

Prof. Dr. H. C. Martin Bullinger (*)

Mariano Bacigalupo (**)

Los recursos administrativos en la República Federal de Alemania

SUMARIO: I. INTRODUCCION. 1. Desarrollo histórico-legislativo de la vía administrativa de recurso y de la vía jurisdiccional contencioso-administrativa. 2. Extensión del sistema de protección jurídico-administrativa: los recursos administrativos «innominados» (*formlose Rechtsbehelfe*). II. LA REGULACION DE LA VIA ADMINISTRATIVA DE RECURSO. 1. La unificación de la vía administrativa. 2. El procedimiento de contradicción como presupuesto de la vía jurisdiccional. 3. Función y naturaleza jurídica del procedimiento previo de contradicción. 4. Supuestos de prescindibilidad del procedimiento previo de contradicción. a) Supuestos previos por la ley. b) Supuestos de excepciones jurisprudenciales. 5. Presupuestos formales del recurso de contradicción. a) Forma y contenido del recurso. b) Plazo de interposición del recurso. 6. El desarrollo del procedimiento de contradicción. a) El procedimiento previo de remedio o reparación ante la autoridad que dictó el acto impugnado (*Abhilfeverfahren*). b) El procedimiento de contradicción propiamente dicho ante la autoridad competente para resolver el recurso. 7. Extensión y límites de la potestad fiscalizadora de la autoridad competente para resolver el recurso de contradicción. a) Regla general. b) Modificación de la situación de hecho o de derecho. c) Supuestos de potestad fiscalizadora limitada. d) La potestad de resolver sobre el fondo de recursos inadmisibles. e) La *reformatio in peius*. 8. La decisión resolutoria del recurso de contradicción. a) Aspectos generales. b) La decisión sobre las costas del procedimiento. 9. Las consecuencias jurídicas del procedimiento de contradicción defectuoso. III. BREVES CONSIDERACIONES DE POLITICA LEGISLATIVA COMPARADA.

(*) Catedrático de Derecho Público de la Universidad de Friburgo en Brisgovia.

(**) Colaborador del Instituto de Derecho Público de la Universidad de Friburgo en Brisgovia.

I. INTRODUCCION

1. DESARROLLO HISTÓRICO-LEGISLATIVO DE LA VÍA ADMINISTRATIVA DE RECURSO Y DE LA VÍA JURISDICCIONAL CONTENCIOSO-ADMINISTRATIVA

El objeto de estudio del presente trabajo son los recursos del Derecho alemán vigente en el ámbito de la administración. La configuración adquirida por éstos en la actualidad es la coronación de un largo proceso legislativo, cuyos rasgos esenciales es preciso exponer una mejor comprensión de esta materia.

Si se hace un rápido repaso de los antecedentes históricos del sistema de protección jurídico-administrativa en Alemania, que anuncien las características esenciales del actualmente vigente, hay que remontarse a comienzos de la segunda mitad del siglo XIX. A partir de ese momento tuvo lugar, bajo la influencia de las ideas de eminentes juristas como Robert von Mohl y Rudolf von Gneist, una paulatina transformación del sistema de protección jurídico-administrativa tendente a sentar las bases de una jurisdicción administrativa especial e independiente, separada funcional y orgánicamente tanto de la administración como de la jurisdicción ordinaria.

Inspirada básicamente en el modelo del Consejo de Estado francés, la jurisdicción administrativa (*Verwaltungsrechtspflege* o *Administrativjustiz*) había surgido prevalentemente en los Estados alemanes meridionales en la primera mitad del siglo XIX, pero carecía de la independencia y demás garantías de las que en el incipiente Estado normativo de derecho de la sociedad burguesa comenzaba a disfrutar la jurisdicción ordinaria. Los órganos de esta jurisdicción administrativa (1) permanecían integrados en la Administración estatal, procediendo sus miembros, en su gran mayoría, del cuerpo de funcionarios administrativos. Este sistema de jurisdicción administrativa estuvo sometido, consecuentemente, a la dura crítica del pensamiento jurídico liberal, que, concretado en la idea del Estado de justicia, acabó finalmente por plasmarse en el § 182 del proyecto de Constitución liberal de la Asamblea Nacional de Francfort de 1849, cuyo texto decía: «Cesa la jurisdicción administrativa; acerca de todas las violaciones del derecho deciden los tribunales». Ciertamente, la paulatina evolución hacia el Estado de derecho en el siglo XIX se interpretó por muchos en el sentido de que los tribunales ordinarios estaban llamados a proteger

(1) Por ejemplo, el «Geheimer Rat» (Consejo Privado) en, Wurtemberg», el «Staatsrat» (Consejo de Estado) en Baviera y el «Administrativjustizhof» (Corte Administrativa) en Hessen-Darmstadt.

al individuo también contra las intervenciones de la Administración (2). Sin embargo, desde el comienzo del siglo no faltaron quienes abogaran por el establecimiento de un control jurídico de la Administración en la forma de una jurisdicción administrativa especial e independiente (3). El posterior desarrollo del Derecho público, particularmente la más aguda diferenciación entre el Derecho público y el Derecho privado, iba a darles el mayor peso, con lo que uno de los postulados recogidos en el § 182 de la Constitución de Francfort, a saber la transferencia de la protección jurídico-administrativa a los tribunales ordinarios, no logró finalmente ser aceptado por las opiniones jurídicas predominantes en Alemania. Esto se debe, ante todo, a Rudolf von Gneist (4), quien no sólo postuló científicamente la autonomía del control jurídico de la administración frente a la jurisdicción ordinaria, sino que también contribuyó políticamente al establecimiento de tribunales administrativos en Prusia entre 1872 y 1875.

Con anterioridad, Baden fue el primer Estado alemán que creó, en 1863, un tribunal administrativo propio. Los demás Estados siguieron, por regla general, el doble ejemplo de Baden y Prusia (5), aunque con regulaciones que diferían considerablemente, pero manteniendo, sin embargo, en común el principio general de la transferencia del control jurídico de la Administración a tribunales independientes formados dentro de la organización administrativa. Sólo la última instancia estaba reservada a tribunales compuestos por jueces. Por lo que se refiere a la competencia de estos tribunales administrativos, se debe subrayar que los distintos tipos de jurisdicción administrativa tenían en común, asimismo, la vigencia del principio de enumeración. La competencia de dichos tribunales no estaba fijada, por tanto, por una cláusula general (6), sino que se extendía únicamente hasta donde un precepto legal expreso adjudicaba asuntos a su resolución.

Esta situación no se alteró en lo esencial con la consecución de la unidad alemana. Dado que, después de 1871, el Reich no disponía todavía de atribuciones administrativas considerables, la organización del sistema de protección jurídico-administrativa se mantuvo en manos de los Estados sin sustanciales modificaciones, si bien con el tiempo fue-

(2) Cfr. MINNIGERODE, *Beitrag zur Beantwortung der Frage, was ist Justiz und was Administrativsache*, 1835, p. 226; VON MOHL, *Geschichte und Literatur der Staatswissenschaften*, t. 2, 1856, pp. 328 y ss.; SARWEY, *Das öffentliche Recht und die Verwaltungsrechtspflege*, 1880, pp. 119 y ss.

(3) VON GNEIST, *Verwaltung, Justiz und Rechtsweg*, 1869; WEILER, *Über die Grenzen der Verwaltung und Justiz*, 1830, p. 23.

(4) Ver nota 3.

(5) Por ejemplo, Hesse (1874-75), Württemberg (1876), Baviera (1878) y Sajonia (1900).

(6) Ver § 40 de la vigente Ley de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa (*Verwaltungsgerichtsordnung*, VwGO).

ron surgiendo una serie de organismos administrativos centrales con competencias jurisdiccionales (7).

