

La sistemática de las consecuencias de las irregularidades procedimentales

Un balance de los diez años de vigencia
de la Ley de Procedimiento Administrativo
(Verwaltungsverfahrensgesetz-VwVfG)

SUMARIO: I. LAS CONSECUENCIAS DE LAS IRREGULARIDADES PROCEDIMENTALES: ¿ALGO MÁS QUE VIEJOS CONCEPTOS JURIDICOS? II. EFECTOS INMEDIATOS DE LAS IRREGULARIDADES. 1. Una aclaración previa necesaria. 2. Ilegalidad. 3. Otros efectos inmediatos. III. LA SANCION Y SU PRETENSION. 1. La sanción y sus diferentes ámbitos. 2. Legitimación de demanda. 3. La pretensión de anulación y de realización de una actuación positiva. 4. «Subsanación» por el Tribunal Contencioso-Administrativo de los defectos de la determinación de los hechos y de la motivación. IV. LA REGULACION DE LA IRRELEVANCIA DEL ARTICULO 46 VwVfG. 1. El artículo 46 VwVfG: una limitación del recurso de anulación. 2. Ambito de aplicación. 3. Consecuencias jurídicas. V. PERSPECTIVAS.

I. LAS CONSECUENCIAS DE LAS IRREGULARIDADES PROCEDIMENTALES: ¿ALGO MAS QUE VIEJOS CONCEPTOS JURIDICOS?

Los comentarios conmemorativos ¹ sobre las Leyes Procedimentales Administrativas ² tras diez años de vigencia han sido, sobre todo,

Artículo traducido por Julia NIETO KÖNIG.

¹ Cfr., p. ej., Hermann HILL, «10 Jahre Verwaltungsverfahrensgesetz», *Speyerer Arbeitshefte*, 78 (1978), pp. 1 y ss.; Ferdinand O. KOPP, *Die Verwaltung*, 1987, 1 y ss.; Reinhard MUSSG-NUG, *FS der Jurist. Fakultät zur 600-Jahr-Feier der Univ. Heidelberg* (1986), pp. 203, 208 y ss. En la bibliografía de este trabajo se han tenido en cuenta especialmente las publicaciones actuales; en relación a la bibliografía anterior a 1986, *vid.* Friedhelm HUFEN, *Fehler im Verwaltungsverfahren* (1986).

² En lo que sigue la VwVfG [Verwaltungsverfahrensgesetze - Ley(es) de Procedimiento Administrativo] se utilizará en singular.

positivos. Ha habido ciertamente propuestas de ampliación³, por un lado, y críticas por haber incluido demasiadas excepciones⁴, por otro. Pero, por regla general, ha quedado certificado que la Ley de Procedimiento Administrativo (Verwaltungsverfahrensgesetz, en adelante: VwVfG) es un instrumento adecuado y seguro tanto al servicio de la Administración como a la del ciudadano que busca amparo jurídico, en la realización de un «buen procedimiento», en cuanto que es condición previa para la obtención de resultados justos en el procedimiento. Y aquí parece no llamar ni siquiera la atención al carácter de doble filo de este cumplido a la Ley al constatar su imposición real en la práctica de estos diez años de vigencia y efectividad⁵.

Sería difícil, no obstante, mantener dicha postura en relación a un sector jurídicamente complejo y con unas consecuencias prácticas muy significativas, como es la ordenación de las consecuencias de las irregularidades, ya que aquí hay que constatar toda una serie de déficit existentes, siendo una situación que, con seguridad, persistirá⁶. La Ley del Procedimiento Administrativo —curiosamente «enclavada» entre el procedimiento administrativo, el Derecho administrativo general y el Derecho contencioso-administrativo— no ha sabido resolver los problemas mencionados y tan sólo alude a ellos de forma tangencial en sus artículos 44-47. Los verdaderos problemas de la teoría de los efectos de las irregularidades son realmente más complejos: la relación jurídica procedimental, el derecho subjetivo, la teoría de la normativa protectora, la legitimación para la interposición de un recurso, la subsanación de errores o vicios⁷, la consideración aislada de los vicios [art. 44a, Verwaltungsgerichtsordnung, en adelante: VwGO (Ley de

³ Un estudio minucioso se encuentra en KOPP, *Die Verwaltung*, 1987, 10 y ss.; HILL, «10 Jahre» (op. cit., núm. 1), pp. 45 y ss.; id., *Das fehlerhafte Verfahren und seine Folgen im Verwaltungsrecht* (1986), pp. 5 y ss., 57; HUFEN, *Fehler* (op. cit., núm. 1), p. 49 (sobre la necesaria unificación) y pp. 265 y ss. (sobre los procedimientos administrativos con una regulación fundamental al margen de la VwVfG).

⁴ Para mayor número de referencias sobre las excepciones del derecho de audiencia, vid. HUFEN, *Fehler* (op. cit., núm. 1), pp. 148 y ss.

⁵ P. ej., BONK, *DVBf*, 1986, 485, 496; referencias sobre el escepticismo mostrado en relación a las posibilidades de realización de la ley en: HILL, «10 Jahre» (op. cit., núm. 1), pp. 1 y ss.; HUFEN, *Fehler* (op. cit., núm. 1), p. 19.

⁶ En relación a la inexistencia de una teoría de las irregularidades orientadas en las consecuencias, HILL, «Verfahren» (op. cit., núm. 2), p. 3; HUFEN (op. cit., núm. 1), p. 23 —en donde se exponen los motivos—, p. 333; SCHMIDT-ABMANN, en: Lerche/Schmitt Glaeser/Schmidt-Abmann, *Verfahren als staats- und verwaltungsrechtliche Kategorie* (1984), p. 15, expone una valoración similar; Hans-Heinrich RUPP, *FS Bachof* (1984), pp. 151 y ss.; sobre la crítica hecha a la casuística poco satisfactoria, vid. también STERN, *Verwaltungsprozessuale Probleme der öffentlichen Arbeit*, p. 179; Fritz OSSENBÜHL, *NJW*, 1986, 2805, 2811, ofrece una síntesis sobre las consecuencias de los vicios en el proceso de creación normativa.

⁷ En relación a la cuestión que se excluye del presente trabajo, es decir, la subsanación de vicios procedimentales, vid. junto con los comentarios sobre el § 45 VwVfG, especialmente entre la bibliografía más actual, HUFEN, *Fehler* (op. cit., núm. 1), pp. 398 y ss.; Joachim MARTENS, *NVwZ*, 1986, 537; Lothar MESSERSCHMIDT, *NvWZ*, 1985, 877 y ss.; Hans MEYER, *NVwZ*, 1986, 518 y ss.; Ernst KRASNEY, *NVwZ*, 1987, 337, 342 y ss.

Jurisdicción Contencioso-Administrativa]]⁸ y pretensión de anulación, son tan sólo unas pautas de ordenación y configuran el vocabulario básico, pero determinan, a su vez, el marco de las continuas polémicas actuales. Pero son, sobre todo, el artículo 46 VwVfG y, especialmente, las consecuencias de las irregularidades procedimentales en el ámbito de la «Administración reglada», las que han sido tratadas con mayor intensidad; pero siguen representando también el mayor número de problemas sin resolver⁹. Quien haya seguido la polémica existente y haya analizado con exactitud el desarrollo de la argumentación previa y posterior a la entrada en vigor de la VwVfG, así como la postura dogmática y teoría del procedimiento que defendían, quedará sorprendido por la seguridad y sencillez con la que el Bundesverwaltungsgericht (en adelante: BVerwG —Tribunal Contencioso-Administrativo Federal—) ha declarado que no nos encontramos ante otra cosa que la recepción de principios jurídicos ya existentes y que, por tanto, tras la entrada en vigor de la VwVfG, no había razón alguna para una desviación de éstos¹⁰. Ahora bien, sólo en tiempos muy recientes se ha podido demostrar nuevamente que la jurisprudencia del BVerwG ni «antes» ni «después» ha sido unitaria¹¹.

Un estudio de fundamentación dogmática de los efectos de las irregularidades, así como una interpretación adecuada del problemático artículo 46 VwVfG, requerirá una mayor profundización del tema, dado que aquí los problemas se centran, como en un espejo ustorio, en el ámbito de las limitaciones y barreras del procedimiento administrativo

⁸ Fundamentalmente Michale EICHBERGER, *Die Einschränkung des Rechtsschutzes gegen behördl. Verfahrenshandlungen* (1986); cfr., p. ej., VG Braunschweig, *NJW*, 1987, 459 (vista del expediente); VG Hannover, *NVwZ*, 1986, 960; adaptado a las modificaciones la resolución del Deutscher Juristen Tag, publicado en *NJW*, 1986, 3071; en general, sobre la crítica al § 44a y su interrelación problemática con el § 46 VwVfG, *vid.* HILL, «Verfahren» (*op. cit.*, núm. 2), p. 391; Rainer WAHL, *VVDStRL*, 41 (1983), pp. 108 y ss.; Wolf-Rüdiger SCHENKE, *DÖV*, 1986, 320; sobre el significado del § 44 como «arma general de prevención ante procesos», H. MEYER, *NVwZ*, 1986, 515.

⁹ Un resumen de la nueva bibliografía se encuentra en HILL, «Verfahren» (*op. cit.*, núm. 2), pp. 100 y ss.; *id.*, «10 Jahre» (*op. cit.*, núm. 1), p. 13; HUFEN, *Fehler* (*op. cit.*, núm. 1), pp. 410 y ss.; MESSERSCHMIDT, *NVwZ*, 1985, 877; SCHENKE, *DÖV*, 1986, 305 y ss., lleva a cabo una elaboración detallada de la problemática; H. MEYER, *NVwZ*, 1986, pp. 513 y ss.; Heiko FABER, *Verwaltungsrecht* (1987), pp. 182 y ss.; resulta también interesante la polémica desatada en el Deutscher Juristen Tag, el informe correspondiente se encuentra en la *NJW*, 1986, 3069, 3071.

