

# El pensamiento procesal en el Derecho administrativo general

Derecho y realidad a los quince años  
de vigencia del VwVfG

SUMARIO: I. INTRODUCCION. II. LA «PRETENSION» DEL PENSAMIENTO PROCESAL. 1. Las funciones del Derecho procedimental administrativo. *a)* La realización de las funciones de la Administración. *b)* Salvaguardia de los intereses a través del Derecho. 2. Revalorización del procedimiento administrativo. 3. Requisitos de un procedimiento administrativo moderno adecuado a los tiempos. III. REALIZACION DEL PENSAMIENTO PROCESAL EN LA VwVfG. 1. Resoluciones legislativas fundamentales. 2. El pensamiento procesal en la jurisprudencia. *a)* Función e importancia de la jurisdicción administrativa. *b)* Realización práctica del pensamiento procesal. IV. BALANCE Y PERSPECTIVAS. 1. Balance. 2. Perspectivas.

## I. INTRODUCCION

«El mejor Derecho material servirá de poco si su realización no está garantizada mediante un Derecho procesal adecuado.» Se trata de la primera frase del conocido artículo de BACHOF, «Derecho procedimental, práctica procedimental»<sup>1</sup>. BACHOF, no obstante, añade que la ejecución del procedimiento tiene, junto al orden normativo, una función significativa y se refiere a «las exigencias irrenunciables de orden jurídico-estatales a las que se enfrenta el procedimiento», así como a la finalidad «de procurar que sean satisfechos eficientemente los dere-

---

Artículo traducido por Julia NIETO KÖNIG.

\* Este artículo ha sido elaborado sobre la conferencia pronunciada el 28 de noviembre de 1991 en la Facultad de Derecho de la Universidad Albert-Ludwig de Friburgo. Se ha mantenido básicamente el espíritu de la conferencia.

<sup>1</sup> BACHOF, «Verfahrensrecht, Verfahrenspraxis», *DÖV*, 1982, p. 757; publicado también con ligeras modificaciones en la *FS Fritz Baur*, 1981, p. 171.

chos de los ciudadanos». Se trata de dos *objetivos* de la Ley de Procedimiento Administrativo Federal (Verwaltungsverfahrensgesetz, en adelante: VwVfG) en vigor desde el 1 de enero de 1977<sup>2</sup> y que, de acuerdo con la exposición de motivos del proyecto de ley, habían sido el fin principal en la codificación. En la parte general de la exposición de motivos del proyecto de ley se resalta que ésta está al servicio de la *realización de las funciones estatales* y al refuerzo de la *posición jurídica del ciudadano* frente a las autoridades administrativas. En la motivación del proyecto gubernativo de la VwVfG se declara que en el Estado moderno Social y de Derecho, el ciudadano se relaciona cada vez más con la Administración y añade una frase decisiva: «en la actividad administrativa se refleja el equilibrio anhelado entre los intereses de la comunidad y del individuo»<sup>3</sup>.

El ambicioso proyecto de codificación del procedimiento administrativo general (así como de las materias anejas al Derecho administrativo material) fue recibido de forma muy positiva hace quince años<sup>4</sup>. Sin embargo, los pronósticos sobre si la ley ofrecía efectivamente una base jurídico-normativa idónea para el cumplimiento de los objetivos planteados y de las enormes expectativas creadas ante los compromisos de una Administración responsable frente a un Estado Social y de Derecho mostraron un talante muy diverso. Así, si MAURER calificó la VwVfG como un «hito decisivo en la historia del Derecho administrativo alemán» y definió «su contenido como una obra acertada»<sup>5</sup>, SCHMITT GLAESER, por contra, aunque confirmando la importancia de los objetivos de la VwVfG, auguró al mismo tiempo que la aplicación de la ley no conllevaría la plena satisfacción de éstos, ni siquiera si se proyectaba a largo plazo<sup>6</sup>.

Tras quince años de vigencia de la VwVfG ya se puede hacer un balance provisional<sup>7</sup>, que quisiera llevar a cabo atendiendo a un plan-

<sup>2</sup> § 103 VwVfG.

<sup>3</sup> BT-Drucks, 7/910, p. 29.

<sup>4</sup> ULE, «Das Verwaltungsverfahrensgesetz», *DVBt*, 1976, p. 421; SCHOLLER/BROß, «Verfahrensrechtliche Prinzipien und öffentlich-rechtlicher Vertrag nach dem Verwaltungsverfahrensgesetz», *BayVBl*, 1977, p. 225 (232); MÜLLER, «Zum Verwaltungsverfahrensgesetz des Bundes - Ein Literaturbericht», *Die Verwaltung*, 10 (1977), p. 513 (514); cfr. además referencias en nota núm. 5. Sobre la VwVfG también se manifiesta GÖTZ, «Das neue Verwaltungsverfahrensgesetz», *NJW*, 1976, p. 1425; WALDHAUSEN, «Das Verwaltungsverfahrensgesetz des Bundes», *ZBR*, 1977, p. 16.

<sup>5</sup> MAURER, «Das Verwaltungsverfahrensgesetz des Bundes», *JuS*, 1976, p. 485 (496).

<sup>6</sup> SCHMITT GLAESER, «Anspruch, Hoffnung und Erfüllung. Das Verwaltungsverfahren und sein Gesetz - eine einleitende Bemerkung», en: Schmitt Glaeser (ed.), *Verwaltungsverfahren - FS*, en el aniversario de cincuenta años de existencia de la editorial Richard Boorberg, 1977, p. 1 (5).

<sup>7</sup> En relación a un balance tras diez años, cfr. BONK, «Vereinheitlichung und Fortentwicklung des Verwaltungsverfahrenrechts in Bund und Ländern», *DVBt*, 1986, p. 485; HILL, «Zehn Jahre Verwaltungsverfahrensgesetz», *Speyerer Arbeitshefte*, 78, 1987, *passim*; especialmente en relación a la teoría de los vicios del procedimiento, HUFEN, «Zur Systematik der Folgen von Verfahrensfehlern - eine Bestandsaufnahme nach zehn Jahren VwVfG», *DVBt*, 1988, p. 69; sobre la pureza jurídica después de diez años, STELKENS, «Bereinigung des Verwaltungsverfahrens-

teamiento jurídico dogmático, excluyendo expresamente los llamados procedimientos complejos. Estos se encuentran, como ya ha señalado PIETZCKER hace ya algunos años, cada vez más en el centro de la atención de la Ciencia jurídica, pero no representan la labor cotidiana de la Administración, sino que se trata, más bien, de excepciones poco frecuentes<sup>8</sup>. El punto de referencia de este análisis jurídico-dogmático será el «procedimiento ordinario informal y común en la práctica»<sup>9</sup>. Esta concentración temática es tanto más recomendable cuanto que sobre las regulaciones principales del procedimiento de los artículos 9 y siguientes de la VwVfG se ha producido ya una jurisprudencia consolidada que ha tenido unos efectos significativos y muy extendidos en la práctica. Asimismo, no debería olvidarse que el procedimiento ordinario será para la mayoría de los ciudadanos que entren en contacto con el Estado (y sus diferentes órganos) el único procedimiento resolutorio con el que se enfrenten, ya que sólo una mínima parte de los casos llegará ante los Tribunales Contencioso-Administrativos<sup>10</sup>.

La temática descrita se desarrollará en tres partes. En primer lugar, se esbozarán las bases de un concepto jurídico-dogmático del pensamiento jurídico-procesal. Se trata, por tanto, de la impronta jurídica del pensamiento procesal en el Derecho administrativo. En segundo lugar, se estudiará la realización de éste en la VwVfG, así como su aplicación en la práctica. Finalmente, mis consideraciones me permitirán hacer un resumen sobre la capacidad de eficacia de la VwVfG y presentar las posibles variantes de un modelo de procedimiento administrativo más complejo. Siendo consciente, al mismo tiempo, de que la Ciencia del Derecho administrativo es —independientemente de sus fundamentos teóricos y su base dogmática— una ciencia aplicada cuyo objetivo es el estudio de la expresión del concepto procedimental en sus aspectos más detallados. Si la VwVfG debe ser realmente una «ley para el ciudadano»<sup>11</sup>, deberá añadirse a su actual enfoque un planteamiento adicional que se centre concretamente en los casos cotidia-

rechts?»), NVwZ, 1986, p. 541. Cfr. en este contexto también el balance provisional de la Ley de Administración Territorial de Slesvig/Holstein diez años anterior, y, no obstante, ejemplar en muchos aspectos, realizada por KLAPPSTEIN/VON UNRUH, *Rechtsstaatliche Verwaltung durch Gesetzgebung - Entstehung und Bedeutung des Schleswig-Holsteinischen Landesverwaltungsgesetzes für das rechtsstaatliche Verwaltungsrecht*, 1987, *passim*; cfr. además KLAPPSTEIN, «Tagungsbericht "20 Jahre Landesverwaltungsgesetz Schleswig-Holstein"», DVBl, 1987, p. 1203.

<sup>8</sup> PIETZCKER, «Das Verwaltungsverfahren zwischen Verwaltungseffizienz und Rechtsschutzauftrag», VVDStRL, 41 (1983), p. 193 (194); en este sentido, también VON MUTIUS, «Diskussionsbeitrag», VVDStRL, 41 (1983), pp. 286 y ss.

<sup>9</sup> Acertadamente, SCHMIDT-ABMANN, «Die Grundgedanken des Verwaltungsverfahrens und das neue Verwaltungsverfahrenrecht», Jura, 1979, p. 505 (510).

<sup>10</sup> STELKENS, *Verwaltungsverfahren*, 1991, número marginal 1.

<sup>11</sup> Así HÄBERLE, *Verfassungsprinzipien «im» Verwaltungsverfahrensgesetz*, en FS Editorial Boorberg (*op. cit.*, núm. 6), p. 47 (49).

nos. Las resoluciones de estos procedimientos administrativos afectan a los seres humanos de una manera existencial.

## II. LA «PRETENSION» DEL PENSAMIENTO PROCESAL

### 1. LAS FUNCIONES DEL DERECHO PROCEDIMENTAL ADMINISTRATIVO

#### a) *La realización de las funciones de la Administración*

El procedimiento de la VwVfG<sup>12</sup>, entendido como un proceso planificado y ordenado que tiene como finalidad la obtención y elaboración de información, que está sometido a la responsabilidad de un titular de la Administración pública y es fundamento para las resoluciones administrativas del artículo 9 VwVfG<sup>13</sup>, constituye, a su vez, el engranaje entre la Administración pública y el ciudadano<sup>14</sup>. Previo a este procedimiento administrativo como *proceso real*, regulado por la VwVfG, existe una idea de ordenación que considera especialmente el mandato y las especialidades del poder ejecutivo como un sistema específico de toma de decisiones<sup>15</sup>. La Administración pública sometida al principio de legalidad (art. 20, párrafo 3.º, de la Ley Fundamental de Bonn) depende del procedimiento como medio para poder realizar el Derecho administrativo, de acuerdo al imperativo legal de realización de sus funciones (objetivos) administrativas<sup>16</sup>. Con ello me refiero a la función del procedimiento administrativo como *modo de realización del Derecho administrativo*, que fue objeto de es-

<sup>12</sup> En aplicación de la definición general de conceptos de SCHMIDT-ABMANN, «Verwaltungsverfahren», en Isensee/Kirchhof (eds.), *Handbuch des Staatsrechts*, tomo III, *Das Handeln des Staates*, 1988, § 70, número marginal 1.

<sup>13</sup> Para ver en detalle las diferentes definiciones de los conceptos del «Procedimiento Administrativo», *vid.* ULE/LAUBINGER, *Verwaltungsverfahrenrecht*, 3.ª ed., 1986, pp. 9 y ss., 154 y ss.; HILL, *Das fehlerhafte Verfahren und seine Folgen im Verwaltungsrecht*, 1986, pp. 5 y ss.

<sup>14</sup> SCHMIDT-ABMANN, *Verwaltungsverfahren* (op. cit., núm. 12), § 70, número marginal 1.

<sup>15</sup> SCHMIDT-ABMANN se expresa extensamente sobre el procedimiento administrativo como actividad real e idea de ordenamiento en «Der Verfahrensgedanke in der Dogmatik des öffentlichen Rechts», en: Lerche/ Schmitt Glaeser/Schmidt-Abmann, *Verfahren als staats- und verwaltungsrechtliche Kategorie*, 1984, p. 1 (6 y ss.). Cfr. además sobre el tema de un modelo normativo y el desarrollo real en la resolución en el procedimiento administrativo HUFEN, *Fehler im Verwaltungsverfahren*, 2.ª ed., 1991, números marginales 46 y ss.; cfr. asimismo (con una ligera crítica), PITSCHAS, *Verwaltungsverantwortung und Verwaltungsverfahren - Strukturprobleme, Funktionsbedingungen und Perspektiven eines konsensualen Verwaltungsrechts*, 1990, pp. 28 y ss., 91 y ss.

<sup>16</sup> WAHL, «Vereinheitlichung oder bereichsspezifisches Verwaltungsverfahrenrecht?», en: Blümel (ed.), *Die Vereinheitlichung des Verwaltungsverfahrenrechts*, 1984, p. 19 (41); J. MARTENS se expresa sobre la necesidad de la aplicación del Derecho a través del procedimiento en *Die Praxis des Verwaltungsverfahrens*, 1985, números marginales 34 y ss.

tudio en el Congreso de Profesores de Derecho Público de Constanza <sup>17</sup>.

No obstante, la limitación del estudio del Derecho procedimental de la Administración pública a su relación con el Derecho administrativo material y a su función instrumental supondría una perspectiva muy reducida <sup>18</sup>. Dado que las funciones del procedimiento administrativo están relacionadas con las funciones de la Administración, será la actuación global de ésta la que condicione la llamada funcionalidad múltiple del procedimiento administrativo <sup>19</sup>. Por cuya razón, siempre se ha insistido en que el procedimiento administrativo también debe atender a criterios de economía, funcionalidad y proximidad al ciudadano <sup>20</sup>, lo que significa que los conflictos sobre los objetivos serán inevitables. El objetivo principal del procedimiento recogido en la VwVfG será primordialmente la realización del Derecho material teniendo en cuenta el carácter esencialmente público de la actividad administrativa <sup>21</sup>. La optimización del *output* administrativo como finalidad de la estructuración y canalización del proceso de decisión de una actividad administrativa mediante el Derecho administrativo exige, como ha formulado OSSENBÜHL <sup>22</sup>, que, en primer lugar, el resultado del procedimiento —es decir, la resolución— no sea contrario al Derecho material. Lo que no quiere decir que una resolución administrativa «correc-

<sup>17</sup> Cfr. especialmente WAHL, «Verwaltungsverfahren zwischen Verwaltungseffizienz und Rechtsschutzauftrag», *VVDStRL*, 41 (1983), p. 151 (153 y ss.). PITSCHAS, *Verwaltungsverantwortung und Verwaltungsverfahren* (op. cit., núm. 15), pp. 23 y 40, expone una crítica poco convincente; parece fundarse en la premisa, ciertamente poco clara, de que al procedimiento se le atribuye, por un lado, tanto un objetivo jurídico como extrajurídico (*ibidem*, p. 29) y, por otro lado, se menciona que la concreción de fines administrativos siempre está predeterminada jurídicamente (*ibidem*, p. 39).

<sup>18</sup> De ello resulta tan sólo la fórmula genérica jurídico-dogmática, inaplicable, de la (supuestamente) mera «función instrumental» del procedimiento administrativo frente al Derecho material; así, efectivamente, en la motivación del Gobierno Federal de los §§ 45 y 46 VwVfG, BT-Drucks, 7/910, p. 65. Se manifiesta acertadamente sobre la inutilidad de este tipo de fórmulas globales y a favor de un estudio jurídico diferenciado HILL, «Das fehlerhafte Verfahren» (op. cit., núm. 12), § 70, número marginal 34; HUFEN, *Fehler im Verwaltungsverfahren* (op. cit., núm. 15), números marginales 586 y ss.

<sup>19</sup> WAHL, *VVDStRL*, 41 (1983), p. 151 (157); asiente SCHMIDT-AßMANN, «Verwaltungsverfahren» (op. cit., núm. 12), § 70, número marginal 3; SCHUPPERT, «Konfliktmittlung bei Verhandlungen und Verwaltungsverfahren», en: Hoffmann-Riem/Schmidt-Aßmann (eds.), *Konfliktbewältigung durch Verhandlungen - Konfliktmittlung in Verwaltungsverfahren*, tomo II, 1990, p. 29 (49). También PITSCHAS, *Verwaltungsverantwortung und Verwaltungsverfahren* (op. cit., núm. 15), pp. 45 y ss., que niega la compatibilidad entre los objetivos de actuación de la Administración pública y los objetivos del procedimiento e imputa al procedimiento administrativo también la función de ordenación del discurso entre dos partes desiguales (*ibidem*, pp. 47, 80 y ss., 91 y ss., 124 y ss.).

