

Seguridad jurídica y protección de la confianza en el Derecho constitucional y administrativo alemán*

SUMARIO: I. EVOLUCIÓN HISTÓRICA DE LA DOCTRINA DE LA PROTECCIÓN DE LA CONFIANZA EN EL DERECHO CONSTITUCIONAL Y ADMINISTRATIVO ALEMÁN. II. FUNDAMENTACIÓN TEÓRICA Y CRÍTICA DE LA DOCTRINA DE LA PROTECCIÓN DE LA CONFIANZA. III. ESTRUCTURA Y ANCLAJE CONSTITUCIONAL DEL PRINCIPIO DE PROTECCIÓN DE LA CONFIANZA. 1. La estructura del principio de protección de la confianza. 2. Bases constitucionales de la protección de la confianza. IV. LA PROTECCIÓN DE LA CONFIANZA FRENTE AL LEGISLADOR. V. LA PROTECCIÓN DE LA CONFIANZA FRENTE A LA ADMINISTRACIÓN. 1. Precisión conceptual previa. 2. Firmeza, revisión y revocación de actos administrativos desfavorables (parágrafos 48.1, 49.1 VwVfG). 3. Revisión de actos favorables inválidos (parágrafo 48, apdos. 2 a 4, VwVfG). 4. Revocación de actos favorables conformes a Derecho. 5. La facultad de dictar «ordenes *a posteriori*», prevista en el Derecho administrativo especial.

1. EVOLUCIÓN HISTÓRICA DE LA DOCTRINA DE LA PROTECCIÓN DE LA CONFIANZA EN EL DERECHO CONSTITUCIONAL Y ADMINISTRATIVO ALEMÁN

La idea de la protección de la confianza apenas tuvo arraigo en la doctrina liberal del Derecho constitucional y administrativo alemán incluso hasta los tiempos de la República de Weimar. Ni siquiera la jurisprudencia de los tribunales –por lo general, poco afectos, como es sabido, al sistema político de la República de Weimar– solía recurrir a la protección de la confianza en su incesante búsqueda de principios o

* Traducción de Mariano BACIGALUPO SAGGESE.

institutos jurídicos oponibles a una legislación y acción administrativa en buena medida enderezadas a la construcción de un Estado de bienestar¹.

El despegue de la doctrina de la protección de la confianza tiene lugar en Alemania de manera notable a partir del final de la Segunda Guerra Mundial². La configuración por la Ley Fundamental de Bonn (en lo sucesivo, LFB) de un sistema de tutela judicial dirigido a proporcionar una protección intensa de los derechos subjetivos de los ciudadanos frente a los poderes públicos permitió con el tiempo que se admitiera la posibilidad de reaccionar judicialmente frente a la defraudación de la confianza de los ciudadanos en la fiabilidad de las medidas de los poderes públicos. Sobre esta base el Tribunal Federal de lo Contencioso-Administrativo (*Bundesverwaltungsgericht*: en lo sucesivo, BVerwG) comenzó tempranamente a elaborar una depurada doctrina jurisprudencial sobre los límites que la protección de la confianza imponía a la revisión de los actos administrativos favorables inválidos³. Conectando —siquiera de manera implícita— con esta doctrina, la del Tribunal Constitucional Federal (*Bundesverfassungsgericht*: en lo sucesivo, BVerfG) comenzó asimismo a establecer límites a la legislación retroactiva y, en general, modificadora de situaciones jurídicas⁴. Más tarde tanto la jurisprudencia de los tribunales contencio-

¹ Vid. BULLINGER, «Vertrauensschutz im deutschen Verwaltungsrecht in historisch-kritischer Sicht», *Juristenzeitung (JZ)*, 1999, pp. 905 s. (nota 4); W. JELLINEK, *Verwaltungsrecht*, 3.^a ed., Berlín, 1931, pp. 228 y ss.

Inicialmente, la doctrina desarrolló unas novedosas potencialidades de control jurídico a partir de una reinterpretación de la garantía constitucional de la propiedad propuesta por Martin WOLFF, que le atribuía una dimensión protectora, asimismo, de la confianza. En este sentido, vid. WIELAND, en DREIER (ed.), *Grundgesetz Kommentar*, vol. I, Tübinga, 1996, art. 14, núms. margs. 4 s.; M. WOLFF, «Reichsverfassung und Eigentum», en *Festgabe Kahl*, 1923, Parte IV, pp. 1 y ss.; *Entscheidungen des Reichsgerichts in Zivilsachen (RGZ)*, vol. 102, pp. 11 y ss.; vol. 111, pp. 320 y ss.

² Vid. MAURER, «Kontinuitätsgewähr und Vertrauensschutz», en P. KIRCHHOF, J. ISENSEE (eds.), *Handbuch des Staatsrechts der Bundesrepublik Deutschland (HSStR)*, vol. III, Heidelberg, 1988, parágrafo 60, núm. marg. 3; BULLINGER, *op. cit.* (nota 1), p. 906.

³ Cfr. *Entscheidungen des Bundesverwaltungsgerichts (BVerwGE)*, vol. 5, pp. 312 y ss.; vol. 6, pp. 1 ss.; vol. 9, pp. 251 y ss. Ya antes había adoptado esta dirección la jurisprudencia del Tribunal Superior Contencioso-Administrativo de Berlín (*Oberverwaltungsgericht*: en lo sucesivo, OVG): cfr. *Deutsche Verwaltungsblätter (DVBl)*, 1957, pp. 503 y ss. Resumen esta evolución jurisprudencial PÜTTNER, «Vertrauensschutz im Verwaltungsrecht», en *Veröffentlichungen der Vereinigung der Deutschen Staatsrechtslehrer (VVDStRL)*, vol. 32 (1974), pp. 200 ss.; así como OSSENBÜHL, *Die Rücknahme fehlerhafter begünstigender Verwaltungsakte*, 2.^a ed., Berlín, 1965.

⁴ Cfr. *Entscheidungen des Bundesverfassungsgerichts (BVerfGE)*, vol. 11, pp. 139, así como 145 s. Pueden consultarse mayores referencias jurisprudenciales en: MAURER, *op. cit.* (nota 2), núm. marg. 12; PIEROTH, «Die neuere Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts zum Grundsatz des Vertrauensschutzes», *JZ*, 1990, pp. 279 y ss. En torno a la jurisprudencia más reciente vid.: RENSMANN, «Reformdruck und Vertrauensschutz», *JZ*, 1999, pp. 168 ss.; FISCHER, «Die Verfassungsmässigkeit rückwirkender Normen», *Juristische Schulung (JuS)*, 2001, pp. 861 y ss.

so-administrativos como la constitucional extendieron el campo de aplicación del principio de protección de la confianza a una variada gama de formas de actuación y situaciones jurídico-administrativas (promesas, informaciones, circulares, práctica administrativa, contratos públicos, revocación de actos válidos, planeamiento, etc.)⁵.