¹⁰ De forma ejemplar, BVerwGE, 61, 45, 49. La «vieja teoría de los conceptos jurídicos» sigue teniendo sorprendentemente seguidores en la doctrina. Cfr., a título ejemplar, Peter BADURA, en: Erichsen/Martens, *Allgemeines Verwaltungsrecht*, 7.ª ed. (1986), pp. 380, 387; KOPP, *VwVfG*, 4.ª ed. (1986), § 46, número marginal 2; *id.*, *Die Verwaltung*, 1987, 1, 21; PIETZNER/RONELLENFITSCH, *Das Assessorexamen im Öffentlichen Recht*, 6.ª ed. (1987), p. 275; se muestra disconformes FABER, *Verwaltungsrecht* (*op. cit.*, núm. 9), p. 184; H. MEYER, *NVwZ*, 1986, 513; HILL, «10 Jahre» (*op. cit.*, núm. 1), pp. 52, 54; SCHENKE, *DÖV*, 1986, 305; crítica reservada sobre la corrección fáctica del legislador mediante los Tribunales se encuentra también en Horst SENDELER, *NJW*, 1986, 1084, 1086.

¹¹ Así, p. ej., FABER, *Verwaltungsrecht* (*op. cit.*, núm. 9), p. 184.

y del proceso contencioso-administrativo¹². Ya con anterioridad a la VwVfG se ha introducido a través de la estructura dogmática tradicional de éstos una nueva concepción esencialmente procedimental desconocida hasta entonces en el Derecho administrativo alemán, sin que ello haya mermado la fe absoluta en la capacidad resolutoria del control jurídico-material de la jurisdicción contencioso-administrativa¹³. El marco viene dado por una orientación hacia el resultado y el «enjuiciamiento judicial pleno», por un lado¹⁴, y hacia la interpretación del procedimiento como proceso resolutorio y «legitimación a través del procedimiento», por otro¹⁵. Pero no son los mamotretos de la dogmática jurídico-administrativa los que atribuyen especial virulencia a esta polémica, sino más bien la práctica misma, que demuestra día a día que el procedimiento administrativo ya no puede entenderse como una mera deducción de las «posiciones jurídicas» preexistentes en las relaciones bipolares entre el Estado y el individuo. Lo que se puede resumir aquí en los siguientes puntos: degradación de la capacidad de orientación a través de la legislación¹⁶, resoluciones de valoración, nuevas formas de actuación y de negociación¹⁷, polaridad plural¹⁸, diversificación y sus consecuencias inevitables: como la pluralidad¹⁹ e igualdad de posibilidades, la garantía anticipada de derechos fundamentales²⁰, así como el derecho de audiencia, el aumento de importancia del procedimiento y, por tanto, también de las irregularidades procedimentales. Es este planteamiento el que mantiene el interés de

¹² Al respecto, Joachim MARTENS, *Die Praxis des Verwaltungsverfahrens* (1985), p. 35; HILL, «10 Jahre» (*op. cit.*, núm. 1), p. 15.

¹³ Sobre esta observación BERG, *FS von Unruh* (1983), p. 1019.

¹⁴ En este sentido HILL, «Verfahren» (*op. cit.*, núm. 2), pp. 2 y ss.; FABER, *Verwaltungsrecht* (*op. cit.*, núm. 9), p. 183; mayores referencias bibliográficas sobre la acentuación del carácter procesal de las resoluciones administrativas y legitimación mediante el procedimiento en: HILL, «Verfahren» (*op. cit.*, núm. 2), pp. 190, 194, 214; id., «10 Jahre» (*op. cit.*, núm. 1), p. 40; WAHL, *VVDStRL*, 41 (1983), 151, 159; PIETZCKER, *ibidem*, pp. 201 y ss.; HUFEN, *Fehler* (*op. cit.*, núm. 1), pp. 33 y ss.

¹⁵ Sobre los fundamentos teóricos: F. W. SCHARPF, *Die politischen Kosten des Rechtsstaats* (1970); Niklas LUHMANN, *Legitimation durch Verfahren* (1969), y desde un punto de vista administrativo: H. H. RUPP, *Grundfragen der heutigen Verwaltungsrechtslehre* (1965), pp. 8, 177 y ss.; SCHMIDT-AßMANN, en: Lerche/Schmitt Glaeser/Schmidt-Aßmann, *Verfahren* (*op. cit.*, núm. 6), p. 16.

¹⁶ WAHL, *VVDStRL*, 41 (1983), 158.

¹⁷ Ofrece una síntesis: HOFFMANN-RIEM, *VVDStRL*, 40 (1982), 187 y ss.; Carl-Eugen EBERLE, *DV*, 1984, 439 y ss.; también KOPP, *Die Verwaltung*, 1987, 1, 3.

¹⁸ Rudolf STEINBERG, *DÖV*, 1982, 619; SCHMIDT-AßMANN, en: Maunz/Dürig/Herzog/Scholz, *GG*, art. 19 IV, número marginal 3.

¹⁹ Ultimamente H. VON WERSEBE, *Struktureller und funktioneller Pluralismus in der öffentlichen Verwaltung* (1986); HUFEN, *Fehler* (*op. cit.*, núm. 1), p. 75; PIETZCKER, *VVDStRL*, 41 (1983), 204; crítico al respecto: OSSENBÜHL, *DÖV*, 1981, pp. 6 y ss., y *DVBl*, 1981, 69 y ss.

²⁰ Amplia referencia bibliográfica en HILL, «Verfahren» (*op. cit.*, núm. 2), pp. 230 y ss.; en relación a la «reelaboración» de la jurisprudencia correspondiente del BVerfG, J. MARTENS, *Praxis* (*op. cit.*, núm. 12), p. 4; en relación a la dignidad humana y al procedimiento, Theodor SCHILLING, *VerwArch*, 1987, pp. 45 y ss., 58; también sobre el derecho de audiencia anticipado, p. 48.

la temática, y no las fórmulas simplificadoras como pueden ser, por ejemplo, la «función instrumental del procedimiento»²¹, o la reproducción reducida de las argumentaciones del proceso legislativo²². E incluso parece haber ya indicios²³ de que el BVerwG no podrá evitar el planteamiento de esta temática.

El presente artículo quiere resaltar los aspectos fundamentales de la problemática de las consecuencias, así como liberar la interpretación del artículo 46 VwVfG de su frecuente tratamiento aislado (IV). Las fases precedentes indispensables en esta labor son el tratamiento de los efectos inmediatos de los vicios (II) y los requisitos de la pretensión subjetiva de anulación del acto administrativo procedimentalmente defectuoso (III).

II. EFECTOS INMEDIATOS DE LAS IRREGULARIDADES

1. UNA ACLARACIÓN PREVIA NECESARIA

Si se define el vicio del procedimiento como una infracción del Derecho vigente, se puede concluir que todas las irregularidades del procedimiento tienen en común que nunca quedarán del todo «sin consecuencias»²⁴. Se puede decir que todos los vicios del procedimiento son más bien excepciones al principio de vinculación de la Administración a la ley y originadores de un déficit de legalidad que deberá ser compensado o, al menos, sancionado. El planteamiento de los «vicios en el procedimiento carentes de consecuencias» (o «irregularidades jurídicamente irrelevantes») no tienen en cuenta debidamente la vinculación de la Administración al Derecho (art. 20 III de la Constitución), ni tampoco los derechos subjetivos de los administrados incluidos en el Derecho procedimental²⁵.

²¹ Muy crítico RUPP, *FS Bachof*, pp. 163 y ss.; referencias bibliográficas en HUFEN, *Fehler* (op. cit., núm. 1), pp. 391 y ss.; HILL, «10 Jahre» (op. cit., núm. 1), p. 19.

²² Con un criterio similar SCHMIDT-ARMANN, en: Maunz/Dürig/Herzog/Scholz, GG, art. 19 IV, número marginal 24.

²³ Cfr. sobre la sentencia de la Sala Octava, BVerwGE, 71, 63, sobre la necesaria falta de alternativa en el § 46.

²⁴ Así también, Lothar MESSERSCHMIDT, sobre la subsanación a la falta de consecuencias de vicios procedimentales y de forma en los actos administrativos según §§ 45 y 46 VwVfG, *NVwZ*, 1985, 877.

²⁵ Expone de forma convincente la actualidad fundamental de la teoría del Derecho público subjetivo Hartmut BAUER, *Geschichtliche Grundlagen der Lehre vom subjektiven öffentlichen Recht* (1986), pp. 161 y ss.

2. ILEGALIDAD

Un acto administrativo resultante de una lesión de Derecho vigente es ilegal. Como Derecho en este contexto comprende también Derecho procedimental, en consecuencia, un acto administrativo resultante de una violación del Derecho procedimental será igualmente ilegal²⁶.

En vista de la sencilla lógica de estas declaraciones, resulta superfluo tanto el establecimiento de diferentes vicios procedimentales, en relación a su antijuricidad, así como el seguir considerando como no resuelta la relación entre la ilegalidad y las irregularidades²⁷. Es decir, que la consecuencia inmediata de la irregularidad, la «ilegalidad del acto administrativo», sobreviene independientemente de los demás efectos o sanciones (anulabilidad, revocación, lesión de derechos subjetivos, subsanación, irrelevancia, etc.)²⁸. No dependerá, por tanto, ni de la esencialidad o accesoriadad²⁹ de su significado o repercusión en el resultado, ni tampoco de la diferenciación entre derecho subjetivo o derecho objetivo.