<sup>20</sup> HILL, *Das fehlerhafte Verfahren* (op. cit., núm. 13), pp. 124 y ss., se expresa ampliamente al respecto.

<sup>21</sup> HILL, «Zehn Jahre Verwaltungsverfahrensgesetz» (op. cit., núm. 7), p. 42 («sobre todo... realización, es decir, concreción del Derecho material»).

<sup>22</sup> OSSENBÜHL, «Verwaltungsverfahren zwischen Verwaltungseffizienz und Rechtsschutzauftrag», *NVwZ*, 1982, pp. 465 y ss.

ta» como objetivo del procedimiento se deduzca, sin más, de la carencia de irregularidades normativas<sup>23</sup>. La diversidad en la programación normativa de la actividad administrativa permite que, a la hora de optimizar la realización de las funciones administrativas, el Derecho material ofrezca y permita múltiples posibilidades. El procedimiento administrativo es en este marco un factor decisivo en función de obtener «lo correcto»<sup>24</sup>. Más adelante nos remitiremos a este «aseguramiento de regularidad o corrección» a través del procedimiento administrativo.

## b) *Salvaguardia de los intereses a través del Derecho*

Sólo muy tarde se ha reconocido la segunda función central del procedimiento administrativo. Me refiero con ello a la llamada *protección «a tiempo» de derechos e intereses*<sup>25</sup> (o mejor dicho, la salvaguardia de intereses a través del Derecho) o a la «garantía jurídica» (*Rechtswahrung*), si es que se quiere expresar con mayor rigor terminológico la diferente configuración de la tutela judicial, según se atienda a su función, a su estructura o a su contenido<sup>26</sup>. Actualmente ésta está fuera de toda duda. El Bundesverfassungsgericht (en adelante: BVerfG) (Tribunal Constitucional Federal) ha desempeñado en ello un papel impulsor muy importante. Su jurisprudencia<sup>27</sup> ha fomentado un mayor entendimiento de la protección de los derechos fundamentales mediante y en los procedimientos administrativos, ya a lo largo de ellos, independientemente de la polémica que desató su dudosa fórmula de «re-

<sup>23</sup> STEINBERG, «Kritik von Verhandlungslösungen, insbesondere von mittlerunterstützten Entscheidungen», en: Hoffmann-Riem/Schmidt-Aßmann (eds.), *Konfliktbewältigung durch Verhandlungen - Informelle und mittlerunterstützte Verhandlungen in Verwaltungsverfahren*, tomo I, 1990, p. 295 (298).

<sup>24</sup> STEINBERG, «Komplexe Verwaltungsverfahren zwischen Verwaltungseffizienz und Rechtsschutzauftrag», *DÖV*, 1982, p. 619 (620).

<sup>25</sup> Una síntesis ofrece SCHOCH, *Vorläufiger Rechtsschutz und Risikoverteilung im Verwaltungsrecht*, 1988, pp. 140 y ss.

<sup>26</sup> WAHL, *VVDStRL*, 41 (1983), p. 151 (160).

<sup>27</sup> Cfr. antes de la resolución sobre Mühlheim-Kärlich, p. ej., BVerfGE, 24, 367 (401); 35, 348 (361); 37, 67 (77); 37, 132 (141, 148); 39, 276 (294); 41, 251 (265); 44, 105 (119 y ss.); 45, 297 (322, 333); 45, 422 (430); 46, 325 (334); 48, 292 (297 y ss.); 49, 220 (225); 50, 16 (30); 51, 150 (156); 51, 324 (343); 52, 214 (219); 52, 380 (389 y ss.); 52, 391 (407 y ss.). Especialmente relevante la sentencia Mühlheim-Kärlich, BVerfGE, 53, 30 = *DVB*, 1980, p. 356 (comentarios de RAUSCHNING, p. 831) = *DÖV*, 1980, p. 299 (nota de WINTERS) = *JZ*, 1980, p. 307 (nota de A. WEBER) = *NJW*, 1980, p. 759. También muy importante la resolución siguiente sobre Derecho de asilo, BVerfGE, 56, 216 = *DVB*, 1981, p. 623 (nota de POPPELBAUM) = *DÖV*, 1981, p. 453 = *NJW*, 1981, p. 1436 = *JZ*, 1981, p. 339. Finalmente también las dos sentencias de 17 de abril de 1991 sobre el control judicial de decisiones en materia de exámenes y oposiciones, BVerfG (*Prüfungsentscheidungen*), *NJW*, 1991, pp. 2005 y 2008 (nota de NIEHUES, *NJW*, 1991, p. 3001) = *JZ*, 1991, pp. 1077 y 1081 (nota de PIETZCKER) = *BayVBl*, 1991, pp. 590 y 654 (nota de THEUERSBACHER, *BayVBl*, 1991, p. 649) = *DÖV*, 1991, p. 794 = *DVB*, 1991, pp. 801 y 805; asimismo GUSY, «Prüfungsentscheidungen vor Gericht», *Jura*, 1991, p. 633.

levancia del Derecho procedimental en los derechos fundamentales»<sup>28</sup>. Aunque actualmente sepamos que ello no ha supuesto ninguna modificación revolucionaria, el reconocimiento de algunas cuestiones evidentes sí ha reducido, en cambio, determinadas carencias en la dogmática del Derecho procedimental, creando así una situación que podría denominarse de normalidad<sup>29</sup>. Por ello, no deberían menospreciarse los logros concretos alcanzados. Tómense como ejemplo los derechos de participación, colaboración y audiencia regulados en leyes ordinarias. El reconocimiento de que estas formas de integrarse en el procedimiento —que se encuentran más allá de la defensa de la intervención y de la simple omisión estatal, pero que están muy relacionadas con la posibilidad de la participación—<sup>30</sup> pueden contribuir a la tutela jurídica en y mediante los procedimientos ha permitido comprender que las regulaciones sobre los derechos de participación ya no son un mero instrumento de información en manos de la Administración<sup>31</sup>, sino que se trata, más bien, de la propia configuración de derechos individuales<sup>32</sup>. A la tesis de que el individuo no es mero objeto de la actuación estatal han seguido fenómenos que pueden ser comprendidos desde la dogmática jurídica. El marco del artículo 28 VwVfG nos permite extraer las debidas consecuencias para el Derecho procedimental administrativo general<sup>33</sup>.

A pesar del innegable desarrollo que ha habido y que ha ocasionado, además, la concreción de la llamada función protectora de los derechos, o, mejor dicho, una función autónoma de seguridad jurídica, se puede decir que el potencial efectivo jurídico-dogmático del pensamiento procesal no ha sido agotado hasta la fecha en relación a una cuestión fundamental. En sí es correcta la afirmación de que el proce-

<sup>28</sup> BLÜMEL, «Grundrechtsschutz durch Verfahrensgestaltung», en: Blümel (ed.), *Frühzeitige Bürgerbeteiligung bei Planungen*, 1982, p. 23 (36 y ss.), va demasiado lejos en sus deducciones. Cfr. opinión opuesta de OSSENBÜHL, «Grundrechtsschutz im und durch Verfahrensrecht», en: *FS für Eichenberger*, 1982, p. 183; BETHGE, «Grundrechtsverwirklichung und Grundrechtssicherung durch Organisation und Verfahren», *NJW*, 1982, p. 1; DOLDE, «Grundrechtsschutz durch einfaches Verfahrensrecht?», *NVwZ*, 1982, p. 65; LAUBINGER, «Grundrechtsschutz durch Gestaltung des Verwaltungsverfahrens», *VerwArch*, 73 (1982), p. 60; VON MUTIUS, «Der Mülheim-Kärlich-Beschluß des BVerfG: Grundrechtsschutz durch Verfahren», *Jura*, 1984, p. 529. Un resumen de las diferenciaciones necesarias: HILL, *Das fehlerhafte Verfahren* (op. cit., núm. 13), pp. 233 y ss.; asimismo HUFEN, *Fehler im Verwaltungsverfahren* (op. cit., núm. 15), números marginales 21 y ss.

<sup>29</sup> WAHL, *VVDStRL*, 41 (1983), p. 151 (166 y ss.); PIETZCKER, *VVDStRL*, 41 (1983), p. 193 (207 y ss.).

<sup>30</sup> GRIMM, «Verfahrensfehler als Grundrechtsvertöße», *NVwZ*, 1985, p. 865 (867, 869), resalta expresamente la idea de participación en la protección procedimental en relación a la efectividad de los derechos fundamentales en el procedimiento administrativo.

<sup>31</sup> Asi, p. ej., todavía, BVerwGE, 41, 58 (63 y ss.); BayVGH, *GewArch*, 1975, p. 61 (63), y *DVBf*, 1979, p. 673 (677); OVG Rh.-Pf., *GewArch*, 1977, p. 133 (135 y ss.).

<sup>32</sup> Cfr. sólo BVerfGE, 53, 30 (64); OSSENBÜHL, *NVwZ*, 1982, p. 465 (466); STEINBERG, *DÖV*, 1982, p. 619 (625 y ss.); VON MUTIUS, *Jura*, 1984, p. 529 (532).

<sup>33</sup> Cfr. *infra* III.2.b.bb).

dimiento administrativo no es un procedimiento «previo» en relación al proceso judicial, sino, más bien, un *aluid*, y si, existiendo confianza en una Administración jurídico-estatal, se presume una postura *ex-ante* flexible ante las posibilidades de desarrollo<sup>34</sup> y no dominada por negociaciones ni fijaciones previas, entonces la combinación de ambas premisas jurídicas tendrá en supuestos de determinadas irregularidades procedimentales una consecuencia significativa para la dogmática del artículo 46 VwVfG. Más adelante nos referiremos nuevamente a este tema<sup>35</sup>.

## 2. REVALORIZACIÓN DEL PROCEDIMIENTO ADMINISTRATIVO

Estas reflexiones sobre las funciones del procedimiento administrativo permiten afirmar que aquí —y de forma paralela a la doble función de la teoría de las consecuencias de las irregularidades—<sup>36</sup> se dan dos manifestaciones concretas: por un lado, nos encontramos ante un mandato de actuar que implica que la Administración debe cumplir sus funciones legítimas; y, por otro lado, hay que mencionar además el objetivo de protección que tiene la función de salvaguardar la posición jurídica del ciudadano. El significado jurídico del pensamiento procesal en el Derecho administrativo no se pondrá de manifiesto hasta que en el marco del ordenamiento constitucional de funciones (división de poderes) se estudien las causas de la revalorización del pensamiento procesal. Como sobre este tema han aparecido en los últimos años estudios concretos, aquí tan sólo van a resumirse brevemente algunos de sus aspectos.

El primer modelo de explicación señala que, independientemente de los cambios estructurales habidos en la esfera interna de la Administración —con el aumento y la diferenciación de las funciones y la atomización de la organización administrativa—, ha habido una *disminución de la capacidad de dirección de la norma administrativa material*<sup>37</sup>. Prescindiendo de las causas que han permitido llegar a este resultado<sup>38</sup> (en las que no se profundizará en este lugar)<sup>39</sup>, existe

<sup>34</sup> WAHL, *VVDStRL*, 41 (1983), p. 151 (156, 160 y ss.).

<sup>35</sup> Cfr. *infra* III.2.b).cc).

<sup>36</sup> Sobre la teoría de las formas de actuación SCHMIDT-ARMANN, «Die Lehre von den Rechtsformen des Verwaltungshandelns - Ihre Bedeutung im System des Verwaltungsrechts und für das verwaltungsrechtliche Denken der Gegenwart», *DVBt*, 1989, p. 533 (535).

<sup>37</sup> Referencias sobre el análisis de este fenómeno se encuentran en SCHOCH, *Vorläufiger Rechtsschutz* (*op. cit.*, núm. 25), p. 1039.

<sup>38</sup> SCHUPPERT, «Konfliktmittlung» (*op. cit.*, núm. 19), pp. 30 y ss., ofrece referencias bibliográficas y un breve esbozo.

<sup>39</sup> Es, sin embargo, importante aceptar sin quejas los límites estructurales a la dirección mediante el Derecho, a pesar de las posibles circunstancias criticables. Cfr. SCHMIDT-ARMANN, «Kon-



unanimidad en torno a la siguiente cuestión: cuanto menos estén pre-determinados legalmente los resultados de la resolución en el procedimiento resolutorio, éste cobrará un mayor significado<sup>40</sup>. Puesta la vista en una resolución administrativa «correcta», que pretende ser legal, el procedimiento adquiere una función legitimadora<sup>41</sup>. Pero tampoco deberá ser sobrevalorada esta función. El déficit jurídico material de garantía de corrección legal creado en situaciones de disminución de la capacidad de orientación del Derecho material —que puede verse compensado, al menos en parte, por el Derecho procedimental— no puede inducir a establecer la tesis de que la corrección procedimental se convierte automáticamente en corrección material<sup>42</sup>, ya que se estaría procediendo a una equiparación indebida entre compensación y sustitución<sup>43</sup>. En la legislación actual la corrección del procedimiento no exime de la legalidad material de un acto administrativo<sup>44</sup>. El artículo 20 III de la Ley Fundamental exige el cumplimiento de ambas premisas, lo que quiere decir que ha de darse tanto la legalidad formal como la material.

Lo cual ha de tener consecuencias importantes en orden a la *protección judicial*. La tutela judicial reaccional —basada fundamentalmente en la protección de derechos individuales y que, a menudo, está unida a una reducción estructural o de contenido de la intensidad de control judicial— es la segunda causa fundamental del incremento de las funciones del procedimiento administrativo<sup>45</sup>. Cualquier propuesta que por motivos de tutela jurídica pretenda eliminar la función complementaria entre el procedimiento administrativo y el proceso judicial y proponga la creación de un modelo de sustituciones<sup>46</sup> en el que se

fliktmittlung in der Dogmatik des deutschen Verwaltungsrechts», en: Hoffmann-Riem/Schmidt-Abmann, II (*op. cit.*, núm. 19), p. 9 (12 y ss.).

<sup>40</sup> GRIMM, *NVwZ*, 1985, p. 865 (866). Se resalta de forma acertada nuevamente la relación existente entre una orientación jurídico-material reducida de las resoluciones administrativas (y la correspondiente reducción del control judicial), por un lado, y el consecuente incremento de exigencias hechas al procedimiento administrativo en: BVerfG, *NJW*, 1991, p. 2005 (2006) = *JZ*, 1991, pp. 1077 y 1078 = *BayVBl*, 1991, pp. 590 y 591 = *DÖV*, 1991, p. 794 (795) = *DVBt*, 1991, p. 801 (802, 803).

<sup>41</sup> WAHL, *VVDStRL*, 41 (1983), p. 151 (158).

<sup>42</sup> Así OSSENBÜHL, *NVwZ*, 1982, p. 465 (466); en relación a la garantía de derechos fundamentales también en términos exagerados BÖHMER, Voto particular, BVerfGE, 49, 228 (235).

<sup>43</sup> Acertadamente SCHOLZ, «Verwaltungsverantwortung und Verwaltungsjurisdiktion», *VVDStRL*, 34 (1976), p. 145 (215): no existe una relación entre la sustituibilidad recíproca entre el procedimiento administrativo y la tutela judicial.

<sup>44</sup> SCHMIDT-ABMANN, *Das allgemeine Verwaltungsrecht als Ordnungsidee und System*, 1982, pp. 52 y ss.

<sup>45</sup> Cfr., p. ej., PIETZCKER, *VVDStRL*, 41 (1983), p. 193 (201 y ss.); SCHMIDT-ABMANN, «Verwaltungsverfahren» (*op. cit.*, núm. 12), § 70, número marginal 4.

<sup>46</sup> Según este planteamiento, nos encontramos ante una transición paulatina de la garantía judicial hacia el control del procedimiento, con una reducción simultánea del control del Derecho material, es decir, de un traslado del control del resultado al enjuiciamiento del procedimiento. Cfr., p. ej., SCHWARZE, *Der funktionale Zusammenhang von Verwaltungsverfahren und verwaltungsgerichtlichen Rechtsschutz*, 1974, pp. 61 y ss.; SELLNER, «Kontrolle inmissions-

desvalore la protección judicial deberá ser rechazada por motivos constitucionales<sup>47</sup>.