La doctrina jurisprudencial y científica sobre el principio de protección de la confianza en el ámbito de la actividad administrativa resultó *codificada* por el legislador en 1976 con motivo de la aprobación de las Leyes de Procedimiento Administrativo de la Federación y de los *Länder*, cuya redacción —coincidente hasta la identidad, como es sabido— pactaron previamente ambas partes⁶. Sin embargo, en la medida en que los preceptos legales que recogen dicha doctrina continúan otorgando algunos márgenes de discrecionalidad a los órganos administrativos, es natural que pervivan hasta hoy la reflexión crítica e incluso, en ocasiones, la disparidad de criterio o polémica en torno, fundamentalmente, al significado y alcance constitucionales del principio de protección de la confianza.

II. FUNDAMENTACIÓN TEÓRICA Y CRÍTICA DE LA DOCTRINA DE LA PROTECCIÓN DE LA CONFIANZA

Precisamente por la razón a la que se acaba de aludir resulta oportuno examinar, siquiera en síntesis, la fundamentación teórica sobre la que descansa la doctrina de la protección de la confianza, así como la crítica que la misma ha merecido.

Desde el punto de vista de la Teoría del Estado, se considera que la garantía de la confianza de los ciudadanos en las instituciones constituye una «condición básica del orden político liberal y democrático»⁷. La inviolabilidad del ordenamiento jurídico por parte del legislador y de la Administración es considerada el presupuesto necesario para que los ciudadanos afirmen y presten su apoyo, desde la confianza, al ordenamiento. Desde la óptica de la teoría de los derechos fundamentales, se señala asimismo que la protección de la confianza significa protección de la libertad, ya que es aquélla la que garantizaría un desarrollo óptimo de la personalidad de los ciudadanos⁸.

⁵ Vid. al respecto las exposiciones panorámicas que ofrecen PÜTTNER, *op. cit.* (nota 3), pp. 200 ss., y OSSENBÜHL, «Vertrauensschutz im sozialen Rechtsstaat», *Die öffentliche Verwaltung (DÖV)*, 1972, pp. 25, 28 ss.

⁶ Vid. los párrafos 38, 48 a 50 y 60 de la Ley Federal de Procedimiento Administrativo (*Bundesverwaltungsverfahrensgesetz*: en lo sucesivo, BVwVfG), así como los preceptos correspondientes de las Leyes de Procedimiento Administrativo de los *Länder*.

⁷ Vid. MAURER, *op. cit.* (nota 2), núm. marg. 6.

⁸ Vid. GRABITZ, «Vertrauensschutz als Freiheitsschutz», *DVBl.* 1973, pp. 675, 681 y ss.

Por el contrario, es de importancia capital la crítica que, desde una perspectiva histórica, ha formulado recientemente BULLINGER a la doctrina de la protección de la confianza, en particular por lo que se refiere a los límites que ésta impone a la revisión de los actos administrativos favorables. Este autor confronta la idea de una comunidad basada en la confianza con la de una sociedad liberal basada en la razón. BULLINGER hace especial hincapié en el análisis de la transición del antiguo régimen, fundado en una visión estática privilegiadora de los intereses adquiridos de las clases dominantes, a la sociedad liberal de principios del XIX, cuyos fines eran la igualdad formal y el progreso y que, por ello, dio lugar a un Derecho público flexible y abierto a reformas⁹. En la construcción del Estado liberal la superación de la protección de la confianza en el mantenimiento del *statu quo ante* constituyó precisamente el requisito *sine que non* para la liberación de las fuerzas productivas, sociales y económicas.

También la doctrina científica que más recientemente se ha ocupado de la reforma del Derecho administrativo coincide en reivindicar un Derecho administrativo más flexible, necesariamente matizador del postulado de la protección de la confianza. Esta doctrina pretende facilitar la superación de petrificaciones e inercias arraigadas o enquistadas en la sociedad, así como la de las posiciones de veto que en cualesquiera órdenes de la vida puedan mantener los defensores del *statu quo*¹⁰. Asimismo, esta doctrina atiende a la necesidad de garantizar una protección eficaz de los derechos e intereses de terceros afectados por la autorización administrativa de instalaciones y productos potencialmente generadores de riesgos para aquéllos. Si se quiere evitar la parálisis decisoria en aquellas situaciones en que la Administración deba adoptar decisiones en ausencia de premisas ciertas y seguras, es evidente que aun en tales condiciones debe ser posible el otorgamiento de autorizaciones administrativas, pero, eso sí, siempre que éstas sean reversibles, esto es, quede garantizada la posibilidad de adaptar sus contenidos a la evolución de los conocimientos de manera flexible (por ejemplo, a través de la imposición *a posteriori* de cláusulas accesorias) o incluso mediante su revocación¹¹. Si bien se mira, esta solución no comporta sólo una limitación de la protección

⁹ Vid. BULLINGER, *op. cit.* (nota 1), pp. 907 y ss.

¹⁰ Vid. HOFFMANN-RIEM, «Ermöglichung von Flexibilität und Innovationsoffenheit», en HOFFMANN-RIEM/SCHMIDT-ASSMANN (eds.), *Innovation und Flexibilität des Verwaltungshandelns*, Baden-Baden, 1994, pp. 9 y ss.

¹¹ Vid. HOFFMANN-RIEM, *op. cit.* (nota 10), pp. 60 y ss. En general acerca de la necesidad de garantizar jurídicamente la posibilidad de que la Administración extraiga consecuencias de su capacidad de acumular enseñanzas y experiencias (*Lernfähigkeit*), vid. LADEUR, «Risikooffenheit und Zurechnung—insbesondere im Umweltrecht», en HOFFMANN-RIEM/SCHMIDT-ASSMANN (eds.), *Innovation und Flexibilität des Verwaltungshandelns*, Baden-Baden, 1994, pp. 111 y ss.

de la confianza de los titulares de las autorizaciones administrativas, sino también, por el contrario, una protección reforzada de la confianza de terceros afectados en que sus derechos e intereses serán objeto en el futuro de una protección dinámica. Dicho con otras palabras: la protección de la confianza en el marco de situaciones o relaciones jurídicas multipolares, caracterizadas además por la necesidad de adoptar decisiones en ausencia de premisas ciertas y seguras, presenta, así pues, un carácter claramente bifronte.

