

EL PROCEDIMIENTO ADMINISTRATIVO EN LA DOCTRINA Y LA LEGISLACION ALEMANAS

P o r

ALEJANDRO NIETO

Profesor Ayudante de la Universidad de Valladolid

SUMARIO: 1. Carencia de regulación legal. 2. Sus causas. 3. «Verwaltungsordnungen» y procedimiento administrativo. 4. La eficacia de la Administración. 5. El monopolio de los juristas. 6. Mecanización y racionalización. 7. Procedimiento administrativo y procedimiento contencioso. 8. Un ejemplo: la teoría del Fisco. 9. Relativa desvalorización del procedimiento contencioso. 10. Diferenciación constitucional de ambos procedimientos. 11. Su articulación: la vía administrativa previa a la contenciosa. 12. Intima relación. 13. Procedimiento administrativo y derecho material. 14. Procedimiento administrativo y organización administrativa. 15. Concepto dogmático. 16. Concepto constitucional. 17. «Vorverfahren». 18. «Widerspruch». 19. «Reformatio in peius». 20. Algunas definiciones del «Vorverfahren». 21. Naturaleza jurídica. 22. Defectos. 23. Posibilidad y utilidad de una regulación legal del procedimiento administrativo 24. Procedimiento administrativo y Constitución. 25. Final.

1. CARENCIA DE REGULACIÓN LEGAL.

Es conocida la clasificación de LANDGROD (1) de los distintos sistemas reguladores del procedimiento administrativo en el derecho comparado: en un primer grupo se encajan los sistemas legislativos que rechazan la existencia de un derecho procesal puramente administrativo; en un tercer grupo (pasando por alto los del segundo grupo, que significan una posición intermedia), se señalan los países que le admiten sin reparos. A este respecto, se observa una tendencia universal a ir aceptando paulatinamente esta manifestación procesal del derecho administrativo. Son cada año más numerosos los países que se alinean en el tercer grupo, y las legislaciones que aún se aferran al primer sistema

(1) *Procédure administrative et Droit Administratif*. «Revue Internationale de Sciences Administratives», 1956, núm. 3.

dan la sensación de no haberse desarrollado debidamente, como si careciesen de la debida madurez.

Alemania, con Francia, es uno de los países más destacados en este resistirse a la corriente general de la progresiva aceptación del procedimiento administrativo. El fenómeno tiene una grave importancia, puesto que en modo alguno puede atribuirse, en este país, a deficiencias en el desarrollo de la ciencia jurídica general; y más aún, si se tiene en cuenta que, dentro del área de las nacionalidades alemanas, se encuentra el ejemplo de Austria, primer país donde se reguló sistemáticamente, y de una manera feliz, el procedimiento administrativo.

La influencia de la Ley austríaca de 21 de julio de 1925 sobre el procedimiento administrativo general (2), ha sido muy grande en Centroeuropa. A su imagen y semejanza surgieron las de Checoslovaquia de 13 de enero de 1928, Polonia, de 2 de agosto de 1926 y Yugoslavia, de 1 de julio de 1928 (3). Pero Alemania no ha seguido este ejemplo, aferrándose a su tradicional minimización del procedimiento administrativo, sin tener en cuenta los elogios unánimes que prodiga la literatura al modelo austríaco (4).

2. SUS CAUSAS.

De aquí que, para indagar las causas profundas de esta actitud, haya que remontarse a un dato extrajurídico: la concepción alemana del Estado y, en suma, de la Administración. Felizmente ha sido este aspecto seriamente estudiado desde diversos puntos de vista, y no es difícil señalar las líneas esenciales de la estructura de la Administración prusiano-alemana.

La doctrina moderna concede, con razón, una gran importancia al examen de las relaciones entre la Administración y la Sociedad. Refiriéndose concretamente a la estructura administrativa, ha podido seña-

(2) Redacción vigente de 23 de mayo de 1950.

(3) Esta ordenación ha sido recientemente modificada: En Checoslovaquia, en 23 de marzo de 1956; en Yugoslavia, en 19 de diciembre de 1956.

(4) Trabajos fundamentales a este respecto son de citar: Rudolf HERRNITT: *Das Verwaltungsverfahren*. Wien, 1932. Ernst-C. HELBLING: *Kommentar zu den Verwaltungsverfahrensgesetzen*. Wien, 1953. MANNLICHER: *Das Verwaltungsverfahren*. 6 Ed. Wien, 1953. TEZNER: *Das österreichische Administrativverfahren*. 2 Ed. Wien, 1925.

lar SULTÁN (5) dos tipos característicos: el británico y el prusiano-alemán. La Administración británica ha sido construida de abajo a arriba: el ciudadano domina la Administración, bien sea a través de sus agrupaciones naturales en los municipios, bien sea a través de sus agrupaciones políticas en el Parlamento. La Administración está al servicio del pueblo, y el pueblo se encarga de controlarla en defensa de sus intereses. El tipo prusiano-alemán es radicalmente distinto: la Administración está estructurada de arriba a abajo. La Administración es un servicio del rey, a través de la cual se ejercita su autoridad sobre el pueblo, formado por súbditos, más bien que por ciudadanos (6). A la burocracia de tipo prusiano no la interesan los afanes de sus administrados. Durante muchos años estuvo completamente desligada de ellos, hasta el punto de estar prohibido que los funcionarios actuasen en localidades de su misma nacionalidad (7).

A este respecto, y a modo de digresión, aún podría señalarse un tercer tipo de sistema administrativo aceptablemente puro: el tradicional español. En España ni el pueblo interviene o controla la Administración, ni la Administración logra de ordinario hacer penetrar en el pueblo las ideas del Poder. Administración y Sociedad han sido dos instituciones que se han ignorado recíprocamente. La Sociedad rehuye en lo posible los temidos contactos de la Administración, aunque sea dejando prendas, y la Administración se contenta, a menudo, con el disfrute de estas prendas, sin preocuparse demasiado de sus fines esenciales.

La principal consecuencia de esta concepción alemana es la de su obsesión por la eficacia. La Administración es un instrumento, y la primera cualidad de todo instrumento es la de ser eficaz. En este sentido, es de admirar los resultados conseguidos a lo largo de su brillante historia. No hay que olvidar que la Administración prusiana adquirió sus caracteres esenciales en los tiempos del despotismo ilustrado: es la época del gobierno para el pueblo, pero sin el pueblo. Una actitud que nunca puede desechar del todo la mentalidad del príncipe, y que reaparece con toda crudeza esporádicamente aun en el seno de los regímenes más democráticos, y por descontado en los totalitarios.

(5) *Bürokratie und politische Machtbildung*. Hannover, 1955.

(6) Cfr. la supervivencia de este concepto de súbdito en la obra de Heinrich MANN.

(7) Cfr. Herbert von BOACH: *Obrigkeits und Widerstand*. Tübingen, 1954.

Conforme a estas doctrinas, en contra de la solución anglosajona, no es el pueblo libre de determinar su propia conducta, puesto que, falto de la debida educación, no puede saber exactamente qué es lo que le interesa. Esto sólo lo sabe el príncipe. El más eximio representante del despotismo ilustrado español, Carlos III, observó acertadamente que los niños lloran cuando les lavan la cara (al menos, si no están debidamente educados en la higiene). En cualquier caso la intervención del ciudadano, del súbdito, suele ser entorpecedora de la dirección administrativa.

3. «VERWALTUNGSORDNUNGEN» Y PROCEDIMIENTO ADMINISTRATIVO

Para que una Administración sea eficaz, se exige una excelente reglamentación. La Administración prusiana es una de las más ordenancistas del mundo, y la actuación de cada funcionario estaba rigurosamente prescrita. En este sentido posee el sistema un procedimiento administrativo propio. Pero cuando la doctrina moderna habla de procedimiento administrativo, se refiere a algo completamente distinto. Más adelante se analizarán los distintos elementos que se esconden bajo el término general de procedimiento. Pero interesa señalar ahora que la esencia del mismo no es la eficacia de la Administración, sino la garantía de los ciudadanos. El ordenancismo del sistema prusiano-alemán tiende exclusivamente a la eficacia. Las «Verwaltungsordnungen» son una creación característica de la mentalidad jurídica alemana y una de las piedras claves de su sistema de derecho administrativo.

El concepto de ellas es sobradamente conocido. Basta para perfilarlas citar el ejemplo de los campos de concentración, que acostumbra a emplear el profesor KÖTTGEN. La disciplina, y la marcha en general, de un campo de concentración, está rigurosamente reglamentada; pero ello no supone, en modo alguno, que de estos reglamentos se deduzca derecho alguno para los prisioneros. Si la comida es de inferior calidad a la prevista, o los tratos personales de distinta naturaleza a la permitida, no se deduce que el concentrado pueda presentar queja alguna a la dirección del campo. La trasgresión de las ordenanzas es algo que sólo atañe al jefe y a los guardianes o funcionarios. Sólo en este sentido

señalan las «*Verwaltungsordnungen*» un auténtico procedimiento dentro de una Administración de tipo prusiano-alemán.

El Estado de derecho vino a afectar estas concepciones. Pero la Administración consiguió, en este punto, quedarse en cierto modo al margen de las corrientes europeas. Esto no es afirmar que en Alemania se haya desconocido el Estado de derecho. Pero la especial configuración de la Administración prusiana, con la garantía de su prestigio y de su eficacia, se mantuvo casi invariable a lo largo del siglo XIX. Su prestigio estaba garantizado por su dependencia personal al emperador, que la colocaba por encima de los partidos políticos. De esta manera consiguió mantenerse en la línea tradicional, rechazando en su inmovilidad algunas de las cuestiones que plantea el Estado de derecho. Buena parte del precio se compensaba con su indiscutible eficacia.

4. LA EFICACIA DE LA ADMINISTRACIÓN.

En el momento actual, cuando la teoría del Estado de derecho ha evolucionado notablemente en relación con la sostenida con anterioridad a la segunda guerra mundial, reaparecen estos argumentos de la eficacia en oposición al procedimiento administrativo. Es de observar, además, que en este terreno de la eficacia se dan la mano los extremos totalitarios y los liberales. Recuérdese a este respecto las teorías de VON MISES (8): El funcionario debía atender originariamente a la satisfacción de las necesidades comunes; pero cuando sus obligaciones se reglamentaron, esta atención directa de las necesidades comunes pasó a segundo plano, suplantada por otra más urgente—o que, en cualquier caso, era susceptible de mayor control y responsabilidad—el cumplimiento escrupuloso de los reglamentos y procedimientos, aunque de ello no se dedujese necesariamente una mejora del bien común.

Estas tesis de la eficacia fué planteada recientemente por BETTERMANN en el Congreso de Profesores de derecho público alemanes, celebrado en Viena en 1958 (9).

(8) *La Burocratie*. Ed. francesa. París, 1946, pág. 46.

(9) *Das Verwaltungsverfahren*, en el número 17 de las «*Veröffentlichungen der Vereinigung der Deutschen Staatsrechtslehrer*» («*Das Vwv*»)

Sostiene BETTERMANN la incompatibilidad del movimiento procesador de la Administración con su actual organización, desde dos puntos de vista: de una parte, por la progresiva pérdida de la influencia de los juristas dentro de la Administración; por otra, en atención a la también progresiva aplicación de las técnicas de racionalización y mecanización. El objetivo y el resultado de ambas corrientes es una mayor eficacia de la Administración.