Posteriormente, la Constitución de Weimar, de 14 de agosto de 1919, trajo consigo un importante aumento de las competencias del Reich en materia administrativa (8) y creó la necesidad de organizar un sistema de jurisdicción administrativa común. Sin embargo, el Tribunal Administrativo común del Reich, cuyo establecimiento estaba previsto en la Constitución de 1919 (9), no se llegó a crear, aunque continuó aumentando el número de organismos centrales con funciones jurisdiccionales (10).

De esta forma, y sin que obviamente la etapa nacionalsocialista produjera cambios significativos, se llega a la reconstrucción del Estado alemán en los años posteriores a 1945. La evolución posterior extendió a las instancias inferiores lo que —como se vio— ya se había establecido para la última instancia, es decir, la independencia orgánica del control jurídico de la administración frente a los tribunales ordinarios y a la administración misma. Esta tendencia culmina su desarrollo con la sanción de la Ley Fundamental de 1949 (Grundgesetz, GC) de los artículos 92 y 95, por los que se equipara la jurisdicción administrativa con la ordinaria y de los cuales se ha inferido, asimismo, el principio de unidad jurisdiccional.

A partir de ese momento, y por primera vez en la historia del sistema de protección jurídico-administrativa en Alemania, se puede diferenciar nítidamente entre la vía administrativa previa y la vía jurisdiccional contencioso-administrativa como dos vías complementarias y sucesivas de tutela jurídica en asuntos administrativos.

2. LA EXTENSIÓN DEL SISTEMA DE PROTECCIÓN JURÍDICO-ADMINISTRATIVA: LOS RECURSOS ADMINISTRATIVOS «INNOMINADOS» (FORMLOSE RECHTSBEHELFE)

Antes de referirnos de forma pormenorizada a la regulación vigente de la vía administrativa de recurso, no es posible dejar de tratar aquí brevemente la amplitud que, como consecuencia del derecho de petición (art. 17 GG), tiene en la práctica el sistema de recursos administrativos en Alemania. En este sentido, se deben mencionar con carác-

(7) Por ejemplo, la Oficina de Registro de Patentes (1877), la Oficina Superior Marítima (1887) o la Oficina de Seguros del Reich (1884/1911).

(8) Ver artículo 14.

(9) Ver artículo 107 en conexión con el artículo 31, apartado 2, y artículo 166.

(10) Por ejemplo, el Tribunal Económico del Reich (1920-21) y el Tribunal de Previsión del Reich (1922).

ter preliminar los denominados recursos (administrativos) informales o innominados (*formlose Rechtsbehelfe*).

Estos recursos informales, que, por carecer de toda regulación legal, no están sujetos ni a formas ni a plazos, encuentran hoy en día —como se dijo— su fundamento en el derecho constitucional de petición y están dotados, por consiguiente, de pleno rango constitucional. Al no estar obligada, sin embargo, la autoridad a la que va dirigido un recurso informal a revisar la decisión cuestionada, la falta de eficacia jurídica asegurada es la nota característica del mismo. Por ella se distingue, asimismo, de los recursos formales, expresamente autorizados por la ley, y que, consecuentemente, son los que conceden una verdadera protección jurídica. En torno a ellos se centrará, de aquí en adelante, nuestra atención.

Si bien no se conoce un *numerus clausus* de recursos innominados, lo que es consecuencia, obviamente, de su apoyo en el derecho fundamental de petición y de su propia naturaleza informal, en el Derecho alemán se han venido distinguiendo tradicionalmente dos tipos principales de recursos informales, según se dirijan a la autoridad que dictó el acto cuestionado o a la instancia superior jerárquica de la misma. En el primer caso, se habla de una objeción o réplica (*Gegenvorstellung*) y, en el segundo, de la queja informal (*formlose Aufsichtsbeschwerde*) (11). Una variante de la queja informal es la «(formlose) Dienstaufsichtsbeschwerde», que tiene como objeto la reprensión de la conducta personal de un funcionario público, y que va dirigida a su superior jerárquico.

II. LA REGULACION DE LA VIA ADMINISTRATIVA DE RECURSO

1. LA UNIFICACIÓN DE LA VÍA ADMINISTRATIVA

Con anterioridad a la entrada en vigor de la vigente Ley de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa (*Verwaltungsgerichtsordnung, VwGO*) (12), la vía administrativa de recurso en Alemania conocía dos recursos formales ordinarios, autorizados de forma expresa por ley o reglamento casuísticamente, es decir, con arreglo al principio enumerativo en vez de por cláusula general:

- el recurso de reposición (= *Einspruch*), orientado a inducir a la autoridad de la que emanó el acto administrativo impugnado a revisar y resolver nuevamente el asunto, y

(11) Cfr. TSCHIRA/SCHMITT-GLAESER, *Verwaltungsprozessrecht*, 8.ª ed., 1986, pp. 5 y ss.

(12) Ley de 21 de enero de 1960, *BGBI I*, pp. 17 y ss.

— el recurso de alzada (= *formelle Beschwerde*), dirigido a la instancia superior jerárquica de la actuante.

Por ello, la nota característica de la regulación de la vía administrativa previa (*Vorverfahren*) en los §§ 68 ss. de la Ley de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa de 1960 reside fundamentalmente en la unificación con carácter general, es decir, con validez para todas las ramas de la Administración, de los dispersos recursos ordinarios de reposición y de alzada en un único recurso administrativo, el denominado recurso de contradicción (*Widerspruch*, § 69 VwGO).

Efectivamente, conforme al § 77 de la mencionada ley, quedan sin efecto cuantas disposiciones contenidas en la legislación especial prevean la interposición de recursos de reposición o de alzada como presupuesto de la vía jurisdiccional contencioso-administrativa, y en lo que se refiere a la legislación federal, tales disposiciones quedan sin efecto, independientemente de que los recursos allí previstos tengan o no carácter previo a la vía jurisdiccional (§ 77, apdo. 1 VwGO). Las excepciones a este principio general se encuentran recogidas en las leyes expresamente mencionadas en las disposiciones transitorias de la VwGO (§ 190, apdo. 1). Los recursos administrativos allí previstos como presupuesto de la vía jurisdiccional sustituyen en su respectivo ámbito de aplicación al recurso ordinario de contradicción.

Si bien su competencia legislativa en materia procesal contencioso-administrativa (art. 74, cifra 1 GG) sólo permitió al legislador federal dejar sin efecto preceptos legales de los «Länder» referentes a recursos de reposición y de alzada en la medida en que tuvieran carácter previo a la vía contencioso-administrativa, lo cierto es que la mayoría de los Estados los han derogado con carácter general en sus respectivas leyes de aplicación de la VwGO, sustituyéndolos por el recurso de contradicción (13). De este modo, el recurso de contradicción ha pasado a unificar, salvo las marginales excepciones mencionadas, la vía administrativa de recurso. Por lo demás, dicha unificación se deriva, desde que entraran en vigor la Ley Federal de Procedimiento Administrativo (14), así como las leyes de Procedimiento Administrativo de los «Länder», del § 79 de aquélla. En virtud de este precepto, se aplican las reglas del recurso de contradicción, según lo dispuesto en los §§ 68 ss. de la VwGO, a todos los recursos administrativos impugnatorios de actos administrativos, aun cuando no tuvieran carácter previo a la vía jurisdiccional. La vía administrativa de recurso se denomina genéricamente, por consiguiente, procedimiento de contradicción (*Widerspruchsverfahren*).

(13) Ver por ejemplo, § 16, apdo. 1, de la Ley de Aplicación de la VwGO del Estado de Baden-Württemberg (AGVwGO, de 22 de marzo de 1960, *GBI*, pp. 94 y ss.).

(14) Ley de 25 de mayo de 1976, *BGBI I*, pp. 1253 y ss.