Las consideraciones anteriores se ven complementadas con las conclusiones que en el plano de la teoría social han venido formulando los cultivadores de una moderna disciplina o escuela de la ciencia socioeconómica, la economía institucional. Según éstas, la confianza recíproca constituye un presupuesto esencial del bienestar macroeconómico. Éste se incrementaría, en beneficio de todos, a través de interacciones productivas. El fin perseguido es, por tanto, la consecución de beneficios compartidos. Condición previa para que puedan tener lugar tales interacciones productivas es, sin embargo, la confianza de los distintos actores en su respectiva disposición recíproca a la cooperación. Para ello resulta imprescindible que éstos intercambien información creíble sobre sus intenciones y comportamientos futuros. La información es creíble cuando los actores —por ejemplo, a través de inversiones en su propia reputación— generan la expectativa de que se comportarán de acuerdo con las pautas de conducta que ellos mismos se han fijado¹². Un medio para lograrlo es, por ejemplo, la autovinculación normativa del Estado a través de reglas de protección de la confianza controlables por tribunales independientes. De este modo, la protección de la confianza se justifica, desde luego, racionalmente, por lo que no es una exigencia meramente romántica o irracional. De ahí que ya el Derecho administrativo liberal del siglo XIX admitiera la posibilidad de remover los obstáculos que aún el derecho de propiedad pudiera oponer a la acción pública (mediante la institución expropiatoria), claro que a cambio de una limitada protección de la confianza, concretada en la obligación de indemnizar al expropiado¹³. La cuestión que, así pues, ha merecido respuestas diversas a lo largo del tiempo no es la de si la confianza debe o no ser

¹² Vid. HOFFMANN/SUCHANEK, *Ökonomik*, Tubinga, 2000, pp. 23, 94, 208 y, por lo que se refiere en particular a la relación entre el Estado y los ciudadanos, 221 s. Cfr. asimismo RICHTER/FUROBOTN, *Neue Institutionenökonomik*, 2.^a ed., Tubinga, 1999, p. 240.

¹³ Vid. WIELAND, en DREIER, *op. cit.* (nota 1), art. 14, núm. marg. 2. En torno a la conceptualización de la actual garantía constitucional de la propiedad como una manifestación del principio genérico de protección de la confianza, *vid.* BVerfGE, vol. 31, pp. 275, 293; así como vol. 64, pp. 87, 104. Cfr. también BLANKE, *Vertrauensschutz im deutschen und europäischen Verwaltungsrecht*, Tubinga, 2000, pp. 110 s.; W. SCHMIDT, «Vertrauensschutz im öffentlichen Recht», *JuS*, 1973, p. 533.

protegida, sino únicamente la de cuál sea el grado óptimo de la protección que se le deba dispensar en los diversos supuestos en que pueda verse afectada¹⁴.

III. ESTRUCTURA Y ANCLAJE CONSTITUCIONAL DEL PRINCIPIO DE PROTECCIÓN DE LA CONFIANZA

1. LA ESTRUCTURA DEL PRINCIPIO DE PROTECCIÓN DE LA CONFIANZA

La doctrina alemana suele estructurar el principio de protección de la confianza en hasta tres o cuatro planos, niveles o categorías. Sin embargo, no existe unidad de criterio a la hora de adscribir cada uno de sus diversos elementos a uno u otro de dichos planos o niveles. En todo caso, cabe advertir de que a dicha estructuración no se le suele otorgar una significación dogmática concreta, ya que la finalidad que con ella se persigue es, en lo esencial, de carácter meramente heurístico. En el presente trabajo se partirá de la siguiente estructuración del principio de protección de la confianza¹⁵:

1) El presupuesto necesario para su aplicación es la frustración de una expectativa derivada de una situación de confianza creada por la conducta o el comportamiento de órganos de los poderes públicos. La situación de confianza la pueden originar regulaciones normativas o actos administrativos, como tendremos ocasión de analizar más adelante. También se admite la posibilidad de que la originen promesas¹⁶ o informaciones¹⁷ administrativas, circulares internas de la Administración¹⁸, contratos públicos¹⁹, planes urbanísticos y otros instrumentos de planeamiento²⁰, ac-

¹⁴ Sobre esta cuestión no parecen existir por ahora análisis pormenorizados, realizados desde la perspectiva de la economía institucional.

¹⁵ De una estructura similar a la aquí expuesta parten, asimismo, autores como: BLANKE, *op. cit.* (nota 13), pp. 88 s.; MAURER, *op. cit.* (nota 2), núms. margs. 7 y 9; R. SCHMIDT, «Flexibilität und Innovationsoffenheit im Bereich der Verwaltungsmassstäbe», en HOFFMANN-RIEM/SCHMIDT-ASSMANN (eds.), *Innovation und Flexibilität des Verwaltungshandelns*, Baden-Baden, 1994, pp. 67 y 106.

¹⁶ La (en su alcance limitada) protección de la confianza generada por la promesa de dictar un acto administrativo se encuentra regulada desde 1976 en el art. 38 VwVfG. Al respecto, así como sobre la promesa de realizar (u omitir) otras actuaciones administrativas, *vid.* MAURER, *op. cit.* (nota 2), núms. margs. 87 ss.

¹⁷ *Vid.* SCHWARZ, *Vertrauensschutz als Verfassungsprinzip*, Baden-Baden, 2002, pp. 350 s., quien en los supuestos de frustración de expectativas generadas por informaciones administrativas sólo admite como remedio la responsabilidad patrimonial de la Administración.

¹⁸ *Vid.* BLANKE, *op. cit.* (nota 13), pp. 250 ss.

¹⁹ *Vid.* MAURER, *op. cit.* (nota 2), núms. margs. 91 s.; SCHWARZ, *op. cit.* (nota 17), pp. 354 y ss.

²⁰ *Vid.* MAURER, *Allgemeines Verwaltungsrecht*, 13.^a ed., Munich, 2000, parágrafo 16, núms. margs. 26 ss., y parágrafo 28, núms. margs. 35 y ss. *In extenso* cfr. OH, *Vertrauensschutz im Raum- und Stadtplanungsrecht*, Berlín, 1990, *passim*.

tuciones materiales de la Administración²¹ o, en fin, sentencias judiciales²².

2) En segundo lugar, se requiere que el ciudadano haya *manifestado* de alguna forma su confianza. Dicho de otra manera: quien reclama la protección de su confianza tiene que poder acreditar que ha confiado. A este respecto se discute acerca de si se debe exigir en todo caso una manifestación positiva de la confianza o puede bastar una conducta omisiva indiciaria de una situación de confianza.