5. EL MONOPOLIO DE LOS JURISTAS.

El primer problema ha sido puesto de relieve recientemente por FORSTHOFF y HECKEL (10), pero es tan viejo como la organización de la propia Administración. En España se expresaba así José del CAMPILLO en el siglo XVIII: «Más quiero un político a mi lado, que cuarenta juristas. Estos me podrán dar muchas voces y exponer infinitas razones, pero aquél puede realmente convencerme con una razón.» (11).

La vida moderna tiende a la especialización, y de ella no puede librarse la Administración. Lo que sucede es que, por una visión defectuosa ocasionada por un anquilosado sistema universitario, se consideraba a los juristas como especialistas de la Administración, cuando en realidad, como es obvio, de lo único que son especialistas es del derecho y, aun apurando las cosas, del derecho privado, si se atiende a la formación universitaria tradicional. De aquí que, una vez insertos en la Administración, la impriman un sello jurídico, que a veces puede ocasionar congestiones de tráfico o que no se adapta últimamente a las exigencias de las tareas encomendadas. Pero una cosa es que los juristas abandonen los puestos generales o las especialidades que corresponden a otras ramas, y otra muy distinta que la actividad administrativa pueda prescindir de su juridicidad. Y, por otra parte, aún hay evidentemente puestos especializados dentro de la Administración, que deben ser ocupados por especialistas del derecho, particularmente en las estructuras determinadas por los recursos administrativos, que for-

(10) El primero en *Der lästige Jurist*, DöV. 1955, 648, y el segundo en *Rolle des Juristen in der Fachverwaltung*, DöV. 1958, 29. Véase también: Gustav WEBER: *Das Juristenmonopol*, DöV. 1952, 369.

(11) *Inspección de las seis Secretarías*, manuscrito de 1739. Citado por BENEYTO en *Historia de la Administración española e Iberoamericana*, Madrid, 1958, pág. 463.

man partè importante del procedimiento. MORSTEIN-MARX ha subrayado, hace poco (12), la importancia del papel de los juristas en la burocracia germana. Los estudios jurídicos proporcionan algo más que un conocimiento del derecho. Tradicionalmente, los estudios jurídicos universitarios, se hacen sobre la base del derecho romano, prodigio de lógica y de objetividad, y, además, acostumbran al jurista a ponderar intereses contrapuestos. Añádase a eso los estudios sobre el Estado, Administración y Economía, que se realizan en las Universidades.

Pero incluso en los puestos generales—ocupados por funcionarios, es decir, por especialistas de la Administración—y en los puestos especializados de cualquier rama, no puede faltar la juridicidad. Este es un elemento esencial de la Administración moderna, y no puede renunciarse fácilmente a esta conquista tan laboriosamente lograda. Incompatibilidad no existe de ninguna manera, desde el momento en que se separen los conceptos, falsamente unidos, de juridicidad y juristas. Por la misma razón que la policía ordenadora del tráfico automovilístico se atiene a unas reglas perfectamente jurídicas, sin que sus titulares sean abogados, sino especialistas del tráfico.

6. MECANIZACIÓN Y RACIONALIZACIÓN.

En la tan pregonada mecanización y racionalización administrativa tampoco vemos un obstáculo serio contra el procedimiento. El pertenecer a una gran masa humana impone al individuo una serie de derechos y obligaciones particulares, pero en modo alguno puede llegar a deshumanizarle. Si la moderna maquinaria trabaja con números abstractos y con casos similares que se identifican, si en Noruega se está considerando seriamente la oportunidad de dar a cada ciudadano un número, no por ello pueden desaparecer los derechos de cada individuo, que es lo que pretende salvaguardar precisamente el procedimiento administrativo.

La conclusión que se deduce de estas observaciones, no es la de que el procedimiento administrativo sea incompatible con estos fenómenos, sino, más sencillamente, que debe adaptarse a las exigencias de la Ad-

(12) *Einführung in die Bürokratie*, Neuwied, 1959.

ministración moderna, la cual se atribuye una mayor eficacia con la progresiva eliminación de sus juristas y el empleo de la moderna maquinaria. O, expresado de otro modo: se trata de saber en qué punto de las coordenadas administrativas se cruzan las líneas de la máxima eficacia y la máxima juridicidad.

Es claro, por otra parte, que BETTERMANN no defiende la deshumanización del individuo o su entrega inerme en las fauces del Estado, ya que para él todos estos derechos se encuentran suficientemente garantizados con la institución del procedimiento contencioso-administrativo, que hace superflua la procesalización de la Administración.

7. PROCEDIMIENTO ADMINISTRATIVO Y PROCEDIMIENTO CONTENCIOSO.

Esto nos lleva al problema de la distinción entre el procedimiento administrativo y el procedimiento contencioso-administrativo. Más adelante se estudiará esta cuestión, desde el punto de vista formal, a la luz de la moderna doctrina alemana. Aquí se trata de indagar su diferencia esencial e, incluso, la razón de su existencia.

El problema del control de la actividad administrativa es muy anterior a los debates de la jurisdicción delegada o retenida e, incluso, a la teoría de la división de poderes, tal como la formuló MONTESQUIEU. Tratándose de un problema esencial del derecho público, su origen se confunde con los del propio derecho público.

Por lo pronto llama la atención el abandono secular de los temas de procedimiento dentro del derecho público. Tradicionalmente, consciente o inconscientemente, se parte de la base de que el Derecho procesal es un reflejo o, por lo menos, está en íntima relación con el Derecho civil. Al desglosarse el Derecho público administrativo de aquel gran convoluto del Derecho romano, sólo se efectuó una auténtica diferenciación en el Derecho Material. El procedimiento del Derecho público quedó en ovo adherido al Derecho privado, al Derecho procesal privado, y cuando éste se desarrolló, arrastró consigo a aquél. Las ideas de Derecho procesal y Derecho administrativo quedaron durante muchos siglos radicalmente desconectadas, y la protección de los derechos quedó encomendada exclusivamente a un Derecho procesal en principio unitario, y luego más o menos diferenciado, conforme a las exigencias de

los tiempos, pero siempre conservando su primitivo carácter. Fuera del Derecho procesal, de esta manera entendido, no existía una auténtica protección de los derechos. Es el sistema que WACH caracterizó así: «Damit Recht nicht nur sei, sondern gelte, muss Prozess sein.»

8. UN EJEMPLO: LA TEORÍA DEL FISCO.

El análisis de un importante fenómeno histórico, hasta ahora no bien entendido, aclarará este punto: En los tiempos del Estado Policía, se entendía que la actuación del príncipe era teóricamente libre. Pero en la práctica tenía esta libertad una limitación fundamental: la teoría del Fisco, conforme a la cual, personalizando a la Administración en el Fisco, se llevaba a éste a los Tribunales, que protegían de esta manera los derechos de los ciudadanos.

De esta teoría del Fisco se desprende:

a) La limitación de la arbitrariedad administrativa es tan grave, que resulta una auténtica protección de los derechos de los particulares, en cierto modo similar a la del Estado de Derecho. La ley general del *ius eminens* queda en sustancia reducida a una excepción de la regla general de la intangibilidad de los derechos de los ciudadanos. Resulta, pues, que no es cierto que «al rey la vida y la hacienda se ha de dar». El espantajo del Fisco es un símbolo expresivo que permite atacar directamente la conducta del monarca sin atentar contra su mayestática dignidad, dado que los funcionarios, la Administración, obraba siempre en nombre del rey. Para la mentalidad de la época era inconcebible emplazar directamente al rey en la vida ordinaria. Los burgueses de aquel tiempo dejaban este derecho a los nobles Carvajales, pero, en realidad, con la máscara del Fisco, no sólo era el rey Fernando *el Emplazado*.

b) La teoría del Fisco es en el fondo, pues, una teoría procesal. Se trata de una lista de asuntos que pueden ser llevados a los Tribunales, con la misma garantía con que se determinan en las modernas legislaciones contencioso-administrativas del Estado de Derecho, con anterioridad a la imposición de la «cláusula general». Evidentemente, en tiempos de la teoría del Fisco se estaba muy lejos aún de la cláusula general, pero las materias recurribles pueden asimilarse, en cierta manera, a las

enumeraciones tradicionales de las leyes contenciosas que sólo permiten el recurso con el criterio enumerativo del *númerus clausus*.

c) A los efectos de lo más arriba dicho, importa subrayar cómo en esta primera toma de conciencia del Derecho público en materia procesal, se dejan arrastrar las instituciones por la tradición, y se insertan en los cauces del Derecho privado, sin acertar a sacar consecuencias de la distinción entre el Derecho material público y el privado. Las polémicas levantadas en torno a la jurisdicción retenida y delegada manejaron el problema sin darse exacta cuenta de lo que en realidad se trataba, al plantearle sobre el terreno de la división de poderes y de los privilegios de la Administración.

En los tiempos del Fisco, como en los actuales, siente el ciudadano una especial fruición al verse ante los Tribunales en pie de igualdad frente a la de ordinario todopoderosa Administración. Pero esta privatización de la Administración es más aparente que real. No se puede encauzar la gigantesca actividad del Estado-providencia en los estrechos canales de un Tribunal contencioso. En este sentido tiene razón BETTERMANN al argumentar en contra del procedimiento administrativo. De aquí la necesidad de arbitrar un remedio de control que no suponga un entorpecimiento.

9. RELATIVA DESVALORIZACIÓN DEL PROCEDIMIENTO CONTENCIOSO.

Werner WEBER ha insistido, también incansablemente, sobre este punto (13). La jurisdicción contencioso-administrativa no representa una garantía suficiente para la salvaguardia del Estado de Derecho, desde el momento en que sólo actúa esporádicamente, a posteriori, y respecto a ciudadanos capaces de organizar una defensa contra la Administración. La única garantía posible de un funcionamiento eficaz y jurídico estriba en la actitud de los funcionarios, cuya educación y conducta es la verdadera base de la Administración. El ciudadano no se siente con fuerzas de ordinario para utilizar las armas que le brinda la Jurisdicción. Dificultades de todo orden, económicas y culturales especialmente,

(13) *Das Berufsbeamtentum im demokratischen Rechtsstaat*, en «Schriftenreihe des deutschen Beamtensbundes», Heft 2, 1952; y posteriormente en *Beamtentum zwischen Parteien und Verbänden*. Conferencia en «Der deutsche Beamte heute», 1959.

se oponen a ello. FÖRSTHOFF ha señalado también (14) cómo incluso es frecuente en la vida moderna que ciudadanos poderosos y capaces de organizar una resistencia jurisdiccional contra la Administración se sienten inclinados a desechar esta oportunidad por conveniencias tácticas de buena relación económica con la Administración.

Frente a esta situación, bien pudiera significar un remedio el procedimiento administrativo. Así al menos se va extendiendo por todo el mundo, sustituyendo la acción esporádica y paralizadora de los Tribunales por una acción constante sobre la conducta administrativa, entretejiendo en ella un hilo sutil que le da el colorido de juridicidad imprescindible para la vida de un hombre civilizado.

Un meritorio intento de modificar provechosamente los tradicionales conceptos del Derecho procesal, es el realizado por LANDGROD en el lugar antes citado. En él se afirma la posibilidad de encontrar unos principios generales informadores de todo el derecho del procedimiento. La división del mismo en las múltiples ramas que se corresponden con el Derecho material es sólo una cuestión didáctica, una cuestión de sistema. Por encima de ellas late una unidad que supera todas las diferencias procedimentales, que en su más alta expresión sirve de enlace, no sólo a todos los procedimientos, sino a éstos en su conjunto con el Derecho procesal judicial. Advertencia esta última de gran importancia, pues la excesiva extensión del proceso judicial ha venido a absorber el papel que debiera jugar el derecho del procedimiento no judicial. Sobre ello volveremos más adelante.