La doctrina actualmente mayoritaria se remite fundamentalmente al artículo 59 II 2 VwVfG («un acto administrativo con un contenido determinado sería contrario a Derecho no sólo por la irregularidad del procedimiento o el vicio formal...»)³⁰. Esta declaración es ciertamente correcta, pero superficial, ya que se presume la disponibilidad del legislador sobre la consecuencia inmediata de la ilegalidad. Es más bien el artículo 20 III de la Ley Fundamental el que determina la relevancia constitucional: la vinculación del poder ejecutivo a la ley y al Derecho es, en realidad, la razón de la ilegalidad de la actuación viciada procedimentalmente. Si la Administración no se rige por ello, sin que me-

²⁶ Similar HILL, «Verfahren» (*op. cit.*, núm. 2), p. 9; HUFEN, *Fehler* (*op. cit.*, núm. 1), p. 336; ERICHSEN/MARTENS, *Allgemeines Verwaltungsrecht*, 7.ª ed., p. 223, y mayores indicaciones sobre la jurisprudencia: MAURER, *Allgemeines Verwaltungsrecht*, 5.ª ed., § 10, número marginal 2; H. MEYER, *NVwZ*, 1986, 516.

²⁷ Defendiendo nuevamente esta postura FABER, *Verwaltungsrecht* (*op. cit.*, núm. 9), p. 113; también STERN, *Verwaltungsprozessuale Probleme* (*op. cit.*, núm. 6), p. 179, califica de dudosa la cuestión de la ilegalidad y establece una diferenciación según el objeto de la norma procedimental, la subsanación de los vicios y el resultado, en su caso correcto.

²⁸ Fundamentalmente también BADURA, en: Erichsen/Martens (*op. cit.*, núm. 10), p. 385; HILL, «Verfahren» (*op. cit.*, núm. 2), p. 393; una argumentación detallada en H. MEYER, *NVwZ*, 1986, 517; KREBS, *DVBl*, 1984, 110 —con mayores referencias sobre la jurisprudencia (en parte contradictoria) del BVerwG—; SCHILLING, *VerwArch*, 1987, 45, 51; completamente discrepante Bay VGH, *NVwZ*, 1982, 510.

²⁹ SCHNAPP, *VerwArch*, 1987, 431; más ejemplos: HILL, «Verfahren» (*op. cit.*, núm. 2), p. 369.

³⁰ Así también KREBS, *DVBl*, 1984, 111; Reinhard EIBERT, *Die formelle Rechtswidrigkeit von Verwaltungsakten: zur Dogmatik und Kritik von den §§ 45 und 46 VwVfG*, Diss. Erlangen (1978), p. 94.

die una causa explícita de exclusión de la antijuricidad, entonces su actuación nunca podrá devenir legal³¹. Lo mismo se deduce de los artículos 1 III y 2 I de la Constitución y de la reserva de ley. El Estado está vinculado a los derechos fundamentales en todas sus actuaciones frente a los ciudadanos. Ello quiere decir que, independientemente de los derechos fundamentales especiales³², sólo serán admisibles según el artículo 2 I de la Ley Fundamental las intervenciones basadas en el ordenamiento constitucional, es decir, basadas también en las leyes procedimentales correspondientes. El derecho jurídico-subjetivo a no verse sometido a una coacción ilegal (o, incluso, contraria a las leyes procedimentales) corresponde también aquí al siguiente principio jurídico objetivo: no habrá una intervención legal, sin la debida observación de las reglas procedimentales³³. Y lo mismo es aplicable al acto administrativo favorable. Tampoco aquí el Estado podrá actuar al margen de la ley y deberá observar, al menos, el Derecho legal vigente (independientemente de la validez de la reserva de ley en el ámbito prestacional)³⁴. Es decir que, en consecuencia, no podrá darse un acto administrativo con una irregularidad procedimental que, a pesar de ello, sea legal.

3. OTROS EFECTOS INMEDIATOS

Los demás efectos inmediatos de las irregularidades (es decir, los efectos independientes de las sanciones) pueden ser aludidos en los siguientes términos:

La nulidad basada en irregularidades notorias de forma o procedimiento se limita a casos excepcionales (aparte de los supuestos mencionados expresamente en el art. 44 II y 2 VwVfG)³⁵.

La determinación de cuándo puede entenderse una irregularidad procedimental como una lesión de los derechos fundamentales —con todas las consecuencias que ello conlleva—, sigue siendo objeto de polémica. Sin embargo, parece existir unanimidad en relación a que no toda irregularidad procedimental acontecida en un procedimiento que pudiera tener alguna relevancia fundamental, supone automáticamente

³¹ A favor de una aceptación de un procedimiento ilegal que no afecte a la ilegalidad de un acto administrativo, también BADURA, en: Erichsen/Martens (*op. cit.*, núm. 10), p. 386.

³² Al respecto, GRIMM, *NVwZ*, 1985, 865.

³³ Al respecto EIBERT, *Rechtswidrigkeit (op. cit.*, 30), p. 116; PIETZCKER, *VVDStRL*, 41 (1983), 266, 267; LÖWER, *DVBl*, 1981, 530.

³⁴ SCHILLING, *VerwArch*, 1987, 58, 71, resalta acertadamente la relación con el principio de igualdad.

³⁵ Sobre las causas de nulidad, p. ej., BADURA, en: Erichsen/Martens (*op. cit.*, núm. 10), p. 386; HILL, «Verfahren» (*op. cit.*, núm. 2), p. 443; HUFEN, *Fehler (op. cit.*, núm. 1), pp. 339 y ss.; R. WENDT, *JA*, 1980, 34 (con referencia extensa sobre la jurisprudencia).

te una lesión de los derechos fundamentales³⁶. Por otro lado, también resulta convincente la afirmación de que lesiones procedimentales especialmente graves (así, por ejemplo, en procedimientos constitutivos o concluyentes de derechos fundamentales) puedan adquirir la calidad de intervención en un derecho fundamental³⁷. Aun así, hay que distinguir entre los derechos procedimentales de carácter jurídico-fundamental (art. 19 IV de la Ley Fundamental y los llamados «derechos fundamentales judiciales»), de los de procedimientos constitutivos de derechos fundamentales (por ejemplo: derecho de asilo, derecho a la objeción de conciencia), de los que aparecen en procedimientos limitativos de derechos fundamentales y de los que, en fin, se refieren a procedimientos de mera conformación de aquéllos³⁸. Es verdad que la vehemencia con la que se desató esta polémica, no corresponde, ni mucho menos, a las consecuencias habidas en la práctica. El acto administrativo que haya «lesionado un derecho fundamental en su procedimiento» será contrario a Derecho: nada más y nada menos. Desde un punto de vista procesal nos encontramos ante la posibilidad de una lesión de un derecho y, por tanto, de la legitimación para la impugnación (art. 42 II VwGO) y —de confirmarse en el procedimiento la ilegalidad y la lesión del derecho en el proceso— entonces se dará la obligación del Tribunal de anular el acto administrativo basado en unas irregularidades procedimentales. La importancia de los derechos fundamentales no suprime la aplicabilidad de los artículos 45 y 46 VwVfG³⁹. Pero la obligación a llevar a cabo una interpretación conforme a la Constitución puede conllevar una interpretación restrictiva del ámbito de aplicación, de los requisitos y de las consecuencias de la aplicación.

El efecto más relevante de una irregularidad, aunque con frecuencia ignorado, es quizás la «repercusión» de tal irregularidad procedimental en el resultado material. Especialmente en resoluciones discrecionales o de valoración no se suelen poder distinguir claramente las irregularidades materiales de las procedimentales⁴⁰. Son especialmen-

³⁶ G. LÜBBE-WOLFF, *FS v. Simson* (1983), pp. 137, 142 y ss.

³⁷ La polémica existente ya con anterioridad a la sentencia sobre «Mühlheim-Kärlich» (BVerfGE, 53, 30, 65 y ss.) en torno a la garantía de los derechos fundamentales en el procedimiento [GOERLICH, *Grundrechte als Verfahrensgarantien* (1981); BETHGE, *NJW*, 1981, 1 y ss.; HUFEN, *NJW*, 1982, 2160 y ss.; DOLDE, *NVwZ*, 1982, 65 y ss.; Jürgen HELD, *Grundrechtsbezug des Verwaltungsverfahrens* (1984); con mayor actualidad GRIMM, *NVwZ*, 1985, 865, 9870; KOPP, *Die Verwaltung*, 1987, 1, 2) ha contribuido positivamente con una mayor diferenciación; sobre la intervención en la libertad del ejercicio de una profesión, TETTINGER, *NJW*, 1987, 294, 297.

³⁸ MEYER, *NVwZ*, 1986, 522; Hans-U. GALLWAS, *Grundrechte* (1985), p. 75; GRIMM, *NVwZ*, 1985, 865, 870.

³⁹ Diferente VG Arnsberg, *DVBt*, 1981, 648 y ss., con nota crítica de DE WITT, anulado por OVG Münster, *NVwZ*, 1987, 983; crítico también OSSENBUHL, *FS Eichenberger* (1982), p. 192 (con más referencias); HUFEN, *Fehler* (op. cit., núm. 1), pp. 418 y ss.

⁴⁰ Al respecto Robert ALEXY, *JZ*, 1986, 701, 706 y ss.; BENDER, *DVBt*, 1984, 301; PIETZCKER, *VVDStRL*, 41 (1983), 202; STEINBERG, *NJW*, 1984, 457 y ss.

te los vicios en el derecho de audiencia o en el esclarecimiento de los hechos los que provocan déficit de discrecionalidad, precisión y de proporcionalidad. Y puesto que como tales han de ser valorados, ello conlleva la inaplicabilidad de las normas de subsanación (arts. 45 y 46 VwVfG).