2. EL PROCEDIMIENTO DE CONTRADICCIÓN COMO PRESUPUESTO DE LA VÍA JURISDICCIONAL

Con arreglo al § 68 VwGO, el procedimiento de contradicción sólo está configurado con carácter obligatorio para poder acceder a la garantía judicial, si la acción contencioso-administrativa interpuesta está dirigida a impugnar un acto administrativo (*Anfechtungsklage*, § 42, apdo. 1 VwGO) o a obligar a la autoridad a dictar tal acto (*Verpflichtungsklage*, § 42, apdo. 1 VwGO). Sin embargo, conforme a la Ley marco del Estatuto jurídico de los funcionarios públicos (15), también se debe agotar la vía administrativa con carácter previo a la interposición de todos los recursos contencioso-administrativos entablados por funcionarios públicos con apoyo en su *status funcional* (*Klagen aus dem Beamtenverhältnis*), independientemente de que la acción contencioso-administrativa interpuesta sea una de las previstas en el señalado § 68 VwGO. Por consiguiente, también requieren contradicción previa aquellas acciones contencioso-administrativas que, por lo demás, están legalmente exentas del requisito de agotamiento de la vía administrativa previa, siempre y cuando hubiesen sido interpuestas por funcionarios públicos en asuntos que afecten a su particular *status* jurídico. Estas acciones son, por un lado, la dirigida a la declaración jurisdiccional de la nulidad de un acto administrativo o de la existencia o inexistencia de una relación jurídico-administrativa (*Feststellungsklage*, § 43, apdo. 1 VwGO) y, por otro lado, la encaminada a obligar a la administración a realizar u omitir un mero acto de autoridad (*allgemeine Leistungsklage*) (16).

Si bien la configuración legal de la vía administrativa de recurso, como presupuesto de la vía judicial, sólo prescribe, en principio, la interposición previa del recurso de contradicción, independientemente de la suerte que éste pueda finalmente correr, este requisito sólo se podrá apreciar, con el consiguiente efecto de apertura de la vía contencioso-administrativa, cuando el recurso haya sido desestimado, al menos parcialmente. Si, por el contrario, el recurso de contradicción hubiese sido estimado en todas sus partes, el recurrente habrá cumplido con el requisito formal de su interposición previa, pero carecerá, obviamente, de la legitimación procesal para recurrir a la vía jurisdiccional (*Klagebefugnis*, § 42, apdo. 2 VwGO), dado que la pretendida vulneración de sus derechos públicos subjetivos habrá sido ya reparada (17).

(15) § 126, apdo. 3, del *Beamtenrechtsrahmengesetz* (BRRG).

(16) Si bien numerosos preceptos de la VwGO hacen referencia, de modo indirecto, a la *allgemeine Leistungsklage*, ésta no se encuentra regulada expresamente en la ley.

(17) Cfr. TSCHIRA/SCHMITT-GLAESER, loc. cit., p. 96.

3. FUNCIÓN Y NATURALEZA JURÍDICA DEL PROCEDIMIENTO PREVIO DE CONTRADICCIÓN

La jurisprudencia contencioso-administrativa (18) y la doctrina jurídica (19) alemanas han venido asignando al procedimiento previo de contradicción tres funciones principales: *a)* En primer lugar, el procedimiento de contradicción permite un eficaz autocontrol de la Administración, que, con arreglo al principio de legalidad administrativa, se debe orientar a la juridicidad y conveniencia de sus actos. *b)* En segundo lugar, el procedimiento de contradicción supone una considerable descarga de trabajo para los tribunales contencioso-administrativos, debido al efecto de filtro que, indudablemente, genera la vía administrativa previa. *c)* Finalmente, el procedimiento de contradicción cumple, asimismo, una función de tutela jurídica de los administrados de eminente importancia, dado el control jurídico global al que son sometidos los actos administrativos recurridos mediante la fiscalización de su juridicidad, así como de su conveniencia, si se tratara de actos discrecionales.

Relacionado con ello, la determinación de la naturaleza jurídica del procedimiento previo de contradicción ha constituido tradicionalmente una controvertida cuestión en el Derecho administrativo alemán (20). El eje de la disputa doctrinal se centra esencialmente en la calificación del procedimiento de contradicción bien como un procedimiento administrativo o bien como un procedimiento *sui generis* de carácter cuasijurisdiccional (*gerichtsähnliches Verfahren*). Sin duda, se trata —o mejor dicho se trató— de una cuestión de eminente relevancia práctica, dado que de la solución que se le dé depende la aplicación subsidiaria de las reglas del procedimiento administrativo al procedimiento de contradicción, el cual, en la VwGO, sólo ha encontrado una regulación parcial e incompleta. Sin embargo, esta cuestión se puede considerar resuelta desde el momento de entrada en vigor de la ya mencionada Ley de Procedimiento Administrativo (VwVfG), cuyo § 79 ordena, precisamente, la aplicación subsidiaria de la VwVfG a los recursos impugnatorios de actos administrativos regulados en la VwGO, entre los que se encuentra el recurso de contradicción. La con-

(18) BVerwGE 26, 161 (166) (= Sentencia del Tribunal Administrativo Federal, *Colección de Jurisprudencia Contencioso-Administrativa*, t. 26, p. 161, y, en particular, p. 166); BVerwGE 4, 203 (204); 15, 306 (310).

(19) Cfr. MUTIUS, *Das Widerspruchsverfahren der VwGO als Verwaltungsverfahren und Prozessvoraussetzung*, 1969, pp. 114 y ss.; WEIDES, *Verwaltungsverfahren und Widerspruchsverfahren*, 1977, p. 167.

(20) Cfr. HOFFMANN, «Das Widerspruchsverfahren als Sachurteilsvoraussetzung und Verwaltungsverfahren», *Festschrift für Menger*, 1981, pp. 605 y ss.; VON MUTIUS, loc. cit., pp. 33 y ss.

roversia doctrinal acerca de la naturaleza jurídica del procedimiento de contradicción ha sido, pues, decidida legislativamente a favor de su calificación jurídica como procedimiento administrativo en vía de recurso (21).

4. SUPUESTOS DE PRESCINDIBILIDAD DEL PROCEDIMIENTO PREVIO DE CONTRADICCIÓN

En determinados casos no se requiere agotar la vía administrativa con carácter previo a la interposición de las acciones contencioso-administrativas anteriormente señaladas. Estas excepciones se encuentran, por un lado, reguladas positivamente en la propia VwGO y, por otro, recogidas en la jurisprudencia del Tribunal Administrativo Federal (*Bundesverwaltungsgericht*, BVerwG).

a) Supuestos previstos por la ley

1. Sin necesidad de agotamiento de la vía administrativa previa se pueden interponer las acciones contencioso-administrativas sujetas, en principio, a la exigencia de contradicción previa, «cuando una ley así lo establezca en casos especiales» (§ 68, apdo. 1, inc. 2 VwGO). Como se deduce de la falta de una mayor precisión del texto legal, se puede tratar tanto de una ley federal como de una ley estatal. En cualquier caso, se requiere una ley, cuya entrada en vigor sea posterior a la de la propia VwGO, dado que de lo contrario se desvirtuaría por medio de disposiciones legales anteriores la completa reordenación de la vía administrativa que se quiso introducir por dicha ley (22).

La autorización para suprimir por ley el requisito de agotamiento previo de la vía administrativa también incluye, con arreglo al principio *maius minus continet*, la posibilidad de limitar el procedimiento de contradicción al control de juridicidad, excluyendo, de este modo, el control de conveniencia en los actos discrecionales (23), lo que ocurre, por ejemplo, respecto de los actos discrecionales dictados por entes públicos autónomos de cuya impugnación conozca, excepcionalmente, la instancia superior [ver *infra* 7.c)].

2. Conforme al § 68, apdo. 1, inc. 2, cifra 4 VwGO, no se requiere llevar a cabo el procedimiento previo cuando el acto administrativo impugnado haya emanado de una autoridad federal o estatal

(21) Cfr. TSCHIRA/SCHMITT-GLAESER, loc. cit., pp. 101 y ss.