3) El tercer nivel lo ocupa el elemento valorativo decisivo para la protección de la confianza: ¿es la confianza manifestada por el ciudadano *merecedora de protección*? Para responder a este interrogante deben tenerse en cuenta, por un lado, los conocimientos y circunstancias de quien reclama la protección de su confianza y, por otro, el peso de los intereses públicos afectados.

4) Finalmente, por lo que se refiere a la consecuencia jurídica, la protección de la confianza, de proceder, puede consistir en: el mantenimiento del *statu quo ante*, la preceptividad de regímenes transitorios o la reparación indemnizatoria del daño causado por la frustración de la confianza.

2. BASES CONSTITUCIONALES DE LA PROTECCIÓN DE LA CONFIANZA

Una cuestión debatida hasta nuestros días —si dejamos de lado lo referente al principio *nulla poena sine lege* (art. 103.2 LFB)²³— es la de cuál sea el fundamento o anclaje constitucional del principio de protección de la confianza²⁴.

²¹ Vid. MAURER, *op. cit.* (nota 2), núm. marg. 99; SCHWARZ, *op. cit.* (nota 17), pp. 362 s.

²² Vid. MAURER, *op. cit.* (nota 2), núms. margs. 100 ss.; SCHWARZ, *op. cit.* (nota 17), pp. 363 y ss. *In extenso* cfr. LÜBBE, *Grenzen der Rückwirkung bei Rechtsprechungsänderungen*, Francfort, 1998, *passim*.

²³ La protección absoluta de la confianza que, a tenor de su dicción literal, proporciona el citado precepto constitucional se ha visto relativizada —de manera por cierto discutible— por la jurisprudencia de los Tribunales Supremo (BGH) y Constitucional (BVerfG) relativa a la punibilidad de las muertes causadas, sobre todo en el Muro de Berlín, por disparos efectuados por agentes de la Policía de Fronteras de la antigua RDA contra ciudadanos que pretendían cruzar irregularmente la frontera interior alemana con objeto de huir hacia la República Federal. Vid. BGHSt, vol. 39, pp. 1 y ss., y BVerfGE, vol. 95, pp. 96 y ss. En la doctrina, cfr. ALEXY, *Der Beschluss des Bundesverfassungsgerichts zu den Tötungen an der innerdeutschen Grenze vom 24. Oktober 1996*, Hamburgo, 1997; SCHMIDT-ASSMANN, en MAUNZ/DÜRIG, *Grundgesetz-Kommentar* (actualización correspondiente a julio de 2001), art. 103.2, núms. margs. 254 ss.; SCHWARZ, *op. cit.* (nota 17), pp. 145 ss.

²⁴ Con anterioridad a la entrada en vigor de la Ley de Procedimiento Administrativo (VwVfG), la jurisprudencia de los tribunales contencioso-administrativos prescindían de inferir el principio de protección de la confianza de la Constitución, por entender que éste constituía una mera manifestación del principio de buena fe en cuanto principio general del Derecho. En este sentido, *vid.* BVerwGE, vol. 3, pp. 199 y 203. Sobre la crítica a tal punto de vista *vid.*: BLANKE, *op. cit.* (nota 13), pp. 13 s., 20 s.; SCHWARZ, *op. cit.* (nota 17), pp. 135 y ss.

Durante un largo período de tiempo la jurisprudencia, encabezada por la del propio BVerfG, ha considerado que el principio de protección de la confianza se deduce de la genérica cláusula de Estado de Derecho, recogida en los artículos 20.3 y 28.1 LFB. Y ello en la medida indiscutida en que dicha cláusula comprende el principio de seguridad jurídica, una de cuyas manifestaciones sería, precisamente, el principio de protección de la confianza²⁵. Sin embargo, esta inferencia carece de todo apoyo explícito en el texto constitucional, por lo que se la ha tachado de endeble e incluso de voluntarista²⁶.

De ahí que sean cada vez más influyentes las voces que radican el principio de protección de la confianza en los derechos fundamentales²⁷. Tan es así que este punto de vista ha sido asimismo acogido por la reciente jurisprudencia constitucional²⁸. Sin embargo, permanece la discusión acerca de si la cláusula genérica de Estado de Derecho puede seguir operando como fundamento constitucional, siquiera subsidiario, del principio de protección de la confianza cuando la situación jurídico-subjetiva afectada no venga protegida por derecho fundamental alguno²⁹ o si esta última hipótesis no es posible teniendo en cuenta que siempre operaría, al menos, el derecho fundamental a la libertad general de acción, que se infiere, con el carácter de cláusula de recogida o derecho fundamental subsidiario (*Auffanggrundrecht*), del artículo 2.1 LFB³⁰. Tampoco existe unidad de criterio en torno a si el principio de protección de la confianza sólo permite, a modo de una garantía reaccional, la defensa de situaciones o posiciones jurídicas adquiridas o si, por el contrario, también legitima, a modo de una garantía prestacional, para exigir la continuidad de prestaciones abstractamente previstas en las normas, es decir, aún no reconocidas —a quien reclama su continuidad— mediante acto admi-

²⁵ Vid. BVerfGE, vol. 13, pp. 261 y 271; vol. 30, pp. 392, así como 401 ss.; vol. 45, pp. 142 y 167 s.; vol. 72, pp. 200 y 242. Resume esta doctrina constitucional BLANKE, *op. cit.* (nota 13), pp. 16 ss., 19 s.

²⁶ Vid. SCHWARZ, *op. cit.* (nota 17), pp. 231 y ss.

²⁷ En este sentido *vid.* las obras de habilitación más recientes sobre el principio de protección de la confianza: BLANKE, *op. cit.* (nota 13); LEISNER, *Kontinuität als Verfassungsprinzip*, Tübinga, 2002; SCHWARZ, *op. cit.* (nota 17).

²⁸ Vid. BVerfGE, vol. 97, pp. 67 y ss.; vol. 97, pp. 271 y ss. No obstante, en estas y otras sentencias recientes sigue siendo habitual que se relacione el principio de protección de la confianza, además de con el derecho fundamental afectado en el caso, con el principio genérico de Estado de Derecho. En este sentido, *vid.*, por ejemplo, BVerfG de 15.3.2000, en JZ, 2001, pp. 141, 145. De ahí que no pueda considerarse aún plenamente consolidada la nueva doctrina constitucional. Así lo sostiene, entre otros, RENSMANN, *op. cit.* (nota 4), p. 169.

²⁹ A favor: BLANKE, *op. cit.* (nota 13), pp. 76 y ss. En contra: SCHWARZ, *op. cit.* (nota 17), pp. 231 y ss.