La revalorización del procedimiento administrativo parece deberse actualmente a la evolución de la autocomprensión y la toma de conciencia de los ciudadanos<sup>48</sup>. Una disminución de la percepción de la «corrección» de los actos administrativos, así como un aumento en la demanda de participación, incluso de codecisión, revelan la existencia de una ósmosis entre el Estado y la sociedad<sup>49</sup>. Más adelante insistiremos en cuestiones como la cooperación, el consenso y la aceptación.

### 3. REQUISITOS DE UN PROCEDIMIENTO ADMINISTRATIVO MODERNO ADECUADO A LOS TIEMPOS

Es esencialmente la VwVfG la que ha fomentado la valoración general del pensamiento procedimental y la revalorización del procedimiento entendido como un proceso de búsqueda de resolución y no simplemente como el mero resultado de la decisión<sup>50</sup>. Ya desde hace años se ha verificado la efectividad inquebrantable del concepto procedimental y se ha pronosticado un aumento de su importancia en el futuro<sup>51</sup>: verificación y expectativas que van unidas a la demanda de un procedimiento administrativo moderno<sup>52</sup>. SCHMIDT-ABMANN ha definido acertadamente el «procedimiento como manifestación del ejer-

---

schutzrechtlicher und atomrechtlicher Entscheidungen im Verwaltungsgerichtsprozeß», *BauR*, 1980, p. 391 (401 y ss.); REDEKER, «Grundgesetzliche Rechte auf Verfahrensteilhabe», *NJW*, 1980, p. 1593 (1598); FIEDLER, «Beurteilungsspielraum "aus Sachnähe"», *ET*, 1982, p. 580 (583); GRIMM, *NVwZ*, 1985, p. 865 (867); y referente especialmente al Derecho técnico de seguridad: SIMON/HEUSSNER, Voto particular, *BVerfGE*, 53, 69 (82).

<sup>47</sup> SCHMIDT-ABMANN, «Verfahrensgedanke» (*op. cit.*, núm. 15), p. 14: no se puede sustituir sencillamente la corrección del resultado por la corrección del procedimiento; WEYREUTHER, «Buchbesprechung» (Lerche/Schmitt Glaeser/Schmidt-Abmann, *op. cit.*, núm. 15), *DÖV*, 1985, p. 38: parece claro que no se puede sustituir la corrección del resultado por la corrección del procedimiento; KUNIG/RUBLACK, «Aushandeln statt Entscheiden? - Das Verwaltungsverfahrenrecht vor neuen Herausforderungen», *Jura*, 1990, p. 1 (3): no se reorienta el índice de corrección material de resultado a una mera corrección del procedimiento, sino con función complementaria del procedimiento. Las consecuencias al respecto deberán hacerse ateniéndose al artículo 19, párrafo 4.º, de la Constitución; cfr. SCHMIDT-ABMANN, *Jura*, 1979, p. 505 (508); *id.*, artículo 19 IV de la Ley Fundamental como parte del principio jurídico-estatal, *NVwZ*, 1983, p. 1 (5); cfr. PIETZCKER, *VVDStRL*, 41 (1983), p. 193 (206 y ss.).

<sup>48</sup> Cfr. SCHMITT GLAESER, «Die Position der Bürger als Beteiligte im Entscheidungsverfahren gestaltender Verwaltung», en: Lerche/Schmitt Glaeser/Schmidt-Abmann (*op. cit.*, núm. 15), p. 35 (42 y ss.); cfr. además PITSCHAS, *Verwaltungsverantwortung und Verwaltungsverfahren* (*op. cit.*, núm. 15), pp. 146 y ss., 212 y ss., 649 y ss.

<sup>49</sup> SCHMIDT-ABMANN, «Verfahrensgedanke» (*op. cit.*, núm. 15), pp. 7 y ss.

<sup>50</sup> HUFEN, *Fehler im Verwaltungsverfahren* (*op. cit.*, núm. 15), número marginal 584.

<sup>51</sup> SCHMIDT-ABMANN, «Verfahrensgedanke» (*op. cit.*, núm. 15), pp. 3 y 6.

<sup>52</sup> Este planteamiento, al igual que la tesis de la crisis del (Derecho) administrativo procedimental actual, configuran los «impulsos fundamentales» para un concepto de un Derecho administrativo (procedimental) consensuado, se plasman en el trabajo de PITSCHAS, *Verwaltungsverantwortung und Verwaltungsverfahren* (*op. cit.*, núm. 15).

cicio de soberanía estatal»<sup>53</sup>, como la plasmación en el procedimiento administrativo de una nueva relación entre la Administración y el ciudadano<sup>54</sup>. El estilo autoritario y paternalista de la Administración debería pertenecer al pasado y verse relevado por una nueva cultura jurídica y administrativa<sup>55</sup>, cuyo contenido podría describirse mediante los conceptos: cooperación, consenso y aceptación. La cooperación, que es ya por su contenido parte del procedimiento<sup>56</sup>, actúa como instrumento para la obtención de consenso. Y allí donde se haya logrado una actuación administrativa consensuada, ya no será muy difícil obtener una aceptación.

Es ahora labor de los juristas darle un contenido jurídico normativo a los conceptos mencionados. La *cooperación* será la actuación administrativa del futuro<sup>57</sup>, sin que ello pueda entenderse como una referencia a las formas de actuación en un sentido tradicional. El resultado empírico de que el Estado deberá tratar de cooperar con los ciudadanos<sup>58</sup>, siempre y cuando ni sus órdenes ni la coacción hayan resultado medios adecuados para la realización de los fines de la Administración, es una tesis correcta pero carece, no obstante, de consecuencias jurídicas. La situación es diferente cuando la «cooperación» se plasma en una prohibición de excesos o de desproporción. Ello se reflejó concretamente en la sentencia sobre Brockdorf del BVerfG de 14 de mayo de 1985<sup>59</sup>. La práctica administrativa reclama el reconocimiento irrenunciable de una actividad administrativa cooperativa como una modalidad legítima y adecuada de Administración moderna<sup>60</sup>, lo que remite, ciertamente, a una zona indefinida del Estado de Derecho, ya que se refiere a la actuación administrativa informal. No obstante, este postulado indica la vía correcta, a saber: un procedimiento administrativo legal con las posibilidades de cooperación apuntadas en el artículo 10 II VwVfG que han de llevarse a cabo *durante* el procedimiento. Hasta aquí no nos encontramos ante ninguna novedad. El BVerfG declara acertadamente en su resolución sobre la Ley de la ciudad de Hamburgo sobre expropiación (*Hamburgisches Enteignungsgesetz*), y oponiéndose a una absolutización de las necesidades de la Administración y de la eficacia del procedimiento de expropia-

<sup>53</sup> SCHMIDT-ABMANN, «Verfahrensgedanke» (*op. cit.*, núm. 15), pp. 8 y ss.

<sup>54</sup> SCHMIDT-ABMANN, «Verwaltungsverfahren» (*op. cit.*, núm. 12), § 70, número marginal 4.

<sup>55</sup> BROHM, «Beschleunigung der Verwaltungsverfahren - Straffung oder konsensuales Verwaltungshandeln?», *NVwZ*, 1991, p. 1025 (1028).

<sup>56</sup> LÜBBE-WOLFF, «Das Kooperationsprinzip im Umweltrecht - Rechtsgrundsatz oder Deckmantel des Vollzugsdefizits?», *NuR*, 1989, p. 295 (296).

<sup>57</sup> HILL, «Zehn Jahre Verwaltungsverfahrensgesetz» (*op. cit.*, núm. 7), p. 58.

<sup>58</sup> RONELLENFITSCH, «Konfliktmittlung aus Anlaß von Genehmigungs- und Planfeststellungsverfahren», en: Hoffman-Riem/Schmidt-Abmann, II (*op. cit.*, núm. 19), p. 185 (187).

<sup>59</sup> Cfr. VBerfGE, 69, 315 (354 y ss.).

<sup>60</sup> FUNKE, «Konfliktbewältigung aus Anlaß des Genehmigungsverfahrens», en: Hoffmann-Riem/Schmidt-Abmann, II (*op. cit.*, núm. 19), p. 209 (220).

ción, que «la necesidad de un diálogo entre la Administración y los ciudadanos refleja la idea constitucional de la valoración del ciudadano en el Estado»<sup>61</sup>. Un estudio detenido nos permite detectar su relación con las funciones del procedimiento administrativo apuntadas al principio de este trabajo como la integración de la idea de cooperación. Una actuación administrativa cooperativa no es, por tanto, meta, sino instrumento a fin de minimizar los conflictos existentes entre la eficacia de la Administración y la seguridad jurídica, es decir, como vía de orientación para la ejecución de la política estatal<sup>62</sup>. Un caso similar se nos presenta con el *consenso* (como resultado positivo de una cooperación previa), lo que será especialmente evidente cuando se recoja en forma de contrato administrativo de los artículos 54 y siguientes VwVfG.

Más difícil resulta la apreciación jurídico-dogmática de la «aceptación». La opinión jurídica que más se ha distanciado del Derecho administrativo clásico es la que define la «aceptación como finalidad del procedimiento administrativo»<sup>63</sup>. Las objeciones que levanta esta postura son evidentes y ha sido STEINBERG el que las ha formulado con especial vehemencia. El objetivo del procedimiento administrativo debe de ser la resolución «correcta» (tal y como se ha indicado *ut supra*), pero esta «corrección» no depende del consentimiento de los interesados, de manera que la aceptación de una resolución no podrá ser utilizada como único criterio de su corrección. A todo lo más se podría indicar que en el procedimiento se han alcanzado unos resultados aceptables para los interesados, pero la aceptación no podrá ser nunca un objetivo del procedimiento administrativo<sup>64</sup>. Asimismo, cabría añadir el riesgo ya expresado de que el Derecho corra el peligro de verse instrumentalizado como un mero objeto de intercambio<sup>65</sup>, ya que si la aceptación fuese una meta del mismo rango para la Administración, ésta se vería obligada a ignorar el principio jurídico estatal de la inviolabilidad del Derecho.

A la hora de procurar un desarrollo amplio del concepto procedimental deberá evitarse cualquier visión parcial o unilateral, a pesar de (o justamente por) los balances de resultados deducibles del pasado y, sobre todo, siempre habrá que procurar no perder de vista el contexto global<sup>66</sup>. Si desde un principio, y por razones constitucionales<sup>67</sup>, no

<sup>61</sup> BVcrfGE, 45, 297 (335).

<sup>62</sup> SCHUPPERT, «Konfliktmittlung» (*op. cit.*, núm. 19), p. 31.

<sup>63</sup> En este sentido, enérgicamente WÜRTEMBERGER, «Akzeptanz durch Verwaltungsverfahren», *NJW*, 1991, p. 257 (260 y ss.).

<sup>64</sup> STEINBERG, «Kritik von Verhandlungslösungen» (*op. cit.*, núm. 23), pp. 298 y ss.

<sup>65</sup> BROHM, *NVwZ*, 1991, p. 1025 (1029).

<sup>66</sup> Acertadamente PIETZCKER, *VVDStRL*, 41 (1993), p. 193 (227); SCHMIDT-ABMANN, «Verfahrensgedanke» (*op. cit.*, núm. 15), pp. 4 y 14.

<sup>67</sup> SCHUPPERT, «Konfliktmittlung» (*op. cit.*, núm. 19), p. 50; de forma similar, PIETZCKER, *VVDStRL*, 41 (1983), p. 193 (205).

se puede renunciar a la última responsabilidad estatal del procedimiento administrativo y de los actos administrativos, es claro que entonces la Administración pública no dispone de libertad contractual en los procesos de negociación permitidos. Aquí los límites de la teoría de la aceptación serán patentes inmediatamente. Coincidiendo con SCHMIDT-ABMANN, hay que decir que la actividad administrativa (de acuerdo con el art. 20 II y III de la Constitución) no se reduce a modelos de consenso, discurso y aceptación, dado que en una democracia también se hace uso de autoridad y se exige obediencia a la norma<sup>68</sup>. La actuación administrativa legitimada por la democracia jurídico-estatal<sup>69</sup> exige que en algunos supuestos se tomen decisiones en contra de la voluntad expresa de los afectados. Esto naturalmente no excluye la búsqueda de un alto grado de aceptación de los actos administrativos mediante los procedimientos. Pero la «aceptación» no puede desempeñar otro papel en la estructura global del Derecho administrativo que la de ser una meta *condicional* en el procedimiento administrativo<sup>70</sup>. Ponderando todas las soluciones posibles, a lo que hay que atender, en definitiva, es a encontrar una solución correcta desde el punto de vista normativo.

### III. REALIZACION DEL PENSAMIENTO PROCESAL EN LA VwVfG

Una vez esbozada la propensión jurídico-normativa del concepto procedimental conviene examinar la cuestión de la realización del pensamiento procesal en la VwVfG. A tal propósito, lo más indicado sería la utilización de investigaciones jurídico-materiales, pero desconozco la existencia de éstas en relación al procedimiento administrativo ordinario e informal<sup>71</sup>. Las reflexiones deben orientarse, por tanto, en

<sup>68</sup> SCHMIDT-ABMANN, *DVBf*, 1989, p. 533 (539).

<sup>69</sup> SCHMIDT-ABMANN, «Verwaltungslegitimation als Rechtsbegriff», *AöR*, 116 (1991), pp. 330 y ss., se manifiesta claramente sobre estos fundamentos.

<sup>70</sup> Habrá que tener en cuenta los límites jurídico-normativos del procedimiento administrativo, especialmente para protegerlo ante pretensiones excesivas: 1) Los conflictos fundamentales de la sociedad, que se reflejan en los distintos procedimientos administrativos de forma paradigmática, no podrán ser resueltos ni tan siquiera de forma «acceptable»; cfr. WAHL, «Erweiterung des Handlungsspielraums: Die Bedeutung von Kompensation und Entscheidungsverknüpfungen», en: Hoffmann-Riem/Schmidt-Abmann, I (*op. cit.*, núm. 23), p. 283 (286). 2) Las decisiones tomadas por el legislador (¡en su procedimiento!) sobre conflictos de valores habrán de ser aceptadas por la Administración (en el procedimiento de ésta) como premisas dadas, es decir, en el sistema fundamental de la democracia representativa no será aceptado en su totalidad por el planteamiento de la democracia responsable [WÜRTEMBERGER, *NJW*, 1991, p. 257 (261)]; cfr. KUNIG/RUBLACK, *Jura*, 1990, p. 1 (8).

<sup>71</sup> Cfr. además, p. ej., HOFFMANN-RIEM/RUBBERT, *Atomrechtlicher Erörterungstermin und Öffentlichkeit*, 1984; GERHARDT/JACOB, «Die ungeliebte Öffentlichkeit - Drittbeteiligung im Atomrecht zwischen Verfassungsgebot und Farce», *DÖV*, 1986, p. 258; asimismo los artículos publicados en: *Die Öffentlichkeitsbeteiligung bei der Genehmigung von umweltrelevanten*

la ley, y en primer lugar se trata de estudiar la configuración de los principios del concepto procedimental en la VwVfG. Posteriormente habrá que analizar la jurisprudencia administrativa que ha influenciado de forma significativa la práctica administrativa. Para ello se utilizarán ejemplos del Derecho procedimental, para pasar a analizar, posteriormente, cómo se ha plasmado el principio procedimental en la realidad jurídica.

## 1. RESOLUCIONES LEGISLATIVAS FUNDAMENTALES

Como lo que ahora nos interesa es la realización normativa del pensamiento procesal, no se va a profundizar en la regulación detallada de la VwVfG, centrándose este trabajo en algunas resoluciones legislativas fundamentales. Escuetamente quiero referirme a cinco aspectos de importancia decisiva. Me referiré, en primer lugar, al ámbito de aplicación de la VwVfG, aunque consta que no se trata de las restricciones del artículo 1 VwVfG o de las excepciones del artículo 2 VwVfG o de la cuestión fundamental de si, en relación a la idea de codificación, debería pretenderse una unificación del Derecho procedimental administrativo, ni si serían preferibles unas soluciones específicas en cada sector. Hay que tener presente, más bien, la relación existente entre el procedimiento administrativo (como lo recoge la VwVfG) y dos formas de actuación administrativa, a saber: el acto administrativo y el contrato administrativo. Esta autolimitación de la ley en el artículo 9 VwVfG ha sido criticada hasta la saciedad <sup>72</sup>, por lo que sería redundante cualquier anotación adicional en este lugar. Sin embargo, las consecuencias deberían de estar claras: en vista del gran número de nuevas formas de actuación que ha creado la Administración aparte del acto administrativo y del contrato, la orientación del procedimiento mediante la VwVfG fracasará ya desde el principio, dado que la ley

---

*Großvorhaben* (eds. Forschungsinstitut für öffentliche Verwaltung Speyer/Kernforschungszentrum Karlsruhe), 1989. Sobre los hechos jurídicos en relación al contrato administrativo MAURER/HÜTHER, *Die Praxis des Verwaltungsvertrags im Spiegel der Rechtsprechung*, 1989; MAURER, «Der Verwaltungsvertrag - Probleme und Möglichkeiten», en: Hill (ed.), *Verwaltungshandeln durch Verträge und Absprachen*, 1990, p. 15 (28 y ss.); ARNOLD, «Die Arbeit mit öffentlich-rechtlichen Verträgen zum Umweltschutz bei Regierungspräsidium Stuttgart», *VerwArch*, 80 (1989), p. 125.

