ocasión del ejercicio de funciones de autoridad (durante el trámite de debate conjunto del procedimiento integrado de planificación Nt27 de una carretera, por ejemplo), E dispondrá de una acción

Resulta controvertida la calificación que deba darse a la acción de rectificación de las afirmaciones vulneradoras del derecho al honor que puedan realizarse en programas de los entes públicos de radio y televisión. Al pertenecer al derecho público no sólo la organización, sino también la actividad de tales entes, la acción de rectificación a ella referida debe ser también considerada jurídico-pública.⁴⁶

Las acciones de devolución de ingresos indebidos se rigen por la naturaleza jurídica de la relación en cuya virtud se han producido. De tratarse de una relación jurídico-privada serán de aplicación los §§ 812 y ss. BGB.^{Nt28} Si es, en cambio, jurídico-pública, entrará en juego la acción jurídico-pública de reintegro. En caso de que no haya existido una previa relación jurídica habrá que considerar el contexto en que se ha producido el ingreso. Así, procederá también la acción jurídico-pública de reintegro cuando los herederos sigan percibiendo una prestación dineraria de derecho público que correspondía únicamente a su causante.⁴⁷

jurídico-pública de rectificación contra el Estado, al que, como antes, cabe imputar las declaraciones de su funcionario. *Cfr.* al respecto las referencias contenidas en *Berg*, JuS 1984, pp. 521 y ss., quien, a su vez, propone una solución distinta, no considerando el contexto y atribuyendo al derecho público todas las declaraciones efectuadas en ejercicio de las funciones propias (también, pues, en el segundo supuesto acabado de examinar). La acción jurídico-pública de rectificación es una modalidad de la acción de restablecimiento de la situación alterada.

Nt27. Sobre el *Planfeststellungsverfahren* puesto aquí como ejemplo por el autor véase *infra*, el § 19 marg 5, así como los §§ 72 a 78 VwVfG, donde dicho procedimiento formalizado es regulado de forma general. En dicho procedimiento se prevé un trámite específico de debate oral (*Erörterung*), donde todas las administraciones y particulares implicados discuten el contenido del plan proyectado.

⁴⁶ Acertadamente *Bettermann*, NJW 1977, pp. 513 y ss.; Kopp, BayVBl. 1988, pp. 193 y ss.; *BayVGH* DVBl. 1994, p. 642 (sentencia anulada por el *BVerwG* DVBl. 1994, 1245). Favorables, en cambio, a la calificación jurídico-privada y a la competencia del orden jurisdiccional civil, *BGHZ* 66, 182; *BGH* JZ 1987, 414; *BGH* NJW 1994, 2500; *BVerwG* DVBl. 1994, 1245. Por otro lado, no hay duda de que la acción de rectificación entablada contra las cadenas privadas de radio y televisión tiene naturaleza jurídico-privada. Lo mismo vale para las controversias que puedan surgir entre los partidos políticos y las cadenas de radio y televisión en relación con la asignación de espacios de emisión durante las campañas electorales, la participación en debates televisados, etcétera; tales controversias tendrán carácter jurídico público o jurídico-privado, dependiendo de si la cadena de radio o televisión de que se trate es pública o privada. *Cfr.* al respecto Maurer, JuS 1992, 298, con ulteriores referencias.

⁴⁷ De otra opinión en relación con este último caso *BVerwGE* 84, 274 = JZ 1990, 862, con nota crítica de Maurer; comparten la postura aquí defendida Hänlein, JuS 1992, 559 y ss.; J. Martens, NVwZ 1993, 27. En relación con una prestación funcional *BVerwG* DVBl. 1990, 870.

Ni²⁸ Dichos preceptos regulan la acción jurídico-privada de enriquecimiento injusto.

b) Los actos jurídicos de la administración plantean menos problemas, puesto que, como regla general, tienen su fundamento en una determinada norma y participan de su calificación jurídico-pública o jurídico-privada. Los actos administrativos, como “medidas de autoridad en la esfera del derecho público” (§ 35 VwVfG), forman parte, por definición, del derecho público. Pero puede resultar dudoso, en alguna ocasión, que una determinada decisión tenga o no la condición de acto administrativo. Ello sucede en el caso de la prohibición de entrada o permanencia en un edificio de la Administración que puede dirigir el órgano competente a un ciudadano que se comporte de forma indebida. Dicha prohibición puede derivarse tanto de los derechos jurídico-privados de propiedad y posesión (§§ 859 y ss., 903 y 1004 BGB) como del dominio jurídico-público de los bienes, admitiendo así tanto la calificación jurídico-privada como la jurídico-pública.⁴⁸

c) Los contratos celebrados entre la administración y los ciudadanos son de naturaleza jurídico-pública (convenios de derecho público) cuando se refieren a normas de derecho público. A menudo, sin embargo, ello resulta difícil de determinar atendiendo sólo al contrato. En estos casos deberá tenerse en cuenta la finalidad de la obligación asumida contractualmente, así

⁴⁸ La jurisprudencia opta por una u otra calificación en función de la finalidad perseguida por el sujeto al acceder al edificio público: si pretendía realizar alguna actuación relacionada con un asunto de derecho público (como, por ejemplo, solicitar una licencia urbanística) la referida prohibición será jurídico-pública (*OVG Münster*, NJW 1998, 1425: estudiante y doctorando en el edificio de la Universidad), y si, en cambio, acudía para celebrar algún negocio jurídico-privado (para vender material de oficina, por ejemplo), será jurídico-privada (*cfr. BGHZ* 33, 230: fotógrafo en un registro civil; *BVerwGE* 35, 103: adjudicación de contratos de I+D por parte del Ministerio Federal de Defensa). La doctrina mayoritaria parte, en cambio, con razón, de la finalidad de la prohibición, considerándola jurídico-pública cuando con ella se busca garantizar el correcto ejercicio de las funciones públicas desarrolladas en el edificio, con independencia de la finalidad perseguida por el sujeto al que la misma va dirigida (en este sentido, por ejemplo, *Knemeyer*, DÖV 1970, pp. 596 y ss.; *idem*, VBl-BW 1982, pp. 249 y ss.; *Ronellenfisch*, *VerwArch.* 73, 1982, pp. 469 y ss., con ulteriores referencias; además *BayVGH DVBl.* 1981, 1010, abandonando su anterior jurisprudencia; *OVG Schleswig* NJW 2000, 3440). Se discute también si la prohibición en cuestión es un acto administrativo y si, como tal, requiere una previa habilitación legal específica (*cfr.* al respecto las referencias acabadas de citar). Se trata de un acto administrativo, porque dicha prohibición constituye una regulación de un caso concreto dotada de eficacia hacia el exterior; pero no requiere una previa habilitación legal, porque la potestad de dictarla se deduce ya de la competencia genérica de todo órgano administrativo (reconocida por el derecho público) de velar por el correcto desarrollo del servicio en el ámbito espacial de su actividad administrativa.

como el carácter global del contrato (*cf.* sobre ello, con mayor detenimiento, *infra*, § 14 margs. 8 y ss.).

d) El uso de los servicios y establecimientos públicos, en especial de los municipales (transportes públicos, abastecimiento de energía eléctrica, agua y gas, parvularios, piscinas municipales, museos), puede ser configurado en forma jurídico-pública o jurídico-privada, como se ha visto antes (*supra*, marg. 9). Aquí no (sólo) habrá que interrogarse acerca de la atribución del acto concreto, sino —en un paso anterior— acerca de la propia atribución de la relación de utilización del servicio o establecimiento en su conjunto. En consonancia con el principio de libertad de elección, resultará determinante la voluntad de la administración competente de que se trate (el municipio, por ejemplo), voluntad que podrá inferirse del contexto y, en particular, de la regulación de la utilización del servicio o establecimiento. Servirán de indicio el tipo de regulación de utilización (¿se trata de una ordenanza o de condiciones generales de la contratación?), las formas jurídicas empleadas en cada caso (la extinción de la relación jurídica de utilización, por ejemplo, ¿se produce mediante revocación o mediante resolución contractual?), la forma de remuneración (¿tasa o precio?) o la indicación de los recursos susceptibles de interposición (¿se han indicado según lo dispuesto en el § 58 VwGO?).⁴⁹

Cuando se reconozca la acción jurídico-pública de reclamación de acceso al servicio o establecimiento (como se reconoce, por ejemplo, en los servicios y establecimientos públicos municipales, por imperativo de las distintas leyes de régimen municipal) habrá que calificar también de jurídico-público al propio acceso a dicho servicio o establecimiento; el desarrollo del servicio, sin embargo, puede seguir siendo configurado con arreglo al derecho privado (teoría de los dos niveles).⁵⁰

⁴⁹ La denominación “establecimiento público” contenida habitualmente en las leyes de régimen municipal (*cf.* § 10 II *GemO* de Baden-Wurtemberg, § 19 I *GemO* de Hesse) no debe llevar a la suposición de que se trata de un establecimiento o servicio configurado en forma jurídico-pública; “público” significa aquí que el establecimiento o servicio está abierto al público, esto es, a cualquier persona o, como mínimo, a un círculo de personas no individualizado.

⁵⁰ Ejemplo: la agrupación local del partido P solicita al alcalde la cesión del pabellón municipal para celebrar un acto electoral. En el caso de que el pabellón municipal se encuentre a disposición de las asociaciones del municipio como establecimiento público, la decisión acerca de *si* debe cederse al partido P tendrá naturaleza jurídico-pública. No obstante, el desarrollo concreto de la cesión (el “cómo”) puede ser sometido al derecho privado (regulándose mediante un contrato de arrendamiento, por ejemplo). En este sentido *BVerwGE* 32, 333, 334; *BVerwG NVwZ* 1991, 59. Tampoco la obligatoriedad de la utilización del servicio o de la conexión a la red de suministro (obligatoriedad fundada siempre en normas de derecho público) excluyen necesariamente un desarrollo jurídico-privado (*cf.* *BGH BayVbl.*

De todos modos, lo normal será que cuando el acceso tenga naturaleza jurídico-pública (porque se reconozca la acción jurídico-pública de reclamación de acceso al servicio o establecimiento), también la tenga, en todo lo demás, la configuración de la relación de utilización del servicio o establecimiento, máxime teniendo en cuenta que tanto el acceso como el desarrollo del servicio suelen encontrarse regulados en la misma reglamentación del servicio. Ante la duda, debe calificarse de jurídico-pública a la relación de utilización en su conjunto.⁵¹

Cuando el servicio o establecimiento público sea gestionado por una persona jurídica de derecho privado participada total o mayoritariamente por el municipio (como una sociedad anónima prestadora del servicio público de tranvía o una sociedad limitada gestora de la feria de muestras), la relación de utilización del servicio entre la sociedad y el usuario sólo podrá ser jurídico-privada, puesto que los dos son sujetos de derecho privado. En caso de que la sociedad le deniegue el acceso al servicio o establecimiento, el ciudadano afectado dispondrá de una acción jurídico-pública de procura^{Nt29} contra el municipio, por la que podrá exigirle a éste que intervenga en la sociedad (a través de los mecanismos previstos por el derecho mercantil) para que se le procure dicho acceso.⁵²

^{Nt29} Öffentlich-rechtlicher *Verschaffungsanspruch*.

1985, 27; *HessVGH* ESVGH 25, 59, 72: central productora de calefacción urbana; *OVG Lüneburg* NJW 1977, 450; Frotscher, *Die Ausgestaltung kommunaler Nutzungsverhältnisse bei Anschluß- und Benutzungszwang*, 1974, críticamente, con ulteriores referencias).

⁵¹ *Cfr.* al respecto *BadWürttVGH* ESVGH 25, 203 y *DÖV* 1978, 569 (piscina pública); *HessVGH* ESVGH 27, 116 (parvulario). Una calificación unitaria es también posible en relaciones de servicio complejas. Así, en el ejemplo del pabellón municipal acabado de poner, en lugar de la construcción en dos niveles expuesta, podría admitirse también la existencia de un solo acto administrativo que contuviera las condiciones de la cesión, o de un solo convenio de derecho público que regulara el “sí” y el “cómo” de dicha cesión basándose en las previsiones civilistas del contrato de arrendamiento; *cfr.* sobre ello *Pappermann* JZ 1969, 485 y ss.; *Ossenbühl*, DVBl. 1973, 289 y ss.; véase también *infra*, marg. 31.

⁵² Así Püttner, DVBl. 1975, 353 y ss.; Frotscher, HKWP vol. III, pp. 150 y ss.; *BVerwG* DVBl. 1990, 154; *BVerwG* 2005, 1072 (suministro de calefacción urbana); *OVG Koblenz* DVBl. 1985, 176; *HessVGH* *DÖV* 1994, 438 (mercado navideño); *BayVGH* NVwZ 1999, 1122 (fiesta mayor de Nuremberg); de un modo discutido, *Ossenbühl* admite (también) una acción jurídico-pública de reclamación de utilización ejercitable directamente contra la sociedad, *cfr.* DVBl. 1973, 289 (294); HKWP vol. I, pp. 387 y ss. Los litigios que se produzcan entre la empresa de derecho privado y el usuario o solicitante del servicio tienen (pese a las vinculaciones de derecho público a las que pueda estar sometida la empresa en el sentido del derecho privado administrativo) carácter jurídico-privado, debiendo por ello ser ventilados ante los tribunales civiles (*BVerwG* NVwZ 1991, 59; también Osterloh JuS 1991, 338 y ss.).

e) Existen, por lo demás, algunos supuestos dudosos, que, o bien son atribuidos a uno u otro sector del ordenamiento porque así lo han sido tradicionalmente o porque así lo deciden expresamente el legislador o la jurisprudencia, o bien siguen siendo controvertidos.⁵³

⁵³ La relación jurídica de utilización del servicio de correos (esto es, las relaciones jurídicas existentes entre la *Deutsche Bundespost*Nt30 y sus clientes) era considerada antes de derecho público (cfr. por último *BGHZ* 98, 140, 143; *BVerwGE* 71, 85, 87), teniendo en la actualidad —desde la reforma de la estructura de correos (cfr. § 7 *PostG* y § 9 I *FAG*, ambas en la versión de la Ley de reestructuración del servicio de correos del 8 de junio de 1989, *BGBI.* I p. 1026) y, sobre todo, desde la privatización de los tres ámbitos del servicio de correos, el banco postal y las telecomunicaciones—,Nt31 sin excepción, carácter jurídico-privado. Sólo su intervención en el marco de la notificación formal o garantizadaNt32 puede seguir siendo considerada actuación de autoridad del servicio de correos (cfr. § 33 I *PostG*). En cambio, la relación de utilización del servicio de ferrocarril ha sido siempre calificada de jurídico-privada, de lo que se desprende, por ejemplo, que al comprar el billete se celebra un contrato jurídico-privado de transporte (cfr. *BGHZ* 20, 102; *BVerwGE* 64, 202, 205); sea como fuere, tras la privatización de la *Deutsche Bundesbahn* y de la *Reichsbahn* de la anterior *DDR*Nt33 ello resulta indudable. La nueva *Deutsche Bahn*, S. A. queda sometida al derecho privado también en el resto de su actividad (cfr. *BGH NJW* 1997, 744: acción negatoria frente a inmisiones causadas por obras). La controversia acerca de si el ejercicio del derecho de tanteo y retracto previsto en el anterior § 24 *BBauG* (actual § 24 *BauGB*) tenía naturaleza jurídico-pública (así lo creyeron *BadWürttVGH* ESVGH 24, 101; *OVG Münster* OVGE 23, 280; 27, 236) o jurídico-privada (*BGHZ* 60, 275, 279 y ss.) fue resuelta en favor de la primera alternativa al modificarse dicho precepto en 1976 (se introdujo el inciso “mediante acto administrativo” en el § 24 IV *BBauG*, actual § 28 II *BauGB*); dicha controversia no sólo suministró un interesante material argumentativo, sino que sigue siendo de actualidad en casos análogos no resueltos por el legislador (cfr. *BadWürttVGH* VBIBW 1983, 77 y *NVwZ* 1992, 898, calificando de acto administrativo al ejercicio del derecho de tanteo y retracto contemplado en el § 25 de la Ley Forestal de Baden-Wurtemberg y en el § 46 de la Ley de Protección de la Naturaleza de ese mismo *Land*; también el *BayVGH* BayVBl. 1994, 657 en relación con el ejercicio del derecho de tanteo y retracto contenido en el artículo 34 de la Ley de Protección de la Naturaleza de Baviera).

Nt30 La *Deutsche Bundespost* era la anterior empresa pública federal que monopolizaba el servicio de correos.

Nt31 La citada Ley de reestructuración del servicio de correos del 8 de junio de 1989 (*Poststrukturgesetz*) había dividido ya previamente a la *Deutsche bundespost* en tres empresas públicas diferenciadas: la *Deutsche Bundespost Postdienst* (servicios postales), la *Deutsche Bundespost Postbank* (banca postal) y la *Deutsche Bundespost Telekom* (servicios de telecomunicaciones), convertidas luego, a lo largo de los años noventa, en sociedades anónimas de capital público y privado.

Nt32 Véase, sobre la notificación formal o garantizada (*förmliche Zustellung*), *infra*, § 9 marg. 70 y la nota allí incluida sobre la traducción de dicho término.

Nt33 La *Deutsche Bundesbahn* y la *Reichsbahn* eran las anteriores empresas públicas nacionales que monopolizaban el transporte por ferrocarril en la República Federal y la *DDR*, respectivamente.

4. La aplicación supletoria de las normas de derecho privado en el derecho administrativo

A. Problemática y ámbito de aplicación

La relación existente entre la administración y el derecho privado presenta una doble cara. La administración, como ya se ha dicho, puede desarrollar determinadas funciones administrativas bajo la forma del derecho privado trasladándose a dicho sector del ordenamiento (*cf.* supra, marg. 9). Pero también puede —y de ello es de lo que se trata ahora— recurrir a las previsiones del derecho privado con ocasión de la aplicación del derecho administrativo, como complemento y para colmar las lagunas existentes. En este segundo caso la administración no se traslada al ámbito del derecho privado, sino que permanece en el del derecho administrativo, aunque empleando, como derecho público, normas o instituciones jurídicas provenientes del derecho privado. Un “préstamo” del derecho privado resulta posible, cuando las relaciones jurídicas de que se trate sean similares, porque dicho sector del ordenamiento es objeto de una regulación muy completa, a diferencia de lo que ocurre con el derecho administrativo, que todavía presenta numerosas lagunas.⁵⁴

B. Fundamento

En más de una ocasión es el propio legislador el que afirma expresamente la aplicabilidad de las normas de derecho privado. Así ocurre, por ejemplo, en relación con el convenio administrativo (el segundo inciso del § 62 VwVfG remite al BGB en lo no previsto en dicha Ley) o con el reembolso de las cantidades indebidamente percibidas por los funcionarios en con-

⁵⁴ Con dicha finalidad se acude, sobre todo —aunque no sólo—, a las previsiones del derecho de obligaciones, con las que se colman las lagunas de las distintas relaciones obligacionales de derecho público. Resultan entonces de aplicación, por ejemplo, el principio de buena fe (§ 242 BGB), así como las disposiciones sobre el cómputo de los plazos (§§ 187 y ss. BGB, *cf.* BVerwGE 44, 45, 47 sobre el § 193 BGB), sobre la impugnación de las declaraciones de voluntad (§§ 119, 123 I BGB), sobre responsabilidad por incumplimiento de la prestación obligacional (§§ 275 y ss. BGB), sobre el depósito (§§ 688 y ss. BGB), sobre la gestión de negocios ajenos (§§ 677 y ss. BGB) y, según BGHZ 59, 303, incluso las previsiones sobre el saneamiento por vicios ocultos en la compra o, según OVG Hamburg GewArch. 1975, 20, las de la promesa pública de recompensa (“promesa pública de recompensa de derecho público” como fundamento jurídico de la concesión de una subvención).

cepto de sueldo (§ 87 II BBG, remitiendo a los §§ 812 y ss. BGB, sobre el enriquecimiento injusto).⁵⁵

En los demás casos, la aplicación de disposiciones jurídico-privadas en el ámbito del derecho público se fundamenta de dos modos distintos por parte de la doctrina y la jurisprudencia (cfr. BGHZ 58, 386, 392 y sigs.; H. Weber, JuS 1970, 169 y ss.; de Wall, pp. 53 y ss., con ulteriores referencias).

a) Según una primera postura, existen una serie de principios generales del derecho que, aunque regulados y concretados en el BGB, afectan a todos los sectores del ordenamiento jurídico —como si de normas de la parte general del derecho se tratara—, teniendo por ello también vigencia inmediata en el seno del derecho público. La remisión al BGB tiene sólo una finalidad clarificadora de tales principios generales del derecho —por sí mismos ya vigentes en el derecho público—.

b) Según la otra postura, determinadas disposiciones jurídico-privadas se aplican de forma analógica en el derecho público. Presupuesto para ello es que falte una norma adecuada de derecho administrativo, que la laguna no pueda ser colmada trayendo a colación otras normas de derecho público y que concurren los requisitos de la analogía (similitud de los supuestos de hecho desde una perspectiva jurídico-valorativa).⁵⁶

c) Las dos posturas expuestas no se excluyen, sino que se complementan. No siempre es fácil saber, por otro lado, cuándo debe seguirse una u otra vía. Al inciso a pertenece sin duda el principio de buena fe, y quizá también

⁵⁵ La reforma del derecho de obligaciones de 2002 (Ley de Modernización del Derecho de Obligaciones del 26 de noviembre de 2001, BGBl. I p. 3138), que ha modificado de forma considerable dicha rama del derecho civil y la regulación de la prescripción, ha planteado la cuestión (general, pero especialmente importante en el presente contexto) de si la remisión legal debe entenderse efectuada a la regulación anteriormente existente (remisión estática) o si, en cambio, se refiere a la regulación en cada momento vigente (remisión dinámica). Ello no admite una respuesta única, sino que debe ser examinado en cada caso concreto, atendiendo al tenor literal de la remisión y al contexto general. En principio (al menos en lo que respecta a la legislación sobre procedimiento administrativo, el ámbito que aquí interesa) deberá asumirse la segunda alternativa. En su favor concurren la seguridad jurídica y la legítima aspiración del legislador de elaborar una regulación sobre procedimiento administrativo unitaria en todo el territorio nacional. Como las previsiones jurídico-civiles sólo resultan aplicables en la medida en que sean compatibles con las jurídico-administrativas, cabe idear soluciones flexibles, que contemplen y corrijan las reservas constitucionales o de política jurídica que puedan producirse. *Cfr.* al respecto, también desde la perspectiva del derecho de la prescripción y de los convenios administrativos, *infra*, § 14 marg. 52 y otros.