III. LA SANCION Y SU PRETENSION

1. LA SANCIÓN Y SUS DIFERENTES ÁMBITOS

Con el concepto de «sanción» se hace aquí referencia a un efecto de una irregularidad que sólo procederá como consecuencia de una acción legal especial o de una resolución revisora y que actúa sobre el acto administrativo procedimentalmente viciado ⁴¹. Llama la atención que precisamente en Alemania la sanción propuesta por el procedimiento administrativo desempeñe un papel tan importante, siendo así que las reacciones y formas de control internas como la suspensión ⁴², la inspección de naturaleza jurídica ⁴³, las resoluciones estimatorias y el procedimiento de impugnación ⁴⁴ han pasado a un segundo plano. Y ello a pesar de que muchos de los problemas que se tratarán acto seguido no serían con seguridad tan graves si la Administración misma hiciese mayor uso de las posibilidades de sanción y corrección que tiene a su disposición.

2. LEGITIMACIÓN DE DEMANDA

La legitimación para ejercitar la acción de impugnación requiere como requisito previo, según el artículo 42 II VwGO, la lesión de una posición jurídica protectora del interesado ⁴⁵. Los supuestos en los que éste es el destinatario de un acto administrativo de gravamen o restrictivo de su esfera jurídica («Teoría del destinatario») ⁴⁶ no son problemáticos. En la práctica se dan, sin embargo, y cada vez con mayor frecuencia, y sin haberse acertado a dar una solución a su régimen, actos

⁴¹ HUFEN, *Fehler* (op. cit., núm. 1), p. 343, desarrolla con mayor profundidad de la que aquí me está permitido la división entre las consecuencias inmediatas de los vicios y las sanciones; actualmente también SCHNAPP, *VerwArch*, 1987, 433.

⁴² HUFEN, *Fehler* (op. cit., núm. 2), p. 345.

⁴³ HILL «Verfahren» (op. cit., núm. 2), p. 460; HUFEN, *Fehler* (op. cit., núm. 1), p. 347.

⁴⁴ *Fehler* (op. cit., núm. 1), p. 350.

⁴⁵ Cfr., p. ej., BVerwGE, 64, 347, 352; fundamental M. SCHRÖDER, *Jura*, 1981, 617 y ss.

⁴⁶ Actualmente, p. ej., BVerwG, *DVBl*, 1984, 82; C. H. ULE, *Verwaltungsprozessrecht*, 9.ª ed. (1987), pp. 206 y ss.; STERN, *Verwaltungsprozessuale Probleme*, p. 156, y también GÖTZ FRANK y H. W. LANGREHR, *Verwaltungsprozessrecht* (1987), p. 67.

administrativos de gravamen frente a terceros, en los que será decisivo el resultado aproximativo jurídico material (incluidas las normas de garantía, mandatos de consideración, derecho a un trato igual, derechos fundamentales y la pretensión a un ejercicio de la discrecionalidad libre de vicios)⁴⁷. En estos casos es posible que la irregularidad procedimental aumente las posibilidades de una lesión jurídica; sin embargo, el estudio de los problemas específicos de los efectos de las irregularidades procesales resulta redundante, dado que la legitimación de impugnación ya se deduce del derecho material (posiblemente lesionado). Tampoco resulta problemático el «supuesto contrario», a saber: cuando el recurrente alega un bien jurídico material que no le corresponde o un mero interés económico o ideal y se remite, además, a la lesión de una norma procedimental que no le protege: entonces no estará legitimado para entablar la acción⁴⁸.

No se plantean tampoco demasiados problemas cuando el recurrente alega la lesión de un bien jurídico material atribuido a él y, asimismo, alega la lesión de un derecho procedimental que no le protege⁴⁹. En estos casos obtendrá generalmente una revisión completa de la resolución en el procedimiento administrativo, siempre y cuando resulte plausible que esa resolución le ha afectado. El obstáculo procesal de la legitimación para recurrir no debería impedir la revisión de la cuestión de si en un procedimiento correcto en todos sus aspectos la resolución que afecta a un sujeto hubiese sido diferente⁵⁰.

El supuesto contrario, es decir, la lesión de una posición jurídica procedimental sin una lesión visible del derecho material «que se alberga detrás de éste», presenta bastantes más dificultades⁵¹. La doctrina dominante admite la legitimación sólo en aquellos casos en los que del escrito se pueda deducir que de la irregularidad procedimen-

⁴⁷ Esta temática no puede profundizarse debidamente en este lugar. A título introductorio, p. ej., Wolfgang CLOOSTER, *Rechtsschutz Dritter gegen Verfahrensfehler in immissionsrechtlichen Genehmigungsverfahren* (1986), pp. 21 y ss., y *passim*; TSCHIRA/SCHMITT GLAESER, *Verwaltungsroßrecht*, 7.ª ed., p. 85; PIETZNER/RONELLENFITSCH, *Assessorexamen* (op. cit., núm. 10), p. 82.

⁴⁸ Cfr. BADURA, en: Erichsen/Martens (op. cit., núm. 10), p. 389; sobre las bases dogmáticas KREBS, *FS Menger*, pp. 191 y ss.

⁴⁹ Ejemplo: El propietario de una finca puede verse afectado por un proyecto, pero alega, no obstante, que se ha omitido la audiencia de un órgano administrativo de especial y decisiva importancia para el interés público o que a algún otro vecino no se le había concedido audiencia.

⁵⁰ El BVerwG ha elaborado esta temática en su sentencia de 18 de marzo de 1983, *NJW*, 1983, 2459; sobre el punto de vista decisivo de la atribución de intereses en la «relación triangular» se manifiestan también BREUER, *DVBt*, 1983, 431 y ss.; LÖWER, *DVBt*, 1981, 529; Reiner WAHL, *JuS*, 1984, 577, 580; MAYER/KOPP, *Allgemeines Verwaltungsrecht*, 5.ª ed. (1985), p. 379; con mayor detalle HILL, «Verfahren» (op. cit., núm. 2), pp. 403 y ss.; sobre el fortalecimiento de derechos procesales sobre posiciones subjetivas fundados en el interés público, *vid.* SCHMIDT-ABMANN, en: Maunz/Dürig/Herzog/Scholz, art. 19 IV GG, número marginal 149.

⁵¹ Ejemplo: El demandante aduce la lesión de un derecho que no le era atribuible o la mera lesión de un interés ideal o económico, pero indicando que ha sido lesionada una regulación procedimental de garantía.

tal impugnada se derivan consecuencias jurídico-materiales⁵². Sin embargo, en esta argumentación el enjuiciamiento de la admisibilidad se centra demasiado en la orientación hacia el resultado. Ignora, por un lado, que los derechos procedimentales recogidos legalmente no son meras garantías «accesorias» del derecho material correspondiente, sino que nos encontramos ante derechos subjetivos del ciudadano. Y, por otro lado, ignora que el «Derecho material» no es simplemente una deducción de las posiciones jurídicas existentes, sino que se configura y aclara *en el mismo procedimiento*; como igual pasa por alto que los intereses se pueden convertir en derechos y que las posiciones jurídicas subjetivas pueden ser el fruto de meros intereses de la comunidad. No tiene por qué ser aceptada sin más la concreción del contenido en un margen «inferior» al que definiría la intervención o la remisión a la vinculación social en un procedimiento en el que se lesionan derechos de garantía del recurrente. Una vez determinada la intervención de una posición procedimental garante del administrado resultarán superfluas todas las especulaciones sobre lesiones jurídico-materiales.

De lo que se trata, en consecuencia, es de determinar qué se entiende por regulaciones procedimentales «garantes del recurrente». Habrá que incluir aquí con seguridad aquellas normas y principios procedimentales que regulen especialmente la inclusión del interesado en el procedimiento, es decir, por ejemplo, el derecho de audiencia, el asesoramiento y la igualdad de oportunidades⁵³.

Tanto la determinación de los hechos como la colaboración de otros entes públicos conlleva toda una serie de dudas en torno a su finalidad garante⁵⁴. En relación al tema de la legitimación no puede ignorarse que la «teoría de la norma protectora» misma exige, en su versión restrictiva, sólo que la norma tenga *también* efectos de garantía del recurrente. Dado que la determinación de los hechos *también* está al servicio de los derechos del recurrente —así cuando afecte, por ejemplo, a aspectos materiales y elementos del ámbito normativo cercano a éste—, y ya que también la colaboración de otros entes públicos puede contribuir con elementos de garantía, habrá que admitir en estos supuestos la función garantizadora de las normas procedimentales y, por tanto, aceptar generalmente la posibilidad de la lesión jurídica de acuerdo al artículo 42 I VwGO.

⁵² Cfr., p. ej., BVerwGE, 61, 256, 275; en cierto modo también HILL, «Verfahren» (*op. cit.*, núm. 2), pp. 404 y ss., que subraya la necesidad de una lesión jurídica mediante la resolución, no siendo suficiente el vicio procedimental.

⁵³ Al respecto BREUER, DVBl, 1983, 436, y la tesis doctoral de Franz GEIST-SCHELL, *Schutznormentheorie und Verfahrensfehler* (1987).

⁵⁴ Rechazado, p. ej., en el BVerwGE, 41, 58, 63; con amplias referencias en BATTIS, DÖV, 1981, 438; LÖWER, DVBl, 1981, 528; PEINE, DÖV, 1983, 109, 113.

En resumidas cuentas, apenas ya es justificable la interpretación restrictiva de la teoría de la norma protectora en aquellas irregularidades procedimentales «puras», ni en lesiones de normas procedimentales de imputación jurídico-subjetiva incierta al recurrente⁵⁵.