(22) Cfr. REDEKER/VON OERTZEN, *Verwaltungsgerichtsordnung*, 8.ª ed., 1985, § 68 n. marg. 9; EYERMANN/FRÖHLER, *Verwaltungsgerichtsordnung*, 9.ª ed., 1986, § 68 n. marg. 8.

(23) BVerwGE 57, 130.

que carezca de una instancia superior jerárquica (oberste Bundes- und Landesbehörden), a no ser que una ley así lo establezca. Esta excepción se refiere sencillamente a actos administrativos ministeriales. En tales supuestos, se presume en el órgano que dictó un grado suficiente de diligencia, de tal forma que un procedimiento de contradicción adicional, que difícilmente aportaría nuevos aspectos, sólo serviría para retrasar la decisión judicial, que, en definitiva, es la única efectiva.

3. En el § 68, apdo. 1, inc. 2, cifra 2 VwGO, viene recogido un tercer supuesto de prescindibilidad del procedimiento previo de contradicción, que se refiere a los casos en los que la lesión de una posición jurídica subjetiva provenga de la decisión recaída en un recurso de contradicción. En tal caso, un procedimiento de contradicción adicional no tendría otro carácter que el puramente reiterativo.

4. Un último supuesto de prescindibilidad del procedimiento previo de contradicción previsto por la ley se refiere, naturalmente, a los casos de silencio administrativo (*Untätigkeitsklage*, § 75, inc. 1 VwGo). Como es obvio, este precepto obedece a la necesidad de evitar que la Administración tenga en sus manos la posibilidad de impedir el acceso de los administrados a la vía jurisdiccional y, de este modo, socavar el derecho fundamental a una tutela judicial efectiva (art. 19, apdo. 4 GG), con sólo callar frente a sus pretensiones de protección jurídico-administrativa.

En estos supuestos, es preciso distinguir tres situaciones diversas en las que se excluye la exigencia de contradicción previa. En primer lugar, el caso en que la autoridad requerida no haya dictado el acto administrativo solicitado dentro de un plazo adecuado y sin razón suficiente que justifique la demora (= primer supuesto de la denominada «*Verpflichtungs-Untätigkeitsklage*»). En segundo lugar, el caso en el que, dadas las mismas circunstancias, la instancia superior jerárquica no haya resuelto el recurso de contradicción interpuesto contra la denegación, por parte de la autoridad requerida, del acto administrativo solicitado (= segundo supuesto de la «*Verpflichtungs-Untätigkeitsklage*»). Asimismo, se puede interponer la acción contencioso-administrativa de impugnación de un acto administrativo sin necesidad de llevar a cabo un procedimiento previo de contradicción, cuando la autoridad competente no haya resuelto, dentro de un plazo adecuado y sin razón suficiente que justifique la demora, el recurso de contradicción fundado en la lesión de derechos subjetivos del recurrente (= «*Anfechtungs-Untätigkeitsklage*»). A estos efectos, la ley establece que el plazo adecuado para dictar una resolución administrativa expira una vez transcurridos tres meses, bien desde que se solicitara un acto administrativo o bien desde la interposición del recurso de contradicción, a no ser que, debido a las particulares circunstancias del caso, se estime suficiente un plazo menor (§ 75, inc. 2 VwGO).

b) *Supuestos de excepciones jurisprudenciales*

Aparte de los supuestos de prescindibilidad del procedimiento previo de contradicción regulados en la VwGO, la jurisprudencia del BVerwG ha reconocido otras excepciones, invocando esencialmente razones de economía procesal. Tales excepciones se refieren a supuestos en los que el procedimiento de contradicción no pueda cumplir, en el caso concreto, las funciones que tiene asignadas (24). En particular, el BVerwG ha estimado la prescindibilidad del procedimiento previo de contradicción en los siguientes supuestos:

- cuando un acto administrativo haya sido objeto de impugnación jurisdiccional por parte de varios recurrentes y uno de ellos ya haya agotado la vía administrativa (25);
- cuando la autoridad demandada haya contestado al recurso contencioso-administrativo sin objetar la falta del procedimiento previo de contradicción (26);
- finalmente, cuando del comportamiento previo de la autoridad competente para resolver el recurso de contradicción se deduzca de modo manifiesto que tal recurso sería desestimado (27).

Esta jurisprudencia ha sido, por cierto, objeto de generalizada crítica por parte de la doctrina, que ve en ella, por su amplitud, una tergiversación de la configuración legal de la vía administrativa como presupuesto de la vía jurisdiccional (28).

5. PRESUPUESTOS FORMALES DEL RECURSO DE CONTRADICCIÓN

a) *Forma y contenido del recurso*

Conforme al § 70, apdo. 1, inc. 1 VwGO, el recurso de contradicción se debe interponer por escrito ante la autoridad que dictó el acto administrativo recurrido o mediante acta labrada por funcionario o empleado de dicha autoridad. En este último caso, el recurso deberá ser protocolizado en presencia del recurrente por funcionario o empleado debidamente autorizado.

Por lo que al contenido del recurso de contradicción se refiere, la ley no establece requisito alguno. Por tanto, el recurso de contradic-

(24) BVerwGE 64, 325 (330).

(25) BVerwG DÖV 1972, 390; 1976, 353.

(26) BVerwG DÖV 1983, 894 (895).

(27) BVerwG DVBl, 1967, 773 (774); DÖV 1970, 248.

(28) Cfr. KOPP, *Verwaltungsgerichtsordnung*, 7.ª ed., 1986, § 68, n. marg. 7 y 9.

ción no debe contener necesariamente un *petitum* formal, ni estar motivado. Asimismo, no se requiere que sea correctamente calificado como recurso de contradicción; por el contrario, ni siquiera su errónea calificación como recurso de reposición o de alzada lo tornará formalmente defectuoso. Sin embargo, del escrito se debe deducir, como mínimo, qué acto es objeto de impugnación y si ésta tiene carácter formal o si, por el contrario, sólo se pretende interponer una mera petición (29).

b) *Plazo de interposición del recurso*

Conforme también al § 70, apdo. 1, inc. 1 VwGO, el recurso de contradicción se debe interponer dentro del mes siguiente a la notificación al recurrente del acto administrativo recurrido.

El plazo de interposición del recurso no comienza a correr, pues, si el acto impugnado no le ha sido notificado previamente al recurrente. En tal supuesto, el recurso no estará sujeto a plazo legal alguno, ni siquiera al plazo de exclusión de un año previsto en el § 58, apdo. 2 VwGO para los casos de omisión o defecto en la indicación del recurso procedente (30). Sin embargo, ello no significa que respecto de estos recursos no haya limitación alguna en el tiempo. En estos supuestos, el recurso de contradicción estará sujeto a un plazo de interposición que se derivará del principio de buena fe, también de observancia en el ejercicio de derechos procesales. En aplicación de este principio, la jurisprudencia ha venido considerando prescrita contra el perjudicado la acción impugnatoria de un acto administrativo de doble efecto, notificado únicamente a su destinatario/beneficiario cuando del comportamiento previo de dicho recurrente perjudicado se pudiera deducir en forma manifiesta que no ejercería su derecho de impugnación y el destinatario/beneficiario del acto impugnado hubiera confiado en ello (*venire contra factum proprium*). En este caso, que, obviamente, presupone que el recurrente haya tenido conocimiento real del acto por otro medio que el de la notificación, el impugnante no podrá invocar con éxito el defecto de notificación y, por consiguiente, la falta de sujeción de su recurso a plazo legal alguno.

En cuanto a la impugnación vecinal de actos administrativos de doble efecto en el ámbito del Derecho urbanístico, en particular de las licencias de obra, la jurisprudencia las entiende notificadas, en atención a las especiales obligaciones de mutua consideración que en la relación vecinal se derivan del principio de buena fe, desde el momento

(29) BVerwG NJW 1978, 1871.