⁵⁶ Habrá que responder siempre a estas dos preguntas: 1) ¿Puede la institución jurídico-privada ser asumida, *en general*, en el marco de la relación jurídico-administrativa de que se trate? 2) En caso afirmativo, ¿hasta qué punto son aplicables analógicamente las *regulaciones concretas* de dicha institución?

algunas normas del derecho de los contratos. Pero la mayoría de normas serán de aplicación a través del inciso b.

La distinta fundamentación no es irrelevante. Los principios generales del derecho pueden servir también para fundamentar nuevas competencias de la administración, si bien ello no ocurrirá, en la práctica, casi nunca. En cambio, la aplicación analógica de normas o institutos de derecho privado no podrá ser esgrimida nunca por la administración para ampliar las competencias que tiene atribuidas legalmente.⁵⁷

C. Repercusión sobre el derecho privado administrativo

La realización de funciones administrativas bajo la forma del derecho privado se justifica sobre todo aduciendo la falta de normas adecuadas de derecho público y la consiguiente necesidad de trasladarse a aquel sector del ordenamiento. Dicho argumento no sirve, sin embargo, cuando se observa que, como se acaba de ver, resulta lícito y posible manejar disposiciones jurídico-civiles con ocasión de la aplicación del derecho administrativo (en aquello que no lo contradigan).⁵⁸

Por otro lado, la calificación unitaria de derecho público permite evitar los problemas (de jurisdicción competente, de responsabilidad, etcétera.) que se derivan (en general y, sobre todo, en las relaciones jurídicas configuradas en dos niveles) de la amalgama del derecho público y el derecho privado propia del “derecho privado administrativo”. Deben por ello indicarse

⁵⁷ La analogía comporta normalmente sólo una remisión a las consecuencias jurídicas, y no a su base jurídica: el depósito jurídico-público desarrollado a partir de los §§ 688 y ss. *BGB* no prevé *cuándo* la administración puede tomar una cosa en depósito (la incautación y el comiso tienen su propio fundamento en el derecho público), sino *cómo* debe custodiarse la cosa depositada, *cómo* debe producirse la restitución, etcétera. Y, sobre todo, la gestión de negocios ajenos (§§ 677 y ss. *BGB*), que también puede resultar aplicable en el derecho público, no otorga título jurídico alguno que pueda servir para legitimar prerrogativas de intervención más amplias de la administración.

⁵⁸ En el ejemplo del pabellón municipal antes puesto (*cf.* marg. 26) resulta innecesario configurar “el segundo nivel” de forma jurídico-privada, puesto que la relación jurídico-pública de utilización del servicio, que de hecho no ha sido objeto todavía de regulación jurídico-pública general, puede ser complementada con las disposiciones jurídico-civiles relativas al contrato de arrendamiento que sean compatibles con la misma. A mi juicio, tampoco hay nada que objetar a que la concesión de un préstamo se someta, de forma unitaria, como subvención, al derecho público (aplicando, en lo que proceda, los §§ 488 y ss. *BGB* y demás preceptos del *BGB*).

las razones fácticas y jurídicas que justifiquen, en cada caso, si y en qué medida resulta todavía necesario acudir al “derecho privado administrativo”.⁵⁹

⁵⁹ Bibliografía sobre el § 3 I: Stern, *Das allgemeine Verwaltungsrecht in der neueren Bundesgesetzgebung*, JZ 1962, pp. 265 y ss., pp. 297 y ss.; Rupp, *Grundfragen der heutigen Verwaltungsrechtslehre*, 1965; 2a. ed. de 1991; Bachof/Brohm, *Die Dogmatik des Verwaltungsrechts vor den Gegenwartsaufgaben der Verwaltung, Referate mit Diskussion*, VVDStRL 30 1972, pp. 193 y ss.; Häberle, *Auf dem Weg zum Allgemeinen Verwaltungsrecht*, BayVBl. 1977, pp. 442 y ss.; Mußnug, *Das allgemeine Verwaltungsrecht zwischen Richterrecht und Gesetzesrecht, Festschrift der Juristischen Fakultät zur 600-Jahr-Feier der Universität Heidelberg*, 1986, pp. 203 y ss.; H. Bauer, *Verwaltungsrechtslehre im Umbruch?* DV 25, 1992, pp. 301 y ss.; Hoffmann-Riem/Schmidt-Aßmann/Schuppert (coords.), *Reform des Allgemeinen Verwaltungsrechts*, 1993; Schmidt-Aßmann, *Zur Funktion des Allgemeinen Verwaltungsrechts*, DV 27, 1994, pp. 137 y ss.; Voßkuhle, *Verwaltungsdogmatik und Rechtstatsachenforschung*, VerwArch. 85, 1994, pp. 567 y ss.; Groß, *Die Beziehungen zwischen dem Allgemeinen und dem Besonderen Verwaltungsrecht*, en: *Die Wissenschaft vom Verwaltungsrecht*, DV Beiheft 2, 1999, pp. 57 y ss.; Schmidt-Preuß, *Das Allgemeine des Verwaltungsrechts*, Festschrift für Maurer, 2001, pp. 777 y ss.

Sobre el § 3 II: Siebert, *Privatrecht im Bereich öffentlicher Verwaltung*, Festschrift für Niedermeyer, 1953, pp. 215 y ss.; Mallmann/Zeidler, *Schranken nichthoheitlicher Verwaltung*, Referate mit Diskussion, VVDStRL 19, 1960, pp. 165 y ss.; Rübner, *Formen öffentlicher Verwaltung im Bereich der Wirtschaft*, 1967; Ossenbühl, *Daseinsvorsorge und Verwaltungsprivatrecht*, DÖV 1971, pp. 513 y ss.; *idem*, *Öffentliches Recht und Privatrecht in der Leistungsverwaltung*, DVBl. 1974, pp. 541 y ss.; Ehlers, *Rechtsstaatliche und prozessuale Probleme des Verwaltungsprivatrechts*, DVBl. 1983, pp. 422 y ss.; *idem*, *Verwaltung in Privatrechtsform*, 1984; von Zezschwitz, *Rechtsstaatliche und prozessuale Probleme des Verwaltungsprivatrechts*, NJW 1983, pp. 1873 y ss.; Gusy, *Die Bindung privatrechtlichen Verwaltungshandelns an das öffentliche Recht*, DÖV 1984, 872 y ss.; von Danwitz, *Die Benutzung kommunaler öffentlicher Einrichtungen—Rechtsformenwahl und gerichtliche Kontrolle*, JuS 1995, pp. 1 y ss.; *idem*, *Vom Verwaltungsprivat- zum Verwaltungsgesellschaftsrecht*, AöR 120, 1995, pp. 595 y ss.; Röhl, *Verwaltung und Privatrecht—Verwaltungsprivatrecht?* VerwArch. 86, 1995, pp. 531 y ss.; Unruh, *Kritik des privatrechtlichen Verwaltungshandelns*, DÖV 1997, pp. 653 y ss.

Sobre el § 3 III: Hans J. Wolff, *Der Unterschied zwischen öffentlichem und privatem Recht*, AöR 76, 1950, pp. 205 y ss.; Baur, *Neue Verbindungslinien zwischen Privatrecht und öffentlichem Recht*, JZ 1963, pp. 41 y ss.; Bullinger, *Öffentliches Recht und Privatrecht*, 1968; Menger, *Zum Stand der Meinungen über die Unterscheidung von öffentlichem und privatem Recht*, Festschrift für Hans J. Wolff, 1973, pp. 149 y ss.; Pestalozza, “Formenmißbrauch“ des Staates, 1973; *idem*, *Kollisionsrechtliche Aspekte der Unterscheidung von öffentlichem Recht und Privatrecht*, DÖV 1974, pp. 188 y ss.; Bachof, *Über öffentliches Recht*, BVerwG-Festgabe 1978, pp. 1 y ss.; Zuleeg, *Die Anwendungsbereiche des öffentlichen Rechts und des Privatrechts*, VerwArch. vol. 73, 1982, pp. 384 y ss.; Ehlers, *Verwaltung in Privatrechtsform*, 1984, pp. 30 y ss.; Gern, *Neuansatz der Unterscheidung des öffentlichen Rechts vom Privatrecht*, ZRP 1985, pp. 56 y ss.; D. Schmidt, *Die Unterscheidung von privatem und öffentlichem Recht*, 1985; Peine, *Öffentliches und Privates Nachbarrecht*,

§ IV. LAS FUENTES DEL DERECHO ADMINISTRATIVO^{60*}

1. La teoría de las fuentes del derecho y de la jerarquía normativa

El derecho administrativo alemán está integrado por un gran número de normas jurídicas diferentes: leyes formales, reglamentos y ordenanzas; derecho de la Federación, derecho de los Länder y derecho autónomo; costumbre y observancia; los principios generales del derecho y el llamado derecho judicial. A ello se añade el derecho comunitario, integrado por los tratados constitutivos, reglamentos y directivas, que a su vez son complementados por principios generales del derecho y la jurisprudencia del Tribunal de Justicia europeo.

JuS 1987, pp. 169 y ss.; Bullinger, *Öffentliches Recht und Privatrecht in Geschichte und Gegenwart*, Festschrift für Rittner, 1991, pp. 69 y ss.; Ipsen/Koch, *Öffentliches und privates Recht—Abgrenzungsprobleme bei der Benutzung öffentlicher Einrichtungen*, JuS, 1992, pp. 809 y ss.; J. Schröder, *Privatrecht und öffentliches Recht. Zur Entwicklung der modernen Rechtssystematik in der Naturrechtslehre des 18. Jahrhunderts*, Festschrift für Gernhuber, 1993, pp. 991 y ss.; Lorenz, *Kirchenglocken zwischen öffentlichem und privatem Recht*, JuS, 1994, pp. 492 y ss.; Hoffmann-Riem/Schmidt-Aßmann (coords.), *Öffentliches Recht und Privatrecht als wechselseitige Auffangordnungen*, 1996; Püttner, *Öffentliches und privates Recht, Festschrift für Maurer*, 2001, pp. 713 ff; Larenz/Wolf, *Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Rechts*, 9a. ed., 2004, § 1 margs. 1 y ss.

Sobre el § 3 IV: Hermann Weber, *Beitragsrückgewähr nach irrtümlich angenommener Mitgliedschaft in Zwangsverbänden*, JuS, 1970, pp. 169 y ss.; Mittel, *Öffentlich-rechtliche Willenserklärungen von Privatpersonen*, 1971, pp. 57 y ss.; Kluth, *Rechtsfragen der Verwaltungsrechtlichen Willenserklärung*, NVwZ 1990, pp. 608 y ss.; de Wall, *Die Anwendbarkeit privatrechtlicher Vorschriften im Verwaltungsrecht*, 1999 (fundamental); Dötsch, *Schuldrechtsreform und öffentliches Recht*, NWVBl, 2001, pp. 385 y ss.; 2002, pp. 140 y ss.; Geis, *Die Schuldrechtsreform und das Verwaltungsrecht*, NVwZ, 2002, pp. 385 y ss.; Stumpf, *Die Verjährung öffentlich-rechtlicher Ansprüche nach der Schuldrechtsreform*, NVwZ, 2003, pp. 1198 y ss.

Jurisprudencia sobre el § 3: *BGHZ* 52, 325 (S. A. prestadora del servicio de tranvía, vinculación a los derechos fundamentales); *BGHZ* 58, 386 (aplicabilidad de las disposiciones jurídico-privadas en el ámbito jurídico-público); *BGHZ* 154, 146 (cajas de ahorros, vinculación a los derechos fundamentales); *BGHZ* 155, 166 (principios del derecho privado administrativo); *BGH DVBl.* 1984, 1118 (vinculación a las prescripciones del derecho tributario por parte de la Administración que actúa con sometimiento al derecho privado); *OVG Koblenz NVwZ* 1984, 316 (¿impugnación de las declaraciones jurídico-administrativas de voluntad según los §§ 116 y ss. *BGB*?). *Cfr.* también sobre la problemática Derecho público-Derecho privado las referencias jurisprudenciales contenidas en los margs. 22 y ss.

^{60*} El § 4 ha sido traducido por Gabriel Doménech Pascual, profesor agregado de derecho administrativo de la Universidad Cardenal Herrera-CEU.

La teoría de las fuentes del derecho intenta reducir esta pluralidad a un sistema y solucionar, mediante una jerarquía de esas fuentes, las contradicciones existentes entre las distintas normas jurídicas.

El concepto de fuente del derecho es —a pesar o quizás a causa de su expresividad gráfica— ciertamente equívoco y discutible. Desde un punto de vista teórico-jurídico, cabe distinguir entre fuentes de producción del derecho, fuentes de valoración del derecho y fuentes de conocimiento del derecho (*cf.* P. Kirchhof, BVerfG-Festgabe 1976, vol. II, pp. 53 y ss.). En el derecho administrativo se trata sobre todo de lo tercero. Fuente del derecho es, conforme a ello, “el fundamento sobre la base del cual se reconoce algo como derecho positivo” (así reza la muy citada fórmula de A. Ross, *Theorie der Rechtsquellen*, 1929, pp. 291 y ss.).^{N34} Dicha fórmula, sin embargo, sigue siendo bastante sibilina, aunque, de todos modos, da cuenta del origen del derecho —y con él del proceso a través del cual se origina el mismo—, de su creador y de su forma. Fuente del derecho es, con arreglo a lo expuesto, la forma en la que el derecho llega a originarse y a aparecer de manera reconocible. Criterio determinante de la jerarquía de las fuentes del derecho es el del correspondiente creador de la norma jurídica, así como el de su autoridad.⁶¹

^{N34} Existe una traducción al español de José Luis Baena de Simón, Aurelio de Prada García y Pablo López Pietsch, bajo el título *Teoría de las fuentes del derecho: una contribución a la teoría del derecho positivo sobre la base de investigaciones histórico-dogmáticas*, CEPC, Madrid, 1999.

Hay que distinguir forma y contenido. A través de las fuentes del derecho se originan, por razón de su forma, disposiciones jurídicas y, por razón de su contenido, normas jurídicas. La terminología, ciertamente, todavía no es uniforme, pero en lo sucesivo ha de ser empleada en este sentido. Las disposiciones jurídicas se corresponden con las fuentes del derecho. Las normas jurídicas son regulaciones de alcance vinculante general, esto es, regulacio-

⁶¹ Se discute si la teoría de las fuentes del derecho posee en general algún valor cognoscitivo en el derecho administrativo o si no debiera renunciarse a ella en favor de los conceptos de disposición jurídica y norma jurídica. Crítico al respecto se muestra *Ipsen*, VerwR, margs. 84 y ss., cuya referencia a la Constitución en este contexto, sin embargo, no permite avanzar, porque entonces habría que aclarar su carácter de fuente del derecho y su obligatoriedad. *Cfr.* sobre ello, desde una perspectiva teórico jurídica y de los fundamentos, K. F. Röhl, *Allgemeine Rechtslehre*, 2a. ed., 2002, §§ 64 y ss.; Rüthers, *Rechtstheorie*, 1999, margs. 217 y ss.

nes generales y abstractas que constituyen, modifican o extinguen derechos y obligaciones para los ciudadanos u otras personas jurídicas independientes. Las normas se expresan en disposiciones jurídicas. Forma y contenido se implican. Una forma sin contenido sería un absurdo; un contenido sin una forma en la que éste quede comprendido, un imposible incluso. Las disposiciones jurídicas contienen por lo común normas jurídicas, aunque también pueden incorporar eventualmente otros contenidos. Por eso, las formas de la ley, del reglamento y de la ordenanza son empleadas para establecer no sólo normas jurídicas, sino también muchas veces otros actos jurídicos. Sobre ello descansa, asimismo, la distinción, que seguidamente se abordará, entre ley formal y ley material. Las disposiciones jurídicas de derecho interno vienen a originarse frecuentemente bajo la forma de una fuente del derecho, pero no es necesario que así suceda, ya que también pueden dictarse bajo la veste de una instrucción administrativa o de un reglamento interno (*cf.* al respecto § 24).

En vista de esta pluralidad de disposiciones jurídicas, que han sido dictadas por diferentes instancias, en diferentes tiempos y de diferente manera, no causa sorpresa que se produzcan continuamente colisiones normativas y contradicciones valorativas. El ordenamiento jurídico, sin embargo, debe estar libre de contradicciones. Debe impedir que los ciudadanos, las autoridades y los tribunales queden confrontados con disposiciones contradictorias, que se anulan en sus contenidos.

Esto se produce mediante la teoría del orden jerárquico de las fuentes del derecho, que sitúa las disposiciones jurídicas, y de esa manera también las normas jurídicas contenidas en ellas, en una relación jerárquica. Decisivo para determinar la posición jerárquica es el correspondiente autor de la norma. Cuando tiene lugar una contradicción entre disposiciones jurídicas de distinto rango, entonces la disposición de rango superior prevalece sobre la de rango inferior, con la consecuencia de que esta última es nula o, cuando menos, no puede ser aplicada. Aquí rige el principio *lex superior derogat legi inferiori* (la ley de rango superior deroga la ley de rango inferior). Para las disposiciones jurídicas que pertenecen al mismo nivel jerárquico, rige que la ley posterior prevalece sobre la anterior y la ley especial sobre la general (*lex posterior derogat legi priori; lex specialis derogat legi generali*).

El ordenamiento jurídico distingue entre esferas jurídicas, y dentro de éstas entre tipos particulares de disposiciones jurídicas. Las esferas jurídicas comprenden el ordenamiento jurídico de las diferentes organizaciones provistas de poder normativo originario. Hay que citar aquí el derecho alemán —que, en correspondencia con el principio del Estado federal, es derecho federal y Derecho de los Länder— el derecho comunitario y el

derecho de gentes. Es decir: derecho nacional, derecho supranacional y derecho internacional. El derecho comunitario está formado por los tratados constitutivos, los reglamentos inmediatamente vinculantes y las directivas necesitadas de transposición. El derecho comunitario prevalece sobre el derecho alemán, cualquiera que sea el rango de éste. En la esfera jurídica alemana, la Constitución se halla en la cúspide, y a ella le siguen la ley, el reglamento y la ordenanza. La costumbre y el derecho judicial aparecen en casi todos los planos, lo que plantea la cuestión de su posición en la jerarquía normativa. El orden jerárquico de las fuentes del derecho, por lo tanto, sería el siguiente:

Derecho comunitario	
Derecho comunitario originario:	tratados constitutivos
Derecho comunitario derivado:	reglamentos y directivas
Derecho federal	Constitución
	Leyes
	Reglamentos
	Ordenanzas
Derecho de los Länder	Constitución
	Leyes
	Reglamentos
	Ordenanzas

En caso de colisión, las normas jurídicas alemanas contrarias al derecho comunitario no son aplicables, y las normas jurídicas de las dos esferas jurídicas que vulneran derecho de rango superior son nulas. La inaplicabilidad o, en su caso, la nulidad sólo tienen lugar cuando la colisión no puede eliminarse por vía interpretativa (interpretación conforme con el derecho comunitario o con la Constitución). El derecho internacional está integrado por diversas fuentes del derecho y produce efectos sobre el derecho alemán, si es que los produce, de muy distintas maneras, de modo que no puede ser incardinado con carácter general en la escala de las fuentes del derecho, sino que está necesitado siempre de una consideración especial.⁶²

⁶² Seguidamente, se tratará con más detalle, en primer lugar, las fuentes del derecho de la esfera jurídica alemana (II-V). Dado que no existen diferencias dogmático-estructurales entre las correspondientes fuentes del derecho federal y del derecho de los *Länder*, se ofrece un tratamiento común. A continuación se considerará más detalladamente la relación entre derecho federal y derecho de los *Länder* (VI), algunas cuestiones relativas a la teoría de la

2. Las llamadas fuentes escritas del derecho alemán: Constitución, ley formal, reglamento y ordenanza

En la actualidad, las normas jurídicas se originan normalmente a través de un acto consciente y procedimentalizado de creación del derecho, que finaliza con la fijación escrita de la regulación jurídica querida. Las fuentes escritas (en este sentido) del derecho se distinguen así de la —antaño abundante y hoy rara— costumbre, que solamente surge, con el tiempo, a través de una práctica efectiva y de la correspondiente convicción jurídica de los afectados (*cf.* infra, marg. 25). La forma escrita sirve a la seguridad jurídica, puesto que la fecha de nacimiento de la norma jurídica y su contenido quedan firmemente establecidos; el tenor de la norma puede ser equívoco y dudoso, pero siempre existe una base escrita como punto de partida.