10. DIFERENCIACIÓN CONSTITUCIONAL DE AMBOS PROCEDIMIENTOS

En el Derecho alemán está señalada por la Constitución (G. G.) la diferencia entre el procedimiento administrativo y el procedimiento contencioso administrativo. En el artículo 74, 1, se señala el procedimiento judicial como competencia concurrente del legislador federal y del de los Estados; mientras que en el artículo 84, 1, se señala la competencia exclusiva del Legislador de los Estados sobre el procedimiento administrativo para la ejecución de las mismas leyes federales

(14) *Lehrbuch des Verwaltungsrecht*, 3 ed., 1953, pág. 412.

cuando tal ejecución les corresponda como propia. El n. 3 del artículo 108 determina, en fin, la competencia federal, con asentimiento del *Bundestat*, para señalar el procedimiento de las autoridades financieras de los Estados.

Ahora bien, si la existencia de estos dos procedimientos parece obvia en un Estado moderno, el problema de su articulación es muy debatido. Lo que resulta indudable es su íntima relación, dado que, a la postre, ambos persiguen los mismos fines. Lo que se trata de determinar, en sustancia, es cómo han de cooperar ambos sistemas en la protección de los derechos de los ciudadanos.

II. SU ARTICULACIÓN: LA VÍA ADMINISTRATIVA PREVIA A LA CONTENCIOSA

Para BETTERMANN (15) se trata de una serie de remedios que se ofrecen alternativamente al ciudadano. La mejor solución sería, por tanto, que cada ciudadano pudiese determinar en cada caso concreto cuál es el mejor camino que conviene a sus intereses, ya que la naturaleza de esta protección es muy distinta en una y otra vía. Pero este planteamiento general debe ser, en opinión de ULE, debidamente matizado para poder aceptarse (16).

El tema ha sido objeto de vivas discusiones. Ya en 1953 había defendido BETTERMANN (17) la tesis de que la vía administrativa previa es un presupuesto general del recurso contencioso-administrativo que, de ordinario, no está a disposición de las partes, puesto que con él se persigue un aligeramiento de la jurisdicción contenciosa. La tesis de la electividad fué sostenida radicalmente por KNIESCH en 1958 (18), al entender que la imposición obligatoria de la vía previa es un precepto anticonstitucional que atenta contra el artículo 19, 4 G. G.: es un cercenamiento del Poder judicial, una auténtica intromisión del Poder ejecutivo, especialmente cuando se trata de cuestiones de puro Derecho.

(15) «Das Vwv» citado, pág. 170.

(16) Id., pág. 240.

(17) *DVBl.*, 1953, 163.

(18) *Zur Verfassungsmässigkeit des Vorverfahrens als Voraussetzung des Verwaltungsgerichtsprozesses*, NJW, 1958, 576.

Además, con la superposición de los sistemas se produce un alargamiento desmesurado de las instancias y, en conclusión, cuando el particular consigue su derecho, en realidad «recibe piedras en lugar de pan».

Esta postura fué inmediatamente contradicha por CLASEB (19), quien rechaza la posibilidad de una ingerencia de la Administración en el Poder judicial, en cuanto el procedimiento administrativo, por más que en algunos aspectos se asemeje al jurisdiccional, es una actividad puramente administrativa. En este sentido se pronunció también ULE (20). Pero quien con mayor rigor ha desarrollado este tema ha sido el propio BETTERMAN, quien ha hecho observar (21) la diferencia de criterio que a este respecto mantiene el Tribunal Federal Social, cuya Sala Primera en Sentencia de 16-IV-1957 ha sostenido que puede prescindirse de la vía previa si la Administración no ha hecho notar la falta o ha manifestado su voluntad de no variar el acto, mientras que la Sala Quinta ha entendido, por el contrario, en sentencia de 17-VII-1958 que el Tribunal ha de hacer notar de oficio esta falta, incluso aunque las partes hayan renunciado a la vía previa y, por tanto, no hayan reclamado contra su ausencia.

El profesor de Berlín se adhiere en sustancia a este criterio. El procedimiento contencioso no es en modo alguno continuación del procedimiento administrativo. Esto sólo sucede en la jurisdicción económico-administrativa; pero en la jurisdicción contenciosa general y en la social (22) están por completo separados por cuanto su competencia sólo se extiende a la legalidad, estando la discrecionalidad reservada al procedimiento administrativo. Un procedimiento no se encuentra detrás del otro, como pudiera parecer a primera vista, sino junto a él. La continuidad de ambos es puramente cronológica: sólo se puede iniciar uno cuando se ha agotado el otro; pero este agotamiento no significa que haya que esperar forzosamente a la última resolución. Basta con haberlo intentado. El camino jurisdiccional corre en realidad paralelo al ad-

(19) *NJW*, 1958, 86L.

(20) *Verfassungsrecht und Verwaltungsprozess*, DVBl, 1959, 537.

(21) *Das erfolglose Vorverfahren als Prozessvoraussetzung des Verwaltungsgerichtlichen Verfahrens*, DVBl, 1959, 308.

(22) Por lo que afecta a la jurisdicción social, véase el trabajo de HAUCK: *Vorverfahren und gerichtliches Verfahren nach dem Sozialgerichtsgesetz*, *NJW*, 1958, 327. En él se sostiene su obligatoriedad, excepto en los casos en que la Administración reclame contra su ausencia.

ministrativo; lo que sucede es que no hay autorización para entrar en él, mientras no se haya cerrado el paso del otro.

La argumentación de esta tesis se encontraba ya en cierto modo en su artículo anterior de 1953. Se basa en los objetivos del procedimiento administrativo, que tiende fundamentalmente: *a)* a aliviar la jurisdicción, *b)* a proteger a la Administración contra una resolución precipitada de una autoridad inferior, *c)* y a proteger el derecho del ciudadano. En este sentido parece indudable que de éste depende exclusivamente el renunciar a las ventajas del apartado *c)*, pero nunca a las circunstancias *a)* y *b)* que están evidentemente por encima de su disposición.

Hay un caso, no obstante, en que parece superfluo el procedimiento previo, aun sin haberse ejercitado, ya que su agotamiento (*Erfolglosigkeit*) es claro: cuando la Administración personada ante la jurisdicción, y con conciencia de la falta, exterioriza su propósito de insistir en el acto recurrido. Ahora bien, teniendo en cuenta que de ordinario la autoridad que dicta el acto es distinta a la que se persona, cabría preguntarse hasta qué punto pueden identificarse los criterios de ambas. Pero, en el fondo, es ésa una cuestión que no puede afectar a los particulares, para quien la Administración es un todo unitario. En casos de duda, ante el silencio de la Administración, está facultado el Tribunal para solicitar que concrete su actitud sobre el acto impugnado. Una variante de esta actitud ofrece ULE (23), quien estima que no es suficiente para suplir esta falta de procedimiento administrativo previo, el que la Administración demandada se limite a comparecer, pidiendo que el recurso sea rechazado. La jurisprudencia, no obstante, se ha pronunciado en repetidas ocasiones en sentido contrario. Así, la sentencia del Tribunal Federal de 29 de mayo de 1956 (24), que entiende que la falta de agotamiento de la vía previa puede suplirse con la presencia en el recurso de la Administración demandada, pidiendo su desestimación, ya que ello hace suponer que insiste en su negativa de la petición del particular. Este fué también el criterio de los Tribunales del Reich en materias del Derecho de funcionarios.

La presente cuestión ha sido tratada en la nueva ley de la jurisdic-

(23) *Verwaltungsprozessrecht*, München, 1960, pág. 66.

(24) «DVBl», 1956, 579.

ción contenciosa (25) en su artículo 68, donde se establecen una serie de supuestos en los que el procedimiento administrativo previo, se considera necesario en relación con la acción ejercitada. Sin embargo, no por ello ha sido resuelto el problema de si, aun en los supuestos en que la ley le impone necesariamente, cabe su evitación en las circunstancias arriba expresadas.

KOEHLER (26) afirma que en el caso de que las partes no hagan notar la falta, no puede el Tribunal acusarla de oficio, citando en su apoyo las sentencias de 3-I-54 y 17-II-56; mientras que KLINGER, al considerar este agotamiento de la vía previa como un presupuesto de la sentencia, y no como un simple presupuesto procesal (27) entiende que sin este requisito debe ser rechazada la demanda sistemáticamente e, incluso, aunque se haya intentado un recurso de queja o algún otro similar de naturaleza informal (28).

Para Rudolf STICH (29) la falta del procedimiento administrativo notada dentro de la vía contenciosa, no sólo puede, sino que debe ser remediada por el Tribunal, dando un plazo a las partes para que cumplan este requisito. Esta obligación se deduce del criterio legislativo de dar amplias facultades al Tribunal en beneficio del derecho de los particulares, como se expresa especialmente en los artículos 86 y 87 de la nueva «*Verwaltungsgerichtsordnung*». Ahora bien, cuando este requisito no se haya cumplido ni pueda cumplirse de ordinario por caducidad del plazo en la vía administrativa, no puede suplirse de ninguna manera ni en ningún caso, ya que en la misma Ley (artículo 73, 3) se imponen determinadas formalidades a la resolución que ha de ser recurrida, formalidades que evidentemente no se dan cuando la resolución falta en absoluto.

(25) Vid. mi artículo en el número anterior de esta REVISTA, *Nueva ordenación de la jurisdicción contencioso-administrativa en la República Federal Alemana*.

(26) *Kommentar zur Verwaltungsgerichtsordnung*, Berlín, 1960, pág. 522.

(27) Sosteniendo que el procedimiento es una simple «*Klagevoraussetzung*», SENDELER: *Das Verfahren der Berliner VwV*, DöV, 1959, 446.

(28) KLINGER: *Kommentar zur Verwaltungsgerichtsordnung*, Göttingen, 1960, página 293.

(29) «*Was ist bei fehlendem Vorverfahren zu tun?*», DVBI, 1960, 378.

12. INTIMA RELACIÓN.

En esta serie de posibilidades de articulación de ambos sistemas de procedimiento, se ofrece a los ojos de la doctrina alemana el cercano ejemplo austriaco. La ordenación austriaca previene un amplio procedimiento administrativo, que recorre en sus diversas instancias toda la escala jerárquica administrativa, y un breve proceso jurisdiccional limitado a una sola instancia y a la revisión de la legalidad. Pero la solución alemana ha sido exactamente la contraria, pues el hincapié legislativo se ha apoyado sobre la Jurisdicción y no sobre la Administración, al establecerse un procedimiento administrativo de una sola instancia y una múltiple serie de recursos contenciosos.

Una justificación constitucional de esta actitud puede encontrarse en el artículo 19, 4. de la G. G. Este es el criterio de BETTERMANN (30) y de BACHOF (31), quien, con anterioridad a la ley vigente, veía ya muy difícil la posibilidad de eliminar la doble instancia en la vía jurisdiccional, no sólo por el artículo de la G. G. citado, sino por el texto de la Ley del Tribunal Constitucional Federal e, incluso, por ser ésta la tradición jurídica alemana.