(30) BVerwGE 44, 294; 55, 215; DÖV 1973, 350.

en el que el recurrente hubiera o debiera haber tenido conocimiento del acto (31). Ello significa que a partir de ese momento comenzará a correr el plazo de exclusión de un año previsto en el § 58, apdo. 2 VwGO para los supuestos de omisión de la indicación del recurso precedente, la cual, a diferencia de la notificación misma, no puede ser ficta.

Finalmente, en los supuestos de incumplimiento no reprochable del plazo de interposición del recurso de contradicción, la autoridad competente para su resolución puede, a petición del recurrente o de oficio, retrotraer, en aplicación analógica del § 60, apdos. 1 a 4 VwGO, la posición procesal de aquél al momento en el que hubiera debido interponer el recurso (§ 70, apdo. 2 VwGO).

Particularmente controvertida es, sin embargo, la cuestión de si la decisión administrativa por la que se retrotrae la posición procesal del recurrente vincula al Tribunal Contencioso-Administrativo en aquellos supuestos en los que dicha decisión no se hubiera ajustado a Derecho, de tal manera que el Tribunal Contencioso-Administrativo competente no podría inadmitir a trámite el recurso contencioso-administrativo, alegando que el recurso previo de contradicción no ha sido interpuesto en término de forma irreprochable (32).

6. EL DESARROLLO DEL PROCEDIMIENTO DE CONTRADICCIÓN

El procedimiento previo de contradicción se subdivide, por regla general, en dos fases, que se corresponden, en gran medida, con los clásicos recursos ordinarios de reposición y de alzada que en él han sido unificados: *a*) Una fase preliminar, el procedimiento de reparación o remedio (*Abhilfeverfahren*) ante la autoridad que dictó el acto impugnado (= reposición) y *b*) una fase principal, el procedimiento de contradicción propiamente dicho, que se debe celebrar, por regla general, ante la autoridad jerárquicamente superior (= alzada).

- a) *El procedimiento previo de reparación ante la autoridad que dictó el acto impugnado*

El § 72 VwGO establece la celebración previa de un procedimiento de reparación ante la autoridad de la que emanó el acto recurrido. El procedimiento de reparación permite, pues, a la autoridad actuante

(31) BVerwGE 44, 294.

(32) Cfr. KOOP, loc. cit., § 70 n. marg. 13; EYERMANN/FRÖHLER, loc. cit., § 70 n. marg. 8; REDEKER/VON OERTZEN, loc. cit., § 70 n. marg. 6.

reconsiderar su propio acto impugnado desde el punto de vista de su juridicidad, así como de su conveniencia, si se tratara de un acto discrecional (§ 68 VwGO). Sin embargo, sólo si estimara el acto impugnado, la autoridad que lo dictó adoptará una decisión formal de reparación (*Abhilfebescheid*), por la que anula o modifica el acto recurrido o bien dicta el acto solicitado que denegó. En caso contrario, se limitará a remitir el recurso de contradicción a la autoridad superior jerárquica, sin que para ello deba adoptar una decisión formal de no reconsideración del acto recurrido (33).

b) *El procedimiento de contradicción propiamente dicho ante la autoridad competente para resolver el recurso*

Si la autoridad que dictó el acto impugnado no lo ha reconsiderado, remite el recurso de contradicción a la autoridad competente para su resolución. Como se ha venido indicando, dicha autoridad será, por regla general, la de superior jerarquía (§ 73, apdo. 1, inc. 2, *cifra 1 VwGO*).

Excepcionalmente, el procedimiento de contradicción se debe tramitar íntegramente ante la propia autoridad de la que emanó el acto recurrido. Estas excepciones se concretan en los siguientes supuestos:

- cuando la autoridad superior a la actuante fuera una autoridad federal o estatal que carezca, a su vez, de una instancia superior (§ 73, apdo. 1, inc. 2, *cifra 2 VwGO*);
- de igual modo, y salvo excepciones previstas por la ley, cuando el acto impugnado haya recaído sobre una materia de autoadministración del ente público autónomo que lo dictó (§ 73, apdo. 1, inc. 2, *cifra 3 VwGO*).

De todas maneras, se debe advertir que, conforme al § 73, apdo. 2 VwGO, pueden conocer, excepcionalmente, de determinados recursos de contradicción comisiones asesoras especiales formadas al efecto.

(33) Cfr. BOSCH/SCHMIDT, *Praktische Einführung in das verwaltungsgerichtliche Verfahren*, 4.ª ed., 1988, p. 124.

7. EXTENSIÓN Y LÍMITES DE LA POTESTAD FISCALIZADORA DE LA AUTORIDAD COMPETENTE PARA RESOLVER EL RECURSO DE CONTRADICCIÓN

a) *Regla general*

La potestad fiscalizadora de la autoridad competente para resolver el recurso de contradicción es, en principio, ilimitada. Con arreglo al ya mencionado § 68, apdo. 1, inc. 1 VwGO, son objeto de fiscalización la juridicidad del acto recurrido, así como su conveniencia, si se tratara de un acto discrecional. Ello significa, pues, que la autoridad competente para resolver el recurso está dotada, en gran medida, de las mismas facultades que la propia autoridad demandada en el momento de dictar el acto impugnado. Sin embargo, no se considera que la autoridad competente para resolver el recurso está autorizada, sin más, para decidir nuevamente sobre la materia del acto impugnado. Aún así, dicha autoridad tiene poderes para establecer de oficio los hechos relevantes, pudiendo, inclusive, practicar nuevas medidas de prueba. A estos efectos, el § 79 VwVfG dispone, precisamente, la aplicación subsidiaria en esta instancia de las disposiciones de la Ley de Procedimiento Administrativo. Por tanto, rige en el procedimiento de contradicción, del mismo modo que en el procedimiento administrativo en cuyo marco se dictó el acto recurrido, el principio de oficialidad (§ 24 VwVfG), de tal manera que carecen de carácter vinculante las propuestas de prueba de las partes. No obstante ello, el órgano competente para resolver el recurso debe garantizarle a éstas, en aplicación del principio de audiencia (§ 28 VwVfG), el derecho a manifestarse acerca de las pruebas por ella practicadas. De lo contrario, el procedimiento de contradicción adolecerá de un defecto formal esencial.

b) *Modificación de la situación de hecho o de derecho*

Para determinar si la potestad fiscalizadora de la autoridad competente para resolver el recurso de contradicción alcanza también a aquellos supuestos en los que ha variado la situación fáctica o jurídica, es preciso establecer previamente a qué momentos se refiere la actividad fiscalizadora de dicha autoridad. En este sentido, se considera determinante, en principio, y a diferencia de lo que ocurre respecto de la instancia contencioso-administrativa, la situación fáctica y jurídica existente en el momento en el que es dictada la resolución del recur-

so (34). Este puede haber sido estimado, por consiguiente, cuando la ilegalidad o inconveniencia del acto impugnado fuera producto de una nueva situación fáctica o jurídica.

Excepcionalmente, se estima determinante, de conformidad con principios del derecho sustantivo, la situación de hecho y de derecho existente en el momento en el que se dictó el acto recurrido. Tal es el caso en los supuestos de impugnación de actos administrativos de doble efecto. Aquí, en atención al principio de confianza (*Vertrauensschutz*), de observancia en la anulación y revocación de actos favorables (35), se excluye la consideración de posteriores modificaciones de las situaciones fáctica y jurídica que sean propicias al recurrente agraviado por dicho acto (36).

c) *Supuestos de potestad fiscalizadora limitada*

Como se ha señalado, si el acto impugnado hubiera emanado de un ente público autónomo y recaído sobre una materia de autodeterminación del mismo, será, salvo excepciones que pudiera prever la ley, dicho ente, y no su instancia superior, la autoridad competente para resolver el correspondiente recurso de contradicción (§ 73, apdo. 1, inc. 2, cifra 3 VwGO). Sin embargo, los Estados de Baden-Wurtemberg, Baviera, Renania-Paltinado y Sarre han establecido excepciones legales en el sentido de este precepto y transferido, parcialmente, la competencia para resolver tales recursos de contradicción a la autoridad superior supervisora. Las consecuencias de ello se perciben con claridad en el ámbito municipal. En las leyes de aplicación de la VwGO de los Estados a los que nos hemos referido, las reglas de competencia resultan alteradas cuando se trata de resolver recursos de contradicción contra actos administrativos recaídos sobre una materia de autoadministración de los entes locales. Con arreglo a dichas leyes, y a la inversa de lo prescrito en el § 73, apdo. 1, cifra 2 VwGO, la autoridad competente para resolver estos recursos no es el propio ente local, sino su instancia superior (37). Sin embargo, la potestad fiscalizadora de la autoridad superior jerárquica del ente local es, en estos casos, limitada, dado que la potestad supervisora de las autoridades superiores de entes locales autónomos es de carácter meramente jurídico

(34) Cfr. BOSCH/SCHMIDT, loc. cit., p. 131.