Las fuentes escritas del derecho, por razón del autor de la norma, pueden clasificarse en los siguientes grupos:

A. La Constitución

La Constitución es el ordenamiento jurídico fundamental del Estado, que ha sido establecido por el poder constituyente a través de un procedimiento especial. Aquí se incluyen tanto la ley fundamental como las constituciones de los Länder. La Constitución no es, en sentido estricto, una norma de derecho administrativo; pero, con todo, se erige en fundamento y medida para la administración y el derecho administrativo, y contiene además muchas regulaciones directa o indirectamente importantes para la administración.

B. Las leyes formales

Tienen el carácter de leyes formales aquellas normas jurídicas que han sido dictadas por los órganos legislativos constitucionalmente previstos y a través del procedimiento legislativo constitucionalmente prescrito. Aquí se incluyen, de acuerdo con nuestra Constitución, las normas jurídicas dictadas por el Bundestag (en colaboración con el Bundesrat), así como por los Parlamentos de los Länder.

El concepto de ley es ambiguo: ley en sentido formal es todo acto de autoridad que ha sido aprobado de la manera antes descrita, que ha sido

jerarquía normativa (VII) y, sobre todo, el derecho comunitario, supraordenado al derecho alemán en todos los niveles (VIII).

dictado “en calidad de ley” por los órganos legislativos a través del procedimiento legislativo. Ley en sentido material, por el contrario, es toda norma jurídica en el sentido descrito supra, marg. 4, esto es, toda regulación de alcance vinculante general. Es cierto que los dos conceptos coinciden ampliamente en la práctica, dado que la mayor parte de las normas jurídicas —al menos de las esenciales— han sido promulgadas bajo la vista de una ley formal. Pero no siempre coinciden perfectamente, sino que forman dos círculos que se entrecruzan.⁶³

El concepto dual de ley trae su causa de la doctrina jurídico pública del siglo XIX, y guarda una estrecha relación con la competencia, restringida a la edicción de leyes, que se otorgaba al Parlamento del constitucionalismo. El concepto de ley en sentido propio (material) quedaba reservado para las intervenciones en la libertad y la propiedad en el seno de la relación general Estado-ciudadano (*cf.* supra, § 2, marg. 5). El concepto de ley sólo en sentido formal servía para explicar y, en su caso, justificar otras competencias del Parlamento (en especial, la de aprobación del presupuesto). Con la evolución hacia una democracia parlamentaria, la distinción entre ley material y ley formal ha perdido su fundamental función de distribución de las competencias, dado que el Parlamento, en su condición de órgano supremo del Estado, está llamado a regular todas las cuestiones políticas esenciales, al margen de que la limitación de las leyes materiales a los actos de intervención se haya quedado obsoleta. Es por ello que en la doctrina se ha postulado en parte el abandono de la distinción (sobre todo, Hesse, *VerfR*, margs. 502 y ss.). No obstante, ésta tiene todavía su justificación, porque así las normas jurídicas se destacan respecto de los restantes actos parlamentarios, y también porque las mismas pueden ser dictadas no sólo por el Parlamento.

La ley formal posee “rango y predicado de una decisión democrática de la mayoría” (Ipsen, *VVDStRL* 10, 75). Su sobresaliente significado jurídico-constitucional y jurídico-político resulta de que: es dictada por el Parlamento, representante inmediato del pueblo; es elaborada a través de un procedimiento provisto de especiales garantías, público, que asegura po-

⁶³ A la categoría de las leyes sólo en sentido formal pertenecen la aprobación de determinados tratados internacionales (artículo 59 II 1 *GG*), la aprobación del presupuesto (artículo 110 II 1 *GG*, *cf.* al respecto *BVerfGE* 38, 121, 127; *BVerfGE* 58, 45, 48), así como la aprobación de otros planes (*cf.* a modo de ejemplo ilustrativo la Ley de Construcción de Carreteras Federales, en su redacción del 15 de noviembre de 1993, *BGBI.* I, p. 1878), amén de las leyes de caso único y las leyes medida (*cf.* *BVerfGE* 25, 371, 396 y ss.: *lex Rheinstahl*; *BVerfGE* 95, 1, pp. 15 y ss.: circunvalación sur de Stendal, aprobación de un plan por ley). Leyes en sentido sólo material serían los reglamentos y las ordenanzas (*cf.* al respecto *infra*, margs. 16 y 20).

sibilidades de influencia a la oposición parlamentaria; y, en virtud de su especial forma, garantiza tendencialmente la univocidad y la durabilidad.

C. Reglamentos

a) Concepto. Los reglamentos son normas jurídicas dictadas por órganos del Poder Ejecutivo (gobierno, ministros, órganos administrativos). No se diferencian de las leyes formales por su contenido o su eficacia vinculante, sino por razón de su autor. En su condición de normas jurídicas (leyes en sentido material), son obligatorios para los ciudadanos u otros destinatarios de igual manera que las leyes aprobadas por el parlamento.⁶⁴

b) Calificación y significado jurídico-constitucional. La facultad del Ejecutivo de dictar reglamentos afecta manifiestamente al principio de división de poderes, de acuerdo con el cual el poder legislativo debe quedar reservado al Parlamento. Aquélla, sin embargo, no representa una verdadera quiebra de este principio, porque al Ejecutivo no le está permitido legislar por su propio derecho, sino sólo sobre la base de una habilitación establecida mediante una ley formal, es decir, sobre el fundamento de una habilitación del Parlamento. El artículo 80 I GG exige que la habilitación legal sea determinada en cuanto a su contenido, fin y extensión. El Parlamento tiene, pues, que adoptar las decisiones esenciales; debe enunciar el marco y la dirección a seguir por el reglamento que ha de dictarse. Sólo cabe remitir al Ejecutivo la regulación de cuestiones de detalle en el marco del programa legislativo. El Parlamento sigue siendo, pues, dueño del Poder Legislativo. A él le compete determinar si y de qué manera se dictan reglamentos. Además, en cualquier momento puede no sólo revocar la habilitación otorgada,

⁶⁴ Al igual que hay leyes sólo en sentido formal, puede haber excepcionalmente reglamentos sólo en sentido formal; es posible que se prescriba la forma de reglamento para determinadas medidas que (sin duda alguna) no constituyen normas jurídicas, como, por ejemplo, las resoluciones de incorporación a un municipio Nt35 dictadas por el gobierno de un *Land*, o las resoluciones expropiatorias dictadas por un *Regierungspresident*. Nt36 Esto, ciertamente, no puede conducir a un abuso de las formas. *Cfr.* al respecto *BVerfGE* 18, 154 y *BVerwG* DÖV 1974, 426, en relación con resoluciones de incorporación a un municipio.

Nt35 Un *Eingemeindungsbeschluss* es el acto jurídico en virtud del cual un municipio o ciudad quedan fusionados en —incorporados a— otro municipio o ciudad de mayor tamaño.

Nt36 Literalmente, presidente del Gobierno. No se trata, sin embargo, de un órgano equiparable a su homónimo español, sino de órganos administrativos periféricos integrados en el escalón territorial intermedio de la organización de algunos *Länder*.

sino también derogar o modificar mediante una ley formal los reglamentos promulgados (primacía de la ley).⁶⁵

El instrumento del reglamento es imprescindible en el Estado moderno. El mismo sirve, en primer término, para aligerar la carga del Parlamento, que ni está llamado a, ni tampoco está en posición, por razones temporales y objetivas, de regular él mismo todos los pormenores, en especial los de índole más técnica. El reglamento posibilita, además, una rápida adaptación a las cambiantes circunstancias, lo que con frecuencia es necesario precisamente en el caso de las cuestiones técnicas particulares. Y, finalmente, a través de reglamentos de instancias inferiores pueden ser tenidas en cuenta las diferencias regionales. Por otra parte, al reglamento le faltan el basamento democrático directo de la ley formal y las garantías del procedimiento legislativo. Este “déficit” se compensa mediante la dependencia respecto de la ley parlamentaria, pero, con todo, subsiste el peligro de que el peso pesado de la producción jurídica se desplace hacia el Ejecutivo, toda vez que lo “fundamental” a menudo se vuelve virulento en el detalle.⁶⁶

El reglamento está, en cierto modo, en la encrucijada entre el Legislativo y el Ejecutivo. Es ejecución de la ley al tiempo que legislación. Dado que, en el marco de las correspondientes regulaciones jurídicas, en principio cualquier órgano del Ejecutivo puede ser habilitado para dictar un reglamento, cabe pensar en las más diversas disposiciones reglamentarias, por razón de su contenido, ámbito de validez y significado. La gama abarca desde el código de la circulación establecido por el ministro federal de tráfico, que afecta diariamente a quienquiera que participe en el tráfico, hasta el reglamento de policía promulgado por un alcalde para regular la modalidad de limpieza de las calles preceptiva en el lugar. Formalmente se trata en ambos casos de la misma figura jurídica —a saber, de normas jurídicas dictadas por el Ejecutivo—, por más que se aprecie un claro desnivel en la producción normativa de la administración.

⁶⁵ Sobre la remisión normativa al Ejecutivo, así como sobre el reglamento en general, *cfr. infra*, § 13.

⁶⁶ Soluciones intermedias, que ciertamente tampoco están exentas de problemas, son las reservas de aprobación y otras reservas de colaboración del Parlamento. *Cfr.*, al respecto, *infra*, § 13 marg. 10, y *Maurer*, StaatsR § 17, margs. 153 y ss., con ulteriores referencias.

D. Ordenanzas ^{N37}

^{N37} Traducimos *Satzung* por ordenanza, porque ésta es la denominación que tradicionalmente se utiliza en el lenguaje jurídico español para designar a las disposiciones reglamentarias dictadas por las Entidades locales, que sin duda alguna constituyen las *Satzungen* cualitativa y cuantitativamente más relevantes. No obstante lo cual, debe señalarse que las disposiciones reglamentarias dictadas en virtud de su autonomía por algunas administraciones corporativas, como las universidades y los colegios profesionales, y que en el derecho alemán constituyen *Satzungen*, en el derecho español suelen recibir el nombre de estatutos.

a) Concepto. Las ordenanzas son normas jurídicas dictadas por una persona jurídica de derecho público para la regulación de sus propios asuntos. Entre las personas jurídicas de derecho público figuran sobre todo los municipios y los *Landkreise*, así como, por poner algunos ejemplos, las universidades, las cámaras de comercio e industria, la administración de la seguridad social, los colegios de médicos y los entes de radiodifusión. La ordenanza se diferencia de la ley formal y del reglamento en que no procede del Estado (legislador estatal, órganos del Ejecutivo estatal), sino de organizaciones jurídicamente independientes, aunque también encuadradas en el Estado.⁶⁷

b) Órgano competente. La respuesta a la cuestión de quién, dentro de cada persona jurídica, está facultado para dictar ordenanzas depende del derecho aplicable a la correspondiente persona. En el caso de las Corporaciones integradas por miembros, lo son (raramente) éstos en su conjunto o (la mayoría de las veces) los órganos representativos elegidos por aquéllos.⁶⁸

⁶⁷ Las más importantes son las ordenanzas municipales: ordenanzas relativas a la exacción de tributos, a la utilización de establecimientos municipales, a la recogida de basuras; el plan de urbanismo (§ 10 I *BauGB*). También merecen citarse las ordenanzas dictadas en el ámbito universitario, tales como, por ejemplo, las que regulan el doctorado y la habilitación. En correspondencia con las leyes y los reglamentos que únicamente lo son en sentido formal, también puede haber ordenanzas sólo en sentido formal (aprobación del presupuesto del municipio a través de ordenanza). No son ordenanzas los reglamentos internos del Parlamento y de otros órganos activos, porque no proceden de una persona jurídica y, además, sólo producen efectos jurídicos en las relaciones orgánicas internas (*cfr. infra*, § 24, marg. 12).

⁶⁸ Así, en los municipios, están facultados los órganos colegiados inmediatamente representativos (pleno, consejo, etcétera). Esto no permite concluir que el pleno es un órgano legislativo en el sentido de la división de poderes. Aunque ha sido elegido “como un Parlamento” y es, asimismo, competente para dictar normas jurídicas, está encargado principalmente —tanto en sentido cuantitativo como en sentido cualitativo— de desempeñar

c) Fundamentos y límites de la producción de ordenanzas. La competencia para dictar ordenanzas descansa sobre una delegación estatal. Las ordenanzas —como los reglamentos— son por ello fuentes derivadas del derecho. Ahora bien, a diferencia de los reglamentos, no necesitan una habilitación legal específica. El artículo 80 I 2 GG no rige ni directa ni analógicamente respecto de las ordenanzas. Los reglamentos tienen necesidad de ligazón con una ley formal, porque se dictan por órganos del Ejecutivo. Las ordenanzas, en cambio, son adoptadas por órganos democráticamente electos, que desempeñan el papel del “legislador” en el ámbito de su organización. Con el otorgamiento del poder de ordenanza se confiere a la corporación autónoma, o a la correspondiente persona jurídica, una esfera de poder propio para la creación de derecho, que al mismo tiempo se autolegitima a través de la Constitución democrática del órgano facultado para dictar las ordenanzas. Es por ello que la emisión de un reglamento es producción heterónoma de derecho, y la de una ordenanza, por el contrario, autónoma. En este sentido, la competencia para dictar ordenanzas se designa también como “autonomía” o “autonomía de ordenanza”.

Ahora bien, al margen de las restricciones legales establecidas en el caso concreto, que son siempre lícitas (aunque, tratándose de los municipios, sólo si respetan la garantía de su autonomía, artículo 28 II GG), y de hecho también frecuentes, la competencia para dictar ordenanzas queda sujeta a algunos límites generales:

- 1) Materialmente, esta competencia queda limitada al ámbito de funciones y tareas de la persona jurídica determinado por la ley.
- 2) Personalmente, la competencia para dictar ordenanzas está limitada a los miembros de la corporación o a los usuarios del establecimiento correspondiente.
- 3) La reserva de ley (cfr. al respecto § 6) requiere, finalmente, que el legislador formal establezca él mismo las regulaciones esenciales, en especial las restrictivas de los derechos fundamentales.⁶⁹

funciones administrativas, al margen de que también las ordenanzas tienen ocasionalmente un carácter ejecutivo.

⁶⁹ Cfr. al respecto *BVerfGE* 33, 125, 157 y ss., (médico especialista): los recurrentes en amparo eran médicos especialistas; habían sido sancionados disciplinariamente por la vulneración de deberes profesionales que la ordenanza del colegio de médicos (organización a través de la cual los médicos se autoadministran) establecía. El *BVerfG* afirmó la competencia general de los colegios profesionales para dictar ordenanzas reguladoras de la profesión, pero declaró —en atención al principio democrático y a la cláusula del Estado de

d) Delimitación. La delimitación entre ley formal y ordenanza no es problemática, debido a que los autores de las respectivas normas son siempre distintos. La delimitación respecto del reglamento, en cambio, puede resultar dudosa en el caso concreto, por ejemplo cuando el pleno municipal ha sido habilitado para dictar reglamentos. Es evidente que aquí falla el criterio de deslinde que atiende al autor de la norma. Lo relevante es, por tanto, el ámbito funcional. Si el pleno actúa en el ámbito de los asuntos que le corresponde administrar autónomamente, entonces se trata de una ordenanza; si, por el contrario, actúa en el ámbito de los asuntos cuya gestión se le ha encargado y, de este modo, en el ámbito de los asuntos estatales, entonces se trata de un reglamento. Aunque ocasionalmente subsisten dudas, ya que también la frontera existente entre los asuntos de administración autónoma y los de gestión por encargo se ha vuelto discutible y fluctuante.

3. La costumbre

A. Concepto y requisitos

a) La costumbre se origina mediante:

- una práctica general y reiterada durante largo tiempo (consuetudo) y
- la convicción de los intervinientes acerca de que esa práctica es jurídicamente obligatoria (opinio iuris).

“Autores de la norma” son, por lo tanto, los propios afectados.⁷⁰

Derecho, así como al artículo 12 I *GG*— que el legislador estatal debía adoptar él mismo las decisiones fundamentales, para cuya delimitación cabía utilizar la llamada teoría gradual relativa al artículo 12 I *GG*. *Cfr.*, además, *BVerfGE* 101, 312, 324 (Estatuto profesional de los abogados). Por las mismas razones, según la doctrina dominante y la jurisprudencia, también las ordenanzas municipales que intervienen en la libertad y la propiedad necesitan un fundamento legal, *cfr.* *BVerfGE* 6, 247, 250 y ss. (Incorporación y utilización forzosa de establecimientos municipales); *BVerfGE* 90, 359, 362 y ss. (Prohibición de productos de un solo uso por razones de protección del medio ambiente); crítico al respecto Maurer, *DÖV* 1993, pp. 188 y ss.

⁷⁰ La verificación de la costumbre tropieza forzosamente con una multitud de cuestiones, lo que, comprensiblemente, suscita hoy dudas acerca de la existencia —real y de principio— de la misma: ¿Hay una práctica efectiva? ¿Qué contenido y alcance tiene la práctica? ¿Existe una práctica suficientemente reiterada a lo largo del tiempo como para dar lugar al nacimiento de una norma consuetudinaria? ¿Existe la convicción jurídica? ¿En qué círculo de personas debe concurrir la convicción jurídica? ¿Qué ocurre si alguna persona o algunos grupos de ese círculo de manera excepcional, temporal o duradera no observan la práctica o

- b) Determinación del contenido. La práctica constante debe poder ser formulada en un enunciado jurídico y, como tal, estar suficientemente determinada en cuanto a su contenido. En caso contrario, no hay una costumbre (válida). La determinación del contenido no es, pues, un requisito de existencia, sino de validez.
- c) El reconocimiento judicial no es requisito de la costumbre, como a veces se afirma. No obstante, en caso de litigio, de lo que se trata precisamente es de si el tribunal reconoce la norma jurídica consuetudinaria sobre la que se apoya una de las partes, de modo que en la práctica la existencia de la costumbre sí depende —al menos en los casos litigiosos— del reconocimiento judicial.
- d) La costumbre se extingue cuando alguno de sus requisitos —bien sea la práctica, bien la convicción jurídica— desaparece. Por lo demás, la costumbre puede perder su vigencia en virtud no sólo de una norma escrita posterior, sino también de una costumbre derogatoria (*cfr.* OVG Münster, DÖV 1976, 677).
- e) La observancia es una forma especial de costumbre. Se trata de la costumbre que se desarrolla en el seno de una persona jurídica de derecho público. Es, por así decirlo, el equivalente consuetudinario de la ordenanza.

B. *Ámbito de validez*

A diferencia de antaño, en la actualidad la costumbre juega tan sólo un papel menor. Ello se debe, en primer término, a la abundancia de normas jurídicas escritas, pero también a la rapidez con la que cambian las circunstancias y a la diversidad de modos de pensar existentes en una sociedad plural, lo que no es precisamente propicio para la costumbre, basada en prolongados periodos de tiempo y en la coincidencia jurídica. La costumbre se manifiesta sobre todo integrando lagunas, allí donde las leyes escritas faltan o son imperfectas; y puede hacerlo no sólo *praeter legem*, sino también *contra legem*, aunque esto ha dejado prácticamente de tener actualidad.