³⁰ A favor: GRABITZ, *op. cit.* (nota 8), pp. 681 s. En contra: SCHWARZ, *op. cit.* (nota 17), pp. 231 y ss.

nistrativo³¹. La ventaja de entender que la protección de la confianza tiene su fundamento constitucional en los derechos fundamentales reside en la mayor aprehensibilidad de esta concepción, teniendo en cuenta el carácter tan depurado y elaborado de la dogmática alemana de los derechos fundamentales. Por el contrario, el contenido general de la cláusula de Estado de Derecho tiene contornos mucho más difusos. Si se considera que es éste el fundamento constitucional del principio de protección de la confianza, se traslada a este principio la vaguedad inherente a aquélla. Además, la conexión del principio de protección de la confianza con los derechos fundamentales tiene la ventaja de que el principio de proporcionalidad, propio de la aplicación de estos derechos, contribuye a flexibilizar y racionalizar la ponderación que resulta inevitable llevar a cabo a la hora de establecer si la confianza cuya protección se demanda es o no merecedora de protección. Estas breves consideraciones generales relativas a las bases constitucionales del principio de protección de la confianza necesitan ser concretadas para cada uno de los dos siguientes ámbitos de aplicación de dicho principio, a saber: de un lado, la protección de la confianza frente al legislador y, de otro, frente a la Administración.

IV. LA PROTECCIÓN DE LA CONFIANZA FRENTE AL LEGISLADOR

La protección de la confianza frente al legislador puede entrar en conflicto con la libertad de configuración de las nuevas mayorías parlamentarias y abocar así a una petrificación del ordenamiento jurídico difícilmente conciliable con el principio democrático. Para resolver este conflicto la jurisprudencia del BVerfG ha diferenciado tradicionalmente entre la retroactividad *en sentido propio*, en principio inconstitucional, y la retroactividad *en sentido impropio*, en principio constitucionalmente admisible. De ahí que el BVerfG considere que una legislación retroactiva en sentido propio sólo excepcionalmente resulta compatible con la Constitución. De acuerdo con la tradicional jurisprudencia del BVerfG, son supuestos excepcionales en que resulta

³¹ La doctrina se muestra mayoritariamente reticente a admitir un alcance prestacional tan amplio del principio de protección de la confianza: *vid.* BLANKE, *op. cit.* (nota 13), pp. 54 y ss., en particular 66 ss.; SCHWARZ, *op. cit.* (nota 17), pp. 265 y ss. Un punto de vista más generoso sostiene, sin embargo, KLOEPFER, *Grundrechte als Entstehenssicherung und Bestandsschutz*, Munich, 1970. En todo caso, se ha de tener presente que derechos prestacionales reconocidos por la ley pueden, en ocasiones, constituir el desarrollo de determinados derechos fundamentales (por ejemplo: protección de la familia, art. 6 LFB; derecho de propiedad, art. 14 LFB, cuando los derechos prestacionales reconocidos por la ley sean el resultado de una aportación previa de los interesados, como sucede en el caso de los derechos pasivos) y, por lo tanto, gozar de la protección propia de aquéllos (*vid.* BVerfGE, vol. 53, pp. 257, 291).

constitucionalmente admisible la retroactividad en sentido propio aquellos en que³²:

- los afectados no resulten sorprendidos por la modificación retroactiva de sus situaciones jurídicas, bien porque una regulación definitiva venga a reemplazar una regulación hasta entonces de naturaleza meramente provisional o se sustituya una regulación formalmente inconstitucional por otra de contenido idéntico formalmente ajustada a la Constitución, bien a partir del momento en que la ley resulte aprobada por el *Bundestag*³³ (si bien no ya a partir del momento en que se anuncie públicamente una modificación normativa, por ejemplo por el Gobierno³⁴);
- la regulación vigente anteriormente fuera oscura e incierta³⁵;
- el daño que se cause sea insignificante;
- así como, finalmente, cuando la retroactividad en sentido propio venga exigida por graves razones de interés público (entre las que se admite, por ejemplo, la necesidad de asegurar unas finanzas públicas saneadas y equilibradas³⁶).

Por el contrario, se considera que la retroactividad en sentido impropio sólo vulnera la Constitución cuando, ponderados en el caso concreto la confianza del ciudadano en la continuidad o permanencia de una situación jurídica, de una parte, y el interés general en su modificación, de otra, deba concluirse que prepondera aquélla sobre éste³⁷.

De acuerdo con la postura tradicional, concurre un supuesto de retroactividad en sentido propio cuando una norma, dictada *a posteriori*, incide, modificándola, sobre una situación jurídica concluida en

³² Vid. DEGENHART, *Staatsrecht*, vol. I, 17.^a ed., Heidelberg, 2001, pp. 144 s., núm. marg. 374; WERNSMANN, «Grundfälle zur verfassungsrechtlichen Zulässigkeit rückwirkender Gesetze», *JuS*, 1999, pp. 1178 s.; MUCKEL, «Die Rückwirkung von Gesetzen in der neueren Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts», *Juristische Ausbildung*, 1994, pp. 13 s.

³³ Vid. BVerfGE, vol. 72, pp. 200, 260; vol. 95, pp. 64, 87 y ss. Vid. el comentario crítico a esta jurisprudencia de RENSMANN, *op. cit.* (nota 4), p. 173. Y es que desde la aprobación de una ley por el *Bundestag* hasta su efectiva entrada en vigor puede transcurrir un período bastante largo de tiempo, toda vez que con posterioridad a aquélla debe aún intervenir en el procedimiento legislativo el *Bundesrat* (la Cámara alta del Parlamento federal) y el Presidente Federal, a quien compete sancionar y promulgar las leyes.

³⁴ Sin embargo, existen últimamente pronunciamientos jurisprudenciales no muy claros a este respecto; *vid.* sobre esta cuestión el punto de vista crítico de RENSMANN, *op. cit.* (nota 4), pp. 174 s.

³⁵ Vid. BVerfGE, vol. 13, pp. 261, 272; vol. 88, pp. 384, 404. Al respecto *vid.* la crítica de RENSMANN, *op. cit.* (nota 4), p. 173.

³⁶ Vid. BVerfGE, vol. 97, pp. 67 y ss. Critican la doctrina contenida en dicha sentencia: WERNSMANN, *op. cit.* (nota 32), pp. 41 s.; SCHWARZ, *op. cit.* (nota 17), pp. 121 ss., 128 ss.