Para BETTERMANN (32) esto es consecuencia de haber prevalecido el criterio de BÄHR frente al de VON GNEIST. A mediados del siglo pasado sostuvo Otto BÄHR, como es sabido, el criterio del control jurisdiccional de la Administración, frente a Rudolf VON GNEIST, que abogaba por un autocontrol ejercido por órganos de representación democrática (33). En esta opinión no coincide ULE (34), quien afirma que «esta tesis sería exacta si, como entiende BETTERMANN, el artículo 19, 4, de la G. G. se hubiese pronunciado no solamente por los Tribunales independientes, lo que es cierto, sino también contra un procedimiento formalmente judicial, contra el desarrollo de un procedimiento administrativo previo y contra un procedimiento de decisión única. Todo lo cual no sólo no ha sido demostrado, sino que es indemostrable».

(30) *Das Vwv* citado, pág. 165.

(31) *Verwaltungsverfahren und Verwaltungsgerichtsbarkeit*, DVBl, 1958, 6.

(32) *Das Vwv* citado, pág. 166.

(33) Vid. VON GNEIST: *Der Rechtsstaat und die Verwaltungsgerichte in Deutschland*, 3.^a ed., Darmstadt, 1958.

(34) *Verfassungsrecht und Verwaltungsprozessrecht*, DVBl, 1959, 537.

Un planteamiento riguroso del problema entre ambos procedimientos fué establecido por primera vez en 1957 por ULE (35), con anterioridad, pues, a la vigencia de la nueva ley contenciosa, en ocasión de una célebre polémica con BACHOF que ha marcado un hito en el desarrollo de estos estudios en Alemania. «Entre el procedimiento administrativo y el procedimiento contencioso-administrativo existen unas relaciones recíprocas, que no pueden ser pasadas por alto en la regulación de ambos procedimientos so pena de alterar su orden preciso.» «En la Administración tradicional prusiana estas relaciones entre ambos procedimientos habían sido muy estrechas, como se desprende de las leyes de 30-VII-1883 y 1-VIII-1883.» «La organización del procedimiento contencioso administrativo ha de tener presente si el procedimiento administrativo está organizado en una o varias instancias.» Así es el caso de la ley prusiana de policía administrativa de 1-VI-1931, en la que se establecen dos escalones jurisdiccionales frente a un solo recurso previo administrativo; mientras que la jurisdicción contencioso-administrativa austriaca de 22-X-1875 sólo tiene un escalón, ya que el procedimiento administrativo es de recursos múltiples. En el caso anterior a la vigencia de la nueva ley se acumulaban en ocasiones las instancias en ambos procedimientos. En estos casos una alternativa se presentaba: o reducir las instancias contenciosas (que es lo que hizo la Ley de la Baja Sajonia de 21-IV-1951), o reducir las instancias administrativas (Ley del mismo Estado de 14-VII-1953).

Para saber en qué casos sería recomendable emplear una u otra fórmula da ULE las siguientes reglas (36): «Cuanto menos formalmente esté organizado el procedimiento administrativo, cuantas menos garantías ofrezca a los particulares, tanto más rigurosamente ha de ser constituido el proceso contencioso; pero si el procedimiento administrativo ofrece por el contrario la garantía suficiente de que el objeto discutido puede ser justamente fijado y valorado, puede renunciarse a una organización de la jurisdicción administrativa basada en varias instancias.»

Con una técnica similar ha expresado BELTERMANN estos principios (37):

(35) *Verwaltungsverfahren und Verwaltungsgerichtsbarkeit*, DVBI, 1957, 597.

(36) Cfr. su obra *Verwaltungsprozessrecht*, München, 1960, pág. 15.

(37) *Das Vwv* citado, pág. 168.

a) «A mayor y mejor jurisdicción contencioso-administrativa ha de corresponder menos forma judicial en la Administración, menos procedimiento administrativo previo, menos instancias administrativas.» En contra, SCHEUNER (38):

b) «Cuanto menos y peor organizada esté la jurisdicción contencioso administrativa, tanto más ha de procesalizarse el procedimiento administrativo y alargarse sus instancias, sin que por ello, no obstante, se considere compensada la falta de la jurisdicción contenciosa, ya que de acuerdo con la Constitución, sólo puede ser garantizada una eficaz protección jurídica a través de Tribunales independientes.» De acuerdo. SCHEUNER (39). Pero ULE (40) se pregunta, y con toda razón, qué es lo que debe exactamente entenderse por «mejor y peor», por «más y menos» jurisdicción contencioso-administrativa. En cualquier caso, no puede ser criterio decisivo el número de instancias.

c) «La jurisdicción contencioso administrativa tampoco hace superfluo el procedimiento administrativo previo, en cuanto que éste influye también en el control jurisdiccional.» La ponderación de las garantías y formalidades que deben concederse al procedimiento administrativo es difícil determinar con carácter general. Cada ramo de la Administración puede presentar características particulares que aconsejen un distinto tratamiento. En este sentido puede tener una gran importancia la estadística. Si de cada cien asuntos resueltos, apenas cuatro o cinco son recurridos, parece inútil sujetar la totalidad del procedimiento a una rigidez formal que, en el mejor de los casos, y a costa de una pérdida de elasticidad de la Administración, reduzca a un 2 por 100 los recursos.

Esto no significa, naturalmente, que BETTERMANN enfoque la cuestión desde un punto de vista de simple mecánica casuística. En este campo pueden también afirmarse criterios generales, que sirvan de útil orientación en casos concretos: «Cuanto más importante sea la resolución administrativa, tanto más formalmente debe ser concebido su procedimiento. Cuanto más profundamente se intervenga en la libertad o en la propiedad, con tantas mayores garantías jurídicas debe dotarse al procedimiento.»

(38) *Ibidem*, pág. 238.

(39) *Ibidem*, pág. 238.

(40) *Ibidem*, pág. 240.

13. PROCEDIMIENTO ADMINISTRATIVO Y DERECHO MATERIAL.

Ya hemos visto que el procedimiento administrativo se distingue perfectamente desde el punto de vista constitucional del derecho del procedimiento. Por lo que respecta a su distinción del derecho material, al no haber preceptos constitucionales esclarecedores, la cuestión no es tan sencilla. En cualquier caso las líneas de demarcación entre proceso contencioso administrativo, procedimiento administrativo y derecho material son flúidas, y no pueden determinarse con precisión. La doctrina, por otra parte, modifica con rapidez sus posiciones y parece como si los especialistas de uno y otro bando, procesalistas y administrativistas, se empeñasen cada día en marcar fronteras de una corriente movедiza. Este problema, que en España tan agudos caracteres presenta (41), no ofrece por el momento en Alemania la misma gravedad, y eso que aquí, como más adelante se verá, la cuestión tiene un carácter constitucional que afecta, nada menos, que a la competencia legislativa y a la posibilidad del recurso de casación ante la jurisdicción contenciosa.

A propósito de determinada jurisprudencia—a la que más arriba se ha aludido—dió BACHOF la voz de alarma (42). En efecto, en el intervalo de un mes había emitido el Tribunal Supremo Federal dos sentencias contradictorias, una de las cuales, la de 15-V-57, podía significar nada menos que «el fin del Derecho administrativo alemán». Dicha sentencia dictada por la Sala Quinta rechazó un recurso de casación por entender que la revocación de un acto administrativo pertenece al derecho del procedimiento, y, por tanto, al derecho de los Estados (aun cuando el derecho material correspondiente sea derecho federal), y, por tanto, no revisable ante el Tribunal Federal. Como se ve, las consecuencias procesales de esta doctrina no pueden ser más graves, y contra ella se levantó enérgicamente BACHOF, sosteniendo que la revocación de un acto administrativo es también un acto administrativo, y la cuestión de bajo qué presupuestos es admisible no pertenece al derecho del procedimiento, del mismo modo que tampoco los que rigen el acto adminis-

(41) Cfr. el prólogo de la obra de GARRIDO FALLA: *Régimen de impugnación de los actos administrativos*, Madrid, 1956.

(42) *Das Ende des deutschen Verwaltungsrechts*, DöV, 1958, 27.

trativo impugnado. Si el criterio de esta sentencia fuese cierto, si fuera siempre una cuestión de derecho del procedimiento los presupuestos bajo los que en un acto administrativo puede ser dictado, cabría preguntarse entonces qué es lo que queda para el derecho material.

Este criterio ha sido rotundamente combatido por BETTERMANN (43), quien con argumentos extraídos de la legislación, la jurisprudencia y la doctrina, insiste en que la revocación de un acto administrativo pertenece al derecho del procedimiento; aunque matizando la distinción, ante una réplica de KÜCHENHOFF (44), entre revocación propia o *ex tunc* (anulación), causada por un defecto del acto, y revocación *ex nunc* (ejemplo: revocación de un funcionario interino), que naturalmente pertenece al derecho material. En contra MERK (45) y MENGER (46).

En este punto es fácil llegar a posiciones extremas, y no respecto a detalles de problemas concretos, sino al mismo planteamiento general. La deformación profesional puede ser aquí notable,

Procesalistas hay empeñados en contemplar toda la actividad administrativa como una simple preparación de la actividad jurisdiccional. Así recuerdan a aquel filósofo de VOLTAIRE (47) empeñado también en considerar que la razón de existir y la función de la nariz es la de soportar los lentes.

BETTERMANN (48), después de examinar—rechazando—los criterios de distinción entre procedimiento administrativo y derecho material en relación con las categorías de forma y contenido, y camino y fin, acaba delimitando ambos conceptos mediante una definición descriptiva del procedimiento, como más adelante se verá.

El *Bundesrat* se ha ocupado en repetidas ocasiones de esta cuestión, puesto que de ella depende el que haya de dar o no su asentimiento a determinadas leyes. De esta manera ha afirmado su criterio de que pertenecen al procedimiento administrativo las normas que determinan «la forma y manera en que las autoridades han de actuar y, además, el si y

(43) *Das Vwv*, citado, pág. 124.

(44) *Ibidem*, pág. 218.

(45) *Ibidem*, pág. 220.

(46) *Ibidem*, pág. 219.

(47) *Candide*, cap. 30.

(48) *Das Vwv*, citado, pág. 121.

el bajo qué circunstancias pueden hacerlo» (49). Pero HELD (50) entiende que este criterio es demasiado amplio, sostenido sólo por el afán del *Bundesrat* de extender su competencia a los presupuestos del n. 1 del artículo 84 de la G G., siendo, a su entender, excesiva su extensión al «si» y al «bajo qué circunstancias», que en ocasiones pertenecerán al derecho material y en ocasiones al derecho del procedimiento.

14. PROCEDIMIENTO ADMINISTRATIVO Y ORGANIZACIÓN ADMINISTRATIVA.

No menos imprecisas son las fronteras entre procedimientos administrativo y organización administrativa. En ocasiones parece como si se encajaran las normas en uno u otro campo conforme a un simple criterio de discrecionalidad. Lo mismo sucede entre el Derecho procesal y el constitucional: en ocasiones son normas puramente procesales las que determinan la competencia de los Tribunales, pero, a veces, lo hacen directamente las leyes constitucionales que crean y estructuran el organismo, ya que la organización no supone la simple creación de un organismo, sino el señalamiento de sus tareas y competencias. Y en este punto de las competencias surge la fricción.

BETTERMANN (51) propugna un criterio aparentemente fácil para la diferenciación de las normas: el derecho de organización responde a la pregunta ¿quién?, el derecho de procedimiento a la pregunta ¿cómo?

El problema no queda, con eso, resuelto ni mucho menos, ya que inevitablemente toda norma de organización lleva en su esencia principios de procedimiento. Esto ya se ha visto respecto de las competencias, pero aún se puede precisar más. Al crear un ente y organizarle, hay que señalar también las relaciones entre las distintas autoridades u órganos que le componen: esto es ya procedimiento. Y, sin embargo, parece indudable que han de tener competencia los Estados para ello, en los supuestos del artículo 85 de la G G., no obstante que les esté vedado regular el procedimiento.