3. LA PRETENSIÓN DE ANULACIÓN Y DE REALIZACIÓN DE UNA ACTUACIÓN POSITIVA

De conformidad con el artículo 20 I de la Constitución, en relación con el 20 III y la reserva general de Ley, tiene garantizado el ciudadano que sus derechos únicamente pueden ser intervenidos en el marco de un procedimiento ajustado a Derecho y de un fundamento legal (por ejemplo, una causa legal de denegación). Si la autoridad actúa en contra, entonces el derecho reaccional contra la coacción ilegal se convierte en una pretensión material de anulación por parte del ciudadano contra la resolución basada en un procedimiento ilegal⁵⁶.

La causa de un gran número de dificultades de la teoría de los efectos de las irregularidades se explica por la circunstancia de que ni la VwVfG ni la VwGO regulan las bases jurídico-materiales de esta pretensión de anulación y de realización de una actuación positiva, así como el que el artículo 46 VwVfG tan sólo abarque una restricción legal de esa pretensión y, en fin, que el artículo 113 VwVfG regule únicamente su realización procedimental⁵⁷. Los requisitos jurídico-materiales de la pretensión de anulación se «incluyen» casi automáticamente en la aplicación del artículo 113 VwGO, pero en la práctica no parecen tener consecuencias, ya que esta norma, como regulación procedimental, reproduce con exactitud los requisitos jurídico-materiales de la pretensión de anulación. La ilegalidad, y la consecuente lesión jurídica que conlleva, fundamentan una pretensión de anulación material, siendo, a su vez, el requisito para su desarrollo procedimental. Ahora bien, en cuanto al contenido, se trata aquí de dos cuestiones completamente distintas⁵⁸.

⁵⁵ Similar SCHMIDT-ABMANN, en: Maunz/Dürig/Herzog/Scholz, GG, art. 19 IV, número marginal 155. Ciertamente instructiva es la sentencia del OVG Koblenz de 13 de febrero de 1986, NVwZ, 1986, 1036, sobre la legitimación de entablar acción de unos padres, fundada en la autorización viciada procedimentalmente de un titular de la escuela sobre la disolución de ésta; una referencia bibliográfica sobre el significado de la teoría de la norma protectora en RONE-LLENFITSCH/WOLF, NJW, 1986, 1955.

⁵⁶ GRIMM, NVwZ, 1985, 865, 871.

⁵⁷ En relación a la estructura dogmática poco clara de la pretensión de anulación, *vid.* también FABER, *Verwaltungsrecht* (op. cit., núm. 9), pp. 201, 205; F. WEYREUTHER, *FS Menger*, pp. 681 y ss.

⁵⁸ Sobre la inseguridad en la atribución de la pretensión de anulación, p. ej., KREBS, *DVBj*, 1984, 109; en HILL, «10 Jahre» (op. cit., núm. 1), p. 13, se encuentra una clara diferenciación entre la pretensión material de anulación y su realización procesal; así también MEYER, *NVwZ*, 1986, 516; SCHENKE, *DÖV*, 1986, 311.

La lesión de un derecho propio será el requisito subjetivo de la pretensión de anulación y de su ejecución procedimental, pero también del acto administrativo procesalmente viciado.

Si una irregularidad procedimental implica claramente una intervención en un derecho material, es decir, si tanto el procedimiento como el resultado material no son conformes a Derecho, entonces la pretensión de anulación y la impugnación estarán fundadas siempre que cumplan los restantes requisitos del artículo 113 VwGO. Y a la inversa, tanto la acción de nulidad y de realización de una actuación positiva carecerán de fundamento jurídico cuando se trate de lesiones de bienes jurídicos ajenos y se apele a derechos procedimentales ajenos o, simplemente, de interés público.

Si, en cambio, se ha dictado un acto administrativo materialmente ajustado a Derecho, pero basado en un procedimiento viciado, y la razón de la ilegalidad se limita al Derecho procedimental, entonces, de acuerdo a la opinión mayoritaria, sólo serán las irregularidades procedimentales las que deberán fundar el derecho de anulación y la justificación de la impugnación en las que se «base» la resolución impugnada, es decir, las que hayan tenido una repercusión demostrada en el resultado material⁵⁹. Esta argumentación no se refiere solamente al período anterior a la vigencia de la VwVfG⁶⁰; ésta, y especialmente el artículo 46, se entienden, más bien, al contrario, como señal de que el legislador simplemente ha recogido las limitaciones elaboradas ya por la jurisprudencia en torno a la pretensión de anulación⁶¹. Y sobre ello también se encuentran continuas referencias a las regulaciones «paralelas» de los artículos 562 de la Ley de Enjuiciamiento Civil alemana (Zivilprozeßordnung, ZPO) y 144 IV VwGO, según las cuales se podrá desestimar una revisión, a pesar de darse una lesión de la ley, cuando la resolución sea correcta por otras razones⁶².

Siguiendo con esta misma línea argumental, hay que añadir que de otra forma se ignora que los principios elaborados para la regulación jurídico-procesal de la casación no son aplicables ni al artículo 113 VwGO, ni muchos menos a la pretensión de anulación jurídico-mate-

⁵⁹ Cfr., p. ej., BVerwGE, 64, 33; BVerwG, Buchholz, 316, § 46, núm. 8; BVerwGE, 65, 287, 289; BVerwGE, 69, 256 —Anulación por parcialidad se da tan sólo cuando se refleje en la sentencia—. Así también, BADURA, en: Erichsen/Martens (*op. cit.*, núm. 10), p. 385; PIETZNER/RO-NELLENFITSCH, *Assessorexamen* (*op. cit.*, núm. 10), p. 275; SCHNAPP, *VerwArch*, 1987, 439 (en el supuesto atípico de un vicio en el procedimiento de votación municipal); también STERN, *Verwaltungsprozessuale Probleme* (*op. cit.*, núm. 6), p. 179, pero diferencia si el resultado del acto administrativo es acertado o si esta irregularidad se plasma en el resultado.

⁶⁰ Así, HILL, «Verfahren» (*op. cit.*, núm. 2), p. 102.

⁶¹ Expresamente BADURA, en: Erichsen/Martens (*op. cit.*, núm. 10), p. 387, con amplias referencias bibliográficas en la nota núm. 9, p. 184.

⁶² Así especialmente BVerwGE, 61, 45, 49; pero también, p. ej., en BETTERMANN, *FS Menger*, pp. 712, 716; KOPP, *VwVfG* (*op. cit.*, núm. 10), § 46, número marginal 2; igualmente crítico H. MEYER, *NVwZ*, 1986, 521.

rial. Además, el artículo 46 VwVfG contiene actualmente una regulación completamente distinta para este supuesto (limitación de esta pretensión sólo en aquellos supuestos en los que *no hubiese podido dictarse otra resolución* en el asunto). La historia de la elaboración del artículo 46 VwVfG demuestra también que el legislador —muy acertadamente— quiso distanciarse explícitamente de cualquier planteamiento casual en el ámbito de los efectos de las irregularidades, ya que, de lo contrario, los Tribunales se inmiscuirían en el ámbito funcional de la Administración⁶³ y el ciudadano se vería obligado a llevar a cabo la prueba casi imposible de que el resultado hubiese sido otro si el procedimiento se hubiese llevado a cabo correctamente. Ello vendría a presumir una actuación mortificante del órgano administrativo correspondiente, pues con toda seguridad éste insistirá que en un procedimiento correcto se hubiese llegado exactamente al mismo resultado.

El argumento contrario decisivo deriva de la ya mencionada conexión entre lesión jurídica y reserva de la ley y de la vinculación jurídico-estatal de la Administración. Esta concepción significa que el ciudadano se encontraría ante una exigencia contraria al ordenamiento jurídico-estatal y a los derechos fundamentales de tener que aceptar una intervención ocasionada por una infracción notoria de un derecho procedimental de garantía. La infracción de los requisitos legales de intervención quedaría sin consecuencias, en contra de la regulación de los artículos 20 III y 19 IV de la Constitución⁶⁴. La ley tan sólo regula una única excepción admisible de la pretensión de anulación fundamental y jurídico-estatal (independientemente de la irregularidad subsanada del art. 45 VwVfG): la irregularidad será irrelevante y, por tanto, no acarreará ninguna sanción cuando no se haya podido tomar otra disposición en el asunto⁶⁵. Pero los artículos 113 VwGO y 46 VwVfG no dan lugar para teorías de causalidad o de esencialidad⁶⁶.

⁶³ Así, HILL, «Verfahren» (*op. cit.*, núm. 2), pp. 125 y 478.

⁶⁴ Igualmente SCHMIDT-ABMANN, en: Maunz/Dürig/Herzog/Scholz, GG, art. 19 IV, número marginal 282, que le concedería al legislador un margen sancionador y, al mismo tiempo, reclama una interacción de la ilegalidad. En relación a la garantía constitucional de la pretensión de eliminación del acto administrativo viciado procedimentalmente, discordante, SCHENKE, DÖV, 1986, 309; sobre el reducido significado propio de la palabra *dadurch* en el marco del § 113, *vid.* WEYREUTHER, FS Menger, p. 687.

⁶⁵ HILL, «Verfahren» (*op. cit.*, núm. 2), p. 104; BETTERMANN, FS Menger, p. 710; de forma similar, prohíbe el principio de la «doble cobertura» en el § 48 VwVfG la creación de una situación a su vez ilegal a través de la resolución de revocación. Al respecto, KOPP, VwVfG (*op. cit.*, núm. 10), 4.ª ed. (1987), § 46, número marginal 3; *cfr.* también la redacción del § 19 I 1: «excepto cuando tuviese que dictarse nuevamente un acto administrativo del mismo contenido».

⁶⁶ Nuevamente KOPP, VwGO, 7.ª ed. (1986), § 113, número marginal 28; MAYER/KOPP, *Allgemeines Verwaltungsrecht* (*op. cit.*, núm. 50), p. 727; sin embargo, no exenta de objeciones la resolución mayoritaria del Deutscher Juristen Tag, NJW, 1986, 3071, que tan sólo quiere admitir una anulación cuando la resolución material está viciada procedimentalmente y ello amparándose erróneamente en el § 132 II, núm. 3, VwGO. Es evidente la lesión del § 46 VwVfG mediante esta resolución.