³⁷ Vid. BVerfGE, vol. 72, pp. 200, 242.

el pasado, esto es, que no continúa a la entrada en vigor de la norma³⁸. Por el contrario, se ha entendido que se está en presencia de un caso de retroactividad impropia cuando la norma incide sobre situaciones jurídicas que, si bien comenzaron en el pasado, continúan o permanecen a la entrada en vigor de aquélla. En este sentido, se ha venido considerando que los criterios para discernir si concurre uno u otro de estos dos supuestos son, en lo esencial, los siguientes: de un lado, las circunstancias singulares de cada caso y, de otro, la situación jurídica afectada por la modificación normativa. De ahí que, por ejemplo, pueda no ser un factor relevante a los efectos de determinar si se está en presencia de un supuesto de retroactividad en sentido propio o no el que disposiciones patrimoniales efectuadas con la confianza de que no se verá alterado el *statu quo* jurídico al amparo del cual éstas se llevaron a cabo tengan el carácter de disposiciones concluidas o no³⁹. Esta cuestión es sin embargo decisiva cuando se modifica la legislación tributaria durante el ejercicio fiscal. Como es sabido, las normas tributarias suelen gravar determinados rendimientos obtenidos durante un período de tiempo determinado. Así, en el Impuesto sobre la Renta el hecho imponible no concluye hasta la expiración del año fiscal. Si el legislador modifica a la baja durante el ejercicio fiscal el carácter desgravable de determinadas inversiones con efectos sobre todo el ejercicio, es evidente que esta modificación afectará también a aquellos contribuyentes que hayan efectuado tales inversiones aun antes de la entrada en vigor de la reforma. Según el entendimiento tradicional, no es éste sin embargo, como se dijo, un genuino supuesto de retroactividad en sentido propio⁴⁰.

En general, existen supuestos cuya adscripción a una u otra clase de retroactividad, atendiendo a las reglas clasificatorias tradicionales recién expuestas, resulta difícil y, por ello, incierta. Un ejemplo: el legislador introduce la obligación de los fabricantes de automóviles de reciclar los vehículos por ellos fabricados que sean dados de baja. Esta obligación se extiende incluso a aquellos vehículos vendidos durante el año anterior a la entrada en vigor de la ley que establece esta nueva obligación⁴¹. ¿Es éste un caso de retroactividad propia o de retroactividad impropia? Realmente, en este caso no resultan modificados derechos ni deberes, ya que es la nueva ley la que introduce una obliga-

³⁸ Vid. FISCHER, «Die Verfassungsmässigkeit rückwirkender Normen», *JuS*, 2001, pp. 861 s.

³⁹ Sostiene un punto de vista crítico en torno a este punto RENSMANN, *op. cit.* (nota 4), pp. 170 s.

⁴⁰ Vid., por todas, BVerfGE, vol. 72, pp. 200, 250, 252 s. Esta jurisprudencia parece cambiar, sin embargo, a partir de BVerfGE, vol. 97, pp. 67 y ss. Al respecto vid. también: KIRCHHOF, «Rückwirkung von Steuergesetzen», *StuW*, 2000, pp. 221 y ss.; JACHMANN, «Zur verfassungsrechtlichen Zulässigkeit rückwirkender Steuergesetze», *ThürVBl.*, 1999, pp. 269 y ss.

⁴¹ Sobre un caso de características similares, vid. FISCHER, *op. cit.* (nota 38), p. 865.

ción antes inexistente. Si consideramos que el hecho afectado por la innovación normativa es la venta de automóviles durante el año anterior a su entrada en vigor, resulta que es éste, en efecto, un hecho acabado en el pasado. Ahora bien, si se entiende que el hecho afectado por la reforma es el reciclaje de automóviles dados de baja, entonces resulta que éste, en cambio, no es un un hecho acabado en el pasado, sino un hecho que continúa o permanece a la entrada en vigor de la nueva ley.

La adscripción de tales casos a una u otra clase de retroactividad resulta más fácil sobre la base de los nuevos conceptos o criterios de delimitación introducidos por la Sala Segunda del BVerfG a partir de 1986⁴². Si bien se entendió inicialmente que esta jurisprudencia encerraba un cambio de raíz respecto de la anterior, lo cierto es que tanto la doctrina científica mayoritaria como el propio BVerfG en su posterior jurisprudencia han acabado reconociendo que, en realidad, no estamos sino ante una precisión dogmática de las antiguas categorías⁴³. La diferencia radica únicamente en que el criterio de delimitación determinante no lo constituye ya el carácter acabado o no de la situación jurídica afectada por la modificación normativa, sino el momento a partir del cual ésta surte sus efectos. Así, concurrirá un supuesto de retroactividad en sentido propio cuando la norma ordene una «retroacción de sus consecuencias jurídicas», esto es, cuando ordene retrotraer los efectos de sus consecuencias jurídicas a un momento anterior a su entrada en vigor. Por el contrario, la retroactividad impropia consistiría en la inclusión de situaciones jurídicas anteriores a la entrada en vigor de una norma en el supuesto de hecho de la misma, pero surtiendo ésta sus efectos sólo a partir del momento de su entrada en vigor. Si aplicamos estos criterios al caso anteriormente descrito (obligación de los fabricantes de automóviles de reciclar los vehículos por ellos fabricados que sean dados de baja, incluso aquellos vendidos durante el año anterior a la entrada en vigor de la ley que establece esta nueva obligación), concluiríamos que se trata de un supuesto de retroactividad impropia, ya que la obligación de reciclar los vehículos dados de baja, aunque adquiridos antes de la entrada en vigor de la ley que la introduce, sólo surte efectos a partir de dicha entrada en vi-

⁴² Por el contrario, la Sala Primera del BVerfG se ha mantenido fiel a las categorías tradicionales (retroactividad en sentido propio *versus* retroactividad impropia).

⁴³ Con todo, la Sala Segunda del BVerfG no demoró mucho en reconocer expresamente que los nuevos criterios de delimitación por ella introducidos no encierran sino una nueva terminología, sinónima a la anterior (retroactividad en sentido propio/retroactividad impropia), pero, a su juicio, más ilustrativa. *Vid.* BVerfGE, vol. 97, pp. 67 ss., así como NVwZ, 1991, pp. 166 s. Cfr. también MAURER, *Staatsrecht*, Beck, Munich, 1999, pp. 585 y ss.; FISCHER, *op. cit.* (nota 38), p. 865; PIEROTH, *op. cit.* (nota 4), pp. 279, 281; SCHWARZ, *op. cit.* (nota 17), p. 558.

gor (es decir, sólo se aplica a vehículos dados de baja después de la entrada en vigor de la norma). Distinto sería el caso, sin embargo, si se obligase a los fabricantes de automóviles a reciclar incluso aquellos vehículos ya dados de baja antes de la entrada en vigor de la ley que establece por primera vez tal obligación.