La costumbre está presente en todos los ámbitos jurídicos. El derecho administrativo, a causa de sus abundantes lagunas, ofrece incluso especiales posibilidades. Pero, por otra parte, es precisamente aquí donde, por más del principio de reserva de ley (*cfr.* al respecto *infra*, § 6), resulta otra vez

rechazan su carácter jurídicamente vinculante? ¿Vale también aquí el principio de la mayoría?

cuestionable y de dudosa admisibilidad. Se discute especialmente si también la costumbre constituye una “ley” a los efectos de la reserva de ley. La respuesta es afirmativa en lo que respecta a la costumbre preconstitucional, que sigue teniendo vigencia de acuerdo con el artículo 123 I GG, pero negativa en relación con la costumbre postconstitucional (BVerfGE 34, 293, 303; 76, 171, 188; Stern, Staatsrecht III 2, pp. 442 y ss., con ulteriores referencias).⁷¹

4. Los principios generales del derecho administrativo y el derecho judicial

A. Los principios generales del derecho administrativo

Debido a la falta de regulaciones legales, el derecho administrativo estuvo antiguamente, y en parte todavía está hoy, después de la promulgación

⁷¹ Ejemplos: Se ha afirmado la existencia de una costumbre en los siguientes casos: pretensión de indemnización por el padecimiento de un sacrificio especial (BVerwGE 4, 6, 14 y ss.; BGHZ 16, 366, 374); facultad de la administración de dictar un acto administrativo para el cumplimiento de funciones administrativas de autoridad (BVerwGE 19, 243, 245); regla jurídica según la cual la norma posterior desplaza la anterior (BVerwGE 85, 289, 292; 111, 200, 210); elementos de la acción de restablecimiento de la situación alterada (BVerwGE 94, 100, 103); obligación de los abogados de llevar toga ante los tribunales (BVerfGE 28, 21, 28 y ss.); cementerio obligatorio y reserva de autorización para sepultura privada (OVG Lüneburg DVBl. 1994, 871); además como observancia: conservación de caminos (OVG Lüneburg OVG 15, 455, 459 y ss.); carga urbanística eclesial (OVG Münster DÖV 1976, 677; BVerwG DVBl. 1979, 116; VerfGH NRW DÖV 1983, 28); derecho de los vecinos de un municipio a extraer agua medicinal de un manantial (Hess VGH ESVGH 31, 113). Como los ejemplos muestran, pueden tener un fundamento jurídico consuetudinario tanto los principios generales y las instituciones jurídicas como las regulaciones particulares. La opinión sostenida antiguamente según la cual los maestros disponían, con arreglo a la costumbre, de un limitado derecho a castigar ha quedado obsoleta (desaparición de la convicción jurídica, leyes escolares contrarias). Los planes de urbanismo no pueden originarse consuetudinariamente (BVerwGE 55, 369, 377 y ss.), si bien, excepcionalmente, pueden quedar derogados o cuando menos perder su funcionalidad mediante una costumbre (BVerwGE 26, 282, 284 y ss.; 54, 5, 7 y ss.; 85, 273, 281 y ss.; BVerwG NVwZ 1994, 281; crítico Baumeister, GewArch. 1996, pp. 318 y ss., quien sostiene la opinión de que en estos casos los planes de urbanismo no pierden su funcionalidad, sino que se vuelven contrarios a derecho). La cuestión de si un plan de urbanismo, como consecuencia de la pérdida de su funcionalidad, ha perdido su vigencia puede ser objeto de un recurso contencioso-administrativo directo de control de normas con arreglo al § 47 II 1 VwGO (BVerwGE 108, 71); el plazo de dos años del § 47 II 1, consecuentemente, no rige en este caso (la cuestión queda abierta todavía en BVerwGE 108, 71, 73). Cfr. además Gröpper, Gewohnheitsrecht, Observanz, Herkommen und unvordenkliche Verjährung, DVBl. 1969, pp. 945 y ss.; Wittholm, Gewohnheitsrecht als Eingriffsermächtigung, 1997.

de la VwVfG, determinado por los principios generales no escritos del derecho administrativo, desarrollados por la jurisprudencia y la doctrina jurídica. La expresión “principios generales” se presta ciertamente al equívoco. Se trata no sólo de principios generales, sino a menudo de regulaciones que la doctrina y, sobre todo, la jurisprudencia concreta, desarrolla y perfecciona hasta en los detalles.⁷²

Se discute si y de qué manera estos principios alcanzan validez jurídica. Los mismos no constituyen una fuente del derecho independiente, ni tampoco pueden ser reconducidos a una determinada fuente del derecho. Cabe considerar, antes bien, diversos fundamentos como razones de su validez.

a) La costumbre. Antaño, estos principios se calificaban básicamente como derecho consuetudinario. Ello presupone, no obstante, que ya han sido observados en la práctica durante largo tiempo, lo que sólo a veces es el caso. Sea como fuere, la validez de los principios emergentes no puede explicarse y justificarse de este modo.

b) Concreción del derecho constitucional. Muchos de los principios generales del derecho administrativo pueden ser deducidos de normas y principios constitucionales; son “derecho constitucional concretizado”, consecuencias y derivaciones de principios jurídicos constitucionales.⁷³

c) Ligazón con las regulaciones legislativas vigentes. En un gran número de normas jurídicas de diversos ámbitos del derecho administrativo especial y, desde luego, también de la VwVfG, se encuentran continuamente regulaciones que pueden aplicarse a otros supuestos no contemplados por ellas y que, en consecuencia, son susceptibles eventualmente de generalización. Mediante la sistematización, la abstracción y la tipificación de la materia jurídica considerada pueden obtenerse, por consiguiente, principios

⁷² Así se formó, por ejemplo, una jurisprudencia muy detallada sobre la revisión de oficio de los actos administrativos favorables, que en su momento fue ampliamente recibida por el § 48 VwVfG, aunque sin alcanzar el grado de detalle de la misma, de modo que tanto antes como ahora puede recurrirse complementariamente a la jurisprudencia del BVerwG (cfr. *infra*, § 11 margs. 21 y ss.). Otros principios generales del derecho administrativo son, por ejemplo, aquellos relativos al ejercicio de la discrecionalidad, a los requisitos del derecho público subjetivo, a la necesidad y proporcionalidad de la actuación administrativa, a la acción de restablecimiento de la situación alterada, al comportamiento ajustado a las exigencias de la buena fe (BVerwGE 111, 162, 172) y a la prohibición del abuso de derecho (BVerwGE 55, 337, 339).

⁷³ Así, por ejemplo, el BVerwG ha desarrollado su nueva doctrina de la revisión de oficio a partir de los —recíprocamente enfrentados— principios constitucionales de legalidad y de protección de la confianza, anclados ambos en la cláusula del Estado de derecho, cfr. al respecto *infra*, § 11 margs. 21 y ss. Sobre la justificación de la pretensión de restablecimiento, cfr. BVerwG DÖV 1971, 857 con nota de Bachof; y, además, *infra*, § 30 marg. 5.

jurídicos generales. Ulteriores conocimientos pueden lograrse mediante el ya mentado recurso a las disposiciones jurídico-privadas. Los instrumentos de la metodología jurídica empleados para ello son, sobre todo, la analogía y la tópica.

d) Derivación de los llamados principios jurídicos. De acuerdo con una tesis defendida en la doctrina, hay principios jurídicos (normas jurídicas fundamentales) que resultan inmediatamente del principio de justicia y que, a causa de su generalidad, son razonables para cualquier persona. Como consecuencia de su generalidad, estos principios no son todavía aplicables al caso concreto, pero constituyen el fundamento jurídico de disposiciones jurídico-positivas vigentes. Y éstas serían, en el campo del derecho administrativo, sus principios generales.⁷⁴

Las diversas justificaciones enunciadas en los apartados a) y b) no se excluyen mutuamente, sino que con frecuencia se complementan y entrecruzan.⁷⁵

B. ¿Derecho judicial?

El juez está llamado a aplicar el derecho, no a crearlo. Esta evidente proposición, sin embargo, no debe llevar a engaño respecto de la problemática realidad de la actividad judicial. El juez, que debe resolver en el marco de su competencia todos los casos sometidos a su consideración, constata una y otra vez que falta una regulación legal aplicable, o que la regulación legal existente tiene lagunas, es indeterminada, equívoca o incluso contradictoria, o que la regulación legal aparentemente aplicable no resuelve equitativamente el caso enjuiciado, por mencionar sólo algunas dificultades. En todos estos casos, la aplicación del derecho no puede consistir en una mera subsunción, sino que requiere que el juez mismo desarrolle criterios jurídicos y que, en esa medida, actúe creativamente. De esta manera se originan determinados principios jurisprudenciales que se aplican y observan conti-

⁷⁴ Así, sobre todo, *Wolff/Bachof/Stober*, VerwR I § 25, margs. 2 y ss.; con reservas, *BVerwGE* 42, 222, 227.

⁷⁵ El principio de proporcionalidad —un “principio general del derecho administrativo” (*BVerwG* DÖV 1971, 858)— está reconocido desde hace mucho tiempo y, de esta manera, se ha consolidado consuetudinariamente, pero también resulta de la ley fundamental (de los concretos derechos fundamentales, del artículo 19 II *GG* y del principio del Estado de derecho), ha sido regulado de manera susceptible de generalización en algunos ámbitos jurídicos, por ejemplo en el derecho de policía, y, finalmente, puede deducirse de los “principios jurídicos”.

nuamente y que, por ello, pueden ser designados como “derecho judicial”. En la esfera jurídico-administrativa, éste forma parte de los principios generales del derecho administrativo, aunque los mismos tampoco pueden ser equiparados sin más al derecho judicial, ya que éstos hacen las veces de la ley, mientras que aquél sirve, sobre todo, a su interpretación, concreción y desarrollo ulterior. La expresión “derecho judicial”, por lo demás, no ha de inducir a error: mientras el legislador puede actuar configurando según sus propias ideas, por más que se encuentre limitado en diversos aspectos por la Constitución y los hechos, el juez debe partir del derecho vigente, para integrarlo y concretarlo en caso de lagunas y dudas. El derecho judicial, por consiguiente, únicamente puede originarse en el marco del derecho legal; sólo puede haber derecho judicial que concreta o completa, pero no que corrige, la ley. Dentro de estos lindes, es no sólo legítimo, sino también irrenunciable.⁷⁶

⁷⁶ No pueden tratarse aquí con más detalle los fundamentos del “derecho judicial” y sus consecuencias, que plantean problemas jurídicos teóricos, dogmáticos y constitucionales. Sólo después de haberlos aclarado, cabe resolver la cuestión de si el “derecho judicial” constituye una fuente del derecho. Para más detalles, *cfr.*, por ejemplo, Esser, Richterrecht, Gerichtsgebrauch und Gewohnheitsrecht, Festschrift für Fritz von Hippel, 1967, pp. 95 y ss.; H. P. Schneider, Richterrecht, Gesetzesrecht und Verfassungsrecht, 1969; J. Ipsen, Richterrecht und Verfassung, 1975; *idem*, Verfassungsrechtliche Schranken des Richterrechts, DVBl, 1984, pp. 1102 y ss., con ulteriores referencias; Raiser, Richterrecht heute, ZRP, 1985, pp. 111 y ss.; Leisner, Richterrecht in Verfassungsschranken, DVBl, 1986, pp. 705 y ss.; F. Müller, Richterrecht, 1986; Richterliche Rechtsfortbildung, Festschrift der Juristischen Fakultät zur 600-Jahr-Feier der Universitäts Heidelberg, 1986 (con las correspondientes contribuciones de varios autores); Sandler, Überlegungen zu Richterrecht und richterlicher Rechtsfortbildung, DVBl, 1988, pp. 828 y ss.; Gusy, Richterrecht und Grundgesetz, DÖV 1992, pp. 461 y ss.; Söllner, Der Richter als Ersatzgesetzgeber, ZG, 1995, pp. 1 y ss.; Rüthers, Rechtstheorie, 1999, margs. 235 y ss.

El BVerfG ha reconocido que los tribunales tienen la función y la potestad de desarrollar el derecho, pero al mismo tiempo ha hecho hincapié en los límites derivados de la vinculación a la ley y al derecho contemplada en el artículo 20 III GG, *cfr.* BVerfGE 34, 269, 286 y ss. (caso Soraya, indemnización por daños morales producidos por la vulneración del derecho al libre desarrollo de la personalidad); BVerfGE 65, 182, 190 y ss. (compensaciones sociales debidas a los trabajadores en caso de concurso); BVerfGE 69, 315, 369 y ss. (Brokdorf, § 80 VI 2 VwGO en su antigua redacción); BVerfGE 71, 354, 362 y ss. (beneficio fiscal, con referencia al principio de igualdad); BVerfGE 74, 129, 152 (renta empresarial, con referencia al artículo 2 I GG en relación con el principio del Estado de derecho); BVerfGE 96, 375, 394 y ss. (responsabilidad médica). *Cfr.* también la interesante decisión BVerfGE 85, 323, que rechaza el establecimiento por parte de los tribunales de una regulación general y abstracta, ya que ello vulnera el principio de división de poderes (compensación por perjuicios causados por el ruido en exámenes escritos).

5. Instrucciones administrativas y reglamentos especiales

Una parte de la doctrina incluye también las instrucciones administrativas y los reglamentos especiales entre las fuentes del derecho. Las instrucciones administrativas son regulaciones de los asuntos internos de la administración, aunque también pueden tener repercusiones externas para las personas no integradas en ella. El reglamento especial ha sido desarrollado doctrinalmente como una regulación específica de las llamadas relaciones especiales de sujeción. No obstante, cabe discutir si las instrucciones administrativas constituyen realmente fuentes del derecho en el sentido de la terminología antes expuesta y si en verdad hay reglamentos especiales. Ambas cuestiones sólo pueden aclararse si se consideran las dos figuras jurídicas en sus respectivos contextos. Es por ello que conviene dejarlas ahora en suspenso y tratarlas más adelante.⁷⁷

6. Derecho federal y derecho de los Länder

La cuestión de si una disposición jurídica pertenece al derecho federal o al derecho de los Länder es relativamente fácil de responder. Lo decisivo es si ha sido dictada por un órgano federal o por un órgano de un Land. Sólo esporádicamente se plantean cuestiones adicionales, como a continuación se expondrá. La calificación es importante, no sólo por la primacía del derecho federal sobre el derecho de los Länder (artículo 31 GG), sino también por razones procesales: con arreglo al § 137 I VwGO, el BVerwG, como instancia de revisión, únicamente puede examinar la vulneración del derecho federal, y no la del derecho de los Länder; y, con arreglo al § 47 I núm. 2 VwGO, el recurso contencioso-administrativo directo de control de normas se limita a los reglamentos y ordenanzas del derecho de los Länder.⁷⁸

⁷⁷ Cfr., sobre los reglamentos especiales, § 8 marg. 31, y sobre las instrucciones administrativas, *infra*, § 24.

⁷⁸ Caso: A es detenido por la policía en el curso de una manifestación y retenido durante unas horas. A pretende que se esclarezcan judicialmente los hechos (§ 113 I 4 VwGO por analogía). El tribunal contencioso-administrativo debe examinar si la detención es compatible con los correspondientes preceptos de la ley de policía (del Land en cuestión) y, en caso afirmativo, si ésta es acorde con la ley fundamental y si fue interpretada y aplicada de conformidad con la misma. En cambio, el BVerwG, que interviene eventualmente como instancia de revisión, sólo puede examinar la conformidad con la Constitución de la detención (artículo 2 II, 104 GG) y, adicionalmente, de acuerdo con la disposición especial del § 137 I núm. 2 VwGO, si ha sido vulnerado un precepto de la ley del Land de procedimiento

1. Leyes formales. Las leyes dictadas por el Bundestag son derecho federal. Las dictadas por los Parlamentos de los Länder constituyen derecho de los Länder. La distribución de las competencia legislativas resulta de los artículos 70 y ss. GG.⁷⁹

2. Reglamentos. Es claro que los reglamentos dictados por órganos federales en virtud de la habilitación de una ley federal son derecho federal, y que los reglamentos dictados por autoridades de los Länder en virtud de una ley habilitante del Land son derecho de los Länder. Lo dudoso y discutible es cómo hay que calificar los reglamentos emitidos por órganos de los Länder al amparo de una ley federal. La respuesta depende de si se atiende a la habilitación (derecho federal) o al órgano que dicta el reglamento (derecho de los Länder).⁸⁰

3. Ordenanzas. Con frecuencia se las contraponen, en calidad de “derecho autónomo”, al derecho estatal (leyes formales, reglamentos). Eso no significa, sin embargo, que las mismas formen una tercera esfera jurídica, al lado del derecho federal y del de los Länder. Las personas jurídicas de derecho público que dictan reglamentos se integran en el Estado, ora en la Federación ora en los Länder. Las ordenanzas, por consiguiente, deben calificarse bien como derecho federal bien como derecho de los Länder.

4. Costumbre. La costumbre, en su condición de ordenamiento paralelo al de las fuentes del derecho escritas, no puede insertarse por sí misma en

administrativo cuyo tenor literal coincide con uno de la Ley Federal de Procedimiento Administrativo (*cf. infra*, § 5 marg. 21).

⁷⁹ Muy a menudo sucede que una determinada materia administrativa está regulada tanto por el derecho federal como por el de los Länder. Es el caso, por ejemplo, del derecho urbanístico, regulado cuando menos por el Código Urbanístico (derecho del planeamiento urbanístico) y las leyes de edificación de los Länder (derecho de la edificación). Una situación mixta se origina cuando la Federación dicta únicamente leyes marco, es decir, leyes que son susceptibles y están necesitadas de desarrollo por parte del derecho de los Länder (artículo 75 GG), tales como la Ley Marco Reguladora de la Función Pública, por un lado, y las leyes de funcionarios de los Länder, por otro. Las leyes federales que —como es regla general— deben ejecutarse por los Länder en calidad de asunto propio, se complementan la mayoría de las veces mediante disposiciones competenciales e instrucciones administrativas. Respecto de la calificación del derecho preconstitucional, es decir de las disposiciones jurídicas dictadas antes de la promulgación de la ley fundamental y todavía vigentes, hay que observar los artículos 124 y ss. GG; *cf. infra*, además, el artículo 125 GG para el caso de modificación de las competencias legislativas.

⁸⁰ El *BVerfG* afirma con razón la segunda alternativa (*BVerfGE* 18, 407); también Hess. *StGH DÖV* 1970, 132; Stern, *Staatsrecht I*, p. 723; H. Schneider, *Gesetzgebung*, 3a. ed., 2002, marg. 651; de otra opinión Wilke, en von Mangoldt-Klein, *Das Bonner Grundgesetz*, 2a. ed., vol. III, 1974, artículo 80 Anm. V 4c (p. 1929).

la distinción derecho federal-derecho de los Länder, pensada para aquéllas. Sin embargo, y por las razones arriba mencionadas, la calificación es necesaria. Se han defendido diversos criterios. Así, se distingue según la competencia legislativa sobre la materia de que se trate corresponda a la Federación o a los Länder, según la costumbre tenga validez en todo el territorio federal o sólo en alguno o algunos Länder, o según la costumbre complete el derecho federal o el de los Länder.⁸¹

5. Principios generales del derecho administrativo. La calificación de estos principios, que tropieza con similares problemas a los de la costumbre, tiene una considerable importancia debido a la revisibilidad (posibilidad de utilización como criterio de control en el procedimiento de revisión ante el BVerwG), porque sólo la inclusión en la jurisprudencia del BVerwG garantiza un desarrollo uniforme de estos principios, determinantes del entero ordenamiento jurídico-administrativo. El BVerwG los califica como derecho federal cuando complementan leyes federales, y derecho de los Länder cuando hacen lo propio con las leyes de éstos, si bien flexibiliza esta clasificación en tanto en cuanto considera siempre pertenecientes al derecho federal, revisable, aquellos principios que pueden ser derivados del mismo.⁸²

7. Algunas cuestiones sobre la jerarquía de las fuentes del derecho

A. Jerarquía de las fuentes del derecho escritas

Como ya se ha expuesto, las disposiciones jurídicas guardan un orden jerárquico, en virtud del cual, en caso de colisión, la norma jurídica superior adquiere o conserva la validez, mientras que la norma inferior se vuelve o es nula. Existe una colisión cuando dos normas jurídicas regulan el mismo

⁸¹ A favor de la primera alternativa, *BVerfGE* 61, 149, 203 y ss., siguiendo los convincentes razonamientos de Rupp, *Festschrift für Mühl*, 1981, pp. 566 y ss.; a favor de la segunda alternativa, Ule, *Verwaltungsgerichtsbarkeit*, 2a. ed., 1972, § 137 apartado I 2 d; a favor de utilizar las dos alternativas Stern, *Staatsrecht I*, p. 723 (“y”). Si la costumbre tiene únicamente un carácter complementario, compartirá —en correspondencia con la tercera alternativa— el rango de la norma de referencia.

⁸² *Cfr.* *BVerwGE* 2, 22; 26, 305, 309; 55, 337, 339; *BVerwG DÖV*, 1971, 857, con comentario de Bachof; además, *BVerwGE* 78, 347, 351 y ss.; Hardt, *Die Revisibilität der allgemeinen Verwaltungsgrundsätze*, DVBl 1973, 325 y ss.; Kopp/Schenke, *VwGO*, § 137 margs. 5 y ss., con ulteriores referencias. Adicionalmente, la revisibilidad de los principios generales del derecho administrativo puede fundamentarse también sobre la base del § 137 I núm. 2 *VwGO* (leyes de procedimiento administrativo de los Länder concordantes con la *VwVfG* dictada por la Federación), *BVerwGE* 111, 162, 172.

supuesto de hecho de manera diferente, y en los casos en los que su aplicación produciría consecuencias jurídicas diferentes. De lege data, la cuestión del rango y de las colisiones está regulada, respecto del ámbito jurídico federal, en los artículos I III, 20 III y 100 I GG; respecto del ámbito de los Länder, en los correspondientes preceptos de sus constituciones; y, respecto de la relación entre el derecho federal y el derecho de los Länder, en el artículo 31 GG.

En particular, debe tenerse en cuenta lo siguiente:

- a) Las reglas de colisión de la doctrina de la jerarquía sólo intervienen cuando las normas que colisionan son válidas en sí mismas consideradas. Así, por ejemplo, una ley federal que vulnera las disposiciones referentes a las competencias legislativas de los artículos 70 ss. GG, y que es por ello nula, no puede desplazar una ley vigente de un Land.
- b) La regla de colisión del artículo 31 GG, que determina la relación entre el derecho federal y el derecho de los Länder, queda superpuesta y limitada por los artículos 28 I y 142 GG. Con arreglo al artículo 28 I GG, los Länder, en el momento de configurar su Constitución, sólo están vinculados por los principios del Estado republicano, democrático y social de derecho, por lo que únicamente existe una infracción del derecho federal cuando estos principios han sido violados (BVerfGE 36, 342, 360 y ss.). La relación entre los derechos fundamentales federales y los derechos fundamentales de los Länder se determina por la —dudosa y controvertida— disposición del artículo 142 GG (cfr. al respecto BVerfGE 96, 345, 364 y ss.; Pietzcker, Zuständigkeitsordnung und Kollisionsrecht im Bundesstaat, HStR IV, § 99 margs. 41 y ss., con ulteriores referencias).
- c) Los reglamentos con valor de ley, es decir, los reglamentos que tienen el rango de una ley formal, son ilícitos de acuerdo con el vigente derecho constitucional. Contemplan excepciones el —obsoleto— artículo 119 GG (asuntos relacionados con los refugiados y los expulsados) y el artículo 115k I GG, para situaciones de defensa. El reglamento con valor de ley debe ser distinguido del reglamento modificativo de una ley, que no toma el rango de una ley formal, pero que modifica una disposición legislativa formal. La doctrina dominante postula una solución diferenciada (cfr. por ejemplo, Lücke, en Sachs, Grundgesetz, artículo 80 marg. 9, con ulteriores referencias). Otra variante es la ley sustitutiva de un reglamento, que fue introducida por el artículo 80 IV GG en su redacción de 1994, con arreglo al cual, si una ley fede-

ral habilita a los gobiernos de los Länder para dictar un reglamento, cabe dictar una ley en vez de una disposición reglamentaria; dicho de otra manera, el Parlamento puede actuar en lugar del gobierno, estableciendo la correspondiente regulación legislativa, si bien debe ajustarse a las determinaciones de la habilitación legal federal. Para más detalles sobre el tema, cfr. Maurer, *Staatsrecht*, § 17 margs. 148 y ss., con varias referencias.