<sup>72</sup> Cfr., p. ej., SCHMITT GLAESER, en *FS: Boorberg Verlag (op. cit., núm. 6)*, pp. 29 y ss., 39 y ss.; PIETZCKER, *VVDSiRL*, 41 (1983), p. 193 (214, 215); SCHMIDT-ABMANN, «Verfahrensgedanke» (*op. cit.*, núm. 15), p. 23; J. MARTENS, *Praxis des Verwaltungsverfahrens (op. cit., núm. 16)*, número marginal 3; HILL, «Zehn Jahre Verwaltungsverfahrensgesetz» (*op. cit.*, núm. 7), pp. 27 y ss.; HUFEN, *Fehler im Verwaltungsverfahren (op. cit., núm. 15)*, números marginales 476 y ss. PITTSCHAS, *Verwaltungsverantwortung und Verwaltungsverfahren (op. cit., núm. 15)*, p. 44, considera inconstitucionales las limitaciones hechas por el § 9 VwVfG (y § 8 SBG X) por no respetar la reserva de ley cuando se excluyen como actuaciones administrativas relevantes para los derechos fundamentales.

no es aplicable de forma inmediata<sup>73</sup>. No se fomenta tampoco demasiado el pensamiento procesal en todas aquellas regulaciones fundamentales (sobre, por ejemplo, el derecho de audiencia, la vista del expediente, las personas excluidas del procedimiento, la preocupación por una posible parcialidad), a las que la exposición de motivos de la ley concedía «un alcance general para todos los procedimientos» y pretendía una aplicación análoga<sup>74</sup>. Lo que se pretendía, más bien, era la inclusión de aquellas (y otras) regulaciones en la primera parte del VwVfG, unida a una aplicación necesariamente extendida.

Una condición decisiva para las posibilidades del desarrollo real del pensamiento procesal la proporciona, en segundo lugar, el mismo espíritu fundamental de la VwVfG. Ya en el año 1977, SCHMITT GLAESER criticó duramente la ley porque no incluía el cambio de las funciones estatales y excluía en gran parte la actividad configuradora y social-administrativa. Toda una serie de regulaciones (arts. 20, 21, 24, 25, 28, 37 y 45 VwVfG) demuestran que han sido más bien los principios de carácter liberal y jurídico estatales, como los que se conocen de una Administración intervencionista con actuaciones en supuestos puntuales, los que han obtenido rango de ley, sin que hayan sido considerados debidamente los aspectos sociales y estatales<sup>75</sup>. Esta valoración, compartida mayoritariamente<sup>76</sup>, no puede ponerse en duda si se tiene en cuenta el Código Social, número X (Sozialgesetzbuch, en adelante: SGB). Este tema se concretará más adelante en el ejemplo del artículo 28 VwVfG.

En tercer lugar, la calidad del procedimiento administrativo dependerá de forma decisiva de la vinculación entre la idea normativa del ordenamiento y los hechos reales<sup>77</sup>. En relación a la *estructura de las relaciones jurídicas*, ya es de sobra conocido desde algún tiempo que la relación jurídica bilateral no goza de ninguna exclusividad, puesto que a ella hay que añadir las relaciones jurídicas administrativas multilaterales<sup>78</sup>. Sin embargo, la VwVfG apenas toma nota de ello y tan sólo se refiere a las relaciones bilaterales entre la Administración y el ciudadano<sup>79</sup>. En este aspecto la VwVfG muestra un sorprendente ras-

<sup>73</sup> Sobre las consecuencias al respecto, cfr. *infra* en el texto y las notas núms. 157 a 160.

<sup>74</sup> BRT-Drucks, 7/910, p. 42.

<sup>75</sup> Cfr. en particular sobre la crítica SCHMITT GLAESER, en: *FS Boorberg Verlag (op. cit., núm. 6)*, pp. 25 y ss., 40 y ss.

<sup>76</sup> P. ej., HÄBERLE, en *FS Boorberg Verlag (op. cit., núm. 11)*, pp. 64 y ss.; HILL, «Zehn Jahre Verwaltungsverfahrensgesetz» (*op. cit., núm. 7*), p. 12; KOPP, *VwVfG*, 5.ª ed., 1991, nota preliminar, § 1 del número marginal 24 (meramente codificación del estado de la jurisprudencia y la doctrina sobre el Derecho administrativo procedimental mediante una serie de preceptos del VwVfG).

<sup>77</sup> SCHMIDT-ARMANN, «Verfahrensgedanke» (*op. cit., núm. 15*), p. 16, se manifiesta sobre los principios en el ejemplo de la (teoría) de las formas de actuación; íd., *DVBf*, 1989, p. 533 (537).

<sup>78</sup> HILL, *Das fehlerhafte Verfahren (op. cit., núm. 13)*, pp. 261 y ss.

<sup>79</sup> BROHM, «Verwaltungsverhandlungen mit Hilfe von Konfliktmitlern?», *DVBf*, 1990, p. 321 (323); HILL, «Zehn Jahre Verwaltungsverfahrensgesetz» (*op. cit., núm. 7*), p. 22.

go común con la Ley de Jurisdicción Contencioso-Administrativa (Verwaltungsgerichtsordnung, en adelante: VwGO), en la versión vigente hasta el 31 de diciembre de 1990; en ésta se regula en los artículos 80, párrafo 1.º, inciso 2.º, y 80a la protección jurídica provisional del acto administrativo con efectos frente a terceros<sup>80</sup>. A pesar de que en el presente trabajo no se incluyan los procedimientos complejos, ni con ellos las relaciones jurídicas complejas, puede mostrarse el déficit normativo igualmente en los procedimientos de estructura sencilla. Si como ejemplo de una relación jurídico-administrativa trilateral de complejidad reducida se toma el procedimiento de concesión de licencia de obras, entonces ya en la cuestión fundamental de la participación en el procedimiento administrativo se muestra claramente la dificultad de incluir a los vecinos —como potencialmente legitimados— en la búsqueda de una resolución. En el Derecho administrativo general, un tercero tan sólo tiene derecho a participar en el procedimiento si el resultado del mismo tiene para él «consecuencias de configuración jurídica» (art. 13, párrafo 2.º, inciso 2.º, Landesverwaltungsverfahrensgesetz, en adelante: LVwVfG) (Ley de Procedimiento Administrativo Territorial)<sup>81</sup>. La participación en el procedimiento es fruto de la discrecionalidad de la Administración (art. 13, párrafo 2.º, inciso 1.º, LVwVfG). El derecho especial del procedimiento urbanístico limita la participación en el procedimiento a los propietarios de las fincas adyacentes [así, por ejemplo, art. 56, inciso 1.º, Baden-Württemberg Baourdng - BadWüttBauO (Reglamento de urbanismo de Baden-Württemberg); art. 69, párrafo 1.º, inciso 1.º, Nordrhein/Westphalen Baourdng - NWBauO (Reglamento de urbanismo de Renania del Norte/Westfalia)], reduciendo así notablemente el número de los potencialmente legitimados para interponer recurso. Hay que añadir, además, que, en relación a la participación en el procedimiento, la VwVfG declara expresamente no ser aplicable (así, por ejemplo, art. 69, párrafo 1.º, inciso 2.º, NWBauO), por lo que resulta un tanto dudoso cómo

<sup>80</sup> La nueva regulación legal no sólo ha contribuido a resolver una serie de cuestiones controvertidas, sino que también ha provocado nuevas dudas. Sobre aspectos particulares se manifiesta REDEKER, «Die Neugestaltung des vorläufigen Rechtsschutzes in der Verwaltungsgerichtsordnung», *NVwZ*, 1991, p. 526 (529 y ss.); id., «Neuordnung der Verfahrensabläufe bei nachbarlichen Rechtsbehelfen im Baurecht», *BauR*, 1991, pp. 525 y ss.; HEBERLEIN, «Der Verwaltungsakt mit Doppelwirkung im Sofortverfahren», *BayVBl*, 1991, pp. 396 y ss.; JÄDE, «Vorrang der Behördenentscheidung bei einstweiligen Nachbarrechtsschutz?», *UPR*, 1991, pp. 295 y ss.; HÖRTNAGL/STRATZ, «Die Neuregelung des vorläufigen Rechtsschutzes durch das 4. VwGO-Änderungsgesetz», *VBfBW*, 1991, p. 326 (329 y ss.); SCHOCH, «Der vorläufige Rechtsschutz im 4. VwGO-Änderungsgesetz», *NVwZ*, 1991, p. 1121 (1123 y ss.).

<sup>81</sup> Cfr. sobre esta interpretación controvertida de estos requisitos OVG NW, *NVwZ*, 1988, p. 74; crítico al respecto RAESCHKE-KESSLER/EILERS, «Die grundrechtliche Dimension des Beteiligungsgebots in § 13 TT VwVfG - Zur Verfahrensbeteiligung als Grundrechtssicherung», *NVwZ*, 1988, p. 37; además HUFEN, *Fehler in Verwaltungsverfahren (op. cit., núm. 15)*, números marginales 171 y ss.



el procedimiento administrativo puede cumplir con sus funciones y procurar, además, cooperación, consenso y aceptación<sup>82</sup>.

Un cuarto rasgo característico de la VwVfG es —contradiendo así su «nombre»— su preocupación casi exclusiva por la actuación administrativa y no tanto por el procedimiento en sí<sup>83</sup>. Los artículos 45 y 46 VwVfG y el artículo 44a VwGO (introducido este último por el art. 97 VwVfG) subrayan expresamente la corrección material de un acto administrativo y la inferioridad de rango del Derecho procedimental frente al Derecho material<sup>84</sup>. Para ello existirán ciertamente sobradas razones; pero para entender hasta dónde llega la «desvalorización» del Derecho procedimental habrá que profundizar —acto seguido— en la interpretación que de esas normas hace la jurisprudencia.

Ha de resaltarse positivamente en este lugar la quinta resolución fundamental de la VwVfG. La ley ha optado correctamente por evitar una formalización estricta y una excesiva normativización del procedimiento en los supuestos ordinarios. Especialmente el artículo 10 VwVfG otorga a la Administración la llamada *discrecionalidad en el procedimiento*<sup>85</sup>, que permite evitar las dilaciones excesivas y que ha de tener en cuenta la flexibilidad necesaria<sup>86</sup>. En cualquier caso, parece imposible recoger mediante regulaciones jurídico-normativas la funcionalidad en la configuración del procedimiento, puesto que su base es la experiencia y la prudencia de la Administración. Y, por tanto, adquieren mayor importancia jurídica aquellas normas sobre los «aspectos especiales»<sup>87</sup>, que regulan los derechos, deberes y obligaciones en las distintas fases del procedimiento. Así, por ejemplo, el cumplimiento de las causas de abstención y recusación (arts. 20 y 21 VwVfG) o del principio inquisitivo de la Administración (art. 26, párrafo 2.º, VwVfG), para las partes el cumplimiento de la obligación de participar en la determinación de los hechos (art. 26 VwVfG), así como el derecho de audiencia (art. 28 VwVfG) y la posibilidad de examinar el expediente (art. 29 VwVfG), son algunas de estas «pautas» de un pro-

<sup>82</sup> En cuanto a la crítica, cfr. también WAHL, «Vereinheitlichung des Verwaltungsverfahrensrechts» (*op. cit.*, núm. 16), pp. 55 y ss.

<sup>83</sup> HILL, «Zehn Jahre Verwaltungsverfahrensgesetz» (*op. cit.*, núm. 7), p. 13.

<sup>84</sup> SCHMIDT-ABMANN, *Das allgemeine Verwaltungsrecht* (*op. cit.*, núm. 44), pp. 56 y ss.; STELKENS, «Die Rolle der Verwaltungsgerichte bei der Umsetzung der Verwaltungsverfahrensgesetze», *NWVBL*, 1989, p. 335 (340). SCHMIDT-ABMANN, *DVBt*, 1989, p. 533 (537), se muestra crítico ante una «dogmática centrada tan sólo en el *output*», ya que se limita a desempeñar un papel reactivo y no aprovecha la conformación prospectiva del Derecho.

<sup>85</sup> Cfr. al respecto, HILL, «Verfahrensermessen der Verwaltung», *NVwZ*, 1985, p. 449; SCHMIDT-ABMANN, «Konfliktmittlung» (*op. cit.*, núm. 39), p. 15, menciona un «poder de negociación procesal» del ejecutivo en el ejercicio del § 10 VwVfG en la práctica, que no debe de ser infravalorado. Recientemente: BVerwGE, 85, 323 (328) = *NJW*, 1991, p. 442 (443) = *DÖV*, 1991, p. 381 (382) = *VB/BW*, 1991, p. 14 (15 y ss.).

<sup>86</sup> HILL, «Rechtsstaatliche Bestimmtheit oder situationsgerechte Flexibilität des Verwaltungshandelns», *DÖV*, 1987, p. 885 (891).

<sup>87</sup> SCHMIDT-ABMANN, «Verfahrensgedanke» (*op. cit.*, núm. 15), p. 17.

cedimiento administrativo jurídico estatal como expresión de la realización del pensamiento procesal.

## 2. EL PENSAMIENTO PROCESAL EN LA JURISPRUDENCIA

### a) *Función e importancia de la jurisdicción administrativa*

Es el momento de estudiar el papel que desempeña la *jurisprudencia*, así como su aportación a la realización práctica del pensamiento procesal. En la doctrina se conoce la VwVfG como la «ley fundamental del segundo Poder»<sup>88</sup>. Junto con esta alusión a la Constitución cabe citar la declaración del Chief Justice Hughes<sup>89</sup>: «The constitution is what the judges say it is.» En nuestra Ley Fundamental esta declaración es aplicable sin más a la relación existente entre el Derecho constitucional y la jurisdicción constitucional<sup>90</sup>. Presumiblemente, ello sería aplicable asimismo a la VwVfG y a su interpretación, especialmente la llevada a cabo a través del Bundesverwaltungsgericht (en adelante: BVerwG) (Tribunal Federal Contencioso-Administrativo). Hay que tener en cuenta que en la exposición de motivos del proyecto del VwVfG ya se hace referencia al «papel de creación de valores que iba a tener la jurisprudencia»<sup>91</sup>. Está claro que la importancia de la jurisprudencia del Derecho administrativo general tiene una trascendencia significativa para el Derecho procedimental administrativo. Así, las resoluciones, especialmente las del BVerwG, referentes a cuestiones jurídicas fundamentales del Derecho procedimental, tienen, por regla general, unos efectos de muy amplio alcance que van más allá de la firmeza (art. 121 VwGO)<sup>92</sup>. El dominio del BVerwG, como unificador de la jurisprudencia, también en relación a la VwVfG de los *Länder*, queda garantizado mediante el artículo 137, párrafo 1, número 2.º, VwGO.

La superioridad fáctica (poder) de la judicatura, incluso sobre una dogmática de Derecho procedimental muy elaborada, queda plasmada especialmente en el ejemplo del *procedimiento de revocación de un acto administrativo*. El artículo 48, párrafo 4.º, inciso 1.º, VwVfG, una disposición insignificante, ha alcanzado una importancia insospechada en la práctica administrativa de los últimos años<sup>93</sup>. Los procedimientos

<sup>88</sup> HÄBERLE, en: *FS Boorberg Verlag (op. cit., núm. 11)*, pp. 49 y 50.

<sup>89</sup> Cita según: RICHTER/SCHUPPERT, *Casebook Verfassungsrecht*, 2.ª ed., 1991, «Introducción», S.V.

<sup>90</sup> Cfr. SCHLINK, «Die Enthronung der Staatsrechtswissenschaft durch die Verfassungsgerichtsbarkeit», *Der Staat*, 28 (1989), pp. 161 y ss.

<sup>91</sup> BT-Drucks, 7/910, p. 29.

<sup>92</sup> SCHMIDT-ABMANN, *Das allgemeine Verwaltungsrecht (op. cit., núm. 44)*, p. 62.