Para ejemplificar la aplicación de estas nuevas categorías, resulta asimismo ilustrativo el caso de la modificación (al alza) del tipo de interés fijo de préstamos públicos bonificados para la adquisición de vivienda. Estaríamos ante un supuesto de mera retroactividad impropia si el incremento del tipo de interés, aunque se aplique a préstamos otorgados antes de la entrada en vigor de la reforma, sólo surte efectos respecto de los vencimientos futuros (y no respecto de los ya satisfechos en el pasado). Por el contrario, concurriría un supuesto de retroactividad en sentido propio si la norma ordenase retrotraer los efectos del nuevo tipo de interés a los vencimientos ya satisfechos antes de su entrada en vigor, de tal forma que se exigiese a los titulares de los préstamos abonar la diferencia de intereses no pagados en el pasado⁴⁴.

Con todo, tampoco la nueva formulación de los criterios de delimitación introducidos por la Sala Segunda del BVerfG permite llegar a resultados nítidos y unívocos en todos los casos. Así ocurre, en particular, con aquellas modificaciones que afectan a relaciones contractuales en vigor o, en general, a relaciones jurídicas duraderas, es decir, que permanecen en el tiempo. Por ejemplo, si una Ley de Protección del Consumidor prevé que el órgano jurisdiccional territorialmente competente para conocer de los conflictos que puedan surgir con ocasión de la ejecución de contratos de consumo es aquel en cuya circunscripción tenga su domicilio el demandante (consumidor), resultando nulas las estipulaciones contradictorias con esta previsión, aun si fuesen anteriores a la entrada en vigor de la ley, cabría tomar como punto de referencia, para determinar si la retroactividad inherente a la misma es propia o impropia, bien el momento de la celebración del contrato (en cuyo caso concluiríamos que la retroactividad operada por la ley lo es en sentido propio) o bien el posterior momento del surgimiento del conflicto (que nos llevaría a calificar la norma de retroactiva en sentido tan sólo impropio)⁴⁵. La razón última por la que no cabe concebir clasificación alguna que evite situaciones de duda radica en que existen múltiples formas de conectar el presente con el pasado; y de ahí, precisamente, la complejidad con que pueden configurarse por el legislador las estructuras normativas en los diversos

⁴⁴ Analiza un caso de estas características DEGENHART, *op. cit.* (nota 32), núm. marg. 371.

⁴⁵ *Vid.* al respecto DEGENHART, *op. cit.* (nota 32), núm. marg. 372. Por considerarlo un supuesto de retroactividad impropia se decantó BVerfGE, vol. 31, pp. 222, 226; vol. 71, pp. 230, 251.

sectores de regulación⁴⁶. Por ello, en supuestos límite la adscripción de los mismos a cualquiera de las dos categorías de retroactividad puede venir determinada, condicionada o influida por la técnica normativa empleada por el legislador, sin que, sin embargo, varíe en modo alguno el grado material de defraudación de su confianza que padece el ciudadano afectado por la norma. Esto lo ha reconocido el propio BVerfG, por lo que en algunos casos ha renunciado incluso expresamente a adscribir el supuesto sometido a su consideración a una u otra categoría de retroactividad⁴⁷.

De ahí que parezca oportuno sustituir la clasificación estricta que diferencia férreamente los requisitos de constitucionalidad a que se someten los dos tipos de retroactividad que se distinguen por una escala flexible articulada de manera unitaria en torno a la necesidad en cada caso de realizar una ponderación fundada en el principio de proporcionalidad⁴⁸. Del mismo modo que se ha aceptado una flexibilización de la llamada doctrina de los tres escalones (*Dreistufentheorie*)⁴⁹, relativa a los requisitos de constitucionalidad de medidas limitadoras del derecho fundamental a la libre elección y al libre ejercicio de las profesiones (art. 12 LFB)*, parece llegada la hora de aceptar también una flexibilización de las categorías de retroactividad propia e impropia, que, siendo sin duda de gran utilidad orientativa, no deben sin embargo erigirse en obstáculos a la ponderación constitucional necesaria en cada caso. Precisamente, el anclaje constitucional del principio de protección de la confianza en los derechos fundamentales (que, como se ha dicho, se está imponiendo de manera creciente) ofrece una base dogmática sólida y adecuada a una teoría flexible de la retroactividad como la que aquí venimos postulando.

V. LA PROTECCIÓN DE LA CONFIANZA FRENTE A LA ADMINISTRACIÓN

Son múltiples las situaciones en que la confianza de los ciudadanos puede ser merecedora de protección frente a la Administra-

⁴⁶ Vid. PIEROTH, *op. cit.* (nota 4), pp. 279 s.; FISCHER, *op. cit.* (nota 38), p. 865.

⁴⁷ Vid. BVerfGE, vol. 97, pp. 67, 81.

⁴⁸ Aunque con matices propios, apuntan en esta línea, asimismo, las propuestas de FISCHER, *op. cit.* (nota 38), p. 866, así como las de RENSMANN, *op. cit.* (nota 4), pp. 172, 173 s. y 175.

⁴⁹ Vid. WIELAND, en DREIER, *op. cit.* (nota 1), art. 12, núms. margs. 105 ss.

*En razón de su contenido, intensidad y finalidad, se distinguen en la doctrina constitucional alemana tres tipos de medidas limitadoras del derecho fundamental a la libre elección y al libre ejercicio de las profesiones, a saber (ordenadas de menor a mayor intensidad): en primer lugar, imposición de reglas relativas a cómo deba ejercerse una determinada actividad profesional; en segundo lugar, limitaciones *subjetivas* al acceso a una determinada profesión (por ejemplo, exigencia de superación de una prueba de aptitud); en tercer lugar, limitaciones *objetivas* al acceso a una profesión (por ejemplo, contingenciación del número de autorizaciones necesarias para su ejercicio) —N.d.T.—.

ción⁵⁰. Las consideraciones que siguen se centrarán, sin embargo, en un ámbito bien determinado (y, por cierto, el más relevante desde el punto de vista práctico así como el dogmáticamente más y mejor elaborado y depurado en la doctrina alemana), a saber: la protección de la confianza frente a actos administrativos. No es necesario recordar que el acto administrativo sigue siendo el instrumento operativo o forma de actuación de la Administración por excelencia en el Derecho administrativo alemán. Como es sabido, el concepto de acto administrativo se halla definido legalmente en el párrafo 35 de la Ley de Procedimiento Administrativo (VwVfG)⁵¹.