- d) Dentro de cada grupo de fuentes del derecho puede haber ulteriores diferencias de rango.⁸³

Para las ordenanzas, el principio de nulidad de las normas jurídicas contrarias a derecho rige tan sólo limitadamente. Con arreglo a los §§ 214 y ss. BauGB, que fueron ampliados por la Ley de Adaptación del Código Urbanístico a las Directivas Comunitarias, del año 2000, determinados vicios —sobre todo formales, aunque también materiales— de los planes de urbanismo y otras ordenanzas urbanísticas son originariamente irrelevantes (irrelevancia absoluta) o se vuelven irrelevantes si no se alegan frente al municipio dentro de un plazo de dos años a contar desde la aprobación de la ordenanza (irrelevancia relativa). “Irrelevante” significa que la infracción del derecho aducida (ya) no podrá ser tenida en cuenta y, por consiguiente, que no podrán extraerse consecuencias jurídicas de ella. La ordenanza aquejada de un vicio irrelevante debe considerarse, pues, como jurídicamente eficaz. La irrelevancia otorga a la ordenanza una especie de firmeza que conduce sobre todo a una restricción del control judicial. Precisamente por esto es cuestionable, desde la perspectiva del Estado de derecho y desde un punto de vista político-jurídico. La mayoría de los Länder ha recogido, no obstante, la regulación de la irrelevancia relativa del BauGB, que sólo rige para los planes de urbanismo y otras ordenanzas urbanísticas, para extenderla a todas las ordenanzas municipales y demás normas jurídicas locales, si bien limitándola a (sólo algunos o a todos) los vicios de forma y procedimiento.⁸⁴

⁸³ — En el ámbito de las leyes formales: las leyes abstractas y generales prevalecen sobre las leyes que las ejecutan. Así, la Ley de Régimen Municipal prevalece sobre las leyes de incorporación de un municipio a otro dictadas a su amparo, cfr., Püttner, *Unterschiedlicher Rang der Gesetze?* DÖV 1970, pp. 322 y ss.; Maurer, *Festschrift für Obermayer*, 1986, pp. 95 y ss., en especial pp. 101 y ss.

— En el ámbito de los reglamentos: los reglamentos de los órganos administrativos superiores prevalecen sobre los de los órganos administrativos subordinados, como expresamente disponen las leyes de policía, cfr. § 11 *Bad.-Württ.PolG*, § 75 I HSOG.

⁸⁴ Sobre las regulaciones locales, cfr., por ejemplo, § 4 IV *Bad.-Württ.-GemO*; § 6 V *Nds.GemO*; § 6 V *Nds.GemO*; § 7 VI *NRWGemO*; Gern, *Deutsches Kommunalrecht*, 3a. ed.,

En la doctrina se ha introducido (algo eufemísticamente) la expresión “conservación del plan” para hacer referencia a la preservación de las ordenanzas ilegales contrarias a derecho. Y el legislador la ha recogido. El rótulo que precede a los §§ 214 y ss. BauGB, que antes rezaba “requisitos de eficacia”, fue reemplazado por el de “conservación del plan” como consecuencia de la reforma del BauGB de 1997. También ha sido introducido en otras leyes. Así, los legisladores de los Länder quedan obligados, en virtud del § 10 ROG, a dictar disposiciones “sobre la conservación del plan” para sus planes de ordenación del territorio, disposiciones que deben declarar, igualmente, la irrelevancia de determinados vicios.⁸⁵

f) El orden jerárquico fundamenta una primacía en la validez, pero no una primacía en la aplicación, de la norma jurídica de rango superior. Antes bien, en el caso concreto hay que aplicar primero la norma jerárquicamente inferior. Es por ello, por ejemplo, que a un órgano administrativo no le está permitido recurrir directamente a la Constitución cuando existe una regulación legal aplicable. Sólo cuando falta dicha regulación o la misma adolece de lagunas, puede y debe aquél acudir a la Constitución, bien sea para aplicar directamente una norma constitucional (por ejemplo, el artículo 3 I GG), bien sea para deducir de los principios jurídicos constitucionales determinadas consecuencias (por ejemplo, la audiencia en el procedimiento administrativo, a partir del principio del estado de derecho). La primacía en la aplicación re-

2003, margs. 297 y ss., con ulteriores referencias. El *BVerfG* ha admitido explícitamente la nulidad limitada de reglamentos y ordenanzas —en relación con un reglamento de protección de la naturaleza dictado en virtud de una ley de un *Land*—, *cfr. BVerfGE* 103, 332, 388 y ss. En la doctrina, *cfr. Maurer, Bestandskraft für Satzungen? Festschrift für Bachof*, 1984, pp. 215 y ss.; *idem*, *Abgestufte Rechtsfolgen bei Gesetzesverstößen der Verwaltung?*, en Hill (coord.) *Zustand und Perspektiven der Gesetzgebung*, 1989, pp. 233 y ss.; Ossenbühl, *Eine Fehlerlehre für untergesetzliche Normen*, *NJW*, 1986, pp. 2805 y ss.; Morlok, *Die Folgen von Verfahrensfehlern am Beispiel von kommunalen Satzungen*, 1988; Schmaltz, *Rechtsfolgen der Verletzung von Verfahrens- und Formvorschriften von Bauleitplänen nach § 214 BauGB*, *DVBt.* 1990, pp. 77 y ss.; J. Schmidt, *Möglichkeiten und Grenzen der Heilung von Satzungen nach § 215a BauGB*, *NVwZ* 2000, pp. 977 y ss.; Battis, en Battis/Krautzberger/Löhr, *Baugesetzbuch*, 9a. ed., 2005, §§ 214-216. Sobre la reforma de los §§ 214 y ss. *BauGB*, Erbguth, *Rechtsschutzfragen und Fragen der §§ 214 y 215 BauGB im neuen Städtebaurecht*, *DVBt.* 2004, pp. 802 y ss.; Kupfer, *Das Fehlerfolgenregime im Bauplanungsrecht (§§ 214 y ss. BauGB)*, *DV* 38, 2005, pp. 493 y ss.

⁸⁵ Sobre el tema, Hoppe, *Der Rechtsgrundsatz der Planerhaltung als Struktur- und Abwägungsprinzip*, *DVBt.* 1996, pp. 12 y ss.; Hoppe/Henke, *Der Grundsatz der Planerhaltung im neuen Städtebaurecht*, *DVBt.* 1997, pp. 1407 y ss.; Sendler, *Plan- und Normerhaltung vor Gericht*, *Festschrift für Hoppe*, 2000, pp. 1011 y ss.; Dolde, “Der Rechtsgrundsatz der Planerhaltung im neuen Baugesetzbuch”, Bauer/Breuer y otros (coords.), *100 Jahre Allgemeines Baugesetz Sachsen*, 2000, pp. 429 y ss.

sulta de la obligatoriedad de la ley, que, por regla general, ha sido formulada más concreta y detalladamente, y que sería soslayada por el órgano decisorio si éste recurriera inmediatamente a los derechos fundamentales o a los principios constitucionales, que han sido formulados en términos más generales. Ello no significa que la administración quede dispensada de la vinculación a la Constitución establecida en los artículos 1 III y 20 III GG: esta vinculación no sólo se actualiza cuando falta una regulación legal, sino que también exige que, en caso de duda, se examine la conformidad con la Constitución de las leyes aplicables, y se las interprete en el sentido de la misma.⁸⁶

B. Clasificación de la costumbre

La costumbre tiene, por lo común, el rango jerárquico de la ley formal, pero también puede tener el rango del derecho constitucional (“costumbre constitucional”) o de las ordenanzas (observancia). Hay costumbres, pues, de todos los niveles jerárquicos (con excepción del reglamentario). Y en correspondencia con su respectiva calificación, se determina la primacía para los casos de colisión.⁸⁷

⁸⁶ Ejemplo: el *BVerwG*, en su decisión del 15 de diciembre de 1972, DVBl. 1973, 496, dedujo inmediatamente del artículo 14 I GG el uso del colindante (la facultad del propietario de usar especialmente la vía pública que linda con su finca) sin tener suficientemente en cuenta el correspondiente precepto del § 7 I *FStrG*. Si el tribunal hubiera partido del § 7 I *FStrG*, hubieran resultado las siguientes posibilidades: 1) el § 7 I *FStrG* contempla también el uso del colindante; en este caso no hubiera sido necesario recurrir al artículo 14 I GG; 2) el § 7 I *FStrG* excluye el uso del colindante; el *BVerwG* debiera haber elevado entonces una cuestión de inconstitucionalidad ante el *BVerfG* contra dicho precepto, por vulnerar el artículo 14 I GG; 3) el § 7 I *FStrG* no contempla el uso del colindante en modo alguno; el recurso inmediato al artículo 14 I GG hubiera estado entonces —pero también sólo entonces— justificado; 4) el § 7 I *FStrG* es equivoco en lo que respecta al uso del colindante; en tal caso éste debía haber sido interpretado de conformidad con la Constitución, afirmándose el uso del colindante en vista del artículo 14 I GG. *Cfr.* también Maurer, DÖV 1975, pp. 223 y ss.

⁸⁷ Ejemplos: la costumbre constitucional (por ejemplo, la acción derivada del sacrificio de derechos no patrimoniales, caso de tener el rango del derecho constitucional consuetudinario, *cfr. supra*, marg. 22) no puede ser eliminada o limitada mediante una ley formal. El reglamento de policía de un *Regierungspresident* Nt38 prevalece sobre la observancia del lugar (*OVG Münster OVG 6*, pp. 11 y ss.).

Nt38 Véase *supra*, nota 4.

C. Competencias de control y de rechazo

La jerarquía las normas jurídicas regula sólo las cuestiones jurídico-materiales de rango y validez. Todavía no dice nada acerca de quién está facultado para examinar la compatibilidad de una norma con el derecho jerárquicamente superior (competencia de control) y declarar imperativamente su nulidad en caso de antinomia (competencia de rechazo), bien sea de modo principal en un procedimiento especial (rechazo principal), bien sea incidentalmente en el marco de otro procedimiento (rechazo incidental). Ésta es una cuestión jurídico-procedimental, aunque tiene consecuencias jurídico-materiales, puesto que la norma de rango inferior, a falta de competencia de control, debe ser aplicada sin consideración a una eventual vulneración del derecho jerárquicamente superior (que en este caso de ningún modo podrá ser declarada) y, a falta de potestad de rechazo, cuando menos no podrá ser simplemente ignorada como nula.

a) Los tribunales (incluyendo los contencioso-administrativos) están en principio obligados a examinar la compatibilidad con el derecho jerárquicamente superior de todas las normas jurídicas que son determinantes de su decisión, y a dejar inaplicada en la resolución del concreto litigio la norma jurídica nula por vulnerar el derecho de rango superior.

Esto, sin embargo, no rige ilimitadamente. De acuerdo con el artículo 100 I GG, en el caso de las leyes formales postconstitucionales (es decir, las promulgadas después de la entrada en vigor de las correspondientes normas constitucionales), los tribunales tienen, ciertamente, una competencia de control, pero no de rechazo. Cuando consideren inconstitucional una ley tal, los tribunales deben, antes bien, recabar la decisión del tribunal constitucional competente: del BVerfG, si se trata de leyes, federales o de los Länder, que vulneran la Ley Fundamental, o de leyes de los Länder que infringen derecho federal, y de los correspondientes tribunales constitucionales de los Länder, si se trata de leyes de los mismos que vulneran sus respectivas constituciones.⁸⁸

⁸⁸ Caso: A formula una pretensión de impugnación contra una liquidación tributaria que le ha sido dirigida. El tribunal contencioso-administrativo (*VG*) opina: a) que la liquidación se basa en una ordenanza incompatible con el artículo 3 I GG; b) que la liquidación tributaria se basa en una ley formal y postconstitucional contraria al artículo 3 I GG. ¿Cómo ha de decidir el *VG*? Caso a): el tribunal mismo puede declarar definitivamente la inconstitucionalidad de la ordenanza para el caso concreto. Anulará, pues, la liquidación por el motivo de que es contraria a derecho, ya que la ordenanza es nula y, en consecuencia, aquélla carece de la necesaria cobertura jurídica. Caso b): al tribunal no le está permitido declarar imperativamente por sí mismo la inconstitucionalidad de la ley —siquiera para el caso concreto—, sino que debe elevar una cuestión al *BVerfG* con arreglo al artículo 100 I GG para que éste decida,

El monopolio de rechazo del tribunal constitucional sirve a la protección del legislador parlamentario. Este monopolio debe impedir que cualquier tribunal pueda soslayar la voluntad del legislador aduciendo la inconstitucionalidad de una ley. Por ello se limita a las leyes formales postconstitucionales.

Cfr. BVerfGE 1, 184, 197 y ss.; 2, 124, 129 y ss.; para más detalles, *cfr.* Maurer, Staatsrecht, § 20 margs. 96 y ss.

b) La cuestión de si los funcionarios administrativos disponen de una competencia de control y rechazo es discutida. La misma plantea problemas diferentes según se trate de la conformidad de las leyes formales con la Constitución o de la conformidad de las normas jurídicas infralegales, en especial reglamentos y ordenanzas, con la Constitución y el derecho.

aa) Leyes formales. El artículo 100 GG se limita al ámbito de la jurisdicción y, por lo tanto, no resulta aplicable —al menos inmediatamente— a la administración. Tampoco existe ninguna otra regulación constitucional o legal expresa. La mayoría de la doctrina admite una competencia de control; lo discutible y controvertido radica en cuál debe ser la intensidad del control y qué consecuencias resultan cuando el funcionario duda de o niega la conformidad de la ley con la Constitución. En la doctrina se han defendido diversas posturas:

- Al funcionario le está permitido inaplicar las leyes que él considere inconstitucionales y, por ende, nulas, así A. Arndt, *inter alia* DÖV 1959, 81 y ss.
- El funcionario debe aplicar la ley aun cuando la considere inconstitucional y nula, así, por ejemplo, Hall, DÖV 1965, 253 y ss.; Osenbühl, DV 2 (1969), pp. 393 y ss.; *idem*, HStR III, § 62 marg. 4; Schulze-Fielitz, en Dreier, Grundgesetz, vol. 2, 1998, § 20 (Rechtsstaat) marg. 89.
- De acuerdo con una opinión intermedia, el funcionario que considere una ley inconstitucional debe interrumpir el procedimiento administrativo y plantear la cuestión a sus superiores, que también deben hacer lo propio hasta que el asunto llegue al gobierno, el cual podrá interponer un recurso directo e independiente de control de normas ante el BVerfG con arreglo al § 93 I núm. 2 GG, o ante el tribunal

en un proceso independiente de control de normas, sobre la conformidad con la Constitución de la ley. Sólo cuando el *BVerfG* haya decidido, puede el *VG* proseguir el concreto proceso de anulación y —dependiendo de si el *BVerfG* ha declarado o no la inconstitucionalidad y nulidad de la ley— anular la liquidación tributaria o desestimar el recurso.

constitucional del correspondiente Land. Así, por ejemplo, Hoffman, JZ 1961, 193 y ss.; Baumeister/Ruthig, JZ 1999, 117 y ss.; *cfr.* además, Stern, Staatsrecht, III 2, pp. 1347 y ss.

La discusión, que gira sobre todo en torno al artículo 100 I GG, aunque también se extiende a otros aspectos jurídico-constitucionales, procesales-constitucionales y contencioso-administrativos, no puede ser abordada aquí en todos sus pormenores.⁸⁹

Sólo resta hacer una observación: el funcionario, en caso de duda sobre la validez de una norma jurídica aplicable —como en general también en los casos de cuestiones jurídicas importantes y de gran alcance— se dirigirá a sus superiores, para dar lugar de esa manera a una aclaración general. Éste es, por regla general, el camino jurídicamente indicado, aunque resulta improcedente cuando hay que decidir inmediatamente o en un corto plazo, como, por ejemplo, respecto de la detención de una persona, la licitud de una manifestación o la autorización de una exposición de venta. En tales casos especiales, en los que el conflicto entre la Constitución y la ley es ineludible para el funcionario, éste queda facultado para decidir inaplicando la ley si la considera inconstitucional después de haberla examinado con el mayor cuidado posible. El artículo 100 I GG no habla en contra de esta solución, ya que dicho precepto se anuda a la competencia de los Tribunales para tomar la última decisión (*cfr.* al respecto *infra*, § 7 marg. 4) y, por lo tanto, no comprende a los órganos administrativos, que actúan bajo reserva de confirmación judicial.

bb) Reglamentos y ordenanzas. Dado que el artículo 100 I GG sirve a la protección de las leyes parlamentarias y queda limitado, en consecuencia, a las leyes formales, el mismo no interviene en este contexto. En su lugar se aducen las vinculaciones resultantes de la estructura jerárquica de la administración y de la distribución de competencias, así como, sobre todo, la seguridad jurídica, que prohibiría que un funcionario administrativo soslayase una norma jurídica y la dejase inaplicada en un caso concreto. Esta opinión tropieza, no obstante, con la tesis según la cual las normas jurídicas

⁸⁹ *Cfr.*, al respecto, además de los citados autores, sobre todo Bachof, AöR vol. 87, 1962, pp. 1 y ss. En la jurisprudencia, la cuestión apenas ha tenido relevancia, *cfr.* BVerfGE 12, 180, 186 (El tribunal se había manifestado sobre el tema tan sólo esporádicamente, pero apuntando, con todo, que el funcionario puede controlar la conformidad de la ley con la Constitución y que no está obligado a la aplicación de una ley inconstitucional, *cfr.* al respecto Bachof, *op. cit.*, pp. 7 y ss.); BFinHE 68, 361, 363 (en sentido negativo); Bad-WürttVGH VBIBW 1987, 420 (en principio, en sentido positivo).

contrarias a derecho son nulas y, en consecuencia —precisamente a causa de su nulidad— no pueden ser aplicadas, al menos mientras no se establezca otra cosa. A modo de solución se postula que el órgano que ha de aplicar una norma que a su juicio es nula interrumpa el procedimiento y se ponga en contacto con el autor de la misma o con la autoridad de supervisión para lograr su “derogación”, o que interponga un recurso contencioso-administrativo directo de control de normas de acuerdo con el § 47 VwGO. Esta solución es admisible, sin embargo, sólo cuando no conlleve retrasos indefendibles. Por otro lado, el ciudadano perjudicado o la instancia autora de la norma son muy libres de recurrir en caso de que ésta haya sido inaplicada a causa de su (supuesta) nulidad. El menoscabo para la seguridad jurídica —de una manera u otra— es, por lo tanto, sólo provisional.⁹⁰

cc) En especial, planes de urbanismo. La cuestión de la competencia administrativa de rechazo ha cobrado especial actualidad en el caso de los planes de urbanismo, debido no sólo a que su gran número los coloca en un primer plano, sino también a su especial propensión a padecer algún vicio. Hasta la fecha, el BVerfG ha dejado expresamente abierta la cuestión de si y con qué requisitos el órgano competente para otorgar una licencia urbanística puede inaplicar en un concreto procedimiento un plan de urbanismo que considere contrario a derecho y nulo.⁹¹

⁹⁰ En la doctrina y la jurisprudencia se han defendido todas las posturas imaginables. Cfr. Kopp, *Das Gesetzes- und Verordnungsprüfungsrecht der Behörden*, DVBl, 1983, pp. 821 y ss.; Pietzcker, *Inzidentverwerfung rechtswidriger untergesetzlicher Rechtsnormen durch die Verwaltung*, DVBl, 1986, pp. 6 y ss.; Schmidt-Aßmann, *Gefährdungen der Rechts- und Gesetzesbindung de Exekutive*, Festschrift für Stern, 1997, pp. 745, 758 y ss.; Wehr, *Inzidente Normverwerfung durch die Exekutive*, 1998; Stern, *Staatsrecht III 2*, pp. 1347 y ss.; Sachs, StBS § 44 marg. 86; Wolff/Bachof/Stober, VerwR § 28 margs. 20 y ss.; OVG Saarland NVwZ 1990, 172; 1993, 396 (en contra).

⁹¹ En BVerwGE 75, 142 = DVBl. 1987, 481, con comentario de Steiner, el tribunal explica que ni el órgano administrativo superior ni el municipio mismo pueden declarar, en vía principal, la nulidad de un plan de urbanismo, si bien el municipio está facultado y obligado a derogar, en un procedimiento formal con arreglo a los §§ 2 BBauG, un plan de urbanismo a su juicio contrario a derecho. En BVerfGE 112, 373, 381 y sigs., se discuten una serie de posibilidades —aunque en líneas muy generales— y, seguidamente, se expone que la autoridad de protección de la naturaleza ha de inaplicar un plan de urbanismo contrario a derecho que se opone a lo establecido en un reglamento de protección de la naturaleza. También el BGH se ha mostrado reservado: ha declarado que los titulares del órgano encargado de autorizar la edificación actúan de manera contraria a los deberes inherentes a su cargo cuando aplican un plan de urbanismo nulo, y que están obligados a indicar al solicitante las objeciones existentes contra la eficacia del plan; lo que queda sin respuesta es cómo deben comportarse a continuación (BGH NVwZ 1987, 168, 169).