Queda por dilucidar, además, si y hasta qué punto el interesado lesionado en su derecho material puede invocar una lesión de un derecho procedimental que no justifique un recurso. Aquí la intervención no afecta a una actividad procedimental viciada, sino, en el fondo, al resultado del procedimiento y a su divergencia del hipotético resultado de haber habido un procedimiento correcto⁶⁷. Este «desplazamiento de la carga» origina que se considere como una irregularidad ordinaria de valoración o de discrecionalidad, ya que el órgano administrativo no llevó a cabo de forma adecuada la imputación de intereses necesaria en la resolución de valoración⁶⁸.

4. «SUBSANACIÓN» POR EL TRIBUNAL CONTENCIOSO-ADMINISTRATIVO DE LOS DEFECTOS DE LA DETERMINACIÓN DE LOS HECHOS Y DE LA MOTIVACIÓN

El Tribunal Contencioso-Administrativo sigue teniendo una «función peculiar de subsanación» de los defectos de la determinación de los hechos y de la motivación en el procedimiento administrativo. Así, el principio inquisitivo (art. 86 VwGO) en relación con el artículo 113 VwGO provoca que el Tribunal tenga que llevar a cabo una determinación de los hechos propia para poder constatar que los autos ya están en condiciones de ser resueltos mediante sentencia⁶⁹. El fondo teórico de esta concepción es la idea de que el defecto de la determinación de los hechos desaparece automáticamente en una sentencia material correcta del Tribunal, así como mediante la actividad inquisitiva que le precede; a lo que hay que añadir una confianza prácticamente infinita en la capacidad inquisitiva de los Tribunales Contencioso-Administrativos⁷⁰.

Hay que tomar como cierto que el derecho de audiencia exige que el Tribunal lleve a cabo una aclaración completa del caso y que, una vez realizada, deberá desembocar en la ejecución inmediata de la pretensión de anulación, en su caso de reposición. Sin embargo, no se puede decir que la determinación de los hechos realizada por el Tribunal elimine retroactivamente la ilegalidad del procedimiento administrati-

⁶⁷ Cfr., además, BVerwG de 18 de marzo de 1983, NJW, 1983, 2459; similar OVG Koblenz, NVwZ, 1986, 1037; cfr. Hess VGH, DÖV, 1987, 497 (no hay lugar a apelación del propietario basada en la omisión de la audiencia de una asociación de protección de la naturaleza); y actualmente BVerfG (sala E), NVwZ, 1987, 969.

⁶⁸ De forma parecida (sobre las resoluciones valorativas), F. WEYREUTHER, FS Menger, pp. 681, 690.

⁶⁹ Extensamente BVerwGE, 64, 356; de forma ejemplar también BVerwG, NJW, 1987, 1431. Sobre el fundamento dogmático, HILL, «Verfahren» (op. cit., núm. 2), p. 117; HUFEN, Fehler (op. cit., núm. 1), p. 404.

⁷⁰ PIETZCKER, VVDStzRL, 41 (1983), 222; BROHM, NJW, 1984, 12 (Ü).

vo; ni tampoco por razones de reserva de ley o por la vinculación de la Administración a la ley. La infracción del artículo 24 VwVfG siempre conlleva la ilegalidad del acto administrativo, pues si infringe derechos subjetivos motivará un derecho de anulación y una lesión jurídica de acuerdo al artículo 113 VwGO⁷¹. Sin embargo, ni la anulación, con el consiguiente reenvío al órgano administrativo correspondiente, satisfará la pretensión de anulación del recurrente, sino que para ello será necesario que el Tribunal ejerza su competencia de anulación y de declaración directa del derecho, siempre y cuando sea capaz de compensar en su totalidad las desventajas ocasionadas por la irregularidad. Razón por la cual no se podrá aplicar la «subsanción» a los defectos de la determinación de los hechos que se hayan dado en resoluciones discrecionales o resoluciones con un margen de valoración⁷². La misma limitación se presenta en los supuestos con estructuras materiales o configurativas tan complejas que el Tribunal no pueda abarcarlas en su totalidad. Ello se dará, por ejemplo, en resoluciones que impliquen valoraciones⁷³, en resoluciones complicadas de pronósticos y en valoraciones subjetivas sobre la idoneidad, la capacidad y las decisiones de conciencia del demandante, etc.

Del artículo 45 VwVfG se deduce que el Tribunal no puede «subsancionar» de la misma manera los defectos del derecho de audiencia, por considerar que él mismo puede recibir directamente las alegaciones del interesado (art. 45 VwVfG)⁷⁴. Los déficit en la motivación, tal como los recoge el artículo 39 VwVfG, pueden ser subsanados, no obstante, bajo unas condiciones similares al supuesto de la determinación de los hechos, es decir, en la motivación de la sentencia⁷⁵. Pero tampoco aquí el afectado deberá tener que enfrentarse a nuevos elementos de motivación que no haya tenido ocasión de abordar en el procedimiento administrativo.

Hay que mencionar, finalmente, la posibilidad existente de una acción declarativa de consecución que prolonga la pretensión de una sanción, y ello también en relación a las irregularidades procedimentales, en los supuestos en los que el acto administrativo ya se ha tramitado, o es incluso irrelevante de acuerdo al artículo 46 VwVfG⁷⁶, pero exis-

⁷¹ La sentencia del BVerwG, NJW, 1987, 1431 y ss., no lo aprecia.

⁷² MARTENS, *Praxis* (op. cit., núm. 12), p. 137; similar SCHILLING, *VerwArch*, 1987, 76.

⁷³ Al respecto Joachim SCHWAB, *DVBt*, 1986, 170, 175; interesante es también VGH Mannheim, *NVwZ*, 1987, 66.

⁷⁴ El BVerwGE, 61, 45, 48, ignora este extremo, según el cual no depende de las conclusiones correspondientes del Tribunal, sino de la omisión de la audiencia en el procedimiento administrativo.

⁷⁵ No se puede profundizar en este lugar en el extenso debate sobre «inclusión posterior de motivaciones», cfr., p. ej., las referencias bibliográficas en KOPP, *VwVfG* (op. cit., núm. 10), § 45, número marginal 19; BADURA, en: Erichsen/Martens (op. cit., núm. 10), p. 391; HUFEN, *Febl* (op. cit., núm. 1), pp. 218, 404; demasiado lejos va el BayVGH, sentencia de 29 de agosto de 1985, *Bay VBl*, 1986, 178.

⁷⁶ SCHENKE, *DÖV*, 1986, 317.

ta un interés justificado en la aclaración de la ilegalidad del procedimiento⁷⁷.

IV. LA REGULACION DE LA IRRELEVANCIA DEL ARTICULO 46 VwVfG

1. EL ARTICULO 46 VwVfG: UNA LIMITACIÓN DEL RECURSO DE ANULACIÓN

La exposición precedente ha mostrado que es incorrecto estudiar el artículo 46 VwVfG aislado del supuesto ordinario de la sanción por irregularidad. Esta norma no regula los efectos de las irregularidades formales o procedimentales⁷⁸, sino que excluye, más bien, una consecuencia en un supuesto de excepción muy determinado. Con seguridad quedarían resueltos toda una serie de problemas si la redacción del artículo 46 VwVfG fuese la siguiente:

1. Quien haya visto lesionados sus derechos por un acto administrativo basado en una irregularidad o que no sea conforme a Derecho por alguna otra razón podrá solicitar su anulación.

2. Ello no será aplicable cuando el acto administrativo, aun dictado con infracción de normas procedimentales, de forma o de competencia territorial, no hubiese podido tener otro contenido.

El artículo 46 VwVfG vigente deberá ser interpretado de acuerdo al primer apartado de esta propuesta, es decir, deberá ser antepuesto a la revisión del artículo 113 VwGO. Ello es expresión de la vinculación de la Administración a la ley y del derecho del ciudadano a obtener una resolución basada en principios jurídico-estatales de igualdad. Atendiendo a la sistemática de los efectos de las irregularidades se observa que el artículo 46 VwVfG no se refiere ni a la ilegalidad del acto administrativo viciado en el procedimiento, ni al aspecto parte procesal de la pretensión de lograr una resolución⁷⁹. Se trata más bien de una limitación de la pretensión fundamental de la anulación extendida como un efecto común de las irregularidades. En los supuestos

⁷⁷ Especialmente al respecto SCHENKE, *DÖV*, 1986, 317 y ss.; también se encuentran referencias en MESSERSCHMIDT, *NVwZ*, 1985, 880; HILL, «Verfahren» (*op. cit.*, núm. 2), p. 465 (con amplias notas bibliográficas); en general, sobre la relación de Derecho procedimental, *vid.* MARTENS, *Praxis* (*op. cit.*, núm. 12), pp. 41 y ss.

⁷⁸ En cambio, p. ej., ULE/LAUBINGER, *Verwaltungsverfahrenrecht*, 3.^a ed. (1986), p. 405; sobre una crítica fundamental actualmente, KOPP, *Die Verwaltung*, 1987, 1, 21 (con referencias bibliográficas); sobre la inseguridad jurídica producida por el § 46 VwVfG, *vid.* también MESSERSCHMIDT, *NVwZ*, 1985, 879.

⁷⁹ Así también BETTERMANN, *FS Menger*, p. 713 (prohibición de anulación para la instancia de apelación).

de acto administrativo con doble efecto, es decir, en el que chocan la pretensión de anulación del administrado gravado y el interés del beneficiado en mantener la situación, el artículo 46 VwVfG permitirá equilibrar con medidas sancionadoras los intereses de las partes afectadas por la irregularidad procedimental.