Para obviar estas antinomias acude BETTERMANN (52) al expediente

(49) 95 *Sitzung des Rechtsausschusses. Protokoll*, pág. 5 y ss. 131/52. Citado por HELD. Véase nota siguiente.

(50) *Der autonome Verwaltungsstil der Länder und das Bundesratsveto nach Art. 84, I GG*, AöV, T. 80, pág. 71.

(51) *Das Vuv*, citado, pág. 131.

(52) *Ibidem*, pág. 134.

de diferenciar, conforme a una vieja tradición siempre debatida, entre procedimiento externo e interno: el primero se refiere a las relaciones entre los órganos o autoridades, el segundo se extiende a las relaciones entre la Administración y el público.

El procedimiento administrativo, estrictamente considerado, sólo se extiende al llamado procedimiento externo. Sólo entendiéndole en un sentido amplio puede admitirse que comprenda también al procedimiento interno. La clave para distinguir uno de otro puede encontrarse en el juego de la doble cláusula general: todos los actos que se refieren al procedimiento administrativo en sentido estricto, están sometidos a ella. Entendiéndose por cláusula general (53): Todo acto administrativo es impugnabile ante la jurisdicción contencioso administrativa; toda controversia que afecta al Derecho administrativo puede ser elevada ante los Tribunales contencioso-administrativos.

En el Derecho alemán tienen estos problemas, como se ha repetido, un rango constitucional y, por tanto, muy grave: el artículo 84, 1, de la G. G., para la ejecución de las leyes federales que los Estados realizan como asuntos propios, autoriza a los Estados para organizar las autoridades de ejecución y regular el procedimiento; mientras que el artículo 85, para los asuntos federales que los Estados ejecutan por encargo federal, sólo les autoriza a la organización de las autoridades. De aquí la importancia de la distinción.

Esto aparte, son muy íntimas las relaciones que median entre ambos derechos. No se puede señalar indiferentemente un procedimiento a cualquier tipo de organización; aquél depende en cierto sentido de ésta. Basta pensar en las diferentes normas que rigen un órgano según que sea colegiado o unipersonal.

15. CONCEPTO DOGMÁTICO.

Ya se ha visto anteriormente cómo BETTERMANN llegaba a distinguir entre derecho material y derecho de procedimiento, mediante una descripción, no exactamente una definición, de éste. Según él (54), regula el

(53) Vid. el tomo 8 de las VVDDSSL dedicado a este tema con el título *Tragweite der Generalklausel im Art. 19 Abs. 4 des Bonner Grundgesetzes*, 1950, con ponencias de KLEIN y HERRFAHRDT.

(54) *Ibidem*, pág. 121.

derecho del procedimiento administrativo «la elaboración, forma, comunicación, ejecución, revisión y modificación de las resoluciones administrativas, así como su control». En este sentido es importante precisar que la noción de resolución administrativa es mucho más amplia que la de acto administrativo. Por lo que respecta a la ejecución, es de advertir, por otro lado, que en el presente trabajo se prescinde de los detalles de su problemática especial, para no romper la unidad lógica que exige el estudio del procedimiento administrativo general, con especial hincapié, en todo caso, en el procedimiento de la vía administrativa previa a la contenciosa.

Para KÜCHENHOFF (55) la «esencia del procedimiento administrativo estriba en el procedimiento de la formación de voluntad en el derecho público», que por sus características especiales tiene fundamental importancia en la resolución administrativa, por contraposición al Derecho privado, en el que esta formación de voluntad sólo en casos excepcionales tiene relevancia jurídica. En contra, PFEIFER (56) y MERK (57).

Para este último «debe entenderse por procedimiento administrativo el conjunto de actividades administrativas de una autoridad que tengan por objeto la ejecución de las tareas administrativas en un caso individual determinado, y cuyo fin sea la adopción legal de una resolución administrativa».

16. CONCEPTO CONSTITUCIONAL.

Pero en el Derecho alemán, por las razones constitucionales aludidas, mayor importancia que una definición general dogmática tiene la determinación del concepto en el sentido del artículo 84, 1, de la G G.

De esta cuestión se ocupó por primera vez KÖTTGEN en 1952 (58) en un artículo que ha sido muy debatido y cuyas consecuencias, aun habien-

(55) *Ibidem*, pág. 218.

(56) *Ibidem*, pág. 219.

(57) *Ibidem*, pág. 220.

(58) *Das Verwaltungsverfahren als Gegenstand der Bundesgesetzgebung*, DöV, 1952, 422.

do sido generalmente criticadas, han abierto el camino a posteriores investigaciones (59).

BETTERMANN adopta en este punto una actitud original, que puede ser susceptible de graves críticas. Ya se ha visto más arriba su análisis sobre las diferencias del derecho del procedimiento administrativo y del derecho material y de organización. Del examen de los artículos 84, 85 y 86, de la G G., deduce que el derecho del procedimiento administrativo y el de la organización se complementan para formar el derecho de ejecución de las leyes. Esto sentado, es fácil definir el derecho del procedimiento administrativo en el sentido del artículo 84, de la G G., como el derecho de ejecución de las leyes con exclusión del derecho de organización (60).

Esta tesis precisa de alguna aclaración. Para llegar a ella parte de un concepto general del procedimiento, que fué sostenido por MERKL en 1927 (61). Según éste, derecho procesal en sentido amplio es «la parte del ordenamiento jurídico que regula la aplicación de las normas jurídicas». En tal sentido la actividad del juez y la del administrador son similares: ambos se encuentra entre un hecho y un ordenamiento, y su labor se reduce a determinar la ley aplicable a tal hecho, después de haber determinado éste.

La consecuencia de esta postura es fácil de adivinar: el acto administrativo viene a caer de lleno dentro del procedimiento administrativo. Y esto supuesto, ¿qué es lo que puede quedar en consecuencia como exclusiva del derecho material? El propio BETTERMANN se adelanta a esta pregunta, que responde distinguiendo entre «lo que se ha de ejecutar» y la «ejecución». Lo que se ha de ejecutar constituye propiamente el derecho material. Y aun extrema sus conclusiones de la siguiente manera: teniendo en cuenta que las normas que se han de ejecutar se encuentran de ordinario en la parte especial del Derecho administrativo resulta que el punto de gravedad del derecho administrativo material descansa en la parte especial del Derecho administrativo; y, por el con-

(59) Cfr. Robert HELD: *Der autonome Verwaltungsstil*, citado, y Dieter HAAS: *Bundesgesetze über Organisation und Verfahren der Landesbehörde*, AöV, T. 80, págs. 81 y 88.

(60) *Das Vwv*, citado, pág. 138.

(61) *Allgem-eines Verwaltungsrecht*, 1927, pág. 214.

trario, la parte general del Derecho administrativo queda formada por el derecho del procedimiento (junto con el derecho de organización).

Frente a este radicalismo se alza MENCER (62), quien no admite la inclusión íntegra del acto administrativo en el sistema del procedimiento administrativo. En un acto administrativo se encuentran elementos materiales y elementos formales. Al derecho del procedimiento corresponde, en efecto, el conjunto de trámites que se desarrollan desde su origen hasta su determinación definitiva, pero no puede negarse la naturaleza material de su contenido, de los derechos y obligaciones que mediante él se dirigen a los destinatarios (63).

17. «VORVERFAHREN».

Aunque pueda formarse del procedimiento administrativo un concepto único, no debe olvidarse que está compuesto por una serie de fases u operaciones, cuya distinta naturaleza es obvia. Esto ya se ha visto claramente en la descripción de BETTERMANN expuesta más arriba. Las operaciones de producción de un acto administrativo y las de su control presentan características muy diferentes; y es precisamente en este control donde suelen hacer mayor hincapié los autores del Derecho administrativo, hasta el extremo de que en ocasiones llega a identificarse con el procedimiento administrativo en general. La razón estriba precisamente en que es aquí donde los elementos jurídicos tienen mayor importancia. En repetidas ocasiones hemos aludido a ello con la expresión «procedimiento administrativo previo» (*Vorverfahren*) a la vía contenciosa.

En la actualidad constituye en Alemania el *Vorverfahren* la médula de todo el procedimiento administrativo que, en sus demás aspectos, no está aún lo suficientemente desarrollado. En este punto tiene lugar un auténtico círculo vicioso: al no haber una regulación legal del procedimiento administrativo actúa la doctrina muy reservadamente, mientras que el legislador, careciendo de una base doctrinal imprescindible, no se decide a dictar normas positivas. En cambio, por lo que afecta al

(62) *Das Vwv*, citado, pág. 219.

(63) Esta descomposición del acto administrativo se encuentra ya en su libro, *System des Verwaltungsgerichtlichen Rechtsschutzes*, Tübingen, 1954.

Vorverfahren no se da este caso: constituyendo un presupuesto de la actuación jurisdiccional, en repetidas ocasiones han debido los Tribunales ocuparse de su problemática, creando una aceptable jurisprudencia sobre cuya base la doctrina y el legislador han podido tejer un sistema congruente que se ha visto coronado con la nueva Ley de lo contencioso-administrativo de 21 de enero de 1960 (25).

Dejemos por el momento la cuestión de si el legislador federal fué o no competente al decidirse a actuar de esta manera. La realidad es que su actitud ha sido extremadamente útil y ha sido acogida con júbilo. Con anterioridad a esta Ley, la situación era verdaderamente caótica. Sin contar los llamados «recursos informales» conocía el Derecho alemán dos variedades de recursos administrativos: el de reposición (*Einspruch*) y el de alzada (*Beschwerde*). Ahora bien, la regulación no era homogénea ni mucho menos: en Hamburgo sólo estaba admitida la reposición; en la Baja Sajonia, sólo la alzada; para Nordrhein-Westfallen no existía una disposición general, admitiéndose la alzada en algunos casos; en Rhein-Pfaltz estaba admitida la alzada en todos los casos, y la reposición con carácter limitado; en la zona británica de ocupación, por el contrario, se admitía con carácter general la reposición, y la alzada limitadamente; y en Baviera, Hesse, Bremen y Württemberg sólo con carácter de excepción se limitaba el recurso de alzada, admitido en principio (64). Esto sin contar con las múltiples y particulares leyes federales.

18. «WIDERSPRUCH».

La regulación actual introduce para todo el territorio de la República federal alemana un sencillo procedimiento con una terminología nueva (*Widerspruch*) en los artículos 68 y siguientes (65). El *Widerspruch* refunde la reposición y la alzada, por cuanto siendo de ordinario un recurso de alzada (salvo casos excepcionales, resuelve siempre la autoridad superior), se da oportunidad a la autoridad que ha dictado el acto administrativo para que le modifique atendiendo la reclamación del

(64) Cfr. KOEHLER: *Verwaltungsgerichtsordnung*, Berlín, 1960, pág. 524.

(65) Véase su traducción *infra*, Apéndice.

particular. Original solución que pone fin a la indecisa polémica sobre las ventajas y desventajas, sobre la duplicidad y la inseguridad de la ordenación de la reposición y de la alzada (66). Siendo de advertir que en cualquier caso se extiende el control tanto a la legalidad como a la discrecionalidad del acto administrativo.