El órgano competente para otorgar la licencia debe examinar el plan de urbanismo aplicable al caso concreto y, en caso de reconocer su antijuridicidad, extraer consecuencias. Puede interponer contra el mismo un recurso directo de control de normas ante el tribunal contencioso-administrativo superior competente con arreglo al § 47 VwGO, pero no está obligado a ello, toda vez que dicho tribunal no posee el monopolio de rechazo. Es muy natural, antes bien, que aquel órgano administrativo llame la atención del municipio sobre el vicio jurídico y provoque la anulación o modificación del plan de urbanismo; eventualmente, también puede adoptar o provocar una medida equivalente de supervisión jurídica. A favor de esta solución intermedia hablan la soberanía de planeamiento del municipio y el principio de seguridad jurídica. Esto, sin embargo, no puede regir sin excepciones. En situaciones particulares, especialmente en los casos urgentes y en los evidentes, la autoridad está facultada para tomar una decisión prescindiendo del plan de urbanismo contrario a derecho y nulo (así, denegar la licencia de edificación, decidir según el § 33 BauGB o recurrir a los §§ 34 y 35 BBauG).⁹²

8. *Derecho comunitario*

Junto al derecho nacional (alemán), el derecho comunitario juega un papel enormemente relevante. Es por ello que debe ser incluido en la teoría de las fuentes del derecho. Sobre la posición en el ordenamiento del Convenio Europeo de Derechos Humanos, cfr. Maurer, *Staatsrecht*, § 4 margs. 7 y ss.

A. *Derecho comunitario*

El derecho de las comunidades europeas (cfr. sobre el mismo supra, § 2 marg. 25) puede clasificarse en dos grupos, a saber, en el derecho comunitario originario y el derecho comunitario derivado.

El derecho comunitario originario está integrado por los tratados constitutivos, que no sólo instauraron por la vía de un convenio jurídico inter-

⁹² Cfr. al respecto Mutius/Hill, *Die Behandlung fehlerhafter Bebauungspläne durch die Gemeinde*, 1983; Volhard, NVwZ, pp. 105 y ss.; Jäde, BayVBl. 1988, pp. 5 y ss.; Engel, NVwZ 2000, pp. 1258 y ss.; Herr, *Behördliche Verwerfung von Bebauungsplänen*, 2003, con ulteriores referencias. Mientras que antes los tribunales contencioso-administrativos negaban la competencia de rechazo de los órganos encargados de otorgar las licencias de edificación, la misma se afirma ahora por el *OVG Lüneburg* NVwZ, 2000, 1061.

nacional las Comunidades Europeas, sino que al mismo tiempo también determinan pormenorizadamente sus objetivos, estructuras, órganos y competencias y, de esa manera, representan igualmente su Constitución. Los mismos rigen con sus modificaciones y ampliaciones ulteriores, en especial las producidas mediante los Tratados de Amstricht y Amsterdam. A ellos se añaden, complementariamente, los principios generales del derecho comunitario desarrollados por el EuGH.

El derecho comunitario derivado comprende las disposiciones jurídicas dictadas por los órganos de las comunidades europeas en virtud de los tratados constitutivos. Las mismas deben respetar los tratados constitutivos; en caso contrario, son contrarias a ellos y nulas. Los actos jurídicos de la comunidad europea (EG), a la que, en aras de la simplicidad, se limitan las siguientes consideraciones (para las demás comunidades vale algo similar), son enunciados más detalladamente en el artículo 249 EGV. Con arreglo al mismo, hay que distinguir:

El reglamento tiene validez general. Vale no sólo para los Estados miembros, sino también en el seno de los mismos y, por lo tanto, debe ser aplicado por las autoridades y los tribunales nacionales, y observado por los ciudadanos. De él pueden nacer directamente derechos y obligaciones para los ciudadanos.

La directiva se dirige en principio sólo a los Estados miembros, obligándoles a su transposición. Establece imperativamente fines, pero deja la elección de la forma y los medios a las autoridades nacionales competentes. El ciudadano no queda obligado ni facultado por la directiva, sino por la norma jurídica alemana dictada para transponerla.⁹³

Las decisiones mencionadas en el artículo 249 IV EGV afectan, por el contrario —y a semejanza de los actos administrativos del derecho ale-

⁹³ En este contexto se plantea la *cuestión* de qué ocurre cuando una directiva no se transpone dentro del plazo establecido. Ésta adquiere entonces eficacia inmediata dentro de los Estados miembros, aunque en principio sólo en favor de los ciudadanos y sólo bajo el presupuesto de que su contenido sea incondicionado y suficientemente determinado. Por otra parte, puede nacer también una pretensión de resarcimiento de daños y perjuicios. Además, de la directiva (todavía no transpuesta) pueden resultar efectos anticipados, en especial para la interpretación (conforme con la directiva) del derecho alemán. *Cfr.* al respecto *Streinz, Europarecht*, margs. 384 y ss.; Jarass/Beljin, *Unmittelbare Anwendung des EG-Rechts und EG-rechtskonforme Auslegung*, JZ, 2003, pp. 768 y ss.; Schliesky, *Die Vorwirkung von gemeinschaftsrechtlichen Richtlinien*, DVBl, 2003, pp. 631 y ss. Sobre la pretensión de resarcimiento de daños y perjuicios, *cfr. infra*, § 31, margs. 6 y ss.

mán—, sólo a casos concretos, y sólo obligan a sus respectivos destinatarios (por ejemplo, a un Estado miembro o a un particular). Además, los órganos de la EG pueden dictar, de acuerdo con el art. 249 V EGV “recomendaciones y dictámenes” que, aunque no vinculan jurídicamente, sí pueden adquirir importancia política, en su calidad de publicaciones oficiales.⁹⁴

B. La relación entre el derecho alemán y el derecho comunitario

Aunque el derecho comunitario constituye un ordenamiento jurídico propio, no se encuentra aislado del alemán y sin relación alguna con éste. Antes bien, es cada vez más frecuente que en la apreciación y la decisión jurídicas de casos concretos deban considerarse tanto el derecho alemán como el comunitario, que pueden complementarse o interferirse. Es por ello que debe aclararse qué norma jurídica —la alemana o la comunitaria— es determinante y debe ser aplicada en caso de colisión: hay que aclarar, por ejemplo, cómo debe decidir el juez si en un caso concreto las disposiciones pertinentes del derecho alemán y del derecho comunitario se contradicen.

La doctrina hoy absolutamente dominante parte con razón de la base de que el derecho comunitario ostenta en principio la primacía sobre el derecho nacional. Desde una perspectiva jurídico-europea, esto resulta de los tratados constitutivos, especialmente del artículo 249 II EGV, y del principio general de aseguramiento de la funcionalidad de las Comunidades, que resultaría menoscabado si el legislador nacional pudiera desbaratar a su

⁹⁴ El centro de gravedad de la producción normativa radica en el *consejo* (Consejo de Ministros), integrado por un miembro del gobierno de cada uno de los Estados miembros, el Ministro competente en cada caso o su representante. El *Parlamento Europeo* no tiene (todavía) potestad legislativa propia, pero sí relevantes facultades de consulta, colaboración y codecisión en el marco de la producción jurídica del consejo. La *Comisión*, integrada (actualmente) por 25 miembros objetivamente independientes, designados por los gobiernos de los Estados en colaboración con el Parlamento Europeo, es predominantemente un órgano ejecutivo, aunque también está facultada para dictar normas en el marco de las correspondientes delegaciones. El *Tribunal de Justicia Europeo (EuGH)*, integrado por 25 miembros también designados por los gobiernos de los Estados, y que tiene su sede en Luxemburgo, tiene que decidir sobre la interpretación y la aplicación del derecho comunitario. Otro órgano —aunque no de la EG, sino de la EU— es el “Consejo Europeo”, integrado por los jefes de Estado y de Gobierno de los Estados miembros y por el presidente de la Comisión. El Consejo “dará a la Unión los impulsos necesarios para su desarrollo y definirá sus orientaciones políticas generales” (artículo 4 I EUV). Este precepto muestra que dicho órgano no puede adoptar resoluciones jurídicamente vinculantes, si bien, en virtud de la autoridad y posición de sus miembros, tiene la posibilidad de establecer orientaciones políticamente determinantes.

gusto las regulaciones comunitarias mediante disposiciones propias. Desde una perspectiva jurídico-estatal, la primacía del derecho comunitario resulta de la aprobación del legislador a los tratados comunitarios y a sus modificaciones posteriores, que, a su vez, descansan sobre la cláusula habilitante para la integración del artículo 24 I GG y del artículo 23 I GG en su redacción de 1992. La primacía del derecho comunitario no significa, sin embargo, primacía en la validez, sino sólo primacía en la aplicación. La disposición jurídica alemana incompatible con una regulación comunitaria no es, por lo tanto, nula, sino únicamente inaplicable en el caso particular. Así, pues, podrá ser aplicada de nuevo si la norma comunitaria se deroga, a menos que en el ínterin se haya modificado esencialmente su contexto.⁹⁵

La consideración aislada de las disposiciones jurídicas alemanas y comunitarias, así como la aplicación a las mismas, también de manera aislada, de la regla de colisión, no siempre conducirá, ciertamente, a soluciones satisfactorias, pues hay que ver siempre las respectivas disposiciones en su contexto global. Es por ello que siempre puede ser necesaria una ulterior extensión. Si aún así existen diferencias de concepto, entonces al legislador alemán no le queda otro remedio que acometer las correspondientes reformas normativas a fin de seguir la concepción comunitaria.⁹⁶

Es discutible si la primacía del derecho comunitario también rige cuando en virtud de la misma son menoscabados derechos o principios fundamentales de la Constitución, como cuando, por ejemplo, la aplicación de una disposición jurídica comunitaria conduce en el caso concreto a una vulneración del artículo 12 I GG (libertad profesional). De acuerdo con la jurisprudencia del BVerfG, la primacía del derecho comunitario también opera frente al derecho constitucional alemán, pero termina allí donde son vulnerados los principios estructurales del artículo 23 I 1 GG, en especial el estándar de los derechos fundamentales formulado por este precepto. En la motivación se aduce sobre todo que —desde la perspectiva del derecho

⁹⁵ Cfr. *BVerfGE* 75, 223, 244; 85, 191, 204; *BVerwGE* 87, 154, 158 y ss.; *EuGH* NJW 1964, 2371; H. P. Ipsen, *Europäisches Gemeinschaftsrecht*, 1972, pp. 255 y ss.; *Oppermann*, *Europarecht*, § 11 margs. 1 y ss.; *Zuleeg*, *VVDStRL* 53, 1994, pp. 159 y ss. La “primacía en la aplicación”, entendida en este sentido, no puede ser confundida con la primacía en la aplicación mencionada *supra*, marg. 50. Allí se trataba de que, en la resolución de casos concretos, primero hay que “aplicar” la ley, sin que sea lícito recurrir inmediatamente —en desconexión con las correspondientes regulaciones legales— a la Constitución. Aquí se trata de solucionar una colisión normativa.

⁹⁶ Cfr. al respecto, en relación con las regulaciones de la competencia, la instructiva contribución de Köhler, *EG-Recht, nationales Wettbewerbsrecht und Verbraucherschutz*, JuS, 1993, pp. 447 y ss.; adicionalmente, *supra*, § 2 marg. 36.

alemán— la cláusula habilitante para la integración del artículo 23 GG, así como la ley de aprobación dictada al amparo de la misma, contemplarían esta reserva. De ello se sigue que las disposiciones comunitarias que violan esta reserva no despliegan efectos en Alemania, y que el BVerfG está llamado a controlarlas y declarar su ineficacia. En la práctica, sin embargo, la cuestión carece de actualidad, porque el estándar comunitario de los derechos fundamentales garantiza una protección de los mismos comparable en lo esencial a la ley fundamental. Mientras así ocurra, el BVerfG tendrá retirada su jurisdicción de este ámbito.⁹⁷

⁹⁷ En *BVerfGE* 37, 271, 277 y ss. (mientras I), el tribunal todavía partía de la base de que en las Comunidades Europeas no existía una protección de los derechos fundamentales homologable al estándar alemán, y afirmó su competencia *mientras* la situación se mantuviera. En *BVerfGE* 73, 339, 375 y ss. (mientras II), el tribunal expone que, ahora, también en las comunidades está garantizada una protección suficiente de los derechos fundamentales, por lo que niega su competencia *mientras* éste sea el caso. Así, pues, el “mientras” —tras la resolución “quizás” (*BVerfGE* 52, 187, 202 y ss.)— se invirtió, por así decirlo. En la sentencia-Maastricht, el *BVerfG* continúa esta jurisprudencia (*BVerfGE* 89, 155, pp. 175 y ss.). La declaración del *BVerfG* de que él ejerce su jurisdicción en Alemania sobre la aplicabilidad del derecho comunitario derivado en una relación de cooperación con el *EuGH*, en la cual el *EuGH* garantiza la protección de los derechos fundamentales en todos los casos particulares y en todo el territorio de las comunidades europeas, y en la que el *BVerfG* puede limitarse, por ello, a una garantía general del estándar inalienable de los derechos fundamentales (*BVerfGE* 89, 155, 175), ha provocado en la doctrina irritaciones y dudas (*cf.* al respecto, por ejemplo, Tomuschat, *EuGRZ* 1993, pp. 489 y ss.; Hommelhof/P. Kirchhof (coords.), *Der Staatenverband der Europäischen Union*, 1984; Schwarze, *NJW* 1994, 1 y ss.; Schröder, *DVBl.* 1994, pp. 316 y ss.; Tietje, *JuS*, 1994, pp. 197 y ss.; Zuck, *Das Gerede vom gerichtlichen Kooperationsverhältnis*, *NJW*, 1994, pp. 978 y ss.). En su resolución relativa al mercado de plátanos, del 7 de junio de 2000 (*BVerfGE* 102, 147), el *BVerfG* aclara su posición, subrayando, en relación con *BVerfGE* 73, 339, que las exigencias del artículo 23 I GG se satisfacen “si la jurisprudencia del *EuGH* asegura con carácter general una protección efectiva de los derechos fundamentales frente a los actos de poder público de las comunidades que pueda estimarse igual en lo esencial a la ordenada como inalienable por la ley fundamental y, especialmente, que garantice con carácter general el contenido esencial de tales derechos” (p. 164). Acto seguido, extrae de ello las consecuencias procesales pertinentes en relación con los recursos de amparo y las cuestiones prejudiciales que aleguen la vulneración de derechos fundamentales por obra de disposiciones de derecho comunitario derivado. Aquéllos son *a priori* admisibles sólo cuando muestren en su motivación que la situación jurídica europea, incluida la jurisprudencia del *EuGH*, ha evolucionado después de la publicación de la sentencia-mientras II (*BVerfGE* 73, 339, 378 y ss.) hasta hundirse por debajo del estándar de los derechos fundamentales exigible (así, *BVerfGE* 102, 147, 164). Como esto no ha sucedido en caso concreto alguno, las cuestiones de inconstitucionalidad han sido inadmitidas.

9. *Derecho internacional*

El derecho internacional vale en el ámbito interno del Estado únicamente cuando ha sido recibido mediante un acto jurídico estatal interno. Para las “reglas generales del derecho internacional”, esto ocurre ya en virtud del artículo 25 GG; para las demás reglas del derecho internacional, se necesita una ley de aprobación con arreglo al artículo 59 II GG. Las reglas generales del derecho internacional ocupan una posición jerárquica entre las leyes formales y la Constitución (cfr. artículo 25 inciso 2 GG), mientras que las regulaciones especiales del derecho internacional comparten el rango de la ley de aprobación.⁹⁸

⁹⁸ Bibliografía sobre el § 4: Ross, *Theorie der Rechtsquellen*, 1929; Hensel, *Die Rangordnung der Rechtsquellen*, HdbStR vol. II, 1932 pp. 313 y ss.; Hans J. Wolff, “Rechtsgrundsätze und verfassungsgestaltende Grundentscheidungen als Rechtsquelle”, *Gedächtnisschrift für W. Jellinek*, 1955, pp. 33 y ss.; Höhn, *Gewohnheitsrecht im Verwaltungsrecht*, 1960; Jesch, *Gesetz und Verwaltung*, 1961, pp. 9 y ss. (hay traducción al español de Manuel Herrero, *Ley y Administración: estudio de la evolución del principio de legalidad*, IEA, Madrid, 1978); Bachof, *Die Prüfung- und Verwerfungskompetenz der Verwaltung gegenüber dem verfassungswidrigen und dem bundesrechtswidrigen Gesetz*, AÖR vol. 87, 1962, pp. 1 y ss.; Menger, “Die allgemeinen Grundsätze des Verwaltungsrechts als Rechtsquellen”, *Festschrift für Bogs*, 1967, pp. 89 y ss.; Starck, *Der Gesetzesbegriff des Grundgesetzes*, 1970; Meyer-Cording, *Die Rechtsnormen*, 1971; R. Dreier, “Probleme der Rechtsquellenlehre”, *Festschrift für Hans J. Wolff*, 1973, pp. 3 y ss.; Öhlinger, *Der Stufenbau der Rechtsordnung*, 1975; P. Kirchhof, *Rechtsquellen und Grundgesetz*, BVerfG-Festschrift, 1976, vol. II, pp. 50 y ss.; Schmidt-Aßmann, *Die kommunale Rechtsetzung im Gefüge der administrative Handlungsformen und Rechtsquellen*, 1981; E.-W. Böckenförde, *Gesetz und gesetzgebende Gewalt*, 2a. ed., 1981, en especial pp. 210 y ss.; D. Merten, *Das System der Rechtsquellen*, Jura, 1981, pp. 169 y ss., pp. 236 y ss.; von Olshausen, *Die (Rechts-)Quellen des Verwaltungsrechts*, JA 1983, pp. 177 y ss.; Wahl, *Der Vorrang der Verfassung und die Selbständigkeit des Gesetzesrechts*, NVwZ 1984, pp. 401 y ss.; P. Kirchhof, *Revisibles Verwaltungsrecht*, Festschrift für Menger, 1985, pp. 813 y ss.; Ossenbühl, *Gesetz und Recht — Die Rechtsquellen im demokratischen Rechtsstaat*, HStR III, 1988, § 61 margs. 1 y ss.; Tettinger, *Normtypen im deutschen Verwaltungsrecht*, DV 22, 1989, pp. 291 y ss.; Maurer, *Rechtsfragen kommunaler Satzungsgebung*, DÖV, 1993, pp. 184 y ss.; Jamrath, *Normenkontrolle der Verwaltung und Europäisches Gemeinschaftsrecht*, 1993; Starck (coord.), *Rangordnung der Gesetze*, 1995; Heintzen, *Das Rangverhältnis von Rechtsfindung im Verwaltungsrecht*, 1999; H. Schneider, *Gesetzgebung*, 3a. ed., 2002; Ossenbühl, *Allgemeine Rechts- und Verwaltungsgrundsätze — eine verschüttete Rechtsfigur?*, BVerfG-Festschrift, 2003, pp. 289 y ss.

V. LA LEY DE PROCEDIMIENTO ADMINISTRATIVO (*VwVfG*)^{99*}

La regulación central de la parte general del derecho administrativo se contiene en la Ley Federal de Procedimiento Administrativo (*VwVfG*), aprobada el 25 de mayo de 1976 y objeto de múltiples modificaciones, la última de las cuales es de 23 de enero de 2003. La citada ley no representa, ciertamente, una codificación del conjunto de la parte general del derecho administrativo, pero contiene no sólo prescripciones sobre el procedimiento administrativo, sino también sobre aspectos materiales del derecho administrativo que guardan relación con la legislación de procedimiento administrativo (las denominadas materias conexas). La *VwVfG* resulta sólo de aplicación en el ámbito federal; los *Länder*, no obstante, han adoptado para sus respectivos ámbitos normas propias de contenido idéntico, de modo que, en Alemania, no existe una normativa común, pero sí una regulación sustancialmente coincidente del procedimiento administrativo, así como de determinados aspectos materiales del derecho administrativo. La exposición que sigue concierne, en primer lugar, a la Ley Federal de Procedimiento Administrativo (I-III) y, posteriormente, a las leyes homólogas de los *Länder* (IV).¹⁰⁰

1. *Origen y posterior desarrollo de la VwVfG*

A. *Antecedentes históricos*

La *VwVfG* supuso en el momento de su aprobación una notable novedad. Con anterioridad sólo había principios y regulaciones parciales. Las primeras prescripciones sobre procedimiento administrativo se originaron en la segunda mitad del siglo XIX, principalmente en conexión con la nueva orientación de la jurisdicción contencioso-administrativa. Otras prescripciones, si bien de carácter sectorial, fueron establecidas en el plano del Imperio por la codificación de la seguridad social llevada a cabo mediante la Ordenanza Imperial Social de 1911 y por la codificación del derecho tributario efectuada mediante la Ordenanza Imperial Tributaria de 1919. En el

^{99*} El § 5 ha sido traducido por Marc Tarrés Vives, profesor lector de derecho administrativo de la Universitat Oberta de Catalunya.

¹⁰⁰ Cuando en las otras partes de esta obra se cita la "*VwVfG*", se trata, a menos que se diga lo contrario, de las disposiciones concordantes, por su contenido y número de párrafo, con las leyes de procedimiento administrativo de la Federación y de los *Länder*.