En caso de ser aplicable el artículo 46 VwVfG, éste no podrá convertir en legal el acto administrativo ilegal a causa de una irregularidad procedimental, ya que incluso la falta de alternativa jurídico-material no puede subsanar la lesión *jurídico-procedimental*. Esta regulación es ajena a un planteamiento de causalidad, como podría ser el concepto de una «interrelación de la ilegalidad»⁸⁰. Ni por su posición, ni por su tenor literal, el artículo 46 VwVfG puede establecer vicios de procedimiento —importantes o insignificantes, esenciales o accesorios, graves o leves—, de los que se podría hacer depender su «anulabilidad»⁸¹. Este precepto tampoco incluye en los requisitos para una lesión jurídica (entendida según el art. 113 VwGO) una «revisión de causalidad» que éste no prevea y con el resultado de que todos los vicios procedimentales fueran irrelevantes, cuando el resultado material sea conforme a Derecho y no se pudiese probar su influencia en el resultado⁸². Incluso la frase «una irregularidad procedimental será irrelevante cuando no haya tenido repercusión en la regulación del contenido»⁸³, que parece lógica, es incompleta, puesto que habría que añadir: «... dado que cualquier otra resolución quedaba excluida por razones jurídicas».

El artículo 46 VwVfG no limita de forma inmediata el artículo 113 VwGO, ya que regula los aspectos materiales y no procedimentales de la pretensión de anulación. Por lo que carece de contenido cualquier objeción referente a la competencia en relación a una eventual limitación del Derecho federal⁸⁴.

⁸⁰ Sobre la pretensión de eliminar la ilegalidad ya en el § 46, cfr. especialmente KREBS, *DVBf*, 1984, 109; sobre la interrelación de la ilegalidad, SCHMIDT-ABMANN, en: Maunz/Dürig/Herzog/Scholz, art. 19 IV, número marginal 158, y la crítica de SCHENKE, *DÖV*, 1986, 309.

⁸¹ Así o de manera similar, STELKENS/BONK/LEONHARDT, *VwVfG*, 2.ª ed., § 46, números marginales 4 y 8a; FABER, *Verwaltungsrecht* (*op. cit.*, núm. 9), p. 183; WEYREUTHER, *DVBf*, 1972, 93.

⁸² Cfr. la crítica de HILL, «Verfahren» (*op. cit.*, núm. 2), p. 121; más referencias en HUFEN, *Fehler* (*op. cit.*, núm. 1), p. 411.

⁸³ Así también MAURER, *Allgemeines Verwaltungsrecht*, 5.ª ed., § 10, número marginal 25.

⁸⁴ Sobre el mismo tema, VON MUTIUS, *FS Menger*, p. 600; HILL, «Verfahren» (*op. cit.*, núm. 2), p. 104; sobre la modificación del § 113 mediante el § 46, OBERMEIER, *VwVfG* (1983), § 46, número marginal 20; se muestra discordante sobre los «argumentos de competencia», MEYER, *NVwZ*, 1986, 516. MEYER indica acertadamente que no se darían objeciones de tipo constitucional incluso cuando el § 46 afectase el aspecto procesal de la pretensión de la anulación: el § 113 VwGO, como fruto de la competencia legislativa concurrente del *Bund*, no incluye una regulación final sobre la supresión del Derecho del *Land*.

2. AMBITO DE APLICACIÓN

El carácter de excepción y el tenor literal determinan y reducen su ámbito de aplicación del artículo 46 VwVfG⁸⁵. En particular, se trata de determinar si se podría llegar a la misma resolución en el asunto o, incluso, si la resolución era ajustada a Derecho. No es decisivo que el órgano administrativo «hubiese debido» o «hubiese podido» dictar otra resolución. La única cuestión decisiva es si el órgano administrativo *no hubiese podido* resolver de otra manera, es decir, si ha tomado, por tanto, la única resolución correcta⁸⁶. En este caso, la estimación de la pretensión de nulidad generaría una situación contraria a Derecho —*dolo agit qui petit quod statim rediturus sit*—⁸⁷. Debe de ser seriamente criticada la actitud relativamente frecuente de la doctrina y de la jurisprudencia en sus exposiciones sobre el artículo 46 VwVfG, en las que se equiparan la simple legalidad con la falta de alternativa⁸⁸. No obstante, no hay duda respecto a la inaplicabilidad del artículo 46 VwVfG a las resoluciones discrecionales⁸⁹. Y carecerá de importancia si la Administración hubiese podido o debido tomar otra resolución en el asunto⁹⁰. La inaplicabilidad del artículo 46 VwVfG en las resoluciones discrecionales y en resoluciones que disponen de un determinado margen de valoración ya se deriva de la limitada competencia de enjuiciamiento judicial: el procedimiento administrativo desempeña una labor insustituible en todos aquellos casos en los que los Tribunales no puedan enjuiciar los márgenes de resolución de la Ad-

⁸⁵ Sobre la inaplicabilidad al margen del tenor literal (de los requisitos de la pretensión), así, p. ej., BVerwG, NVwZ, 1986, 576.

⁸⁶ Con mayor detalle que en este trabajo, HUFEN, *Fehler* (op. cit., núm. 1), p. 412.

⁸⁷ De manera similar, KOPP, *VwVfG* (op. cit., núm. 10), § 46, número marginal 7; BETTERMANN, *FS Menger*, p. 710, en relación a la unidad de la doctrina en torno a que el § 46 no afecta a la admisibilidad de una demanda, sino a su fundamento.

⁸⁸ Esta equiparación se encuentra ya en la motivación de la ley, BT-Drucks, VII, 910. Se pone (erróneamente) en conexión con los requisitos de la impugnación de los §§ 563 ZPO y 144 IV, y sobre todo en la jurisprudencia del BVerwG; cfr. entre las más actuales BVerwGE, 61, 45; 65, 287, 289; más correctas las sentencias de la Sala Octava, BVerwGE, 71, 63, 65, en las que se insiste en la falta de alternativas. También acertadamente el BVerwG de 29 de agosto de 1986, NVwZ, 1987, 215, en el cual el órgano administrativo no disponía de ningún margen de decisión en la reclamación de una subvención. Poco exacto el BVerwGE, 74, 19. En la bibliografía defienden la legalidad sencilla (en vez de la falta de alternativa), KOPP, *VwVfG* (op. cit., núm. 10), § 46, número marginal 1; MAURER, *Allgemeines Verwaltungsrecht* (op. cit., núm. 26), § 10, número marginal 41; MARTENS, *Praxis* (op. cit., núm. 12), p. 180; ULE/LAUBINGER, *VwVfR* (op. cit., núm. 78), p. 406.

⁸⁹ Con mayores referencias en BETTERMANN, *FS Menger*, pp. 725 y ss.; GRIMM, NVwZ, 1985, 865, 871; HILL, «Verfahren» (op. cit., núm. 2), p. 110; ULE/LAUBINGER, *VwVfR* (op. cit., núm. 78), p. 405; OVG Münster, DÖV, 1983, 986.

⁹⁰ La opinión contraria la recoge el Bay VGH, *Bay VBl*, 1981, 401, 404 = NVwZ, 1982, 510, 513, contradice ya el tenor literal del § 46 y es simplemente incorrecto. Crítico también SCHILLING, *VerwArch*, 1987, 45, 53.

ministración ⁹¹. Habrá que actuar con el debido cuidado, incluso cuando se haya reducido prácticamente a cero el margen de discrecionalidad, supuesto en el que la doctrina mayoritaria aplicaría el artículo 46 VwVfG ⁹². Y ello porque la reducción de la discrecionalidad no es un «estado» predeterminado desde un principio, sino que se trata de un proceso que se plasma a lo largo del procedimiento administrativo ⁹³. Por ello, es perfectamente admisible que en un procedimiento correcto este proceso de reducción de la discrecionalidad hubiese podido haber seguido otro curso. Ha de quedar claro, por tanto, que el artículo 46 VwVfG se aplicará solamente en aquellos casos en los que la misma ley haya fijado *originariamente* la falta de alternativa. Aunque actualmente ello sea aplicable a muy pocos supuestos ⁹⁴, no por ello contradice la regla fundamental expuesta. No es más que una muestra de la reducción de la capacidad de orientación de la ley en amplios sectores, de la estructura normativa finalista de muchas leyes planificadoras y del aumento de la poligonalidad de procedimientos administrativos que, a su vez, son tan sólo una consecuencia de la interdependencia y la «interacción» de las relaciones jurídicas ⁹⁵.

La ley está adquiriendo cada vez más el carácter de un encargo a la Administración para que concrete, abandonando así su tradicional función de orden exclusiva y concluyente. Y ello es aplicable tanto a la concreción de conceptos jurídicos indeterminados como a las resoluciones discrecionales. No deja de sorprender, por tanto, la ligereza en la distinción entre discrecionalidad y Administración reglada en los supuestos de aplicación del artículo 46 VwVfG ⁹⁶. Aquí la figura jurídica justificadamente caducada de «la única resolución correcta» cobra nuevamente una importancia insospechada en un aspecto jurídico-estatal especialmente delicado. No deberán repetirse las confrontaciones constitucionales, metódicas, empíricas y de dogmática administrativa a

⁹¹ Acertadamente KREBS, *DVBf*, 1984, 116; WAHL, *VVDStRL*, 41 (1983), 151, 170; diferente BETTERMANN, *FS Menger*, p. 728.

⁹² Más referencias en HILL, «Verfahren» (*op. cit.*, núm. 2), p. 110.