(35) Ver §§ 48 y 49 VwVfG.

(36) BVerwG DÖV 1970, 135.

(37) Ver, por ejemplo, § 7, apdo. 1., inc. 1, de la Ley de Aplicación de la VwGO del Estado de Baden-Wurtemberg en conexión con el § 119 de la Ley Municipal del mismo Estado (GO, en la redacción del 3 de octubre de 1983, GBl, p. 578).

y no técnico (38), lo cual es consecuencia, a su vez, de la garantía constitucional de la autonomía municipal (art. 28, apdo. 2 GG). Por tanto, el § 7, apdo. 1, inc. 2 de la Ley de Aplicación de la VwGO del Estado de Baden-Württemberg, por ejemplo, ha previsto que en los referidos casos únicamente será objeto de fiscalización por parte de la autoridad superior la juridicidad del acto municipal impugnado, pero no su conveniencia, si se tratara de un acto discrecional. En tal supuesto, la fiscalización de la conveniencia del acto permanece reservada, en el marco de un procedimiento de reparación, al propio ente local que lo dictó.

La jurisprudencia del BVerwG ha reconocido también supuestos de potestad fiscalizadora limitada en aquellos casos en los que ella es inherente al acto recurrido. En particular, el BVerwG estima que la potestad fiscalizadora de la autoridad competente para resolver el recurso de contradicción es limitada en el caso de la impugnación de calificaciones pedagógico-científicas, si lo que se cuestiona es la evaluación de ejercicios únicos e irrepetibles (por ejemplo, exámenes orales) o dicha evaluación requiere conocimientos especiales de los calificadores. En estos casos, la autoridad competente para resolver los recursos sólo puede verificar, lo mismo que, en su momento, la instancia jurisdiccional (39), si la autoridad calificadora ha partido de hechos incorrectos, si ha violado los principios generales de evaluación o si aquélla se ha guiado por motivos ajenos al asunto. La autoridad fiscalizadora puede anular la calificación por tales motivos, pero no puede, en ningún caso, realizar una nueva calificación de una prueba que no ha podido presenciar (40).

d) *La potestad de resolver sobre el fondo de recursos de contradicción inadmisibles*

Sumamente controvertida es la cuestión de si la autoridad competente para resolver el recurso de contradicción está autorizada para resolver sobre el fondo del mismo, cuando éste no sea admisible, o si, por el contrario, existe la obligación de inadmitir el recurso, como lo dispone, al menos, la Ley Fiscal (§ 358 de la *Abgabenordnung*) para los recursos en esta materia.

En este sentido, una ya antigua jurisprudencia del BVerwG ha establecido que la autoridad competente para resolver el recurso de contradicción puede resolver sobre el fondo del mismo, reabriendo, en consecuencia, la vía judicial, aunque el acto impugnado hubiera deve-

(38) En estos casos se habla de supervisión jurídica (*Rechtsaufsicht*), mientras que en los demás, la supervisión es también de carácter técnico (*Fachaufsicht*).

(39) Cfr. MAURER, *Allgemeines Verwaltungsrecht*, 6.ª ed., 1988, p. 110.

(40) BVerwGE 21, 127 (130); 38, 322 (335).

nido firme, por ejemplo, debido a la interposición del recurso fuera de término (41). El argumento fundamental en el que se apoya esta jurisprudencia hace referencia a la ilimitada potestad fiscalizadora que la autoridad competente adquiere como consecuencia de la interposición del recurso de contradicción. Por tanto, se afirma, dicha autoridad tendría un poder de disposición absoluto sobre la materia del conflicto, que le permitiría entrar en el fondo del recurso en cualquiera de los casos.

La doctrina mayoritaria (42), por el contrario, discrepa radicalmente con la jurisprudencia del BVerwG. Conforme a la opinión predominante, el reconocimiento de la potestad de resolver sobre el fondo de recursos inadmisibles entrañaría vulnerar el § 70, apdo. 2 VwGO, con arreglo al cual sólo cabe retrotraer la posición procesal del recurrente, en los supuestos de incumplimiento del plazo de interposición del recurso de contradicción, en el marco de un procedimiento formal adicional.

De todos modos, existen casos en los que también la jurisprudencia excluye la potestad de resolver sobre el fondo de recursos inadmisibles. Esto ocurre, en primer lugar, cuando el acto firme impugnado fuera de doble efecto, es decir, beneficioso para los intereses de su destinatario y, a la vez, lesivo de derechos públicos subjetivos de un tercero. Aquí no se admite la potestad de resolver sobre el fondo, dado que con posterioridad al momento en el que el acto ha devenido firme sólo podría ser dejado sin efecto de conformidad con las particulares reglas que, según el principio de confianza, rigen para la anulación y revocación de actos favorables (§§ 48-50 VwVfG).

En segundo lugar, no se admite la referida potestad, cuando el acto firme impugnado hubiera emanado de un ente público autónomo y recaído sobre una materia de autoadministración del mismo y la autoridad competente para resolver el correspondiente recurso fuera, excepcionalmente, la autoridad superior de supervisión jurídica. Ello es consecuencia de la limitación de la potestad supervisora al aspecto meramente jurídico. De lo contrario, la autoridad superior se arrogaría la función de decidir sobre la conveniencia de la revisión (discrecional) del acto firme, a pesar de que su fiscalización está reservada, según lo explicado, al ente público autónomo que lo dictó.

(41) BVerwGE 15, 307 (310); 28, 305 (308).

(42) Cfr. KOPP, loc. cit., § 70 n. marg. 9, con mayores indicaciones bibliográficas.

e) *La reformatio in peius*

Igualmente discutida es la cuestión de si se debe admitir en el procedimiento de contradicción la *reformatio in peius*. El punto de partida de toda respuesta será, en cualquier caso, que, si bien la VwGO no ha permitido ni prohibido expresamente la *reformatio in peius*, ha previsto en su § 79, apdo. 2, la posibilidad de que la resolución del recurso de contradicción contenga un agravio adicional al ya contenido en el acto impugnado. Sin embargo, la moderna jurisprudencia del BVerwG (43) entiende que no por ello la *reformatio in peius* será lícita sin más. Por el contrario, el BVerwG admite la existencia de un vacío normativo en la VwGO que, en su opinión y a diferencia de lo sostenido por la antigua jurisprudencia (44), no debe ser llenado por la propia jurisprudencia, sino primordialmente por disposiciones legales especiales (45). En su defecto, se afirma, se debe atender a los criterios surgidos del principio de confianza que rigen para la anulación y revocación de actos administrativos. Ello significa que la autoridad competente para resolver el recurso de contradicción puede modificar el acto impugnado en detrimento del recurrente, si así lo autoriza una disposición legal o, a falta de tal disposición, cuando no se vulnere el contenido esencial del principio de confianza. Sin embargo, se entiende que, por lo general, la confianza del recurrente en que el acto impugnado no resulte peyorativamente agravado no será merecedora de protección, cuando así lo demande la juridicidad del acto (46), al haber sido el propio recurrente quien ha solicitado la verificación de su juridicidad y conveniencia.