Por descontado queda, no obstante, que dada la variedad legislativa administrativa, han quedado aún diversos campos ajenos a esta unidad general impuesta por el *Widerspruch*. Así: a) En las disposiciones finales (arts. 190-192) se declaran vigentes en su integridad algunas leyes, que aún mantienen el doble recurso de reposición y alzada, como la Lastenausgleichsgesetz (art. 336), Kriegsgefangenenentschädigungsgesetz (art. 18: alzada) y Staatsgutgesetz (art. 32: reposición); b) Procedimientos que no van a parar a la jurisdicción contenciosa general, sino a otra, social o económica; c) En materias reservadas a los Estados: cuando el procedimiento administrativo no se encauza dentro de los límites formales del *Vorverfahren*, sino que se rige por las normas de algún otro procedimiento informal específico de un Estado.

El plazo para la interposición del *Widerspruch* empieza a correr a partir de la comunicación legal de la resolución, pero puede interponerse antes, cuando de cualquier manera haya tenido el interesado conocimiento de ella. Para los casos en que tal comunicación no tenga lugar, previenen los artículos 55 y siguientes un adecuado sistema de garantías.

Por exigencias de seguridad, ha de interponerse este recurso por escrito, debiendo ser firmado por la propia mano del interesado o de su representante legal (67); aunque una jurisprudencia progresiva ha admitido también la validez de la forma telegráfica (68).

La delicada cuestión de la posibilidad de su renuncia ha sido examinada repetidas veces por la jurisprudencia. En principio nada se opone a su admisión; pero teniendo en cuenta que puede afectar al *Treue und Glaube* o principio de la buena fe que ha de acompañar indefectiblemente a las relaciones entre la Administración y los particulares (69), debe examinarse cuidadosamente si el alcance y trascendencia

(66) Cfr. Discusiones parlamentarias: *Drucksache des Bundestags*, 1955, págs. 38 y ss.

(67) Sentencia de 30 de julio de 1955.

(68) Sentencia de 14 de diciembre de 1955.

(69) Sentencia de 14 de enero de 1955 del Tribunal de Hamburgo (DVBl, 1955, 265).

de la misma han sido queridos por el interesado. Sin este requisito es nula, y más cuando ha sido conseguida a petición de la propia Administración (70); y lo mismo cuando lo hace el particular en el momento de recibir la comunicación, es decir, antes de haber dispuesto de un tiempo mínimo necesario para su completo conocimiento (71).

19. «REFORMATIO IN PEIUS».

Mayores dificultades plantea la posibilidad de la admisión de la *reformatio in peius*, que ha sido resuelta contradictoriamente por la jurisprudencia. En la doctrina también pueden señalarse tres tendencias fundamentales:

a) Defienden su admisión VON TUREGG, DERNEDDE y REDEKER. Los argumentos de DERNEDDE (72) se basan en la autoridad de la antigua doctrina (OTTO MAYER, KÖHLER). Para REDEKER y VON OERTZEN (73) es inconcuso que la Ley la admite en el artículo 79, 2, donde se habla literalmente de resoluciones de recursos que perjudiquen la situación de los terceros, y que supone, por tanto, que puede haber resoluciones que también perjudiquen a los propios recurrentes.

b) La mayor parte de la doctrina se muestra decididamente opuesta. Otra cosa sería admitir que la autoridad superior puede actuar como si no existiese ya la resolución de la autoridad inferior, lo que va en contra de la esencia del recurso, que es la protección de los derechos subjetivos, y no del derecho objetivo. Ahora bien, a título excepcional, y cuando estén en juego graves intereses públicos, puede admitirse (74). ULE (75), que rechaza en general toda posibilidad, la admite únicamente en los casos en que sea señalado expresamente por una ley declarada vigente en el artículo 190, por ejemplo, en el artículo 337,2 de la *Lastenausgleichgesetz* (76).

(70) Sentencia de 8 de febrero de 1957.

(71) Sentencia de 3 de junio de 1958.

(72) DVBl, 1950, 655.

(73) *Kommentar zur Verwaltungsgerichtsordnung*, Münster, 1960, pág. 252.

(74) Así HUGNACHT: *Die reformatio in peius im Verwaltungsverfahren*, DVBl, 1950, 250.

(75) *Verwaltungsgerichtsbarkeit*, 1960, pág. 212.

(76) *Verwaltungsprozessrecht*, München, 1960, pág. 69.

c) Puede señalarse, por último, una tercera posición, conforme a la cual, la posibilidad de la *reformatio in peius* está determinada por la calidad con que actúa la autoridad superior. Esta es la tesis de FORSTHOFF (77), el cual sostiene que es admisible en los casos en los que la autoridad que ha de resolver el recurso es al tiempo jerarquía de la autoridad que ha dictado el acto, en cuyo supuesto no debe limitarse su actuación al examen de la legalidad del acto recurrido, sino que también debe comprobar si el asunto ha sido tratado funcionalmente de un modo correcto por la autoridad inferior. Pero una refutación expresa de esta tesis ha desarrollado RINGE (78), el cual sostiene que esto sólo es admisible en el recurso de reposición, cuando la instancia que resuelve es al mismo tiempo «primera instancia», y sólo en cuanto a tal.

20. ALGUNAS DEFINICIONES DEL «VORVERFAHREN».

Después de estas breves notas de caracterización pueden examinarse ya algunas definiciones.

Para KÖHLER (79) es el *Vorverfahren* «el procedimiento que, con anterioridad a la interposición del recurso contencioso-administrativo facilita un nuevo examen de la legalidad y de la oportunidad del acto administrativo, por parte de las autoridades superiores a la que le ha dictado».

Para ULE (80) es «una parte del procedimiento llevada a cabo por una autoridad administrativa, de oficio o a instancia de parte, para preparar una posterior resolución sobre un acto administrativo; mediante él se vuelve a examinar la legalidad y la oportunidad del acto administrativo, antes de que sea interpuesta demanda ante el Tribunal Contencioso-administrativo».

(77) *Lehrbuch des Verwaltungsrechts*, 3 ed., 1953, pág. 433.

(78) *Zur funktionellen Zuständigkeit der übergeordneten Behörde*, DVBl, 1957, 676.

(79) *Op. cit.*, pág. 517.

(80) *Verwaltungsprozessrecht*, citado, pág. 65.

21. NATURALEZA JURÍDICA.

En lo que están de acuerdo los autores es en subrayar el carácter extrajudicial del «Vorverfahren», que sin lugar a dudas forma parte del procedimiento administrativo, y no del jurisdiccional. LOPPUCH (81) señala dos características que le separan de la actividad jurisdiccional: a) En ésta sólo se examina la legalidad, reservándose el arbitrio y la oportunidad al procedimiento administrativo. b) En la jurisdicción es un tercero el que resuelve: en este triángulo que forman las dos partes y el juez se encuentra la verdadera esencia de la jurisdicción. De aquí que el «Vorverfahren» no sea jurisdicción. El Tribunal Administrativo de Münster en sentencia de 28-XI-1952 (82) ha señalado a este respecto un criterio diferenciador basado no en principios materiales, sino en personales, es decir, en la dependencia o independencia de los jueces; pero debe considerarse esta tesis como rebasada desde hace mucho tiempo.

Ahora bien, si es indudable que el «Vorverfahren» no forma parte de la jurisdicción, teniendo en cuenta que la competencia federal sólo alcanza, por virtud del artículo 74,1 de la GG, al procedimiento judicial, ¿cómo explicar entonces que el «Vorverfahren» haya sido regulado en una ley federal? La doctrina ha recurrido al arbitrio de considerar técnicamente al «Vorverfahren» como un presupuesto procesal de la sentencia contencioso-administrativa y, por tanto, engarzado en su regulación (83). Esta es la doctrina predominante. Alguna jurisprudencia aislada (84) le había considerado, por el contrario, como un presupuesto de la acción.

El argumento no parece muy convincente. Lo que sucede es que la doctrina no tiene demasiado interés en reprochar al legislador federal una actuación que se revela a todas luces enormemente práctica (85). BETTERMANN ha protestado, no obstante (86), no sólo contra esta arro-

(81) *Der Verwaltungsbehördliche Beschwerdebescheid und seine Abgrenzung vom Rechtssprechungsakt*, NJW, 1953, 1176.

(82) NJW, 1158.

(83) ULE: *Op.* últimamente citada, pág. 67.

(84) Sentencia del OVG de Münster de 13-12-1955: DVBl, 1956, 309.

(85) Con la mayor sinceridad, RADEKER: *Op. cit.*, Münster, pág. 244.

(86) *Das Vwv*, citado, pág. 154.

gada competencia del legislador federal, que estima anticonstitucional, sino incluso contra su pretendida utilidad. Esta legislación no es, por otra parte, un fenómeno aislado. Se trata de una manifestación más de la fuerza expansiva del legislador federal, cada vez más intensa, según ha denunciado HAAS (87). El espíritu de la Constitución es atacado sin rebozos: en ella se supone que las intromisiones del *Bund* en los *Länder* han de ser la excepción; la realidad es que son la regla, y no sólo en derecho material, lo que sería más explicable, sino en derecho procesal.

Sea como fuere, éste ha sido el criterio seguido por la Comisión Parlamentaria que, tras grandes debates, decidió considerarlo como «un presupuesto judicial» y, por tanto, dentro del área de la competencia del núm. 1 del artículo 74 de la GG. (88).

También hay acuerdo en la doctrina en cuanto a los objetivos que apunta el «Vorverfahren». Indefectiblemente se pone de relieve el importante papel que juega al evitar un sinnúmero de pleitos de la jurisdicción contenciosa. Esta ventaja compensa, para KOEHLER (89), el indudable alargamiento que produce hasta que el particular ve reconocido su derecho. KLINGER explica (90) cómo mediante él se produce un descongestionamiento (*Entlassung*) de la actividad jurisdiccional, pues si en este examen previo se concede la razón al reclamante, no se interpone ulterior recurso, y aun en el supuesto contrario se facilita al menos un mejor y ordenado conocimiento del asunto. ULE (91) pondera su eficacia como filtro (*Filterwirkung*), y, comparando la organización austriaca con la alemana (92), explica cómo en aquel país, donde el procedimiento administrativo está perfectamente reglamentado, despachan la jurisdicción contenciosa treinta magistrados, mientras que en el Estado alemán de Baden-Württemberg (de similar población) son precisos sesenta, sin contar los que se dedican a las ramas social y financiera. Pero ha sido BETTERMANN quien, como más arriba se dijo, ha examinado con mayor amplitud este problema de los fines, que rebasan con mucho el de una

(87) *Bundesgesetze über Organisation und Verfahren der Landesbehörden*, AöV, T. 80, págs. 81 y es.

(88) Informe de 12-5-59, citado por KOEHLER en op. cit., pág. 518.

(89) Op. cit., pág. 517.

(90) Op. cit., pág. 68.

(91) Op. cit., pág. 66.

(92) *Verwaltungsverfahren...*, cit., DVBl, 1958.

labor de filtro, para incrustarse en el sistema de protección de los derechos individuales (93) y en el de garantía de fijación de la actividad administrativa (94).

22. DEFECTOS.

En este mismo trabajo estudia el profesor de Berlín el problema de si pueden repararse ante los Tribunales los defectos cometidos en el «Vorverfahren», a lo que da una respuesta afirmativa; siendo más discutible el señalamiento del momento en que en último extremo puede producirse esta subsanación. En líneas generales puede afirmarse que hasta el momento de la sentencia, para facilitar las cosas, está facultado el Tribunal para, conforme a su arbitrio, dar un plazo a las partes. Si los defectos pueden catalogarse como «hechos», esta subsanación sólo es posible en la primera instancia; pero si fueran «derechos» podrían repararse incluso en casación. Ahora bien, como señala LERCHE (95), no es fácil en ocasiones determinar si se trata de un fenómeno de naturaleza jurídica o práctica. En un caso concreto de modificación de los fundamentos de la relación, parece aparentemente que se trata de algo esencialmente jurídico, pero ocurre que, a veces, analizando cuidadosamente las circunstancias, se descubre un fenómeno puramente fáctico.