ámbito de los Länder se produjeron dos amplias codificaciones durante la época de Weimar. En Turinga fue aprobada, en 1926 una Ley de la Administración del Land que contenía una regulación sobre la organización administrativa, el procedimiento administrativo, la jurisdicción administrativa, la ejecución forzosa de los actos administrativos y el derecho de policía. En Württemberg, tras años de discusiones, fue publicado el proyecto de una Ley de Derecho Administrativo, que comprendía todo el derecho administrativo material y que venía acompañada en su anexo de un proyecto de ley de la jurisdicción contencioso-administrativa; ciertamente, este proyecto no llegó a convertirse en ley, pero ejerció una notable influencia sobre la praxis y, con su prolija exposición de motivos, en la que se analizan la teoría y la praxis administrativas de la época, constituye todavía hoy una interesante fuente de conocimiento.¹⁰¹

Tras la Segunda Guerra Mundial, en la década de los años cincuenta del siglo pasado, se discutió la cuestión de una codificación de la parte general del derecho administrativo o, cuando menos, de la regulación del procedimiento administrativo; el tema se trató, por ejemplo, en la reunión de profesores de derecho público de 1958 (VVVDStRL vol. 17, 1959, pp. 118 y ss.) y en la 43a. reunión de la Asociación Alemana de Juristas del año 1960 (actas de la 43a. DJT, 2 vols., 1960/62), así como en numerosas publicaciones y en algunas comisiones establecidas al efecto. El decisivo impulso para las posteriores iniciativas legislativas lo supuso la citada reunión del año 1960. La discusión de la sección de derecho público tuvo lugar bajo el título planteado: “¿Es recomendable codificar la parte general del derecho administrativo?” Y se llegó a la limitada conclusión de que sería “deseable y necesaria... una regulación unificada del procedimiento administrativo” y que en esa regulación debían “incluirse las materias conexas de la parte general del derecho administrativo, especialmente la cuestión sobre la firmeza del acto administrativo”. Con esto no sólo se abogó por una regulación legal, sino también por designar el objeto de esa regulación (no toda la parte general

¹⁰¹ Cfr. Knauth/Wagner, *Landesverwaltungsordnung für Thüringen*, 1927 (Texto y comentario); *Verwaltungsrechtsordnung für Württemberg. Entwurf eines Gesetzes mit Begründung*, 1931, en el mismo sentido Mass, *Die Verwaltungsrechtsordnung für Württemberg*, 1996 y Maurer, NVwZ 1998, p. 943. Cabe señalar además el caso de Austria cuya Ley General de Procedimiento Administrativo data de 1925 y sigue vigente en lo sustancial (cfr. al respecto Antonioli/Koja, *Allgemeines Verwaltungsrecht*, pp. 602 y ss.). La misma fue tomada de algunos Estados vecinos (Checoslovaquia, Polonia, Yugoslavia) e influyó a su vez sobre el derecho alemán. Los legisladores extranjeros, en parte, se ocuparon tempranamente de este tema, cfr. Ule (coord.), *Verwaltungsverfahrensgesetze des Auslandes*, vol. 2, 1967.

del derecho administrativo, sino sólo regulaciones conexas de la misma, lo que siempre hay que entender por aquélla).¹⁰²

B. Proyectos de ley

Una única ley federal que abarcase el conjunto de las administraciones de la Federación y de los Länder no era posible por razones competenciales, dado que a la Federación sólo le corresponde regular, por la naturaleza de las cosas, el procedimiento administrativo de los órganos federales y, de acuerdo con lo previsto en los artículos 84 I y 85 I GG, la ejecución de las leyes federales por parte de los órganos de los Länder. Es por esto que hubo acuerdo para la elaboración de un proyecto legislativo modelo que debía servir de base para elaborar, con un contenido coincidente, las leyes de procedimiento administrativo de la Federación y de los Länder que iban a ser aprobadas. En 1960, una comisión integrada por funcionarios ministeriales de la Federación y de los Länder fue convocada a tal efecto. Tres años después, en 1963, dicho comité presentó un “proyecto modelo de Ley de Procedimiento Administrativo (EVw-VerfG 1963)”, el cual, en una nueva reunión celebrada en Munich en el año 1996, fue reelaborado en atención a las observaciones efectuadas en el ínterin (es la llamada versión muniquesa del proyecto modelo).¹⁰³

El proyecto modelo constituyó la base para sendos proyectos de una Ley de Procedimiento Administrativo que el Gobierno Federal presentó en 1970 y 1973. La nueva presentación del proyecto fue necesaria por la razón de que la tramitación del primer proyecto no pudo concluirse durante la correspondiente legislatura y tuvo que volver a ser presentado en la siguiente. Hasta el final, el ámbito de aplicación de la nueva ley fue objeto de discusión entre el Bundestag y el Bundesrat. El conflicto fue finalmente salvado

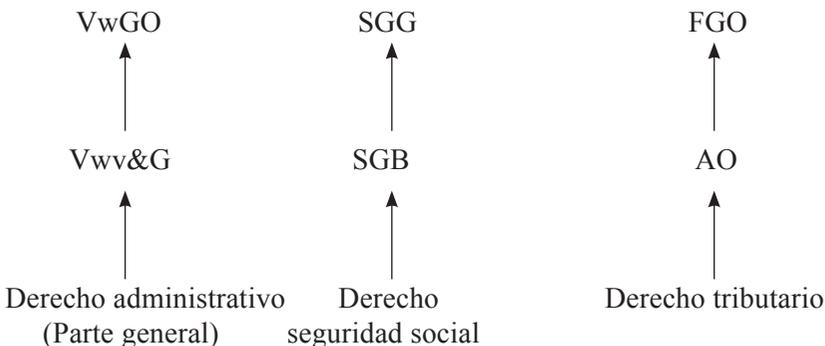
¹⁰² Cfr. sobre ello Ule, *Die Kodifizierung des Verwaltungsverfahrenrechts*, DVG V, 1987, pp. 1162 y ss., con ulteriores referencias.

¹⁰³ Existe una publicación independiente: *Musterentwurf eines Verwaltungsverfahrensgesetzes* (EVwVerfG, 1963), 1964, 2a. ed., 1968, con un anexo de la “versión muniquesa”. El establecimiento de una comisión Federación-Länder para la elaboración de un proyecto modelo responde a la concepción del federalismo cooperativo, por la que se persiguen regulaciones comunes a través del trabajo conjunto y el acuerdo. Parecidos proyectos modelo han sido elaborados en otros ámbitos; cabe citar, por ejemplo, la regulación modelo de la edificación de 1959/2002, que ha servido de base para las regulaciones de la edificación de los Länder, o el proyecto modelo de una ley policial unificada de la Federación y los Länder 1977/1986, que ha servido como patrón para las leyes policiales de la Federación (Ley Federal de Protección de las Fronteras) y de los Länder.

en el seno de la Comisión de Mediación a través de la cláusula de compromiso del § 1 III (cfr. sobre ello infra, marg. 12).

C. *Leyes paralelas*

El legislador no resolvió incluir dentro de la legislación de procedimiento administrativo los aspectos jurídico-procedimentales de los derechos tributario y de la seguridad social. Es más, los mismos están expresamente excluidos según lo previsto en el § 2 I núm. 1 VwVfG. El procedimiento social está regulado en las partes primera y décima del Código de la Seguridad Social, mientras que el procedimiento tributario aparece regulado en la Ley General Tributaria. Existen de este modo tres ámbitos paralelos de regulación del procedimiento administrativo, que encuentran respectivamente su continuación en tres leyes jurisdiccionales: la VwGO para el ámbito general de lo contencioso-administrativo, la SGG para lo social, y la FGO para lo tributario. En la doctrina se habla por ello de la “teoría de los tres pilares”. Desde el punto de vista jurídico-político esta tríada ha sido mayoritariamente criticada. La crítica, sin embargo, resulta mitigada por el hecho de que el legislador, al dictar las partes primera y décima del Código de la Seguridad Social y la Ley General Tributaria, se inspiró en las regulaciones de la Ley de Procedimiento Administrativo, asumiéndola incluso literalmente en su mayor parte. Sin embargo, y a fin de cuentas, el resultado sigue siendo que los tribunales de lo contencioso-administrativo deciden sobre los litigios derivados de la Ley de Procedimiento Administrativo, los de lo social sobre los referentes al Código de la Seguridad Social (SGB) y los de lo tributario sobre los relativos a la Ley General Tributaria (AO). Por descontado que esto no rige estrictamente, pues existen siempre excepciones y dislocaciones. El siguiente esquema, por lo tanto, sólo puede ofrecer una visión general:



D. Modificaciones de la VwVfG

La VwVfG, que entró en vigor el 1o. de enero de 1977, permaneció casi inalterada durante sus dos primeras décadas de vigencia. Los pocos cambios realizados durante este periodo afectaban casi en exclusiva a adaptaciones de redacción a otras regulaciones legales, tales como la Ley de Adaptación (anterior incluso a su entrada en vigor, 1976) y la Ley de Asistencia (1990). Por el contrario, desde 1996 —según la numeración dada por el propio legislador— se han producido tres importantes modificaciones del contenido material de la ley [primera Ley de Modificación de la Ley Federal de Procedimiento Administrativo, (1. VwVfÄndG), del 2 de mayo de 1996, segunda Ley de Modificación de la Ley Federal de Procedimiento Administrativo (2. VwVfÄndG), del 6 de agosto de 1998 y tercera Ley de Modificación de la Ley Federal de Procedimiento Administrativo (3. VwVfÄndG), del 21 de agosto de 2002, BGBl. I, pp. 656, 2022 y 3322, respectivamente]. La primera tiene por objeto la eficacia retroactiva de la revocación de subvenciones y otros actos prestacionales, así como algunas regulaciones sobre determinadas consecuencias de la revisión de oficio y de la revocación; la segunda concierne a la certificación pública de documentos elaborados mediante ordenador (§ 33) y la autorización del sometimiento a la ejecución inmediata (§ 61 I); la tercera y más relevante ley de modificación regula principalmente la utilización de documentos electrónicos en lugar de la forma escrita y, en especial, el acto administrativo electrónico (§§ 3a, 37 IV). Además, la VwVfG fue modificada y completada mediante la Ley para la Aceleración de los Procedimientos Administrativos (GenBeschlG) del 12 de septiembre de 1996 (BGBl. I, p. 1354), que, por un lado, limita la relevancia de los vicios de procedimiento mediante la modificación de los §§ 45, 46 y, por otro lado, contiene un capítulo completo sobre la aceleración del procedimiento de autorización (§§ 71a y ss.). Y todavía hay que mencionar, finalmente, la sexta Ley de Modificación de la Ley de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa, del 1o. de noviembre de 1996 (BGBl. I, p. 1626), que ciertamente no modifica la VwVfG, pero sí la complementa, al desarrollar en el § 87 I 2, núm. 7 y en el § 94 inciso 2 VwGO, las consecuencias procesales que se derivan de la nueva regulación del § 45 VwVfG. Aquí no se van a tratar pormenorizadamente estas modificaciones. La mismas serán analizadas más adelante dentro de su propio contexto.¹⁰⁴

¹⁰⁴ *Cfr.* de forma más detallada sobre estas modificaciones Henneke, *Knack*, VwVfG, § 1 margs. 11 y ss.; Kopp/Ramsauer, VwVfG, Einführung margs. 29 y ss.; Stelkens/Sachs, StBS,

2. La significación de la VwVfG

Con la aprobación de la VwVfG el legislador ha buscado la consecución de diversos objetivos. La VwVfG debería servir, en primer lugar, a la unificación del derecho, en la medida en que sustituye una serie de normas especiales, fragmentadas y diseminadas por una regulación unitaria para los ámbitos abarcados por ellas. Con esto quiere lograrse, al mismo tiempo, descargar al legislador, que a partir de ahora puede renunciar a incluir en las leyes particulares de la parte especial del derecho administrativo las correspondientes regulaciones. Además, debe servir, también, para lograr una simplificación y una racionalización de la actividad administrativa, pues los órganos administrativos obtienen de ella un conjunto de normas claras y vinculantes que regulan su actuación. Finalmente —pero no en último lugar— debería servir al ciudadano, cuyos derechos en el seno del procedimiento quedan desde ahora expresamente establecidos y garantizados.

Para el derecho administrativo general, el sentido de la VwVfG radica en que una parte significativa de los principios generales del derecho administrativo hasta entonces no escritos (*cf. supra*, § 3 marg. 2, § 4 marg. 29) han sido reemplazados y sustituidos por preceptos legales. La VwVfG ha asumido ampliamente el contenido de dichos principios y, con ello, los ha positivizado. Pero también ha eliminado puntos oscuros, resuelto cuestiones controvertidas y abierto, en parte, nuevas discusiones, de modo que la VwVfG no se agota en la codificación de los principios jurídicos hasta la fecha existentes. La base de la argumentación se ha modificado en cualquier caso: mientras que antes la jurisprudencia y la doctrina tomaban como punto de partida los principios jurídicos no escritos, que ellas mismas habían configurado y desarrollado, ahora deben interpretar y aplicar un conjunto de normas jurídico-positivas. Esto depende también, sin duda alguna, de en qué medida la VwVfG ha sido “aceptada”. Al principio existía manifiestamente en la jurisprudencia una cierta tendencia a orientarse mediante los principios jurídicos hasta entonces vigentes y citar la VwVfG, en todo caso, a modo de confirmación. Esta situación hubiera debido haber cambiado en el ínteri.

Einleitung margs. 66 y ss.; adicionalmente, las referencias contenidas en la 12a. edición de este libro. Sobre la 3. *VwVfÄndG* y posteriores proyectos: Schmitz, NVwZ 2000, pp. 1238 y ss.; Rosenbach, DVBl, 2001, pp. 332 y ss.; Schmitz/Schlatmann, NVwZ, 2002, pp. 1281 y ss.; Schlatmann, DVBl, 2002, pp. 1005 y ss.; Bonk, DVBl, 2004, pp. 141 y ss.; Schmitz, DVBl, 2005, pp. 17 y ss.; U. Stelkens, NWVBl, 2006, pp. 1 y ss.

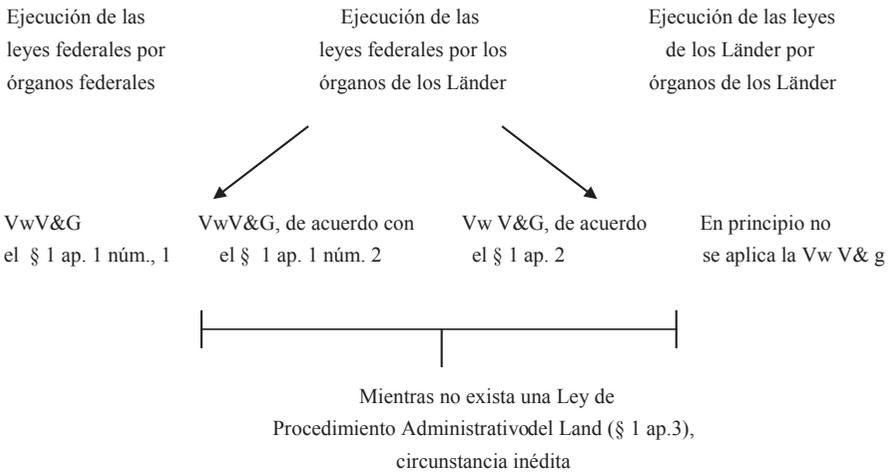
3. *El ámbito de aplicación de la VwVfG*

El campo de aplicación de la VwVfG (nos referimos aquí al de la Federación, no a la de los Länder, sobre ello infra, margs. 17 y ss.) viene determinado por los §§ 1, 2 y 9 VwVfG. Con arreglo a los mismos es posible establecer tres criterios delimitadores de tipo positivo y dos de tipo negativo. La VwVfG vale: 1) para la actividad administrativa jurídico-pública; 2) de las autoridades administrativas federales; 3) tendente a la emanación de un acto administrativo o a la celebración de un convenio administrativo, en tanto en cuanto; 4) no entren en juego ni la cláusula de exclusión general del § 2 VwVfG ni, 5) disposiciones específicas (ya en el mismo sentido, ya en sentido contrario) de la parte especial del derecho administrativo. En particular, se trata de:

1. Actividad administrativa jurídico-pública. La VwVfG es (únicamente) aplicable si los órganos administrativos actúan en el marco del derecho público. La actuación conforme al derecho privado, por el contrario, no está sustancialmente comprendida, ni siquiera cuando a dicha actuación se le superponen normas jurídico-públicas, como ocurre en el caso del derecho privado administrativo. Aunque precisamente esta superposición jurídico-pública puede llevar, no obstante, a que preceptos de la VwVfG a través de los cuales se concretizan normas constitucionales o principios generales del derecho puedan ser aplicados de forma, si bien no directa, sí mediata y clarificadora (*cf.* sobre ello BGHZ 155, 166, 175). La exclusión de la actividad administrativa producida bajo formas de derecho privado se confirma mediante la definición legal que del procedimiento administrativo nos da el § 9 VwVfG (*cf.* también infra, marg. 13).
2. Órganos federales. Según el artículo 83 y ss. GG deben diferenciarse tres ámbitos de ejecución legislativa dentro de la concepción del Estado Federal: la ejecución de las leyes federales por órganos federales, ejecución de las leyes federales por órganos de los Länder y ejecución de las leyes de los Länder por órganos de los propios Länder. En las discusiones parlamentarias no resultaba controvertido que la VwVfG debía ser aplicable en el primer caso e inaplicable en el tercero. Las controversias habidas entre la Federación y los Länder se referían, por el contrario, a si en el segundo caso, el de la ejecución de la legislación federal por los órganos de los Länder —por regla, el caso general— debía aplicarse la VwVfG. A favor de esta regulación hablaba la ejecu-

ción homogénea de las leyes federales; en contra el hecho de que los órganos de los Länder hubieran tenido que observar un derecho procedimental distinto según ejecutaran normas de la Federación o del Land, circunstancia que hubiese resultado especialmente en los casos en los que en una misma materia fuese de aplicación tanto el derecho material de la Federación como el del Land (es el caso del derecho urbanístico, con el BauGB y la normativa del Land reguladora de la edificación). El legislador se decidió en el § 1 I, II VwVfG por el principio de la aplicación de ley federal, si bien se contemplaba una excepción a través de la fórmula de compromiso del § 1 III VwVfG, adoptada en el seno de la Comisión de Mediación, para el caso de que los Länder hubiesen promulgado una ley de procedimiento administrativo homologable con la VwVfG. El hecho de que todos los Länder hayan hecho uso de esta “oferta” hace que en general la VwVfG no sea de aplicación a los órganos de los Länder. Por todo ello puede decirse que —pese a lo previsto en el § 1 I, II VwVfG—, la VwVfG sólo es aplicable a las autoridades federales, mientras que para los órganos administrativos de los Länder existen regulaciones equivalentes contenidas en sus respectivos ordenamientos.

§ 4 Las fuentes del Derecho administrativo



3. Limitación a determinados procedimientos administrativos. El § 9 VwVfG restringe el concepto de procedimiento administrativo a “la actividad provista de efectos externos realizada por los órganos administrativos que se dirige al examen de los requisitos, a la preparación y a la emanación de un acto administrativo o a la celebración de un convenio jurídico-público”. De esta manera queda restringido también el ámbito de aplicación de la VwVfG. Los actos administrativos y los convenios administrativos son, ciertamente, las formas más destacadas de actuación de la administración, pero las mismas se ven complementadas y desplazadas cada vez con más frecuencia por otras medidas administrativas. Así, la VwVfG no comprende los actos administrativos internos, ni las órdenes de servicio, ni las comunicaciones entre órganos administrativos, así como tampoco las simples actuaciones administrativas materiales, caso de las recomendaciones y advertencias efectuadas en el ámbito de la información administrativa, ni los reglamentos y ordenanzas, ni las medidas de planificación, a menos que se dicten en forma de un acto administrativo. Esta limitación queda confirmada por la propia VwVfG, cuyas prescripciones han sido cortadas, sin excepción, pensando en el patrón de los actos y los convenios administrativos.
4. Cláusula de exclusión de ciertos sectores. El § 2 VwVfG excluye completamente de su ámbito de aplicación algunos sectores de actividad administrativa; así, la actividad de las iglesias, comunidades religiosas y comunidades partícipes de una determinada cosmovisión, también los procedimientos de los órganos tributarios de la Federación y de los Länder con arreglo a la Ley General Tributaria, así como la persecución de delitos e infracciones administrativas, los procedimientos previstos en el Código de la Seguridad Social, el derecho relativo a compensaciones y reparaciones de guerra y, finalmente, las representaciones de la Federación en el extranjero. Algunos otros ámbitos han sido excluidos parcialmente; es el caso de la administración de justicia, en la medida en que la misma no se encuentra sometida al control de los tribunales contencioso-administrativos generales (sino a otros tribunales, tales como los tribunales superiores del Land, de acuerdo con los §§ 23, 25 EGGVG, o las salas de lo penitenciario, de acuerdo con el § 110 StVollzG), y es

el caso también de los exámenes, respecto de los cuales sólo resultan de aplicación algunas disposiciones de la *VwVfG*.¹⁰⁵

5. Cláusula de supletoriedad. La *VwVfG* resulta de aplicación sólo en el caso de que las regulaciones legales especiales (leyes formales, reglamentos, pero no ordenanzas) no contengan previsiones de idéntico o distinto contenido. Rige, pues, únicamente con carácter subsidiario. De este modo —según el planteamiento original del legislador de entonces— el derecho administrativo (procedimental) a la sazón vigente, disperso en numerosas leyes, no debía quedar definitivamente sancionado, sino que se posibilitaba su progresivo desmantelamiento y eliminación de una forma adecuada, coherente con el objetivo de la unificación de la regulación del procedimiento administrativo. En realidad, sin embargo, esto sólo ha sucedido en una medida limitada. Aunque, con todo, han sido aprobadas toda una serie de leyes de simplificación administrativa y depuración normativa.¹⁰⁶

La cláusula de supletoriedad sólo concierne al derecho federal (leyes y reglamentos de la Federación). Las leyes de los Länder son desplazadas por la *VwVfG* en cuanto que norma de rango superior. No obstante, las leyes de procedimiento administrativo de los Länder contienen para sus respectivos ámbitos una cláusula de supletoriedad análoga, de manera que, en virtud de lo previsto en el § 1 III *VwVfG*, también las leyes especiales de los Länder gozarían de primacía.¹⁰⁷

¹⁰⁵ La excepción, entre otras, de las iglesias obedece al derecho de autonomía del artículo 140 *GG*/artículo 137 III *WRV*. La misma no procede, en consecuencia, cuando las iglesias ejercen por delegación funciones estatales. La exclusión de sectores de actividad administrativa estatal resulta, en parte, de su especial estructura (caso de la persecución penal), en parte, de su tradicional regulación especial (casos del derecho tributario y del derecho de la seguridad social, *cfr. supra*, marg. 2) y, en parte, de la expectativa de que algunos de esos sectores se extinguirán paulatinamente (así la legislación sobre compensación de cargas y reparaciones de guerra). La aplicación limitada de la *VwVfG* a los exámenes se comprende por sí misma (resultaría un sinsentido permitir la representación en el examen de bachillerato), *cfr. además infra*, § 19 marg. 24.