<sup>93</sup> Este desarrollo ha sido motivado por una interpretación completamente divergente sobre esta regulación; cfr., p. ej., por un lado, BVerwGE, 66, 61 (63 y ss.) = *DVBt*, 1982, p. 1001

contencioso-administrativos son proporcionalmente numerosos. El BVerwG había «conseguido» derogar parcialmente el concepto «órgano administrativo» (*Behörden*), tal y como lo entiende la VwVfG (art. 1, párrafo 4.º), y asimismo interpretar el plazo anual para la revocación de un acto administrativo, pensado como disposición legal protectora de las partes del procedimiento, como un plazo de reflexión a favor de la Administración y ello enfrentándose a todas las reglas del arte de la interpretación<sup>94</sup>. Ello provocó enormes objeciones doctrinales frente a las decisiones de la Sala en Pleno<sup>95</sup>. El desarrollo posterior es de sobra conocido. Hasta la fecha no se ha refutado la dogmática sobre el artículo 48, párrafo 4.º, inciso 1.º, VwVfG<sup>96</sup>, y, sin embargo, el BVerwG mantiene su jurisprudencia<sup>97</sup>. Las objeciones jurídico-dogmáticas hechas al Derecho procedimental administrativo de los *Länder* han sido aceptadas por la judicatura del Tribunal Administrativo Superior (Oberverwaltungsgericht, en adelante: OVG)<sup>98</sup>; sin embargo, se sigue lógicamente la jurisprudencia impuesta por el BVerwG. Este ejemplo, extraído de la práctica cotidiana, nos muestra claramente y de forma significativa la importancia y responsabilidad de la jurisprudencia suprema para el Derecho procedimental administrativo «vivo»; y es, asimismo, una pieza maestra para mostrar el conflicto básico existente en la práctica entre la realización jurídico-material (entendida también como eficacia administrativa) y la salvaguardia jurídico-procedimental (entendida aquí como la imposición de la protección de la buena fe).

(nota de BUSCH); VGH BW, *VB/BW*, 1981, pp. 293 y ss.; OVG Berlin, *NJW*, 1983, p. 2156; por otro lado, VGH BW, *DÖV*, 1984, p. 216 (218); BayVGH, *NVwZ*, 1984, pp. 735 y ss.; OVG MW, *NVwZ*, 1984, p. 734; OVG Rh.-Pf., *NVwZ*, 1984, p. 735.

<sup>94</sup> BVerwGE, 70, 356 = *DVBt*, 1985, S. 522 (nota de KOPP) = *DÖV*, 1985, p. 442 = *NJW*, 1985, p. 819 = *BayVBl*, 1985, p. 311.

<sup>95</sup> SCHOCH, «Frist zur Rücknahme begünstigender Verwaltungsakte nach § 48 IV 1 VwVfG», *NVwZ*, 1985, p. 880; HENDLER, «§ 48 IV VwVfG zwischen Praxisbedürfnissen und Rechtsdogmatik», *JuS*, 1985, p. 947; KLAPPSTEIN, en: Knack (ed.), *VwVfG*, 3.ª ed., 1989, § 48, número marginal 5.3.1; KOPP, *VwVfG* (*op. cit.*, núm. 76), § 48, números marginales 94 y ss.; KNOKE, *Rechtsfragen der Rücknahme von Verwaltungsakten*, 1989, pp. 239 y ss.

<sup>96</sup> Y hay que añadir unas razones más duras, cfr. KELLERMANN, «Noch immer Probleme bei § 48 Abs. 4 S. 1 VwVfG?», *VB/BW*, 1988, p. 46; KOPP, «Die Ausschußfrist des § 48 Abs. 4 VwVfG nach rechtskräftiger Aufhebung eines Rücknahmebescheids», *DVBt*, 1990, p. 663.

<sup>97</sup> BVerwG, *NVwZ*, 1986, p. 119; *NVwZ*, 1986, p. 840; *NJW*, 1988, p. 2911 (2912) = *BayVBl*, 1988, p. 539 (540); *NVwZ*, 1988, p. 822 = *DVBt*, 1989, p. 41 = *BayVBl*, 1989, p. 55 (56).

<sup>98</sup> Cfr. OVG NW, *NVwZ*, 1988, p. 71 (72).

b) *Realización práctica del pensamiento procesal*

En vista de la posición especial que tiene el BVerwG parece indicado hacer un análisis detallado de las etapas que conducen a la resolución en el procedimiento administrativo, profundizando, para ello, especialmente en las declaraciones de hecho concretas de la jurisprudencia administrativa. Los conceptos normativos claves, como «sujetos, fases y máximas del procedimiento», serían los que conducirían a las cuestiones fundamentales objeto de examen<sup>99</sup>. El estudio sistemático de esta problemática excedería, no obstante, del marco de este trabajo. En este sentido, y para concluir el estudio de la jurisprudencia, éste se centrará en tres aspectos esenciales, a saber: en primer lugar, en la capacidad estabilizadora de una jurisprudencia equilibrada sobre el pensamiento procesal; en segundo lugar, en el déficit de la judicatura en la realización de éste, y finalmente, y en tercer lugar, en la problemática de una teoría actual de los efectos de las irregularidades, tomando como ejemplo el artículo 46 VwVfG.

a') *El pensamiento procesal: una estabilización inherente al sistema*

Hay que aceptar sin reproche como premisa previa que la Administración, al pronunciarse sobre sus propios asuntos, no actúe con la imparcialidad ni con la neutralidad de un juez. Independientemente de la polémica existente en torno a la obligación de la Administración pública<sup>100</sup> a actuar con neutralidad, se deduce de la declaración para el procedimiento ordinario e informal que la neutralidad institucional no se plantea legalmente como un problema jurídico<sup>101</sup>. Por tanto, los problemas de *parcialidad* se estudiarán como cuestiones de parcialidad individual de los funcionarios, para resolverlos, aplicando los artículos 20 y 21 VwVfG<sup>102</sup>. Se puede constatar que la jurisprudencia administrativa ha contribuido, dentro de las posibilidades que le concede el sistema, a evitar que el concepto procesal se viese mermado en sus dos ideas principales, es decir, la realización del Derecho y la salva-

<sup>99</sup> De forma sistemática se expresa SCHMIDT-ABMANN, *Jura*, 1979, p. 505 (514 y ss.).

<sup>100</sup> HOFFMANN-RIEM, «Verhandlungslösungen und Mittlereinsatz im Bereich der Verwaltung: Eine vergleichende Einführung», en: Hoffmann-Riem/Schmidt-Abmann I (*op. cit.*, núm. 23), p. 13 (31 y ss.); SCHUPPERT, «Konfliktmittlung» (*op. cit.*, núm. 19), p. 43 y ss.; BROHM, *DVBf*, 1990, p. 321 (324 y ss.); *id.*, *NVwZ*, 1991, p. 1025 (1031).

<sup>101</sup> Crítico, PIETZCKER, *VVDStRL*, 41 (1983), p. 193 (213 y ss.).

<sup>102</sup> Sobre el particular SCHEUING, «Der Amtskonflikt als Ausschlußgrund im Verwaltungsverfahren», *NVwZ*, 1982, p. 487; FOERSTER, «Die unentdeckte Befangenheit», *Verwaltungs-rundschau*, 1987, p. 111; JÄDE, «Befangenheitsschranken behördlicher Beratungspflicht», *BayVBl*, 1988, p. 264; KOPP, «Die Neubewertung fehlerhaft bewerteter Prüfungsaufgaben», *BayVBl*, 1990, p. 684.

guardia jurídica<sup>103</sup>. Así, por ejemplo, en la interpretación del artículo 20 VwVfG la jurisprudencia ha insistido en que hasta el «menor indicio» de una posible parcialidad debe de ser evitado. Se da aquí un paralelismo acertado con la función de las normas de Derecho municipal sobre la abstención y recusación en supuestos de parcialidad<sup>104</sup>. Por otro lado, el BVerwG se ha negado acertadamente a corregir las resoluciones legales adoptadas en conflictos, ampliando, por ejemplo, la exclusión del procedimiento administrativo por vías de la analogía legal a los miembros en su «calidad oficial»<sup>105</sup>. Una valoración de la jurisprudencia debe de ser consciente de que una aplicación estricta del artículo 20 VwVfG simplemente relega un gran número de problemas en el artículo 46 VwVfG<sup>106</sup>.

Sobre la relación jurídica que media entre el *principio inquisitivo* (art. 24 VwVfG) y los *deberes de participación* de las partes (compárese el art. 26, párrafo 2.º, VwVfG) en la determinación de los hechos<sup>107</sup>, la jurisprudencia aún busca una puntualización concreta, como han mostrado las últimas sentencias sobre la problemática de residuos en el Derecho sobre la evitación de riesgos<sup>108</sup>. Un aspecto muy positivo es, sin embargo, el desarrollo habido de la fundamental idea procesal en la relación jurídico-procedimental entre las partes, según la cual no debe limitarse de forma unidimensional a los derechos procedimentales subjetivos, sino que deberán tenerse en cuenta también los deberes y las obligaciones<sup>109</sup>.

En relación con esto se ha expresado públicamente con reiteración<sup>110</sup> la irritación que produce la circunstancia de que las autoridades

<sup>103</sup> En resumen, HUFEN, *Fehler im Verwaltungsverfahren* (op. cit., núm. 15), números marginales 67 y ss.

<sup>104</sup> BVerwGE, 69, 256 (266); BVerwG, NVwZ, 1988, p. 527 (530).

<sup>105</sup> BVerwGE, 69 256 (266); cfr. también BVerwGE, 75, 214 (229).

<sup>106</sup> Importante BayVGH, NVwZ, 1982, p. 510 (513).

<sup>107</sup> Un resumen ofrece PETERS, «Die Sachverhaltsermittlung im Verwaltungsverfahren», *JuS*, 1991, p. 54. Profundizando y crítico sobre la discrepancia entre el modelo jurídico-normativo y las demandas de la práctica administrativa PESTALOZZA, «Der Untersuchungsgrundsatz», en *FS Boorberg Verlag* (op. cit., núm. 6), pp. 185 y ss.; J. MARTENS, *Praxis des Verwaltungsverfahrens* (op. cit., núm. 14), números marginales 120 y ss.; HUFEN, *Fehler im Verwaltungsverfahren* (op. cit., núm. 15), números marginales 117 y ss.

<sup>108</sup> BayVGH, NVwZ, 1986, p. 942 (944) = *DVBt*, 1986, p. 1283 (1284) = *Bay VBl*, 1986, p. 590 (591 y ss.) = *UPR*, 1986, p. 442 (443) = *DÖV*, 1986, p. 976 (977); OVG NW, *NWVBL*, 1990, p. 159; OVG Rh.-Pf., *DVBt*, 1991, p. 1376 (1378) = *DÖV*, 1991, p. 1075 (1076); cfr. sobre esta temática también SCHINK, «Amtsermittlung und Gefahrforschung», *DVBt*, 1989, p. 1182. Cfr. además las resoluciones fundamentales sobre los deberes de participación de acuerdo al § 11, párrafo 4.º, inciso 5.º, AbfG Hoss VGH, NVwZ, 1987, p. 815 y OVG Lüneburg, NVZ, 1991, p. 496.

<sup>109</sup> SCHMIDT-ABMANN, *Das allgemeine Verwaltungsrecht* (op. cit., núm. 44), p. 50, se manifiesta en general sobre los elementos estructurales de «los derechos de participación» y «obligaciones de participación» en el procedimiento administrativo; íd.; «Verfahrensgedanke» (op. cit., núm. 15), p. 32; PIETZCKER, *VVDStRL*, 41 (1983), p. 193 (204 y ss.).

<sup>110</sup> STELKENS, «Verwaltungsgerichtsbarkeit - Gerichtsbarkeit ohne Verwaltung?», *NVwZ*, 1982, p. 81; íd.; *NWVBL*, 1989, p. 335 (340).

des administrativas puedan violar impunemente el artículo 24 VwVfG, teniendo en cuenta el deber de los Tribunales de determinar los hechos conflictivos (art. 86 VwVfG), en la confianza que produce la regla de la irrelevancia (art. 46 VwVfG), así como en la expectativa de que los Tribunales tienden a lograr que los autos permitan el pronunciamiento de la sentencia y también resoluciones interlocutorias. Todo lo cual no podía antes ser imputado a la jurisprudencia y ahora, a la vista del nuevo artículo 113.3 VwGO, puede considerarse ya en gran parte que pertenece al pasado <sup>111</sup>.

En un tercer ámbito importante del procedimiento, el de la vista del expediente, la misma VwVfG ha introducido una reforma, sustituyendo este trámite administrativo discrecional por un derecho de las partes a tener vista del expediente, recogido en la ley (art. 29, párrafo 1.º, inciso 1.º, VwVfG). Dado que el derecho de vista de los expedientes está unido en su configuración estructural al derecho a la tutela judicial individual <sup>112</sup>, la jurisprudencia ha tenido que denegar las peticiones de la doctrina <sup>113</sup> (que reclamaba, incluso, la creación de una extensa publicidad administrativa) amparándose en el artículo 29 VwVfG <sup>114</sup>. Sin embargo, este precepto no ofrece la base adecuada para solucionar los problemas acuciantes planteados: desde una ampliación del pensamiento procesal hasta una cierta publicidad de los expedientes en interés de la comunidad. Teniendo que respetar los aspectos de la protección de datos, así como el derecho al mantenimiento del secreto (art. 30 VwVfG) <sup>115</sup>, tan sólo cabrían regulaciones muy

<sup>111</sup> Cfr. sobre las posibilidades existentes STELKENS, «Das Gesetz zur Neuregelung des verwaltungsgerichtlichen Verfahrens (4. VwGOÄndG) - das Ende einer Reform?», *NVwZ*, 1991, p. 209 (216 y s.); KOPP, «Änderungen der Verwaltungsgerichtsordnung zum 01.01.1991», *NJW*, 1991, p. 521 (525); BUSCH, *Die neuen und geänderten Regelungen des verwaltungsgerichtlichen Verfahrens, der Landkreise*, 1991, p. 582 (585); REDEKER/V. OERTZEN, *VwGO*, 10.ª ed., 1991, § 113, números marginales 24 y ss.

<sup>112</sup> Cfr. al respecto HÄBERLE, en: *FS Boorberg Verlag (op. cit., núm. 11)*, pp. 71 y ss.; SCHMIDT-ÄRMANN, *Jura*, 1979, p. 505 (519); HUFEN, *Fehler im Verwaltungsverfahren (op. cit., núm. 15)*, números marginales 234 y ss.; BIEBER, «Informationsrechte Dritter im Verwaltungsverfahren - Ansätze zu legislativer und dogmatischer Neubewertung», *DÖV*, 1991, p. 857 (858).

<sup>113</sup> Cfr. al respecto GURLIT, *Die Verwaltungsöffentlichkeit im Umweltrecht*, 1989, *passim*; MENGEL, «Akteneinsicht in Verwaltungsverfahren», *Die Verwaltung*, 23 (1990), p. 377 (382 y ss.).

<sup>114</sup> BVerwGE, 67, 300 (303 y ss.) — *NVwZ*, 1984, p. 445 — *DVB1*, 1984 p. 55 (56), *DVB1*, 1984, p. 53 (54 y ss.) = *VBfW*, 1984, p. 70 (72) = *ZBR*, 1984, p. 43 (44); Bay VGH, *Bay VBl*, 1988, p. 404 (405) y *NJW*, 1989, p. 2643; OVG NW, *NJW*, 1989, p. 544; OVG Rh.-Pf., *DVB1*, 1991, p. 1367; VG Braunschweig, *NJW*, 1987, p. 459. Cfr. asimismo sobre el ejercicio del Derecho de vista del expediente según la VwVfG BayVGH, *NJW*, 1988, p. 1615 = *Bay VBl*, 1988, p. 209 (210) y BayVGH, *NVwZ*, 1990, p. 775 (777) = *BayVBl*, 1990, p. 622 (624 y s.). Sobre la posibilidad de derechos sobre la vista del expediente fundados en los derechos fundamentales BVerwG, *NJW*, 1986, p. 1277 y BVerfG, *NJW*, 1986, p. 1243 (lo niega en relación al art. 5, párrafo 3.º, inciso 1.º, de la Ley Fundamental); BVerwGE, 82, 45 = *DVB1*, 1989, p. 880 = *BayVBl*, 1989, p. 536 (lo admite en relación al art. 2, párrafo 1.º, y art. 1, párrafo 2.º, de la Ley Fundamental).