Este caso de subsanación de defectos en la fundamentación de una resolución administrativa ha sido repetidamente estudiado en la literatura alemana. ULE (96) sostiene que es insubsanable, ya que al particular le es imprescindible conocerla, pues es posible que de haberla conocido no hubiese recurrido. Otra cosa es, no obstante, que se corrija sencillamente una fundamentación errónea: la ley (art. 73, 3) exige que la resolución esté fundada, no que esté «bien» fundada. En cualquier caso se trata de un vicio que produce anulabilidad, no nulidad.

(93) Véase también MENCER: *System des Verwaltungsgerichtlichen Rechtsschutzes*, Tübingen, 1954, pág. 130.

(94) *Das erfolglose Vorverfahren*, citado, DVBI, 1959, 308.

(95) *Das Nachschieben tatsächlicher Gründe im Anfechtungsprozess*, NJW, 1953, 1897.

(96) *Verwaltungsprozessrecht*, citado, pág. 70.

ZSCHACKE (97) matiza más la cuestión: a) Si la resolución que resuelve el recurso no está fundada, pero el acto sí, no se produce anulabilidad. b) En materia de arbitrio es imprescindible la fundamentación, porque en otro caso habría de actuar a ciegas el recurrente. c) Cuando hay una variación en la fundamentación o se inserta una nueva, debe ser tratada bajo los principios procesales de la modificación de la demanda.

No hay que olvidar, por otra parte, según advierte BETTERMANN (98), que, como consecuencia de que el «Vorverfahren» pertenece al derecho administrativo y no al derecho procesal, no pueden entenderse sus defectos, a efectos de revisión ante la jurisdicción contencioso-administrativa, como «defectos de procedimiento» que habiliten esta revisión.

Hay que hacer notar, por último, que el «Vorverfahren» no agota las normas de procedimiento de control interno de la actividad administrativa. Junto a este procedimiento formal por excelencia pueden los *Länder* determinar otros procedimientos informales de control (99). De este supuesto parte el Tribunal Administrativo de Münster, quien, no obstante, advierte en su sentencia de 22-I-1952 que la interposición de un recurso informal (de queja) no evita la falta del trámite de agotamiento de un recurso formal (100). KOEHLER (101) va más allá, puesto que afirma que los Estados no sólo están capacitados para regular estos procedimientos informales, sino también incluso para determinar alguno nuevo formal coexistente con el impuesto por la legislación federal. Cosa que, en cierto modo, vendría a quebrantar gravemente la unidad perseguida por la nueva ley.

(97) *Die Begründung des Verwaltungsakts und ihre Bedeutung im Verwaltungsstreitverfahren*, NJW, 1954, 413.

(98) *Das Verwaltungsprozessrecht*, citado, pág. 119.

(99) Cfr. RADEKER y v. OERTZEN: Op. cit., pág. 244.

(100) Citado por KLINGER: Op. cit., pág. 293

(101) Op. cit., pág. 520.

23. POSIBILIDAD Y UTILIDAD DE UNA REGULACIÓN LEGAL DEL PROCEDIMIENTO ADMINISTRATIVO.

Ya se ha indicado al principio que el ambiente científico alemán no es nada propicio al fomento de una regulación legal del procedimiento administrativo. Esto no significa, naturalmente, que haya unanimidad en tal sentido. En la reunión de profesores alemanes de Derecho público celebrada en Viena en 1958 se puso de manifiesto que eran varios los alemanes que suscribían las ideas de sus colegas austríacos y deseaban que el legislador estudiase con carácter general este tema. Entre ellos se encontraban MERK y DÜRIG, de Tübingen, SPANNER, de Erlanger, y ULE, de la Escuela Superior de Estudios Administrativos de Spira. Este último fué el más caracterizado y defendió con energía la tesis (102) de que, en contra de lo que supone la mayoría, no se trata de crear un nuevo derecho, con todos los azares y peligros que esto indudablemente representa, sino de codificar o, si se quiere, racionalizar la multitud de leyes (no menos de cien pueden encontrarse) que en mayor o menor grado dedican preceptos aislados al procedimiento. Así presentadas las cosas, no es fácil comprender la cerrada y hostil posición de la mayoría.

Y, sin embargo, tampoco faltan argumentos que apoyan gravemente la tesis de la dificultad, y aun de la inutilidad, de esta regulación. Werner WEBER (103) repitió el conocido argumento de la peligrosidad que supone la creación de un derecho nuevo sin la debida fundamentación científica y jurisprudencial previa. Sin negar el peso de este razonamiento—que en Alemania se agrava por la existencia de casi una docena de Cámaras legislativas en los Estados, ordinariamente fecundas y no siempre con garantías de poseer el dominio técnico que exigen estas delicadas cuestiones—, ya se ha indicado anteriormente que esta cuestión así planteada presenta las características de un círculo vicioso, por cuanto la doctrina y la jurisprudencia, faltas de un apoyo legal, se muestran a este respecto muy reservadas.

La postura de BACHOF (104) se basa en los temores, ya citados al principio, de que esta ordenación resulte perjudicial a la eficacia de la

(102) *Das Vwv*, citado, pág. 224.

(103) *Ibidem*, pág. 223.

(104) *Ibidem*, pág. 225.

Administración, eficacia entendida en beneficio de los ciudadanos, ya que son ellos precisamente los beneficiarios de los servicios administrativos. De acuerdo con su experiencia no parece que vayan mejor las cosas en las regiones o países donde existe esta ordenación legal. Por el contrario, en ellas se muestra el funcionario como paralizado por el deber de tener que atenerse escrupulosamente a los preceptos legales.

La postura de PARTSCHE (105) se sitúa en la misma línea de W. WEBER. Parece ser que recientemente el Ministerio del Interior del Estado de Schleswig-Holstein empezó a redactar los proyectos de una legislación procedimental tan radicalmente extensa y unificada, que hubiera ocasionado graves trastornos en el tráfico administrativo, de no haber intervenido la Universidad de Kiel al objeto de moderar esta auténtica «rage de perfection» (sic).

Todos estos argumentos fueron extensamente desarrollados por BETTERMANN (106), autor de la conferencia que constituyó la espina dorsal de la reunión. Para este autor el problema de la generalización del procedimiento administrativo depende de su posibilidad de independizarse del derecho material. Ahora bien, partiendo de la base de que dicha independencia es imposible, de que las modalidades del procedimiento han de estar siempre en conexión con las modalidades del derecho material, se llega fácilmente a la conclusión de que la generalización del procedimiento administrativo es imposible. De aquí que, en el mejor de los casos, la pregunta que haya que hacerse sea la de hasta qué punto puede conseguirse una relativa generalización y hasta qué punto haya de mantenerse la actual especialización.

En esta línea, la generalización (así entendida, pues, no en términos absolutos, sino combinada con la especialización) puede conseguirse mediante dos técnicas distintas: o por ramas administrativas o por variedades de procedimiento. Ambos sistemas coexisten y prosperan en la actualidad en el derecho alemán. Así, en cuanto a ramas administrativas, son innumerables los procedimientos que se refieren a ellas y que tienden a unificarse dentro de cada especialidad: vivienda, industria, agricultura, minas. En el segundo sistema, los resultados han sido aún más logrados, mediante las leyes de comunicaciones administrativas, ejecución

(105) *Ibidem*, pág. 236.

(106) *Ibidem*, págs. 141-154.

administrativa y policía, así como las recientes disposiciones sobre «Vorverfahren».

En cualquier caso se impone un estudio detenido de los distintos elementos que intervienen en cada uno de los procedimientos, porque parece indudable que algunos de éstos, como plazos, comunicaciones, vista del expediente, audiencia de partes, ejecución, etc., son susceptibles de una sencilla generalización, al poder ser desglosados fácilmente del derecho material a que corresponden. Sobre estos puntos parece posible y útil una generalización o unificación legislativa.

Por lo demás, la unificación a ultranza debe ser considerada por ahora no sólo como imposible, sino también inútil, y su exigencia es de ordinario fruto del espejismo de identificar orden con unidad; a veces la uniformidad rigurosa produce el desorden; lo que debe buscarse es la homogeneidad, es decir, la evitación de contradicción, pero sin empecer por ello la necesaria variedad.

Después de estas consideraciones de BETTERMANN, fueron así resumidos por SCHEUNER (107) los motivos de oposición a la unificación y regulación legal del procedimiento: a) Constitucionales. Al legislar al mismo tiempo y sobre la misma materia los diversos Estados y la Federación, se originarían grandes desigualdades y complicaciones. b) Doctrinales. La ley tiene que ser consecuencia, y posterior, a una elaboración científica, que todavía no se ha realizado en Alemania. c) Técnicos. La normación legal puede estorbar la eficacia de la Administración, de aquí que sea mejor encomendar la fijación de estos principios a la fluidez de la jurisprudencia y la doctrina.

24. PROCEDIMIENTO ADMINISTRATIVO Y CONSTITUCIÓN.

En repetidas ocasiones hemos aludido a la dificultad que para la regulación del procedimiento administrativo representa en la República Federal Alemana su misma naturaleza federal y el texto de su Constitución. También se ha visto cómo la amenaza de una excesiva producción de la hidra legislativa ha pesado en el ánimo de algunos autores para oponerse a su normación legal. Ahora vamos a estudiar cuáles son,

(107) *Ibidem*, pág. 237 .

en efecto, los diversos campos de competencias de la Federación y de los diversos Estados en esta materia del procedimiento administrativo, tomando como punto de referencia el principio sentado por Diether HAAS de que «en el campo de la legislación tiene preferencia la Federación, y en el campo de la Administración tienen preferencia los Estados» (108).

Como es sabido, la Constitución alemana distingue una serie de campos en vista a la distribución de competencias: *a*) Administración federal en ejecución de leyes federales (art. 86 de la GG). *b*) Administración de los Estados, en ejecución de sus propias leyes. *c*) Administración de los Estados, que ejecuta leyes federales, como si se tratase de asuntos propios (art. 84 de la GG). *d*) Administración de los Estados, que ejecuta leyes federales por encargo o delegación de la Federación (art. 85 de la GG).

Sobre los apartados *a*) y *c*) no surge ninguna dificultad, pues tanto por imperativo del artículo 86 de la GG como por la propia naturaleza de las cosas, resulta evidente que dichas materias son competencia respectivamente, y con carácter exclusivo, de la Federación y de los Estados.

Para la regulación del caso *c*) determina el artículo 84 de la GG que son los Estados competentes para la ordenación del procedimiento administrativo, mientras el legislador federal con aprobación del Bundesrat, no disponga otra cosa. Con lo cual se dispone la competencia federal, sujeta a la condición de la aprobación de las dos Cámaras, pues a través de la segunda manifiesta el Estado su asentimiento a esta innovación en sus instituciones administrativas; y, además, según hace observar ULE (109), orientada esta legislación a una regulación particular de cada materia, es decir, que no se trata de prescribir un régimen general aplicable a su conjunto.

Para la regulación del caso *d*) es aplicable el artículo 85 de la GG; pero éste, a diferencia del artículo 84, no hace mención expresa del procedimiento administrativo, por lo cual es susceptible de distintas interpretaciones. La doctrina dominante entiende a este respecto que es competente el legislador federal incluso sin necesidad de la aprobación

(108) *Ibidem*, pág. 237.