¹⁰⁶ *Cfr.* al respecto las referencias contenidas en Bonk/Schmitz, StBS § 1 margs. 242 y ss.; Blümel (coord.), *Die Vereinheitlichung des Verwaltungsverfahrensrechts*, 1984; Blümel/Pitschas (coords.), *Reform des Verwaltungsverfahrensrechts*, 1994; *idem* (coord.), *Verwaltungsverfahren und Verwaltungsprozess im Wandel der Staatsfunktionen*, 1997; Ziekow (coord.), *Beschleunigung von Planungs- und Genehmigungsverfahren*, 1998.

¹⁰⁷ Ejemplo: Para la ejecución del *BauGB* rigen en parte las normas de procedimiento de las Leyes de urbanísticas de los Länder (es el caso del control de conformidad de los proyectos singulares con las normas de planificación urbanística, según el § 29 *BauGB*). En sí,

4. Las leyes de procedimiento administrativo de los Länder

A. Planteamiento

Todos los Länder han aprobado, sin excepción, sus correspondientes leyes de procedimiento administrativo (LVwVfG), lo cual era comprensible a la luz de la regulación de compromiso contenida en el § 1 III VwVfG. Estas leyes fueron aprobadas por los Länder del Oeste poco después de que lo fuese la VwVfG, mientras que en el caso de los Länder del este se dictaron poco después de la reunificación. Cabe diferenciar tres modelos distintos: 1) leyes integrales, 2) leyes de remisión y 3) leyes de integración. Las mismas se diferencian por el modo de recepción de la ley federal, aunque todas ellas conducen al mismo resultado: unas leyes de procedimiento administrativo cuyo contenido coincide con el de la VwVfG. Ciertamente, existen algunas divergencias, pero las mismas sólo afectan al ámbito de aplicación, a las disposiciones finales y a ciertas particularidades del derecho de cada Land.

1) Leyes integrales. La mayor parte de los Länder han aprobado su ley de procedimiento administrativo a modo de texto completo y articulado cuyo contenido se corresponde —incluso en la numeración de los párrafos— con el de la VwVfG.

2) Leyes de remisión. Cuatro Länder (Berlín, Baja Sajonia, Renania Palatinado, Sajonia) remiten en bloque a la VwVfG y, de esta manera, la asumen —como ley del Land— en su ámbito. La regulación que efectúa la recepción se complementa simplemente —en correspondencia con lo que también hacen las leyes integrales— con disposiciones preliminares sobre el ámbito de aplicación, disposiciones finales y algunas normas adicionales. Mediante la remisión global, el legislador se ahorra la “transcripción” de los preceptos de la VwVfG, y el operador jurídico, el examen en detalle de si —y en qué medida— existe realmente una coincidencia entre el derecho federal y el derecho del Land.¹⁰⁸

estas disposiciones, en tanto que legislación de los *Länder*, no están cubiertas por la cláusula de subsidiariedad. Sin embargo, como los *Länder* podían aprobar y de hecho han aprobado, al amparo del § 1 III *VwVfG*, sus propias leyes de procedimiento administrativo, la cláusula de subsidiariedad establecida en ellas produce aquí sus efectos.

¹⁰⁸ Existen, sin embargo, determinadas diferencias en los tipos de remisión. Mientras en Berlín (desde 1997), Renania Palatinado y Sajonia debe aplicarse la *VwVfG* de la Federación “en la versión vigente en cada momento” (remisión dinámica), en Baja Sajonia rige la versión determinada en cada momento por la legislación del *Land*: actualmente, la versión de 23 de enero de 2003 (BGBl. I, p. 102), *cf.* la ley del *Land* del 16 de diciembre de 2004 (GVBl. p. 634) (remisión estática sucesiva). En el primer caso, las modificaciones de la *VwVfG* fe-

3) Leyes de integración. En dos Länder, Schleswig-Holstein y Mecklenburg-Vorpomerania, las disposiciones concordantes con la *VwVfG* se encuentran incluidas en una extensa ley de procedimiento administrativo.¹⁰⁹

La concordancia de contenido entre la *VwVfG* y las leyes de procedimiento administrativo de los Länder se ha ido debilitando con el transcurso del tiempo por el hecho de que los Länder no han recogido, o lo han hecho con retraso o con cambios, las modificaciones y normas complementarias de la *VwVfG*, cuando no han incluido regulaciones adicionales en sus propias leyes (*cf.* con más detalle Bonk/Schmitz, *StBS* § 1 margs. 254 y ss.). Esas diferen-

deral producen un efecto inmediato en el ámbito del *Land*; en el segundo, el legislador del *Land*, si pretende mantener la correspondencia con la *VwVfG*, debe volver a pronunciarse tras cada modificación de la legislación federal (lo que efectivamente sucede en Baja Sajonia). La remisión dinámica plantea objeciones constitucionales por razones derivadas de los principios democrático, del Estado de derecho y del Estado Federal, *cf.* en general sobre la remisión *BVerfGE* vol. 47, pp. 285, 311 y ss.; Schenke, *Festschrift für Fröhler*, 1980, pp. 87 y ss.; Brugger, *VerwArch*. 78, 1987, pp. 1 y ss.; Klindt, *DVB1*, 1998, pp. 373 y ss.; en particular, sobre las arriba citadas leyes de remisión; Ehlers, *DVB1*, 1977, pp. 693 y ss.; Obermayer/Riedel, *VwVfG*, *Einleitung* margs. 61 y ss.; diferenciando, Schenke, *cit.*, p. 114. Aunque la remisión dinámica resulta problemática desde el punto de vista constitucional y debería ser rechazada en principio, debería resultar admisible precisamente en el ámbito de las leyes de procedimiento administrativo, dado que éstas emanan de principios del Derecho administrativo general que rigen, en gran medida, de manera uniforme en toda la Federación y han sido establecidas para lograr una concordancia de contenido; a esta misma conclusión llegan Ule/Laubinger, *Verwaltungsverfahrenrecht*, § 8 marg. 16; Kopp/Ramsauer, *VwVfG*, *Einführung* marg. 9. Los defensores de la postura contraria tampoco consideran que las leyes de remisión de Berlín, Renania Palatinado y Sajonia son nulas sin más, sino que afirman —mediante una interpretación conforme a la Constitución o mediante una nulidad parcial— una asunción de la *VwVfG* federal en su versión original (remisión estática), lo cual, a la vista del claro tenor de esa regulación, difícilmente puede justificarse.

¹⁰⁹ Schleswig-Holstein ya había aprobado en 1967 una Ley de Administración del *Land* (*LVwG*) que no sólo contenía, en conexión con el proyecto modelo (*cf.* *supra*, marg. 4), una regulación del procedimiento administrativo, sino también de otras materias (organización administrativa, elaboración de reglamentos y ordenanzas, Derecho de policía, ejecución forzosa de actos administrativos). Esta ley permaneció en vigor tras la aprobación de la *VwVfG* de 1976, aunque las normas relativas al procedimiento administrativo fueron adaptadas a la nueva ley federal, lo cual pudo hacerse sin dificultad dado que en las normas anteriores ya se habían inspirado en el proyecto modelo. Las diferencias, sin embargo, son mayores que en otros Länder. Las mismas se manifiestan en el plano formal con una diferente numeración de los párrafos y en el aspecto material con algunas regulaciones especiales, por ejemplo en lo concerniente al acceso a los expedientes (§ 88 *LVwG*) y a la ineficacia de los convenios administrativos contrarios a derecho (§ 126 III *LVwG*). Mecklenburg-Vorpomerania adoptó las prescripciones de la *VwVfG* a modo de ley integral, completándola con normas adicionales relativas al procedimiento de notificación administrativa, al procedimiento administrativo de ejecución forzosa, así como a la supervisión (especializada y de servicio) de los órganos administrativos (*cf.* sobre ello Meyer, en Knack, § 1 marg. 48).

cias, con todo, conciernen sólo a algunos aspectos marginales, de modo que la concepción de un derecho del procedimiento administrativo de contenido concordante compartido por la Federación y los Länder (aún) no se ha visto seriamente perjudicada. Esta concepción también debería persistir una vez que los proyectados cambios referentes a la relación entre la Federación y los Länder sean acordados e implementados luego por ambas partes en el plano legislativo. En la esfera de la jurisprudencia, la homogeneidad en la interpretación y el desarrollo de la legislación de procedimiento administrativo se ha garantizado a través de la revisión ante el BVerwG, limitada fundamentalmente a casos de infracción del derecho federal, aunque excepcionalmente aquélla puede sustentarse en la infracción de preceptos de las leyes de procedimiento administrativo de los Länder, cuando concurra el presupuesto de que el correspondiente precepto “concuere, con arreglo a su tenor literal, con la Ley de Procedimiento Administrativo de la Federación” (§ 137 I núm. 2 VwGO).

B. Aplicabilidad

Las leyes de procedimiento administrativo de los Länder rigen respecto de la actividad administrativa de los órganos administrativos de los Länder (*cf.* supra, marg. 12). En esa medida se complementan sin fisuras con la correspondiente Ley de la Federación. Por lo demás, los requisitos y las limitaciones determinantes de la aplicación de la Ley Federal se encuentran a su vez también en las leyes de los Länder (actividad administrativa jurídico-pública, orientación hacia los actos y convenios administrativos, exclusión completa de ciertos ámbitos de actividad administrativa y primacía de las regulaciones especiales contenidas en leyes sectoriales). Las cláusulas de exclusión de ciertos ámbitos de actividad administrativa han sido incluso ampliadas específicamente en estas Leyes (radio y televisión y, parcialmente, educación y universidades). Para la gestión y la recaudación de los tributos locales —es decir, los impuestos municipales (caso del impuesto sobre segundas residencias o por posesión de perros), las contribuciones (caso de la exacción sobre el tráfico turístico) y las tasas (caso de la tasa por alcantarillado)— no resulta de aplicación, en la mayor parte de los Länder, la Ley de Procedimiento Administrativo del respectivo Land, sino la Ley General Tributaria en virtud de la remisión que aquéllos realizan en sus leyes de tributos locales [no es el caso de Baviera, donde según el artículo 13 de su Ley de Tributos Locales (KAG) resulta de aplicación la Ley de Procedimiento Administrativo de ese Land, a menos que expresamente

se prescriba la aplicación de la Ley General Tributaria (AO); parcialmente, tampoco es el caso de Schleswig-Holstein.¹¹⁰

A la hora de resolver casos concretos puede parecer superfluo —a la vista de concordancia de contenido entre la VwVfG y las leyes de procedimiento administrativo de los Länder— abordar la cuestión de si hay que aplicar la Ley Federal o la ley del correspondiente Land. Un trabajo correcto, sin embargo, requiere que se indique el fundamento jurídico pertinente. Además, hay que tener en cuenta que existen diferencias concernientes al ámbito de aplicación material o al contenido de la regulación. Aunque, claro, un análisis detallado en el caso de coincidencias evidentes (como ocurre con el concepto de acto administrativo) no resulta adecuado.

C. Aplicación extensiva de las leyes de procedimiento administrativo

El ámbito propio de aplicación de las leyes de procedimiento administrativo de la Federación y de los Länder resulta, tal como se ha dicho, bastante limitado. Las mismas no son de aplicación —al menos de manera directa— a la actividad administrativa sometida al derecho privado, a la actividad material, a la actividad normativa y a la actividad interna de la administración. Sin embargo, en realidad dichas leyes tienen también en esos ámbitos una considerable importancia. Como consecuencia del lugar central que ocupan esas leyes y de la circunstancia de que expresan en gran

¹¹⁰ Las leyes de tributos locales, empero, no se remiten de forma íntegra a la AO, sino —a veces incluso modificándolas— a partes determinadas o preceptos de la misma. De esta manera, sin embargo, no debe verse limitada la aplicabilidad de la Ley General Tributaria, sino que deben citarse expresamente las correspondientes normas de este texto legal adecuadas para su aplicación por parte de la administración tributaria local. Es dudoso que este método, que comporta un complejo catálogo de referencias, resulte más conveniente que una remisión completa. El conjunto entero de la actividad administrativa tributaria, estatal y local, queda así determinado por la AO y, de este modo, por una regulación jurídica del procedimiento administrativo *homogénea*. Pero ésta sólo rige para el auténtico procedimiento administrativo (el de primera instancia), porque para los procedimientos de recursos administrativos y judiciales resultan de aplicación otros textos legales, a saber: la Ley General Tributaria y la Ley de la Jurisdicción Tributaria en el Ámbito de la Actividad Financiera Estatal (*cf.* § 347 AO y § 33 VwGO) y la Ley de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa en el caso de la actividad tributaria local. Así, por ejemplo, contra una liquidación tributaria de la administración federal cabe interponer recurso administrativo con arreglo al § 347 AO y una pretensión de impugnación ante el Tribunal de lo Tributario de acuerdo con el § 40 de la FGO; contra una exacción local, en cambio, cabe formular recurso administrativo y la posterior pretensión de impugnación ante el Tribunal de lo Contencioso-Administrativo, con arreglo a los §§ 68 y 42 VwGO.

medida los principios generales y constitucionalmente anclados de la actividad administrativa, también pueden ser utilizadas para esclarecer cuestiones jurídicas en aquéllos ámbitos, bien por analogía bien como concreción de principios constitucionales o principios generales del derecho. Esto vale tanto más cuando estas regulaciones del procedimiento han sido también establecidas en el Código de la Seguridad Social y en la Ley General Tributaria. Por descontado, ello requiere en todo caso un cuidadoso análisis y una esmerada justificación. En consideración hay que tener, sobre todo, las disposiciones generales sobre el procedimiento administrativo (§§ 10 y ss. VwVfG).¹¹¹

5. Dimensión europea

El derecho comunitario es ejecutado en gran medida por los Estados miembro, es decir, por los órganos y entidades públicas de los éstos miembros (*cf.* infra, § 22 marg. 12). Por lo general, esa ejecución es llevada a cabo según su propia legislación de procedimiento administrativo. En Alemania son, por lo tanto, determinantes las leyes de procedimiento administrativo de la Federación y de los Länder, en sus respectivos ámbitos de aplicación. El derecho comunitario, sin embargo, afecta de un triple modo a la legislación nacional (alemana) sobre procedimiento administrativo: 1) cuando y en la medida en que disposiciones comunitarias procedimentales adopten la forma de Reglamento, las mismas resultan evidentemente aplicables y, en virtud de la primacía del derecho comunitario, desplazan a las disposiciones alemanas eventualmente contrarias; 2) cuando una directiva europea requiere para su transposición la aprobación de normas de procedimiento por parte del legislador alemán, las autoridades alemanas aplican, ciertamente, derecho procedimental alemán, si bien determinado por el ordenamiento jurídico comunitario; 3) por último, debe tenerse en cuenta que, aun cuando no intervengan normas comunitarias de procedimiento en forma de un reglamento o de una directiva y, por tanto, sólo deba aplicarse el derecho procedimental alemán, éste también debe ser interpretado y

¹¹¹ *Cfr.* al respecto *BGHZ* 155, 166, 175 y ss. (Derecho privado administrativo); *BVerwGE* 114, 84, 85 (enjuiciamiento de la anulación de una disposición de uso militar según § 49 II núm. 3 *VwVfG*); *OLG Brandenburg* NVwZ 1999, 1142 (aplicación correspondiente del § 20 *VwVfG* en el procedimiento de adjudicación); Ehlers, *Ericksen/Ehlers*, *VerwR*, § 2 marg. 82; Stelkens/Schmitz, *StBS* § 1 margs. 97 y ss., pp. 130 y ss.; Kopp/Ramsauer, *VwVfG*, Einführung, margs. 50 y ss.

aplicado en el caso concreto de conformidad con el derecho comunitario, e incluso ser modificado cuando ello resulte necesario para garantizar su adecuación al mismo.¹¹²

¹¹² El ejemplo clásico lo ofrece la revisión de oficio de subvenciones contrarias al derecho comunitario, *cfr. infra*, § 11 margs. 38a y ss.

Bibliografía sobre el § 5: *Cfr.* los comentarios a la *VwVfG supra* citados, así como Ule/Laubinger, *Verwaltungsverfahrenrecht*, 4a. ed., 1995. Además: Rietdorf, *Zum Musterentwurf eines Verwaltungsverfahrensgesetzes*, DVBl, 1964, pp. 293 y ss., pp. 333 y ss.; Reto Suhr, *Möglichkeiten und Grenzen der Kodifizierung des allgemeinen Teils des schweizerischen Verwaltungsrechts*, 1975 (con numerosas referencias a la problemática de los principios y a la evolución alemana); Ule, *Das Verwaltungsverfahrensgesetz*, DVBl. 1976, pp. 421 y ss.; Maurer, *Das Verwaltungsverfahrensgesetz des Bundes*, JuS, 1976, pp. 485 y ss.; Schmitt Glaeser (coord.), *Verwaltungsverfahren*, Festschrift für den Boorberg Verlag, 1977 (con diferentes aportaciones a cuestiones fundamentales y singulares de la *VwVfG*); Dittmann, *Verwaltungsverfahrensgesetz und Schule*, en: Birk/Dittmann/Erhardt, *Kulturverwaltungsrecht im Wandel*, 1981, pp. 62 y ss.; Bullinger, *Die Verwaltungsverfahrensgesetze und ihre Interpreten*, VBIBW, 1982, pp. 225 y ss.; Kopp, *Zehn Jahre Verwaltungsverfahrensgesetze. Anspruch und Wirklichkeit – eine Bilanz*, DV 20, 1987, pp. 1 y ss.; Hill, *Zehn Jahre Verwaltungsverfahrensgesetz*, Speyerer Arbeitshefte 78, 1987; Klappstein/v. Unruh, *Rechtsstaatliche Verwaltung durch Gesetzgebung. Entstehung und Bedeutung des Schleswig-Holsteinischen Landesverwaltungsgesetzes für das rechtsstaatliche Verwaltungsrecht*, 1987; von Unruh, *Kodifiziertes Verwaltungsrecht*, NVwZ, 1988, pp. 690 y ss.; Stelkens, *Die Rolle der Verwaltungsgerichte bei der Umsetzung der Verwaltungsverfahrensgesetze*, NWVBL, 1989, pp. 335 y ss.; Allesch, *Die Bedeutung des § 2 Abs. 2, núm. 1 der Verwaltungsverfahrensgesetze im Kommunalabgabenrecht*, DÖV 1990, pp. 270 y ss.; Henneke, *30 Jahre LVwG, 20 Jahre VwVfG – Stabilität und Flexibilität des Verwaltungshandelns*, DÖV, 1997, pp. 768 y ss.; Ehlers, *Das Verwaltungsverfahrensgesetz im Spiegel der Rechtsprechung*, DV 31, 1998, pp. 53 y ss.; DV 37, 2004, pp. 255 y ss.; Schmitz, *Moderner Staat – Modernes Verwaltungsverfahrenrecht*, NVwZ, 2000, pp. 1238 y ss.; Bonk, *25 Jahre Verwaltungsverfahrensgesetz*, NVwZ, 2001, pp. 636 y ss.; Hoffmann-Riem/Schmidt-Aßmann (coord.), *Verwaltungsverfahren und Verwaltungsverfahrensgesetz*, 2002; Wahl, *Fehlende Kodifizierung der förmlichen Genehmigungsverfahren im Verwaltungsverfahrensgesetz*, NVwZ, 2002, pp. 1192 y ss.; Pokorny, *Die Bedeutung der Verwaltungsverfahrensgesetze für die wissenschaftlichen Hochschulen*, 2002; Ehlers, *Der Anwendungsbereich der Verwaltungsverfahrensgesetze*, Jura, 2003, pp. 30 y ss.; *cfr.* además las referencias contenidas en § 19.