8. LA DECISIÓN RESOLUTORIA DEL RECURSO DE CONTRADICCIÓN

a) *Aspectos generales*

Si la autoridad que dictó el acto impugnado no lo ha reconsiderado y no es, a la vez, competente para resolver el recurso de contradicción, el procedimiento de este recurso concluirá con la decisión que adopte el órgano competente. Si el recurso es estimado, el órgano podrá anular o modificar el acto impugnado, o si lo considera oportuno, dictar por sí mismo el acto que se solicita o, por último, emplazar al inferior para que cumpla con el dictado de dicho acto.

(43) BVerwGE 51, 310 (314); NVwZ 1983, 32 (34); 1987, 215.

(44) BVerwGE 14, 175 (178 ss.).

(45) Ver, por ejemplo, § 367, apdo. 2, de la Ley Fiscal (AO).

(46) BVerwGE 30, 132; NVwZ 1983, 612; BOSCH/SCHMIDT, loc. cit., p. 137.

Desde el punto de vista de sus formalidades (§ 73, apdo. 3 VwGO), la resolución del recurso de contradicción debe tener, ante todo, forma escrita y, además, estar suficientemente motivada. Asimismo, debe indicar el recurso que procedería contra ella y decidir sobre las costas del procedimiento. Por último, se prevé su notificación formal.

En este sentido, cualquier defecto formal del que adolezca la decisión resolutoria del recurso la tornará irregular. Sólo es discutida, en este contexto, la cuestión de si el órgano competente para resolver el recurso puede subsanar los defectos de motivación a través de la contestación de la correspondiente demanda contencioso-administrativa (47).

b) *La decisión sobre las costas del procedimiento*

Algunos problemas planteaba, igualmente, la decisión sobre las costas del procedimiento que debe contener la resolución del recurso de contradicción. Si bien los §§ 72 y 73, apdo. 3 VwGO ordenan que dicha resolución, ya sea por parte de la autoridad que dictó el acto recurrido o de su instancia superior, se debe pronunciar sobre las costas del procedimiento, la VwGO no contiene regulación alguna acerca de quién debe cargar con ellas, ni enuncia tampoco los criterios que, en su caso, rigen para una adecuada distribución de las mismas. Por otro lado, la jurisprudencia del BVerwG ha desechado la posibilidad de llenar este vacío mediante la aplicación analógica de los preceptos de la VwGO relativos a las costas del proceso contencioso-administrativo (§§ 154 ss.), por entender que la configuración de los intereses implicados en el proceso contencioso-administrativo no es equivalente a la del procedimiento de contradicción (48). Esta cuestión, sin embargo, no plantea actualmente mayores problemas, dado que el § 80 de la Ley Federal de Procedimiento Administrativo, así como las disposiciones análogas de las leyes de procedimiento administrativo de los «Länder», subsidiariamente aplicables al procedimiento administrativo en vía de recurso, han venido a llenar el mencionado vacío, estableciendo concretamente cuál debe ser el contenido de la decisión sobre las costas de dicho procedimiento.

Con arreglo a este precepto, la distribución de las costas del procedimiento de contradicción depende fundamentalmente de que el recurso haya sido estimado o no.

(47) En sentido positivo se manifiesta el comentario de REDEKER/VON OERTZEN, loc. cit., § 73 n. marg. 23, mientras KOPP, loc. cit., § 73 n. marg. 13, lo hace en contra.

(48) BVerwGE 22, 281; 40, 313.

De este modo, si el recurso hubiera sido estimado, la autoridad competente para su resolución dispondrá el reintegro al recurrente, por parte de la autoridad que dictó el acto recurrido, de los gastos que le haya generado el procedimiento de contradicción. A estos efectos, carecen de toda relevancia las razones por las que el recurso haya sido estimado. La obligación de reintegrarle al recurrente los gastos que a éste le ha ocasionado el procedimiento se extiende, por tanto, también a aquellos casos en los que el recurso ha sido estimado, por ejemplo, debido a la modificación de la situación de hecho o de derecho o, cuando se tratara de un acto discrecional, sobre la base de consideraciones de pura conveniencia (49).

Si la autoridad competente para resolver el recurso de contradicción omitiera decidir sobre las costas del procedimiento y el recurso hubiera sido estimado, el recurrente puede requerir de dicha autoridad una decisión adicional sobre las costas. Sólo si la autoridad denegase tal solicitud u omitiera nuevamente la decisión correspondiente, el recurrente podrá forzar una decisión al respecto utilizando para ello la correspondiente acción contencioso-administrativa (50).

A diferencia de lo que ocurre en el proceso contencioso-administrativo (ver § 158 VwGO), no rige, en el procedimiento de contradicción, la prohibición de impugnar separadamente la decisión sobre las costas. Por el contrario, el recurrente puede impugnar en esta instancia en forma independiente la decisión que al respecto haya adoptado la autoridad competente para resolver el recurso. Para ello el recurrente dispone de la acción contencioso-administrativa de impugnación (*Anfechtungsklage*) o de la acción dirigida a obligar a la autoridad a dictar un acto administrativo (*Verpflichtungsklage*) (51). Ello dependerá de si su demanda ataca la imposición de costas a favor del órgano administrativo a la que se le condenó o si se dirige a reclamar un mayor reintegro a su favor que el concedido a la decisión sobre las costas. Tal es el caso, por ejemplo, cuando la autoridad competente no haya apreciado la necesidad del recurrente de valerse de un abogado, según lo dispuesto en el § 80, apdo. 2 y 3, inc. 2 VwVfG.

Si, por el contrario, el recurso de contradicción hubiera sido desestimado, la autoridad competente para su resolución dispondrá, salvo excepciones previstas en el § 80 VwVfG, el reintegro, por parte del recurrente, de los gastos que el procedimiento de contradicción le ha ocasionado a la autoridad de la que emanó el acto impugnado (§ 80, apdo. 1, inc. 3 VwVfG). Sin embargo, si el recurso hubiera sido desestimado por subsanación posterior de un defecto formal que lo hu-

(49) VGH Mannheim (Corte Administrativa de Mannheim) NJW 1986, 1370.

(50) VGH Mannheim NVwZ 1982, 633.

(51) Cfr. KOPP, loc. cit., § 73 n. marg. 19; REDEKER/VON OERTZEN, loc. cit., § 73 n. marg. 33.

biera motivado, el recurrente no estará sujeto a responsabilidad por las costas. En tales supuestos, por el contrario, se le reconoce al recurrente un derecho a la satisfacción de sus gastos contra la autoridad que dictó el acto impugnado (§ 80, apdo. 1., inc. 2 VwVfG).

Como se ha podido comprobar, el § 80 VwVfG sólo se refiere a los gastos que el procedimiento de contradicción ha generado al recurrente y a la autoridad que dictó el acto recurrido. Por el contrario, este precepto no alcanza a los gastos que el procedimiento haya ocasionado a la autoridad competente para resolver el recurso. Por ello, la resolución del mismo establecerá, al margen de la decisión sobre las costas, una tasa administrativa por la que se compensan los gastos de dicha autoridad (52).

Una vez que la autoridad competente para la resolución del recurso de contradicción haya decidido sobre la responsabilidad por las costas, se requiere que la parte interesada solicite la determinación de la suma de los gastos reembolsables. Hay, de cualquier forma, opiniones encontradas acerca de si dicha solicitud presupone que la decisión sobre las costas haya devenido firme (53) o si, por el contrario, la determinación de la suma de los gastos reembolsables es practicable ya cuando la resolución es inmediatamente ejecutable, aunque recurrible (54).

En cualquier caso, y dado que la decisión sobre la suma de los gastos reembolsables tiene calidad de acto administrativo, dicha decisión puede ser en forma independiente, a su vez, objeto de un recurso de contradicción y, en su caso, de impugnación jurisdiccional.