⁹³ Vid. VON MUTIUS, *Jura*, 1987, 100 («comprobación de los índices de determinación»); con un resultado similar también MEYER, *NVwZ*, 1986, 520, y FABER, *Verwaltungsrecht* (*op. cit.*, núm. 10), p. 113: «... cuando se fija exactamente el contenido de la resolución por vía legal». Vid. también BVerwGE, 61, 63, 65.

⁹⁴ Así la objeción de KREBS, *DVBf*, 1984, 112.

⁹⁵ Sobre la excepcionalidad de una determinación completa no sólo en las resoluciones discrecionales, también en HILL, *DÖV*, 1987, 885, 889.

⁹⁶ También aquí parece basarse en la motivación del § 46, BT-Drucks, VII/910, p. 65; de forma ejemplar de entre la bibliografía más actual, BADURA, en: Erichsen/Martens (*op. cit.*, núm. 10), p. 388; BVerwGE, 41, 46 y ss., y 65, 287 y ss.; también FABER, *Verwaltungsrecht* (*op. cit.*, núm. 9), p. 184, utiliza el concepto de la «Administración reglada» y parte de que en los conceptos jurídicos indeterminados sólo será adecuada a Derecho una resolución (aaO, p. 100); en desacuerdo se muestra HILL, «10 Jahre» (*op. cit.*, núm. 1), pp. 20/21; SCHENKE, *DÖV*, 1986, 316, y MEYER, *NVwZ*, 1986, 521 («Engaño de la jurisdicción contencioso-administrativa»), con una amplia referencia bibliográfica.

este último residuo de la dogmática administrativa positivista⁹⁷. Debe quedar absolutamente claro que esta ficción no servirá para limitar la vinculación jurídica concreta y actual de la Administración a las leyes administrativas ni a la pretensión de sanción del ciudadano.

En este sentido, habrá que descartar el concepto abstracto de «Administración reglada» tanto para la interpretación del artículo 46 VwVfG como para toda la doctrina de los efectos de los actos administrativos viciados procedimentalmente. En los supuestos de las llamadas resoluciones regladas habrá que plantearse en cada supuesto individual si el carácter reglado jurídico-material es tal y sólo cabía una única resolución correcta. Este y no otro es exactamente el contenido del precepto del artículo 46 VwVfG. Por lo que el artículo 46 VwVfG no será aplicable si el órgano administrativo hubiese tenido la posibilidad de escoger entre varios afectados o si tuviese alguna alternativa en su actuación (por ejemplo, aplicando el principio de proporcionalidad)⁹⁸. Por razones de definición no podrá darse la irrelevancia de los vicios procedimentales cuando se trate de resoluciones de valoración, es decir, de un concepto procedimental con alternativa⁹⁹. Más allá del ámbito de aplicación del «margen de valoración» hay una serie de conceptos de referencia personal, como «idoneidad», «fiabilidad», «conciencia», etc., que sólo podrán ser conformados mediante exposiciones subjetivas; y son justamente su subjetividad y su referencia personal los que los convierten en un tema tabú para la VwVfG¹⁰⁰. Tampoco se puede considerar que las pretensiones jurídico-materiales de autorización sean generalmente absolutas y faltas de alternativa en el sentido del artículo 46 VwVfG. Como prohibiciones preventivas con reserva de autorización (se crea la pretensión con el cumplimiento de los requisitos) están sometidas, más bien, a la reserva de su compatibilidad con derechos de terceros: lo que siempre es una reserva procedimental. El «enjuiciamiento judicial pleno» tampoco podrá sustituir

⁹⁷ Cfr., p. ej., RHINOW, *Rechtsetzung und Methodik* (1979), pp. 20 y ss.; ADOMEIT, *JZ*, 1980, 343; con más referencias en HILL, «Verfahren» (*op. cit.*, núm. 2), p. 113; id., *DÖV*, 1987, 885; SCHILLING, *VerwArch*, 1987, 68; MARTENS, *Praxis* (*op. cit.*, núm. 12), p. 140.

⁹⁸ SCHENKE, *DÖV*, 1986, 305, 316; cfr. también el interesante caso de Bay VGH, *NVwZ*, 1987, 729, con una remisión al § 127 AO (1977), y VGH Kassel, *NVwZ*, 1987, 510; sobre los actos administrativos con efectos dobles, SCHILLING, *VerwArch*, 1987, 78; fundamental CLOOSTERS, *Rechtsschutz* (*op. cit.*, núm. 47), pp. 92 y ss.

⁹⁹ Actualmente también M. BULLINGER, en: id., *Verwaltungsermessen im modernen Staat* (1986), p. 143.

¹⁰⁰ Por esta razón debería revisarse la aplicación irreflexionada del § 46 VwVfG a los supuestos de la objeción de conciencia en la jurisprudencia de la sala competente del BVerwG. Crítica también en HILL, «Verfahren» (*op. cit.*, núm. 2), pp. 120 y ss.; inaplicabilidad en las decisiones de valoración en GRIMM, *NVwZ*, 1985, 865, 871; sobre un control necesario del procedimiento de valoración y del resultado, ERBGUTH, *DVB*, 1986, 1230, 1235; sobre las resoluciones de valoración como mandato de optimización en STEINBERG, *NVwZ*, 1986, 814; con referencias bibliográficas en SCHMIDT-AßMANN, en: Maunz/Dürig/Herzog/Scholz, *GG*, art. 19 IV, números marginales 212 y ss.

en estos casos el procedimiento administrativo adecuado que responde y regula los intereses de los administrados.

Resumiendo se puede decir que, incluso en el marco de la denominada «Administración reglada», está reducido el ámbito de aplicación del artículo 46 VwVfG. Este precepto no podrá aplicarse en todos aquellos supuestos en los que no se pueda excluir que un procedimiento administrativo correcto hubiese conducido a otro resultado. Solamente esta interpretación restrictiva de la norma corresponde a una Administración reglada y está en concordancia al aumento de importancia del procedimiento administrativo ¹⁰¹.

3. CONSECUENCIAS JURÍDICAS

Las consecuencias jurídicas del artículo 46 VwVfG son en realidad más claras de lo que pudiera suponerse tras la polémica que ha suscitado esta norma ¹⁰²: Si el artículo 46 VwVfG es aplicable, el Tribunal *deberá* denegar la pretensión de anulación y desestimar el recurso únicamente basado en tal irregularidad. Por la misma razón, una revocación de la resolución (art. 48 VwVfG) supondría un vicio de discrecionalidad, ya que esta resolución debería ser dictada de nuevo ¹⁰³. Cuando el artículo 46 VwVfG no sea aplicable tendrán lugar las consecuencias comunes de las irregularidades —es decir, la pretensión de la anulación y la propia anulación en cuanto se den los requisitos del art. 113 VwGO—. Si el Tribunal no puede llevar a cabo las tramitaciones procedimentales necesarias por razones jurídicas o materiales deberá hacer una remisión a la Administración. Y en ninguno de estos supuestos hay lugar para la discrecionalidad del Tribunal ¹⁰⁴.

V. PERSPECTIVAS

Si el primer decenio de vigencia del VwVfG ha contribuido a una profunda aclaración de los requisitos propios de los procedimientos administrativos viciados y de los correctos, cabe ahora esperar que el se-

¹⁰¹ Ello es aplicable especialmente si se estima correcto que en el marco del desarrollo y la conformación de relaciones jurídicas en un futuro se acentuará la actividad administrativa cooperativa entre las partes. Así, p. ej., HILL, «10 Jahre» (*op. cit.*, núm. 1), p. 58.

¹⁰² Bibliografía en HUFEN, *Fehler* (*op. cit.*, núm. 1), pp. 418 y ss.; BETTERMANN, *FS Ipsen*, p. 288; sobre el problema de la aplicabilidad en las acciones de obligación, cfr. KOPP, *VwVfG* (*op. cit.*, núm. 10), § 46, número marginal 10; sobre la interrelación problemática entre el § 46 y el § 44 a VwGO, cfr. BVerwG, *NJW*, 1982, 120; HILL, «Verfahren» (*op. cit.*, núm. 2), p. 45.

¹⁰³ SCHENKE, *DÖV*, 1986, 311; HILL, «Verfahren» (*op. cit.*, núm. 2), p. 106.

¹⁰⁴ La opinión contraria de GÖTZ, *NJW*, 1976, 1429, y DEGENHARDT, *DVBl*, 1981, 201, ha encontrado una amplia resistencia; en síntesis, HILL, «Verfahren» (*op. cit.*, núm. 2), pp. 462 y ss.; KOPP, *VwVfG* (*op. cit.*, núm. 10), § 46, número marginal 11.

gundo decenio permita la aclaración de sus consecuencias. Ello requiere una revisión de las fórmulas de motivación tradicionales, que posteriormente deberían ser definidas nueva y definitivamente allí donde sea imposible una conciliación entre éstas y la vinculación de la Administración al Derecho procedimental y a las funciones de una Administración moderna para la creación de una justicia procesal y de resultado. Pero ello también presupone que los Tribunales Contencioso-Administrativos no se vean obligados a desempeñar, como actualmente, funciones originariamente administrativas ni a «jugar a ser Administración» y se decidan a reenviar las resoluciones al lugar donde les corresponde, según el sistema de la división de poderes de la Ley Fundamental, es decir: a la Administración ¹⁰⁵.

No se puede descartar ciertamente que, en casos excepcionales, tengan que resolver varias veces los Tribunales sobre un mismo asunto; pero esto no tiene demasiada importancia, si se tiene en cuenta el alivio que supondría para los Tribunales si el procedimiento administrativo no se redujese a ser una vía previa al procedimiento contencioso-administrativo (incluida la impugnación) y se procurase obtener ya una resolución al conflicto.

¹⁰⁵ Similar también SCHILLING, *VerwArch*, 1987, pp. 78 y ss.; sobre la responsabilidad de la Administración, también SENDLER, *NJW*, 1986, 1084, 1086.