<sup>115</sup> KNEMEYER, «Geheimhaltungsanspruch und Offenbarungsbefugnis im Verwaltungsverfahren», *NJW*, 1984, p. 2241; SCHOENEMANN, «Akteneinsicht und Persönlichkeitsschutz», *DVB1*, 1988, p. 520. Sobre la práctica del § 30 VwVfG últimamente OVG Lüneburg, *GewArch*, 1991, p. 431 (432).

específicas sobre el derecho de examen de expedientes. La polémica existente sobre el acceso a los llamados expedientes de la Stasi (Staats-sicherheitsdienst)<sup>116</sup> debería haber mostrado ya la complejidad del tema y, por tanto, la necesidad de llegar a soluciones muy diferenciadas. Lo mismo es aplicable a los problemas creados por la influencia del Derecho comunitario. Sirva como ejemplo la directiva informativa de la CE sobre el medio ambiente<sup>117</sup>. En lo referente al tema de la salvaguardia del Derecho, se puede anotar también aquí un desplazamiento del problema, concretamente hacia los conflictos de planteamiento del artículo 44a VwGO<sup>118</sup>.

### b') *Déficit del pensamiento procedimental*

Si, por un lado, la estabilización inmanente al sistema del pensamiento procesal nos muestra una cara de la moneda judicial, nos encontramos, en la otra, ante carencias importantes en el concepto procedimental. La debilidad más importante que ha denunciado la judicatura se refiere a los derechos procesales de las partes<sup>119</sup>. Se trata de un déficit estructural, dado que al interpretar la ley no se aplica el potencial normativo global del concepto procesal. Como norma general, los derechos procedimentales subjetivos de las partes se interpretan de forma restrictiva; las regulaciones sobre excepciones a favor de la Administración, en cambio, de forma extensiva. Y de forma muy generosa se aplican las vías de subsanación.

Entre toda una serie de ejemplos válidos se expondrá en este lugar el más característico, a saber: el trato que la jurisprudencia da al derecho de audiencia en el procedimiento administrativo. Existe prácticamente unanimidad en torno a la fundamentación constitucional del derecho de audiencia<sup>120</sup>, quedando fuera de duda su alto rango. En

<sup>116</sup> WEBERLING, «Zum Recht des Wissenschaftlers auf Zugang zu den Stasi-Akten», *DVBf*, 1991, p. 681.

<sup>117</sup> Publicado en *NVwZ*, 1990, p. 844; cfr. al respecto KREMER, «Umweltschutz durch Umweltinformation: Zur Umweltinformationsrichtlinie des Rates der Europäischen Gemeinschaften», *NVwZ*, 1990, p. 843; DRESCHER, «Die EG-Richtlinie über den freien Zugang zu Informationen über die Umwelt», *Verwaltungsrundschau*, 1991, p. 18; VON SCHWANENFLÜGEL, «Das Öffentlichkeitsprinzip des EG-Umweltrechts», *DVBf*, 1991, p. 93; BIEBER, *DÖV*, 1991, p. 857 (862 y ss.).

<sup>118</sup> El § 44 a VwGO adquiere importancia especialmente en relación al ejercicio del derecho a la vista del expediente de acuerdo al § 29 VwVfG; cfr., p. ej., OVG NW, *NJW*, 1981, p. 70 = *ZfW*, 1981, p. 187; BVerfG, *NJW*, 1982, p. 120; BayVGh, *NVwZ*, 1990, p. 775 (777); cfr. también BVerfG, *NJW*, 1991, p. 415; BayVGh, *BayVBl*, 1987, p. 117 (118) = *NVwZ*, 1987, p. 613 (614).

<sup>119</sup> En términos generales se expresa SCHMIDT-ABMANN, *Das allgemeine Verwaltungsrecht* (op. cit., núm. 44), pp. 44 y ss.; MAURER, *Allgemeines Verwaltungsrecht*, 7.ª ed., 1990, § 19, números marginales 20 y ss.

<sup>120</sup> Cfr. OVG Rh.-Pf., *DVBf*, 1985, p. 408 (409); SCHMITT GLAESER, en *FS Boorberg Verlag* (op. cit., núm. 6), p. 42; HÄBERLE, *ibidem* (op. cit., núm. 11), pp. 70 y s.; SCHMIDT-ABMANN, *Jura*,

la doctrina se defiende como algo obvio la tesis de una interpretación amplia del artículo 28, párrafo 1.º, VwVfG, permitiendo, en cambio, para las excepciones del artículo 28, párrafo 2.º, VwVfG, tan sólo una interpretación restrictiva<sup>121</sup>. No obstante, el BVerwG (al igual que la jurisprudencia administrativa que sigue en gran medida su línea)<sup>122</sup> llega en su interpretación del artículo 28, párrafo 1.º, VwVfG al límite de lo defendible: ya que determina que el derecho de audiencia tan sólo existirá en los supuestos de actos administrativos gravosos, pero no en los supuestos de una resolución denegatoria de un beneficio (transformación del *statu quo* en un *statu quo minus*)<sup>123</sup>; puntos de referencia serán tan sólo los hechos clasificados por la Administración como «relevantes»<sup>124</sup>, sin que pueda reclamar una negociación jurídica al respecto<sup>125</sup>. Finalmente, y estableciendo una conexión con el artículo 14 VwVfG, la jurisprudencia niega a las partes en la audiencia cualquier apoyo que pudiera ser prestado por terceros, y ello incluso en los supuestos en los que no existan razones forzosas que permitan la negociación del derecho a tener asistencia (art. 14, párrafo 4.º, inciso 1.º, VwVfG)<sup>126</sup>.

Todas estas restricciones son indicios claros de que la idea de la cooperación no ha sido muy desarrollada. La fijación excesiva en el tipo del artículo 28, párrafo 1.º, VwVfG en la llamada Administración intervencionista impide el acceso al Derecho material, es decir, la inclusión del permiso de control (en prohibiciones preventivas con reserva de autorización)<sup>127</sup>. Se omite así una parte de la realidad admi-

---

1979, p. 505 (519); FEUCHTHOFEN, «Der Verfassungsgrundsatz des rechtlichen Gehörs und seine Ausgestaltung im Verwaltungsverfahren», *DVBf*, 1984, p. 170; WEIDES, «Die Anhörung der Beteiligten im Verwaltungsverfahren», *JA*, 1984, p. 648; WEYREUTHER, «Einflußnahme durch Anhörung», en: *FS Sendler*, 1991, p. 183 (188).

<sup>121</sup> SCHMIDT-ARMANN, *Jura*, 1979, p. 505 (519); MAURER, *Allgemeines Verwaltungsrecht* (op. cit., núm. 119), § 19, número marginal 20; en este sentido, se manifiesta también HUFEN, *Fehler im Verwaltungsverfahren* (op. cit., núm. 15), números marginales 193 y s.

<sup>122</sup> OVG NW, *DÖV*, 1983, p. 986 = *NVwZ*, 1983, p. 746, se manifiesta de forma divergente en parte a favor del administrado.

<sup>123</sup> BVerwGE, 66, 184 (186) = *DVBf*, 1983, p. 271 (272) = *DÖV*, 1983, p. 337 = *NJW*, 1983, p. 2044 (2045) = *BayVBl*, 1983, p. 406 (407); asimismo, p. ej., KNIPPEL, *Rechtsfolgen fehlerhafter Anhörung im Verwaltungsverfahren*, 1987, p. 15; CLAUSEN, en: Knack, *VwVfG* (op. cit., núm. 95), § 28, número marginal 3; BONK, en: Stelkens/Bonk/Leonhardt, *VwVfG*, 3.ª ed., 1990, § 28, números marginales 12 y ss.

<sup>124</sup> BVerwGE, 66, 184 (190) = *DVBf*, 1983, p. 271 (273) = *DÖV*, 1983, p. 337 (339) = *NJW*, 1983, p. 2044 (2046) = *BayVBl*, 1983, p. 406 (408).

<sup>125</sup> Así CLAUSEN, en Knack (op. cit., núm. 95), § 28, nota marginal núm. 3.3; BONK, en: Stelkens/Bonk/Leonhardt, *VwVfG* (op. cit., núm. 123), § 28, números marginales 23 y ss.; cfr. contrariamente KOPP, *VwVfG* (op. cit., núm. 76), § 28, número marginal 15; HILL, «Zehn Jahre Verwaltungsverfahrensgesetz» (op. cit., núm. 7), pp. 44 y ss.

<sup>126</sup> BVerwGE, 62, 169 = *NJW*, 1981, p. 2136 = *DVBf*, p. 1060 = *BayVBl*, 1981, p. 667 = *ZBR*, 1981, p. 314; asimismo HessVGH, *NVwZ*, 1989, p. 73; BDiszG, *NVwZ-RR*, 1990, p. 424; SCHOCH, «Rechtsbeistand beim Einstellungsgespräch von Beamtenbewerbern», *NJW*, 1982, p. 545 crítica esta jurisprudencia; MAURER, *Allgemeines Verwaltungsrecht* (op. cit., núm. 119), § 19, número marginal 24.

<sup>127</sup> Dogmáticamente muy preciso, WAHL, «Genehmigung und Planungsentscheidung»



nistrativa que, independientemente de la problemática división entre una Administración intervencionista y una Administración prestacional, reconocería que el acto administrativo denegatorio es para el afectado igual de grave que el acto administrativo intervencionista <sup>128</sup>. Los fundamentos de la jurisprudencia sometida a crítica confirman efectivamente el reproche hecho a la judicatura, de su aferración a una posición jurídico-estatal liberal sin tener en cuenta suficientemente la transformación del Estado en un Estado *Social* (compárese el art. 28, párrafo 1.º, inciso 1.º, de la Ley Fundamental) <sup>129</sup>.

También los artículos 28, párrafo 2.º, y 45, párrafo 1.º, número 3, VwVfG contribuyen a la desvalorización del derecho de audiencia en el procedimiento administrativo. La jurisprudencia ha hecho repetidas veces uso de una interpretación extensiva <sup>130</sup> en la aplicación del catálogo de excepciones que más que una enumeración es una serie de ejemplos de regulación y remite a las «circunstancias de cada caso concreto» <sup>131</sup>. Incluso ha desarrollado una excepción al derecho del deber de fundamentación del artículo 39, párrafo 2.º, número 2, VwVfG, incluyéndolo en el artículo 28, párrafo 2.º, VwVfG para justificar así las omisiones de las instancias oficiales de la audiencia de las partes <sup>132</sup>. Pero, por si esto «no fuese suficiente», existen además las posibilidades de subsanación del artículo 45, párrafo 1.º, número 3, VwVfG. El BVerwG ha hecho caso omiso de las opiniones jurídico-dogmáticas de la doctrina <sup>133</sup> que exigen una subsanación real de la irregularidad, es decir, una, por así decirlo, recuperación de la audiencia en un momento posterior; y ha declarado que, en cambio, por regla general, será la resolución del recurso de alzada, de acuerdo al artículo 45, párrafo 1.º,

Überlegungen zu zwei Grundmodellen des Verwaltungsrechts und zu ihrer Kombination», *DVBf*, 1982, p. 51.

<sup>128</sup> HÄBERLE, en: *FS Boorberg Verlag* (op. cit., núm. 11), p. 70; MAURER, *Allgemeines Verwaltungsrecht* (op. cit., núm. 119); § 19, número marginal 20; en este sentido, se manifiesta también J. MARTENS, *Praxis des Verwaltungsverfahrens* (op. cit., núm. 16), número marginal 205. En términos generales sobre esta problemática, LAUBINGER, «Zur Erforderlichkeit der Anhörung des Antragstellers vor Ablehnung seines Antrags durch die Verwaltungsbehörde», *VerwArch*, 75 (1984), p. 55; KOPP, *VwVfG* (op. cit., núm. 76), § 28, número marginal 10.

<sup>129</sup> Vid. texto: op. cit., núm. 75.

<sup>130</sup> WAHL, «Vereinheitlichung des Verwaltungsverfahrensrechts» (op. cit., núm. 16), p. 54, se muestra crítico ante esta técnica de regulación.

<sup>131</sup> Cfr. BVerwG, *NVwZ*, 1983, p. 742 (743 y ss.) = *DVBf*, 1983, p. 997 (998 y ss.); BVerwGE, 80, 299 (303 y s.) = *NJW*, 1989, p. 993 (994) = *DVBf*, 1989, p. 311 (312 y ss.); distinto BVerwGE, 68, 267 = *DVBf*, 1984, p. 530 = *NVwZ*, 1984, p. 577 = *BayVBl*, 1094, p. 439; OVG Rh.-Pf., *DVBf*, 1985, p. 408 (409); OVG Lüneburg, OVG, 37, 493 (405 y s.).

<sup>132</sup> VG Hannover, *NVwZ-RR*, 1991, p. 643 (644).

<sup>133</sup> HUFEN, «Heilung und Unbeachtlichkeit grundsrechtsrelevanter Verfahrensfehler?», *NJW*, 1982, p. 2160 (2165 y ss.); íd., *Fehler im Verwaltungsverfahren* (op. cit., núm. 15), números marginales 598, 606 y ss.; MANDELARTZ, «Anhörung, Absehen von der Anhörung, Nachholen der unterbliebenen Anhörung - zur Relativierung des Verfahrensrechts», *DVBf*, 1983, p. 112 (115 y ss.); SCHOCH, «Heilung unterbliebener Anhörung im Verwaltungsverfahren durch Widerspruchsverfahren?», *NVwZ*, 1983, p. 249 (252 y ss.).

número 3, VwVfG, la que produzca subsanación, sin que se requiera alguna medida oficial específica<sup>134</sup>. Los Tribunales de instancia han aceptado ampliamente este aspecto de eficacia administrativa cuasi perfecta y ya ni siquiera comprueban (del todo) el artículo 28 VwVfG, declarando que la irregularidad procedimental en los supuestos de omisión de la audiencia es insignificante, puesto que en la vía administrativa de impugnación ya ha habido suficientes ocasiones para hacer declaraciones sobre los hechos<sup>135</sup>.

La supresión mediante los artículos 68 y siguientes VwGO del derecho de audiencia supone una eliminación de forma dogmática realmente asombrosa de un derecho procesal anclado en la Constitución. A la vista de esta jurisprudencia ya no hay lugar para sorprenderse de los informes sobre la aplicación práctica<sup>136</sup>, según los cuales algunos órganos actúan aplicando el siguiente lema: «la impugnación subsana las audiencias omitidas»; renunciando así, de forma genérica, a la audiencia.

### c') Irrelevancia de las irregularidades procedimentales

De acuerdo con el artículo 46 VwVfG, no se puede reclamar la anulación de un acto administrativo que no sea nulo, según el artículo 44 VwVfG, en aquellos supuestos en los que no hubiera una resolución administrativa alternativa al respecto tan sólo por el hecho de estar basado en una lesión de normas procedimentales. De la polémica aparecida durante los últimos años en torno a esta regulación destacan claramente las tres categorías siguientes:

1. No existe ninguna duda en torno a la constitucionalidad de la norma: toda crítica al respecto es de naturaleza jurídico-política<sup>137</sup>.

<sup>134</sup> BVerwGE, 66, 111 (114 y s.) = DVBl, 1982, p. 1149 y s. = BayVBl, 1982, p. 761 = NVwZ, 1983, p. 284 = DÖV, 1983, p. 286; BVerwGE, 66, 181 (189) = DVBl, 1983, p. 271 (273) = DÖV, 1983, p. 337 (338 y s.) = NJW, 1983, p. 2044 (2045 y s.) = BayVBl, 1983, p. 406 (407); BVerwG, NJW, 1987, p. 143.

<sup>135</sup> Cfr., p. ej., VGH BW, VBIBW, 1987, p. 26 (27); BayVGH, BayVBl, 1988, p. 496 (497); HossVGH, BRS, 44, núm. 198; OVG Lüneburg, NVwZ, 1990, p. 1990, p. 786 (787); OVG NW, NVwZ, 1985, p. 132 (133); OVG Rh.-Pf., NVwZ, 1987, p. 1098 y NVwZ-RR, 1991, p. 532 (533).

<sup>136</sup> STELKENS, VVVDStRL, 1989, p. 335 (340); sobre el problema paralelo en el procedimiento administrativo según el SGB X: NEHLS, «Die Rechtsprechung des BSG zur Anhörung», NVwZ, 1982, p. 494; referencias sobre la práctica en: SCHOCH, NVwZ, 1983, p. 249 (250). Siguiendo a STELKENS/SACHS, en Stelkens/Bonk/Leonhardt, VwVfG (op. cit., núm. 123), § 45, número marginal 14, la jurisprudencia del BVerwG invita a las autoridades a no aplicar el derecho de audiencia como derecho forzoso y a exigir su cumplimiento en el procedimiento de impugnación. WEYREUTHER, en: FS Sandler (op. cit., núm. 120), p. 183, calcula que la cifra negra sobre las lesiones, merma o menosprecio del derecho de audiencia es muy alta.