Por último, se debe advertir que la decisión sobre las costas del procedimiento de contradicción contenida en la resolución del recurso sólo tendrá eficacia, si, a su vez, no es recurrida judicialmente. De lo contrario, la decisión judicial sobre las costas del proceso contencioso-administrativo se extenderá también, con arreglo al § 162, apdo. 1 VwGO, a las costas del procedimiento previo de contradicción.

9. LAS CONSECUENCIAS JURÍDICAS DEL PROCEDIMIENTO DE CONTRADICCIÓN DEFECTUOSO

Las irregularidades procesales esenciales en la tramitación del recurso de contradicción, de las que fuera responsable la autoridad y que perjudiquen al recurrente, determinan la recurribilidad jurisdic-

(52) La tasa administrativa se fija de conformidad con las leyes sobre costas y tasas administrativas de los «Länder» (*Verwaltungskosten- und gebührengesetze*).

(53) En este sentido se pronuncia la doctrina mayoritaria, cfr. por todos, STELKENS/BONK/LEONHARDT, *Verwaltungsverfahrensgesetz*, 2.º ed., 1983, § 80 n. marg. 35.

(54) En este sentido, por ejemplo, ALTENMÜLLER, *Die Kostenerstattung im Widerspruchsverfahren*, *BVBl*, 1978, 285 (289).

cional de la resolución misma del recurso con independencia del recurso contencioso-administrativo contra el acto administrativo originariamente impugnado (§ 79, apdo. 2 VwGO).

Cabe señalar, sin embargo, que las irregularidades procesales cometidas por la autoridad que dictó el acto impugnado en la tramitación del procedimiento previo de reparación podrán ser subsanadas posteriormente por la autoridad competente para resolver el recurso durante la celebración del procedimiento de contradicción propiamente dicho (55).

III. BREVES CONSIDERACIONES DE POLÍTICA LEGISLATIVA COMPARADA

Las consideraciones finales de este informe sobre la vía administrativa de recurso en la República Federal de Alemania pretenden, obviamente, trascender el plano meramente descriptivo y servir de base para un ulterior estudio comparativo singularizado de los sistemas de recursos administrativos en España y Alemania. Tratándose, sin embargo, tan sólo de unas breves conclusiones, es necesario limitar aquí el ámbito de la comparación a las propuestas de política legislativa, habida cuenta del carácter actual que la discusión acerca de una reforma del sistema de recursos administrativos tiene en España. En concreto, se trata de contrastar el contenido esencial de las más sobresalientes propuestas de reforma que hoy se plantean en España (56) con los rasgos más destacables de la reforma de la vía administrativa de recurso en la República Federal de Alemania, que, a pesar de sus casi treinta años de antigüedad, permanece básicamente indiscutida.

Si nos ceñimos a este propósito, debemos hacer referencia a la superación del carácter obligatorio y a la unificación de la vía administrativa. Como se puede deducir de lo expuesto en las páginas precedentes, este catálogo de propuestas de reforma coincide en un punto, el referente a la unificación de la vía administrativa, con la reforma introducida en Alemania por la VwGO de 1960, y va más allá de ella en otro, el concerniente al carácter opcional del recurso administrativo.

Efectivamente, el sistema alemán continúa caracterizado por la configuración de la vía gubernativa como presupuesto necesario de la vía jurisdiccional contencioso-administrativa. Clara demostración de ello es la denominación que en la VwGO ha recibido la vía administrativa de recurso. La expresión «Vorverfahren» alude, precisamente, al ca-

(55) Cfr. BOSCH/SCHMIDT, *loc. cit.*, p. 139.

(56) Cfr., por ejemplo, Eduardo GARCÍA DE ENTERRÍA/Tomás-Ramón FERNÁNDEZ, *Curso de Derecho Administrativo*, II, 2.ª ed., 1988, p. 440.

rácter previo del procedimiento del que se trata. Sin duda, las discusiones doctrinales relativas a las funciones específicas que la vía administrativa de recurso tiene asignadas, ponen de manifiesto las razones que el legislador alemán ha tenido para estimar necesario conservar el tradicional esquema de articulación de las vías administrativa y jurisdiccional. En Alemania, hasta hoy, se entiende que el sentido primario del procedimiento previo de contradicción es el de permitir un eficaz autocontrol de la administración y el de contribuir a la descarga de trabajo de los tribunales contencioso-administrativos. Al ser la garantía judicial la única efectiva, la doctrina alemana otorga a la tercera de las funciones que se le reconocen al procedimiento de contradicción, a saber, la función de tutela jurídica de los administrados, un carácter secundario (57). Sin embargo, se debe tener en cuenta, asimismo, que el carácter obligatorio del recurso previo de contradicción ha sido limitado por la VwGO sólo a dos de las cuatro principales modalidades de acción contencioso-administrativa que conoce el Derecho alemán. Como ya se ha indicado, sólo se requiere agotar la vía previa de contradicción con anterioridad a la interposición del recurso contencioso-administrativo si la acción interpuesta está dirigida a impugnar un acto administrativo o a obligar a la administración a dictar tal acto. Por el contrario, no requieren contradicción previa las acciones encaminadas a la declaración judicial de la existencia o inexistencia de una relación jurídico-administrativa o de la nulidad de un acto administrativo, así como aquella dirigida a obligar a la Administración a realizar u omitir un mero acto de autoridad.

En cuanto a la propuesta de unificación de la pluralidad de recursos administrativos ordinarios y especiales existentes en España, se trata, en cierta medida, de la solución del Derecho alemán. Si bien no se puede desconocer el indudable efecto simplificador y clarificador que ha tenido la unificación de la vía administrativa en un solo recurso, no se pueden dejar de señalar las evidentes limitaciones de la reforma que en este sentido ha introducido la VwGO. Por un lado, la unificación consiste, en realidad, en una mera acumulación de los clásicos recursos ordinarios de reposición y dealzada, limitándose el efecto simplificador del procedimiento unificado a una más flexible articulación de la fase de reposición, es decir, del denominado procedimiento de remedio o reparación. Por otro lado, la unificación sólo ha alcanzado a los recursos administrativos ordinarios, dado que el § 77 VwGO, que declara sin efecto a los antiguos recursos de reposición y de alzada, no alcanza a los recursos administrativos en materia fiscal y de seguridad social, al regular la VwGO sólo la jurisdicción general contencioso-administrativa. Estos recursos, por el contrario, son objeto de regulación

(57) Cfr. TSCHIRA/SCHMITT-GLAESER, loc. cit., p. 101; HOFFMANN, loc. cit., pp. 605 y ss.

aparte en las correspondientes leyes de la jurisdicción contencioso-administrativa en materia fiscal (*Finanzgerichtsordnung*, FGO) y de la jurisdicción contencioso-administrativa en materia de seguridad social (*Sozialgerichtsgesetz*, SGG).

Por lo demás, la probabilidad de que el anteproyecto de una ley común para las tres ramas de la jurisdicción contencioso-administrativa (*Entwurf einer Verwaltungsprozeßordnung*, VwPO) supere con éxito el procedimiento legislativo es, cuando menos, remota (58).

Este primer balance comparativo de los más sobresalientes aspectos de la reforma del sistema de recursos administrativos en España y Alemania nos permite, pues, concluir que los sistemas actualmente vigentes en nuestros respectivos países tienen bastantes más elementos en común de lo que, a primera vista, se puede pensar. Ello pone de manifiesto, a su vez, el alcance ciertamente limitado de las reformas introducidas en Alemania por la VwGO. En consecuencia, cobran especial interés para los ordenamientos jurídicos de ambos países los estudios de política legislativa comparada en esta materia. Por ello es de desear que este número monográfico sea un primer paso en la señalada dirección.

(58) Cfr. EYERMANN-FRÖHLER, loc. cit., pp. 55 y ss.