(109) *Verwaltungsverfahren und Verwaltungsgerichtsbarkeit*, DVBl, 1957, 597.

del Bundesrat. Ahora bien, debe tenerse muy en cuenta que las disposiciones procedimentales, que en esta materia pueden afectar a la organización de las autoridades (en otro lugar se ha visto la fluidez que existe entre los principios de procedimiento y los principios de organización), precisan de la aprobación del Bundesrat. Igualmente debe advertirse que cuando esta competencia se ejerce, no legislativamente, sino administrativamente (mediante generales «Verwaltungsvorschriften») es precisa en todo caso la autorización del Bundesrat, por imposición de los apartados segundos de los artículos 84 y 85.

En materia financiera rigen los mismos principios, con la importante salvedad de que la competencia concurrente del legislador federal se extiende sobre las autoridades de los Estados también en aquellos casos en que éstas ejecutan leyes propiamente estatales.

Puede ya comprenderse con lo que antecede las aludidas dificultades que la Constitución opone a la unificación del procedimiento administrativo. La materia ha quedado de tal manera desgarrada, que no es extraño que la mayoría de los autores no vean solución unitaria posible. Y esto no sólo para el legislador federal, sino dentro de cada Estado en las materias de su respectiva competencia.

Queda, por último, por examinar la naturaleza constitucional de determinados principios de procedimiento que escapan a toda clasificación legal por actuar al margen de la regulación positiva. Se trata fundamentalmente del derecho no escrito, principios generales y consuetudinarios. El problema es importante, porque de su naturaleza depende la posibilidad de que sean revisables o no ante el Tribunal Supremo Federal, ya que, como queda dicho, los principios de procedimiento no son revisables en sí, sino solamente en cuanto forman parte del derecho federal.

La jurisprudencia de este Tribunal es a este respecto tan escasa como debatida. En una ocasión—sentencia de 15-V-1957—entendió que sólo podía entenderse como derecho federal el que hubiese sido regulado «expresamente» por la Federación, con lo cual indefectiblemente ningún principio no escrito podría adquirir esta naturaleza y, por tanto, ser revisable.

Contra esta tesis se alzó BACHOF (110) sosteniendo la innecesidad de repetir en cada ley una serie de principios generales, cuya existencia

(110) *Das Ende...*, citado, DöV, 1958, 27.

se da por supuesto, y cuyo desarrollo corresponde a la doctrina y a la jurisprudencia, siendo en su mayor parte reflejo de normas jurídicas escritas, principalmente de normas federales del más alto rango. En este sentido son revisables.

Sobre este tema se ha pronunciado BETTERMANN en estos términos (111): «El derecho del procedimiento administrativo preconstitucional, especialmente el derecho consuetudinario, se ha convertido, en los casos de legislación concurrente, en derecho de los Estados, excepto cuando se trata del procedimiento de los asuntos propios de la Federación o de los asuntos federales encomendados a la Administración de los Estados, o cuando complementa una ordenación federal codificadora.

25. FINAL.

Con lo que antecede queda aceptablemente agotada la temática general del problema. Aún podrían añadirse algunas consideraciones especiales sobre las leyes particulares del procedimiento administrativo existentes, tanto sobre las que se refieren a materias administrativas determinadas, como a las generales de los distintos Estados (112). Pero, como ya se ha advertido, estas cuestiones podrían representar una desviación lógica de la idea de este artículo, sin que, por otra parte, presenten en su conjunto demasiado interés.

La doctrina alemana no las ha tomado hasta la fecha en consideración. Apenas si alguno de sus problemas ha sido estudiado aisladamente en las revistas jurídicas, y sus ediciones van acompañadas de ordinario por unos simples comentarios que se limitan a coordinarlas.

Esta situación está de acuerdo con la actitud doctrinal que se ha expuesto más arriba. La doctrina alemana sigue reacia frente al orde-

(111) *Das Vwv*, citado, pág. 180.

(112) Son de citar: En Baden-Württemberg, la *Landesverwaltungsgesetz* de 7 de noviembre de 1955; en Berlín, la *Verwaltungsverfahrensgesetz* de 2 de octubre de 1958; en Bremen, la ley sobre *Verwaltungsverfahren* y *Verwaltungszwang* de 11 de abril de 1934; en el Sarre, la ley sobre la general *Landesverwaltung* de 13 de julio de 1950; en Thüringen, la *Landesverwaltungsordnung* de 10 de junio de 1926, en su nueva redacción de 26 de noviembre de 1945; en Nordrhein-Westfalen, la *Erstes Vereinfachungsgesetz* de 23 de julio de 1957.

namiento del procedimiento administrativo, y las esporádicas manifestaciones legislativas no inducen en modo alguno a reanimarla: el mosaico actual es verdaderamente caótico.

En este punto no puede ser mayor el contraste en relación con Austria. En este país, como no podía ser menos, acompaña a una legislación unificada, una doctrina firme y bien lograda. De ella se ha prescindido radicalmente en el presente trabajo, no obstante las sugerencias que ofrece, en razón a que su estructura es completamente ajena a la alemana.

En Alemania, a la dispersión legislativa se corresponde una idéntica dispersión doctrinal. Ya se habrá observado que en la amplia bibliografía que se cita en este trabajo, no puede encontrarse ni un solo libro ni un solo trabajo que haya estudiado el problema con carácter general. No existe un solo trabajo que, como el presente (salvada su modesta realización) se haya propuesto lanzar una ojeada sobre la temática general del problema, objetivo que para la mentalidad jurídica española se considera imprescindible. No es un azar que el Congreso de profesores alemanes de derecho público estudiase el procedimiento administrativo en su reunión de Viena, como acto de deferencia, y aun por sugestión de sus colegas austríacos (113).

En la actualidad hay anunciados dos estudios, la fecha de cuya aparición en librería es incierta. La Editorial Kohlhammer, de Stuttgart, anunció para 1959 la publicación de un libro de F. BECKER titulado *Das allgemeine Verwaltungsverfahren in Theorie und Gesetzgebund. Eine rechtsvergleichende Untedsuchung*. Los motivos de este retraso pueden haber sido causados por la reciente promulgación de la ley de lo contencioso. Por otra parte, ULE, en el prólogo a su *Verwaltungsgerichtbarkeit*, ya citada, anuncia la próxima edición de una primera parte a dicha obra en la que se estudiará especialmente el procedimiento administrativo.

(113) Las conferencias pronunciadas y los debates que se siguieron aparecen publicados en el fundamental *Das Verwaltungsverfahren*, tantas veces citado.

APENDICE

Se traducen a continuación los preceptos más importantes citados en el presente trabajo:

A) *De la Constitución (99):*

- 19, 4: «La vía jurisdiccional (Rechtsweg) está a disposición de quien sea lesionado en sus derechos por el poder público. Esta vía jurisdiccional es, salvo disposición contraria, de la competencia de los Tribunales ordinarios.»
- 72, 1: «En el campo de la legislación concurrente tienen los Estados competencia para legislar solamente en la medida y durante el tiempo que la Federación no haya hecho uso de su preferente derecho legislativo.»
- 74, 1: «Son materias de legislación concurrentes... el procedimiento judicial.»
- 84, 1 y 2: «Cuando los Estados ejecuten leyes federales como asuntos propios, son competentes para el establecimiento de las autoridades y del procedimiento administrativo, mientras las leyes federales, con aprobación del Bundesrat, no hayan dispuesto otra cosa.

En estos casos puede dictar el Gobierno federal, con aprobación del Bundesrat, disposiciones administrativas de carácter general.»

- 85, 1 y 2: «Cuando los Estados ejecuten leyes federales por encargo de la Federación, son competentes para el establecimiento de las Autoridades, mientras las leyes federales, con aprobación del Bundesrat, no dispongan otra cosa.

En estos casos puede dictar el Gobierno federal, con aprobación del Bundesrat, disposiciones administrativas de carácter general.»

- 92: «El poder judicial está encomendado a los jueces.»

B) *De la Ley de lo contencioso administrativo de 21 de enero de 1960:*

- 68: «Con anterioridad a la interposición de la demanda de anulación han de ser examinadas en un procedimiento administrativo previo la juridicidad y la oportunidad del acto administrativo. Este examen no será necesario cuando así se haya dispuesto por la ley para determinados casos o cuando:

1. El acto administrativo haya sido dictado por una suprema autoridad federal o de los Estados, a no ser que una ley prescriba este examen; o
2. Cuando haya sido perjudicado por primera vez un tercero en la resolución del recurso administrativo.

Es de aplicación lo dispuesto en el apartado primero para las demandas obligacionales cuando haya sido desestimada la petición de ejecución de un acto administrativo.»

- 69: «El procedimiento administrativo previo comienza con la interposición del recurso.»
- 70: «El recurso ha de interponerse ante la Autoridad que haya dictado el acto, por escrito o verbalmente para su protocolización apud acta, y dentro de un mes, a partir de la notificación del acto administrativo al perjudicado. Se entiende respetado este plazo aun cuando el recurso haya sido interpuesto ante la Autoridad que haya de resolverlo.»
- 71: «Deben ser oídos los terceros con anterioridad a la resolución del recurso, cuando puedan ser perjudicados por la revocación o modificación del acto administrativo recurrido.»

72: «Si la Autoridad considera fundado el recurso, le estimará resolviendo sobre las costas.»

73: «Caso de no estimarse el recurso, se dictará la resolución correspondiente por:

1. La Autoridad inmediatamente superior.
2. La misma Autoridad que haya dictado el acto, cuando se trate de una suprema autoridad federal o de los Estados.
3. La Autoridad de la Administración autónoma en las materias de su competencia, si la ley no dispone otra cosa.

Siguen vigentes las disposiciones que prescriben para los casos del procedimiento administrativo previo del apartado anterior, la actuación de Juntas o Consejos en el lugar de las Autoridades. En contraposición a lo dispuesto en el número 1 del apartado anterior, pueden ser formados estas Juntas y Consejos por la misma Autoridad que haya dictado el acto.

La resolución del recurso ha de ser razonada, contener una indicación del recurso procedente y debe comunicarse debidamente. También determinará a cuenta de quién corresponden las costas.»

77: «Todas las disposiciones jurídicas federales contenidas en otras leyes sobre los procedimientos de reposición y alzada quedan sustituidas por las de la presente sección (octava).

Lo mismo sucede respecto de las disposiciones jurídicas de los Estados sobre los procedimientos de reposición y alzada como presupuestos de la demanda contencioso-administrativa.»

80: «El recurso administrativo previo y la acción contenciosa tienen efectos suspensivos. Este efecto comprende también a los actos administrativos conformadores.

Solamente no se da el efecto suspensivo en los siguientes casos:

1. En los asuntos de impuestos públicos y costas.
2. En las improrrogables medidas y disposiciones de los funcionarios de la policía ejecutiva.
3. Cuando así esté dispuesto por las leyes federales.
4. Cuando haya sido dispuesta especialmente la inmediata ejecución del acto en atención al interés público o al predominante interés de una de las partes por la autoridad administrativa que haya dictado el acto administrativo o que haya de resolver el recurso.

En los casos del número cuatro del apartado segundo, ha de razonarse por escrito el especial interés de la inmediata ejecución del acto. No es preciso este especial razonamiento en los casos en que las autoridades hayan tomado previsoramente una medida de necesidad, designándola como tal, cuando medie peligro en su ejecución, principalmente cuando amenacen perjuicios para la vida, salud y propiedad.»