<sup>137</sup> WAHL, VVDStRL, 41 (1983), p. 151 (177); PIETZCKER, *ibidem*, pp. 224 y s.; VON MUTIUS, «Grundrechtsschutz contra Verwaltungseffizienz im Verwaltungsverfahren?», NJW, 1982, p. 2150 (2159). SCHENKE, «Der verfahrensfehlerhafte Verwaltungsakt gemäß § 16 VwVfG»,

2. Los efectos principales del artículo 46 VwVfG se proyectan esencialmente en el proceso judicial; la consecuencia de la irrelevancia de una irregularidad procedimental en el resultado del proceso desaparecerá cuando concurra con la regulación del artículo 113, apartado 1.º, inciso 1.º, VwGO en una acción de impugnación <sup>138</sup>.

3. En contra de la lógica interna del artículo 46 VwVfG, no hay ninguna referencia a la tradición y dogmática del Derecho administrativo y el Derecho procedimental administrativo alemán; la competencia para dictar la resolución definitiva fundamental de los Tribunales contencioso-administrativos (que incluye también la concreción de los conceptos jurídicos indeterminados), así como la obligación básica de resolver interlocutoriamente, evitan que el procedimiento administrativo se convierta en un fin en sí mismo y justifican la irrelevancia de aquellas irregularidades jurídicas que no siempre tienen influencia en la decisión de fondo <sup>139</sup>.

El artículo 46 VwVfG origina ciertamente una desvalorización del pensamiento procesal <sup>140</sup>, y el número de cuestiones jurídicas planteadas en torno a esta norma exigiría, evidentemente, un estudio pormenorizado propio. En este lugar se va a desarrollar tan sólo la siguiente cuestión: ¿bajo qué condiciones jurídicas puede suponerse que, de acuerdo al artículo 46 VwVfG y a pesar de la irregularidad procedimental, «no hubiese podido tomarse otra decisión en el asunto»? La idea procesal y el potencial de desarrollo jurídico-dogmático incluido en ésta, así como el nuevo artículo 113, párrafo 3.º, VwGO (en la versión vigente desde el 1 de enero de 1991), obligan, en mi opinión, a un cambio de paradigmas.

La referencia a las «categorías principales» jurídicas de la discrecionalidad administrativa, por un lado, y la posibilidad de una revisión

---

*DÖV*, 1986, p. 305 (311 y ss.), se manifiesta detalladamente sobre las objeciones constitucionales planteadas en torno al § 46 VwVfG.

<sup>138</sup> De acuerdo a la interpretación correcta, el § 46 VwVfG no elimina ni la ilegalidad objetiva ni la lesión subjetiva entendida de acuerdo al § 113, párrafo 1.º, inciso 1.º, VwGO, sino la pretensión a la anulación del acto administrativo; SCHENKE, *DÖV*, 1986, p. 305 (307 y ss.); HILL, *Das fehlerhafte Verfahren* (op. cit., núm. 13), pp. 102 y ss.; en contra, p. ej., KREBS, «Kompensation von Verwaltungsverfahren Fehlern durch gerichtlichen Rechtsschutz?», *DVBt*, 1984, p. 109 (111).

<sup>139</sup> WAHL, *VVDStRL*, 41 (1983), p. 151 (176 y s., 264 y s.); OSSENBÜHL, *NVwZ*, 1982, p. 465 (471); GRIMM, *NVwZ*, 1985, p. 865 (871); SEIBERT, «Die Beachtlichkeit von Fehlern im Verwaltungsverfahren gemäß § 46 VwVfG und die Konsequenzen für das verwaltungsrechtliche Verfahren», in *FS Zeidler*, tomo 1.º, 1987, p. 469 (471).

<sup>140</sup> H. MEYER, «Die Kodifikation des Verwaltungsverfahrens und die Sanktion für Verfahrensfehler», *NVwZ*, 1986, p. 513 (520), expone como tesis que la interpretación del § 46 VwVfG «determina el valor de la ley, en relación a la regulación del procedimiento administrativo». OSSENBÜHL, *Staatshaftungsrecht*, 1.ª ed., 1991, p. 11, manifiesta que la revalorización del Derecho administrativo procedimental se contradice en parte con la indiferencia mostrada por las Leyes de Procedimiento Administrativo en relación a las lesiones de los preceptos procedimentales reflejada en el § 46 VwVfG.

judicial global de los conceptos jurídicos indeterminados, por otro <sup>141</sup>, ofrecen —en este sentido, pero sólo en éste— un punto de partida dogmático sólido, ya que, tratándose de resoluciones discrecionales (al igual que de resoluciones con un cierto margen de enjuiciamiento discrecional), no se puede excluir categóricamente que, por ejemplo, si se hubiese procedido a una determinación de los hechos o si se hubiese concedido el derecho de audiencia de las partes, no se hubiese llegado a otra resolución sobre el fondo del asunto <sup>142</sup>. Aquí no sería aplicable el artículo 46 VwVfG <sup>143</sup>. La última razón para esta diferenciación se encuentra en la limitación de la competencia judicial de control y, por tanto, en una función del procedimiento administrativo que no puede ser compensada procesalmente <sup>144</sup>.

Esta limitación general del ámbito de aplicación del artículo 46 VwVfG a las resoluciones administrativas regladas no implica que esta norma siempre encuentre en ellas su aplicación <sup>145</sup>. En el tipo de las normas jurídicas estructuradas condicionalmente no existe «el» concepto jurídico (in)determinado ni, por tanto, tampoco «la» resolución administrativa consecuentemente reglada, sino que la programación legal se da en una escala muy amplia. En consecuencia, el Derecho procedimental administrativo deberá llevar a cabo su función compensatoria con flexibilidad; incluso aunque por razón del mismo hecho hubiese que atenerse por motivos jurídico-dogmáticos —y naturalmente no por razones epistemológicas— <sup>146</sup> al principio regulativo de una única resolución correcta <sup>147</sup>, el artículo 46 VwVfG no podría aplicar-

<sup>141</sup> La doctrina mayoritaria sigue esta línea diferenciadora (exceptuando la reducción de la discrecionalidad a cero, por un lado, y el margen de la valoración de la autoridad, por otro); BVerwGE, 61, 45 (50); 62, 108 (116); 65, 287 (298 y s.); BVerwG, NVwZ, 1988, p. 525 (526), BayVGH, NVwZ, 1991, p. 499 = DVBl, 1991, p. 759 (760); ULE/LAUBINGER, *Verwaltungsverfahrenrecht* (op. cit., núm. 13), p. 405; STELKENS/SACHS, en: Stelkens/Bonk/Leonhardt, *VwVfG* (op. cit., núm. 123), § 46, números marginales 29 y ss.

<sup>142</sup> GRIMM, *NVwZ*, 1985, p. 865 (871).

<sup>143</sup> Así también la doctrina mayoritaria (op. cit., núm. 111). La situación jurídica será otra cuando en el § 46 VwVfG se interpreten asimismos requisitos de causalidad; cfr., p. ej., OSSEN-BÜHL, *NVwZ*, 1982, p. 465 (471); STELKENS/SACHS, en: Stelkens/Bonk/Leonhardt, *VwVfG* (op. cit., núm. 123), § 48, número marginal 4.1; WAHL, «Risikobewertung der Exekutive und richterliche Kontrolllichte - Auswirkungen auf das Verwaltungs - und das gerichtliche Verfahren», *NVwZ*, 1991, p. 409 (416).

<sup>144</sup> HUFEN, *DVBl*, 1988, p. 69 (76).

<sup>145</sup> Acertadamente HUFEN, *NJW*, 1982, p. 2160 (2167); GRIMM, *NVwZ*, 1985, p. 865 (871). PIETZCKER, *VVDStRL*, 41 (1983), p. 193 (223), hace referencia a la inseguridad de la delimitación entre actos reglados y de discrecionalidad. Una crítica muy clara a la jurisprudencia administrativa que con vistas a las resoluciones administrativas regladas sólo acepta muy reticentemente la realidad de la conformación de las resoluciones y la influencia del procedimiento práctico expone SEIBERT, en: *FS Zeidler* (op. cit., núm. 139), pp. 475 y 477, insistiendo en que ésta debería revisar su postura.

<sup>146</sup> Por ello, la crítica ejercida por SCHENKE, «Das Verwaltungsverfahren zwischen Verwaltungseffizienz und Rechtsschutzauftrag», *VB/BW*, 1982, p. 313 (325), queda en parte sin contenido.

<sup>147</sup> ALEXY, «Ermessensfehler», *JZ*, 1986, p. 701 (715).

se automáticamente. La única consideración sólida para ello, como pudiera ser la competencia judicial para dictar la resolución definitiva y el deber de resolver interlocutoriamente<sup>148</sup>, ha quedado desposeída de su base correspondiente. El artículo 113, párrafo 3.º, VwGO permite que en los casos de una insuficiente determinación oficial de los hechos se haga de hecho una remisión a la Administración. Si se considera debidamente el pensamiento procesal y se entiende que la función de salvaguardia del Derecho del procedimiento administrativo condiciona la postura *ex-ante* flexible, entonces es imposible conocer al iniciarse el procedimiento administrativo cuál será la única resolución correcta, y ello tampoco en el caso de resoluciones administrativas que puedan ser objeto de una revisión judicial completa<sup>149</sup>. Estando ante un concepto jurídico indeterminado, apto para ser concretado, la simple deducción de la ley administrativa material no nos permitirá saber, sin más, cuál va a ser la resolución administrativa correcta. El procedimiento administrativo reglamentario está más bien al servicio del desarrollo y la configuración de aquella resolución, que posteriormente se definirá como correcta y cualificada<sup>150</sup>. El procedimiento administrativo es una condición previa necesaria, aunque no suficiente, para alcanzar la máxima corrección de un resultado<sup>151</sup>. En los supuestos de conceptos jurídicos abiertos no nos encontramos ante un estado determinado definitivamente, ni fijado jurídicamente desde el principio, sino que la resolución administrativa material deberá confirmar que se trata de la resolución considerada correcta, y entonces no debería predominar un estudio estático *ex-post* del artículo 46 VwVfG que fomente, efectivamente, «conclusiones de vías cortas». El concepto procesal justifica la constatación en los casos concretos de que, a pesar de la irregularidad procedimental, «no se hubiese podido tomar ninguna otra decisión en el asunto», sólo en aquellos casos en

<sup>148</sup> Así WAHL, *VVDSzRL*, 11 (1983), p. 151 (176, 261 y s.); en este mismo sentido *id.*, *NVwZ*, 1991, p. 409 (415); también KREBS, *DVBt*, 1984, p. 109 (112), sigue esta postura de competencia jurídica.

<sup>149</sup> HUFEN, *DVBt*, 1988, p. 69 (76); acertadamente sobre el aspecto procesal PIETZCKER, *VVSDiRL*, 41 (1983), p. 193 (223 y s.).

<sup>150</sup> GRIMM, *NVwZ*, 1985, p. 865 (871). El pensamiento procesal ofrece la clave para el reconocimiento de la relación jurídica existente entre un procedimiento administrativo correcto y su influencia en la corrección material de la resolución de este procedimiento. Ello queda especialmente patente en la relación existente entre los artículos 28, párrafo 1, y 24 VwVfG. Tampoco en el marco de la Administración reglada puede excluirse que tras la concesión de la audiencia (en vez de una omisión antijurídica) se determinen otros hechos, con lo que se daría, por tanto, otra base, para la valoración de las pruebas y, por supuesto, para la valoración jurídico-material de los hechos. Acertadamente sobre esta interrelación: OVG NW, *DÖV*, 1983, p. 986 (987) = *NVwZ*, 1983, p. 746; SEIBERT, en: *FS Zeidler (op. cit., núm. 139)*, p. 477; KLAPPSTEIN, en Knack, *VwVfG (op. cit., p. 95)*, § 46, número marginal 4.3.

<sup>151</sup> Nuevamente se refleja la relación entre la orientación legal disminuyente bajo aspectos materiales y el incremento del significado de un procedimiento administrativo ordenado. Esto ha sido reconocido repetidas veces por los Tribunales: cfr. SEIBERT, en: *FS Zeidler (op. cit., núm. 139)*, p. 479; WEYREUTHER, en: *FS Sandler (op. cit., núm. 120)*, p. 189.

los que se hubiese dado «una falta de alternativa»<sup>152</sup>, ya que entonces la irregularidad procedimental efectivamente no hubiese podido tener ninguna influencia sobre la decisión de fondo y su irrelevancia quedaría justificada.

La consecuencia en la práctica de este concepto jurídico-dogmático ha quedado demostrada en una resolución reciente del Oberverwaltungsgericht Nordrhein-Westfalen, OVG NW (Tribunal Superior de Renania del Norte/Westfalia). La autoridad competente había incluido un conjunto de casas en la lista de conservación de monumentos, lesionando el principio inquisitivo del artículo 24 VwVfG, el derecho de audiencia del artículo 28, párrafo 1.º, VwVfG, así como el deber de motivación del artículo 39, párrafo 1.º, VwVfG. La concesión de la condición de monumento se otorga de acuerdo a los criterios de Derecho material (arts. 2 y 3, Denkmalschutzgesetz Nordrhein-Westfalen —DSchG NW—, «Ley de Protección del Patrimonio Artístico de Renania del Norte/Westfalia»), concretando conceptos jurídicos indeterminados sometidos a la revisión judicial. A pesar de la situación jurídica dada, el OVG NW no declaró irrelevantes las irregularidades jurídicas de acuerdo al artículo 46 VwVfG, resolviendo interlocutoriamente el asunto. Ateniéndose a la premisa jurídica de «la falta de alternativas», el Tribunal declaró que la resolución administrativa «hubiese podido (*können*) ser distinta por razones materiales de haberse respetado la normativa administrativa infringida y hubiese estado permitido (*dürfen*) ser distinta por motivos jurídicos»<sup>153</sup>. La resolución contencioso-administrativa del certificado de clasificación impugnado liberó además al Tribunal de tener que recuperar *a posteriori* la determinación sobre los hechos y la valoración de hecho de las funciones administrativas<sup>154</sup>. Tampoco debe ser menospreciado este *desiderátum* del pensamiento procedimental.

El mencionado concepto jurídico dogmático de «la falta de alternativa» naturalmente debería ser especificado con mayor detenimiento, lo que, sin embargo, no podrá ser llevado a cabo en este lugar. Un punto de partida posible para la realización de un análisis detallado necesario en el marco del artículo 46 VwVfG sería la diferenciación según el tipo de la irregularidad procedimental. Puede que en un futuro

<sup>152</sup> HUFEN, *NJW*, 1982, p. 2160 (2167); *id.*, *DVB*, 1988, p. 69 (76); *id.*, *Fehler im Verwaltungsverfahren* (*op. cit.*, núm. 15), números marginales 627 y s.; GRIMM, *NVwZ*, 1985, p. 865 (971). KREBS, *DVB*, 1984, p. 109 (111 y s.) se muestra crítico al respecto.

<sup>153</sup> OVG NW, *NWVBL*, 1989, p. 250 (252) = *NVWZ-RR*, 1989, p. 614 (616 y s.). También WAHL, *NVwZ*, 1991, p. 409 (416), insiste en que no depende de si la resolución administrativa hubiese sido otra de no mediar un vicio procedimental, sino si la resolución hubiese podido ser otra.

<sup>154</sup> OVG NW, *NWVBL*, 1989, p. 250 (253) = *NVWZ-RR*, 1989, p. 614 (617); al respecto STELKENS, *NWVBL*, 1989, p. 335 (341); en detalle sobre un punto de vista jurídico-funcional SEIBERT, en: *FS Zeidler* (*op. cit.*, núm. 139), pp. 480 y ss.

ya no se dé la consecuencia de la irrelevancia atribuida a las dos irregularidades más frecuentes y, en el fondo, inaceptables del procedimiento, a saber: la inobservancia del artículo 24 VwVfG y la lesión del artículo 28 VwVfG. Ante una determinación oficial de los hechos, normalmente insuficiente, el Tribunal requerido podrá utilizar la «espada» del artículo 113, párrafo 3.º, VwGO <sup>155</sup>. Asimismo, se podría paliar la inobservancia del derecho de audiencia en el procedimiento administrativo llevando a cabo una interpretación adecuada del artículo 46 VwVfG. Ello fomentaría un acercamiento interpretativo al artículo 42, inciso 2.º, SGB X <sup>156</sup>. De acuerdo a la norma correlativa del Derecho administrativo social, al artículo 46 VwVfG, no puede darse la irrelevancia si «el derecho de audiencia ha sido omitido o no se ha recuperado eficazmente».

#### IV. BALANCE Y PERSPECTIVAS

##### 1. BALANCE

El balance que se haga de la realización del pensamiento procesal en el Derecho administrativo tras una vigencia de quince años del VwVfG debe ser necesariamente matizado. No sólo la ley, sino también toda una serie de regulaciones contenidas en ésta, y, finalmente, su aplicación en la práctica, han contribuido a una revalorización del concepto procedimental en el Derecho administrativo, y ello ha de ser valorado positivamente. No obstante, no se puede ignorar que nos encontramos muy lejos de una realización completa. Los déficit existentes no deberían sorprendernos; el concepto procesal es un planteamiento demasiado exigente como para haber podido ser realizado en un sector amplio en este período de tiempo relativamente corto.

a) *Legislación*: Los déficit imputables al *legislador* son ciertamente preocupantes. En relación al planteamiento fundamental de regulación, puede decirse que el *contenido* del pensamiento procesal sólo puede realizarse parcialmente de forma adecuada a través de la VwVfG; en términos generales, hay que constatar que la ley es —necesariamente— demasiado genérica como para poder darle al concep-

<sup>155</sup> No se ha impuesto la opinión de PESTALOZZA, en: *FS Boorberg Verlag* (op. cit., núm. 107), pp. 198 y ss., según la cual en el § 24 VwVfG no se trata de una regulación procedimental, de manera que no sería aplicable el § 46 VwVfG en una lesión del principio inquisitivo. Por lo que el § 113, párrafo 3.º, VwGO era necesario.

<sup>156</sup> Cfr. sobre esta normativización de los así llamados vicios absolutos del procedimiento, HILL, *Das fehlerhafte Verfahren* (op. cit., núm. 13), pp. 374 y s.; J. MARTENS, *Praxis des Verwaltungsverfahrens* (op. cit., núm. 16), números marginales 208 y ss., se muestra crítico sobre el § 42, inciso 2.º, SGB X.

to procesal la fisonomía normativa correspondiente con la claridad deseable. La idoneidad de la VwVfG para establecer una congruencia suficiente entre la idea del ordenamiento del «procedimiento administrativo» y la realidad del «procedimiento administrativo» dependerá, sobre todo, de los principios procedimentales del Derecho procesal, etc., aplicables en su caso. Se necesita claramente, por tanto, una diferenciación adecuada. Como ha quedado demostrado, la VwVfG (art. 29) no puede ofrecer una solución satisfactoria ante el tema de la «vista del expediente» que requiere una solución compleja y diferenciada. En contraposición se puede decir que debería incluirse, por ejemplo, la regulación del artículo 28 VwVfG —como norma fundamental supramaterial— en una Ley de Derecho administrativo procesal general.

En lo que atañe a los defectos *estructurales* de la VwVfG, ya se han indicado algunos de sus puntos débiles. Con seguridad se plantearán una serie de problemas en relación a la vinculación legal entre la traducción de la idea procesal en sólo dos formas de actuación determinadas mediante el artículo 9 VwVfG. La Administración moderna parece disponer de toda una serie de medios de publicación nuevos e imaginativos, como, por ejemplo, las medidas de aclaración, las recomendaciones (de determinados productos) o las advertencias, mediante las que se sustrae de toda vinculación tradicional jurídico-estatal y también de las de la VwVfG. Las resoluciones del BVerwG conocidas como las «sentencias sobre Glicol» (*Glykol-Entscheidung*) vienen a ser la culminación deplorable de esta delicada evolución<sup>157</sup>. Es prácticamente inimaginable que aquella «desvinculación del poder ejecutivo» también hubiese recibido su «aprobación judicial» si las publicaciones oficiales, como, por ejemplo, en el conocido «caso sobre la ensalada de escarola» (*Endiviensalat-Fall*)<sup>158</sup>, hubiesen sido llevadas a cabo mediante un acto administrativo por vía de una disposición general (art. 35, inciso 2.º, VwVfG)<sup>159</sup>. Ello ya nos muestra el peligro de la limitación autónoma del artículo 9 VwVfG<sup>160</sup>.

<sup>157</sup> BVerwGE, 87, 37 = DVBl, 1991, p. 699 = DÖV, 1991, p. 552 = NJW, 1991, p. 1766 = BayVBl, 1991, p. 469 = JZ, 1991, p. 624 (nota: GROßCHNER) = WUR, 1991, p. 229 (nota: SCHULTE); crítico SCHOCH, *Staatliche Informationspolitik und Berufsfreiheit*, DVBl, 1991, p. 667; bajo el aspecto del deber estatal de protección H. A. HESSE, «Der Schutz-Staat geht um», JZ, 1991, p. 744. Idéntico a esa resolución BVerwG, sentencia de 18 de octubre de 1990 —3 C 3/88.

<sup>158</sup> BVerwGE, 12, 87.

<sup>159</sup> Todas las esperanzas están puestas en el BVerfG. En contra de BVerwG, 3 C 3/88 (*op. cit.*, núm. 157) se ha interpuesto recurso de inconstitucionalidad (Az: 1 BvR 558/91).

<sup>160</sup> Otro ejemplo: ¿Es aplicable análogamente el § 28 VwVfG en los supuestos de prevenciones y recomendaciones oficiales o no habrá lugar al derecho de audiencia previa a las publicaciones de la Administración de conocida afectación a los derechos fundamentales? En la sentencia sobre sectas juveniles (*Jugensektenentscheidung*) del BVerwG (E 82, 76 = NJW, 1989, p. 2272) parece que el derecho de audiencia no ha desempeñado mayor papel ante la Administración. A favor del derecho de audiencia: p. ej., LG Stuttgart, NJW, 1989, p. 2257 (2260 y s.); KOPP, *VwVfG (op. cit.*, núm. 76), § 28, número marginal 1; también SCHOCH, «Urteilsanmerkung», WUR, 1990, p. 45 (47).



Un problema particularmente delicado es el que desde siempre afecta a las regulaciones de los efectos de los vicios. Naturalmente hay que tener en cuenta —a su favor— la perspectiva de actuación de la Administración <sup>161</sup>. Un sistema funcional de sanciones de las irregularidades que se adecúe a la práctica sólo deberá ser diferenciado configurándose en «el cruce entre la dogmática jurídica y la cultura administrativa» <sup>162, 163</sup>. Independientemente de los resultados individuales a los que llegue una doctrina sancionadora equilibrada, no debería ponerse en duda que está en juego la dignidad del Derecho procedimental. Una legislación que concede en principio muchos derechos, pero luego dificulta el desarrollo del procedimiento y, finalmente, no sanciona las irregularidades procesales, como si no hubiese pasado nada <sup>164</sup>, no resulta demasiado convincente. Pero esta problemática no se limita a la VwVfG, ya que incluye también al Derecho municipal [comparéense, por ejemplo, art. 4, párrafo 4.º, Baden Württemberg Gemeindeordnung -Bad-WürttGO (Ley de Régimen Local de Baden-Württemberg) y art. 4, párrafo 6.º, Nordrhein-Westphalen Gemeindeordnung -NWGO] y el Derecho de urbanismo (compárense arts. 214 y 215 BauGB).

b) *Jurisprudencia administrativa*: La crítica que se le puede hacer a la *jurisprudencia administrativa* se centra en no haber puesto suficientemente de relieve el pensamiento procesal en el Derecho vigente. Aunque no se pueden ignorar los intereses de la Administración, está fuera de duda que ni el mejor procedimiento administrativo puede realizar sus funciones si los Tribunales no aseguran su cumplimiento <sup>165</sup>. Se ha querido demostrar que algunos aspectos están más que descuidados. Tampoco se ha alcanzado el objetivo de la función didáctica de la jurisprudencia, que, en vista de los amplios efectos de las resoluciones administrativas, sería en el fondo necesaria, deseable y, a menudo, es lo que se pretende <sup>166</sup>. No es casualidad que STELKENS haya criticado la tendencia general de una jurisprudencia administrativa sobre el procedimiento administrativo hecha a costa del ciudadano <sup>167</sup>.

<sup>161</sup> PIETZCKER, *VVDStRL*, 41 (1983), p. 193 (221).

<sup>162</sup> SCHMIDT-ABMANN, «Verwaltungsverfahren» (*op. cit.*, núm. 12), § 70, núm. marginal 33.

<sup>163</sup> Cfr. la concepción presentada por HILL; *Das fehlerhafte Verfahren* (*op. cit.*, núm. 13), p. 393 y ss., 422 y ss.; además MORLOK, *Die Folgen von Verfahrensfehlern am Beispiel von kommunalen Satzungen*, 1988, p. 89 y ss., 145 y ss.

<sup>164</sup> SCHMIDT-ABMANN, *Das allgemeine Verwaltungsrecht* (*op. cit.*, núm. 44), pp. 58 y s., se refiere a la «tendencia de los Parlamentos a conceder generosamente algo que en otro momento de la ley se anula prácticamente», lo que provoca ciertas dudas sobre la sistematización de los códigos. Cfr. sobre esta crítica SCHENKE, *VBfW*, 1982, p. 312 (325); BREUER, «Diskussionsbeitrag», *VVDStRL*, 41 (1983), p. 281.

<sup>165</sup> KOPP, *Verfassungsrecht und Verwaltungsverfahren*, 1971, p. 267.

<sup>166</sup> WAHL, *VVDStRL*, 41 (1983), p. 151 (177); ERICHSEN, *ibidem*, *Diskussionsbeitrag*, p. 279; KREBS, *DVBf*, 1984, p. 109 (114); STELKENS, *NWBL* 1989, p. 335 (341); HILL, «Zehn Jahre Verwaltungsverfahrensgesetz» (*op. cit.*, núm. 7) p. 51.

<sup>167</sup> STELKENS, *NWVBL*, 1989, p. 335 (339 y s.).

Teniendo en cuenta las quejas formuladas por el sector judicial sobre la inmovilidad de la jurisprudencia administrativa<sup>168</sup>, se puede arriesgar el pronóstico de que sin la «ayuda» del BVerfG la idea procesal no evolucionará ni alcanzará su última expresión. Ya en el pasado el BVerfG ha impulsado notoriamente la revalorización del Derecho administrativo procesal<sup>169</sup>. Sus «resoluciones sobre exámenes y oposiciones» (*Prüfungs-Entscheidungen*) de 17 de abril de 1991<sup>170</sup> son una muestra alentadora del significado jurídico-dogmático del pensamiento procedimental. En la orientación básica se necesitaría una «tendencia media» que protegiera tanto frente a las exageraciones como frente a un trato negligente. Una exigencia jurídica extrema podría conducir naturalmente a una evasión hacia formas jurídicas paralegales<sup>171</sup>. No puede olvidarse, sin embargo, que un procedimiento administrativo sometido a la «amenaza» de un control judicial posterior sería más serio y de mayor utilidad para los planteamientos de realización del Derecho y el mandato de salvaguardia de Derecho, por lo que podría dirigir mejor el desarrollo de las «actuaciones administrativas informales» que se han creado independientemente de la VwVfG y de la jurisprudencia administrativa<sup>172</sup>.

## 2. PERSPECTIVAS

Con preocupación se plantea, desde un punto de vista jurídico, cómo el Derecho procedimental administrativo podrá dirigir procedimientos complejos si su función de dirección ya fracasa parcialmente en los procedimientos ordinarios e informales. Naturalmente, la actuación administrativa informal no es admisible *per se* y está sometida al estigma de la ilegalidad. Pero, incluso en un estudio jurídico-dogmático de esta problemática, no se puede dejar de lado la realidad. A menudo se ha llamado la atención sobre la necesidad práctica de llevar a cabo una cooperación informal<sup>173</sup>. Ciertamente es que tampoco la jurisprudencia se ha negado al reconocimiento de lo inevitable<sup>174</sup>. Sin embar-

<sup>168</sup> Cfr. al respecto *op. cit.*, núm. 145.

<sup>169</sup> Cfr. al respecto las referencias en *op. cit.*, núm. 27.

<sup>170</sup> BVerfG, NJW, 1991, pp. 2005 y 2008; Cfr. *op. cit.*, núm. 27.

<sup>171</sup> SCHMIDT-ARMANN, «Verfahrensgedanke» (*op. cit.*, núm. 15), p. 19; sobre el problema paralelo en las formas de actuación, *id.*, DVBl, 1989, p. 533 (540).

<sup>172</sup> STELKENS, NWVBL, 1989, p. 335 (341).

<sup>173</sup> Cfr. LÜBBE-WOLFF, NuR, 1989, p. 295 (297); HENNEKE; «Informelles Verwaltungshandeln im Wirtschaftsverwaltungs —und Umweltrecht», NuR, 1991, p. 267 (268). Especialmente comprometido BULLINGER, «Kooperatives Verwaltungshandeln (Vorverhandlungen, Arrangements, Agreements und Verträge) in der Verwaltungspraxis», DÖV, 1989, p. 277, su informe sobre las «soluciones pragmáticas» plantea, no obstante, el valor que (ya no) tiene el principio de legalidad en la práctica administrativa.

<sup>174</sup> Cfr. BVerwGE, 45, 309 (317 y s.); 75, 214 (231); VGH BW, NVwZ-RR, 1989, p. 59 (60).

go, la evasión hacia ámbitos informales no puede entenderse como una muestra de aceptación del VwVfG<sup>175</sup>. También el intento de una re-formalización está condenado al fracaso, ya que, con seguridad, al procedimiento se le antepondrían nuevos contactos informales entre la Administración y el ciudadano<sup>176</sup>.

Actualmente parece que una posible salida a este complicado dilema de la actuación administrativa entre las vinculaciones jurídico-estatales y las necesidades prácticas para los procedimientos complejos sería la figura del llamado mediador de conflictos<sup>177</sup>. En la actual polémica aún no se ha resuelto si la mediación implicaría una apertura de un ámbito de actuación nuevo y paralegal llevado a cabo por un tercero privado, independiente, neutral y elegido por las partes, o si ha de entenderse como un enriquecimiento del procedimiento administrativo<sup>178</sup>. Pero sólo su integración en el sistema obligatorio y jurídico-normativo puede garantizar su éxito, y ello debería ser aceptado también por aquellos que han actuado guiados por el ímpetu de las ciencias sociales. Hay que aprobar la tendencia a un fortalecimiento del imperio del Derecho en la polémica actual con apoyo fundamentalmente en la teoría jurídico-estatal alemana<sup>179</sup>, lo que no excluiría una mayor apertura y desarrollo<sup>180</sup>. Porque, en cualquier caso, ¿qué es lo que podría sustituir al Derecho en un Estado Social y de Derecho?

---

<sup>175</sup> HILL, «Zehn Jahre Verwaltungsverfahrensgesetz» (*op. cit.*, núm. 7), p. 56; KUNIG/RUBBLACK, *Jura*, 1990, p. 1 (3); SCHMIDT-ARMANN, *DVBt*, 1989, p. 533 (540), se manifiesta en términos generales sobre las razones de la fuga al ámbito informal; sobre la inaptitud del contrato administrativo como alternativa, *id.*, «Konfliktmittlung» (*op. cit.*, núm. 39), pp. 24 y ss.

<sup>176</sup> BROHM, *DVBt*, 1990, p. 321 (323).

<sup>177</sup> Es importante el artículo de HOFFMANN-RIEM, *Konfliktmittler in verwaltungsverhandlungen*, 1989, y los escritos ya citados y editados en los Tagungsbänden por HOFFMANN-RIEM/SCHMIDT-ARMANN, *Konfliktbewältigung durch Verhandlungen* (*op. cit.*, núms. 19 y 23); además HOLZNAGEL, *Konfliktlösung durch Verhandlungen*, 1990; *id.*, «Konfliktmittlung im Umweltrecht», *IUR*, 1990, 37.

<sup>178</sup> SCHULZE-FIELITZ, «Der Konfliktmittler als verwaltungsverfahrenrechtliches Problem», en: Hoffmann-Riem/Schmidt-Aßmann II (*op. cit.*, n. 19), p. 55 (62 y ss.) hace una distinción muy acertada entre las posibilidades de *lege lata* y de *lege ferenda*.

<sup>179</sup> STEINBERG, «Kritik von Verhandlungslösungen» (*op. cit.*, n. 23), pp. 295 y ss. (306 y ss.); KUNIG/RUBBLACK, *Jura*, 1990, p. 1 (4 y ss.); BROHM, *DVBt*, 1990, p. 321 y ss.; *id.*, *NVwZ*, 1991, p. 1025 (1030 y ss.).

<sup>180</sup> SCHULZE-FIELITZ, «Konfliktmittler» (*op. cit.*, núm. 178), p. 86, hace un estudio crítico de la «fuerza innovadora del Derecho administrativo alemán».