Desde 1976 la protección de la confianza se encuentra regulada en las Leyes de Procedimiento Administrativo de la Federación y de los *Länder*. Los párrafos 48 y siguientes de dichas Leyes (como se dijo, de redacción idéntica) se limitaron, en lo esencial, a recoger los principios anteriormente elaborados por la jurisprudencia, y sólo en relación con algunos pocos aspectos introdujeron novedades⁵².

En Derecho alemán los actos administrativos adquieren eficacia cuando son notificados a los interesados (párrafo 43 VwVfG), salvo que excepcionalmente concurra un supuesto de nulidad de pleno derecho (párrafo 44 VwVfG). Transcurridos los plazos de impugnación (normalmente, un mes⁵³) el acto deviene inimpugnable y, por lo tanto, firme. Pues bien, es esta firmeza la que limitan los párrafos 48 y siguientes VwVfG, que permiten a la Administración dejar sin efecto (revisar o revocar) actos administrativos firmes. En puridad, no es necesario (ni posible) dejar sin efecto actos nulos de pleno derecho, ya que éstos, por definición en Derecho alemán, no producen *ab initio* efecto alguno. Sin embargo, cuando existan dudas sobre si un acto es nulo de pleno derecho o anulable, la Administración podrá o bien declarar su nulidad, de acuerdo con lo previsto en el párrafo 44 VwVfG, o bien anularlo de oficio, como si de un acto anulable se tratase, en aplicación —siquiera analógica— del párrafo 48 VwVfG⁵⁴.

⁵⁰ *Vid. supra* notas 3 a 6 y 16 a 21.

⁵¹ El párrafo 35 VwVfG reza del siguiente modo: «Acto administrativo es toda orden, decisión u otra medida de autoridad, adoptada por un órgano administrativo con objeto de establecer una consecuencia jurídica de Derecho público para la regulación de un supuesto singular, y dirigida a producir de manera inmediata efectos jurídicos frente a terceros». Sobre esta definición, *vid. KAHL*, «Der Verwaltungsakt – Bedeutung und Begriff», *Jura*, 2001, pp. 505 y ss.

⁵² Así lo ha entendido la propia jurisprudencia, tanto contencioso-administrativa como constitucional; *vid.* en este sentido, por ejemplo, BVerwGE, vol. 78, p. 169; vol. 83, p. 197; y BVerfGE, vol. 59, pp. 128, 166.

⁵³ *Vid.* párrafos 70 y 74 de la Ley de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa (*Verwaltungsgerichtsordnung*, en los sucesivos VwGO). Excepcionalmente, cuando no se indiquen los recursos procedentes o se indiquen defectuosamente, el plazo será de un año (párrafo 58.2 VwGO).

⁵⁴ *Vid. KOPP/RAMSAUER, VwVfG, Kommentar*, 7.ª ed., Munich, 2000, párrafo 44, núm. marg. 69; párrafo 48, núm. marg. 19.

1. PRECISIÓN CONCEPTUAL PREVIA

Las Leyes alemanas de Procedimiento Administrativo (VwVfG), cuando se refieren a la posibilidad de dejar sin efectos actos administrativos, distinguen entre, de un lado, la *revisión* de oficio (*Rücknahme*) de actos contrarios al ordenamiento jurídico (en el momento de su adopción⁵⁵: parágrafo 48 VwVfG) y, de otro, la *revocación* (*Widerruf*) de actos conformes al ordenamiento (parágrafo 49 VwVfG), nuevamente en el momento en que se adoptaron (esta última sometida naturalmente a requisitos aún más estrictos que la revisión *stricto sensu*). La infracción del ordenamiento jurídico puede resultar: de una infracción del Derecho sustantivo, de un defecto de forma o de procedimiento o bien de la ausencia de una habilitación normativa para la adopción del acto de que se trate, ya sea porque se carecía en origen de la misma, ya sea porque, existiendo la misma en origen, resultó *a posteriori* anulada con efectos *ex tunc*, por ejemplo por inconstitucionalidad. No obstante, cuando la ilegalidad del acto sea de índole formal, habrán de tenerse en cuenta las normas (parágrafos 42, 45, 46 y 47 VwVfG) que permiten la subsanación de tales vicios o incluso, en ocasiones, los declaran jurídicamente irrelevantes, ya que estas normas eliminan la ilegalidad del acto y, por lo tanto también, la posibilidad de proceder a su revisión de oficio⁵⁶.

Además, y dentro de cada una de las dos categorías recién mencionadas (revisión y revocación de actos administrativos), la VwVfG distingue entre actos administrativos favorables y desfavorables. Como es natural, las posibilidades de revisión/revocación son más amplias cuando tienen por objeto actos desfavorables. Según la definición legal que ofrece el parágrafo 48 VwVfG en el segundo inciso de su apdo. 1.º, es favorable aquel acto que reconoce, otorga o confirma un derecho o una ventaja jurídicamente relevante. Sin embargo, en la práctica esta distinción no siempre es nítida. En efecto, los actos administrativos pueden contener al mismo tiempo efectos favorables y desfavorables para su destinatario (piénsese en actos favorables con

⁵⁵ Así lo precisa la doctrina mayoritaria, tanto científica como jurisprudencial (*vid.* BVerwGE, vol. 31, pp. 222 s.; WOLFF/BACHOF/STOBER, *Verwaltungsrecht*, vol. II, 6.ª ed., Munich, 2000, parágrafo 49, núm. marg. 57). Por el contrario, hay quienes sostienen que la legalidad del acto ha de juzgarse con referencia al momento en que se pretenda adoptar la decisión de su revisión/revocación (*vid.* BVerwGE, vol. 66, pp. 65, 68).

⁵⁶ No existe, sin embargo, un criterio unánime acerca de si este efecto lo generan por igual todos y cada uno de los preceptos citados o, por el contrario, sólo algunos de los mismos. En el primero de los sentidos se pronuncian ERICHSEN/BRÜGGE, «Die Rücknahme von Verwaltungsakten nach Paragraph 48 VwVfG», *Jura*, 1999, pp. 155, 156 s. Por el contrario, distinguen, en función de cada uno de los mecanismos de subsanación o supuestos de irrelevancia jurídica de defectos formales, KOPP/RAMSAUER, *op. cit.* (nota 54), parágrafo 48, núms. margs. 28 s.; parágrafo 45, núm. marg. 13; parágrafo 46, núms. margs. 45 ss.

cláusulas accesorias gravosas⁵⁷), pueden ser favorables para el destinatario pero desfavorables para terceros⁵⁸ o, a la inversa, ser desfavorables para el destinatario pero favorables para los intereses de terceros⁵⁹. En el primer supuesto (actos administrativos que contienen al mismo tiempo efectos favorables y desfavorables para su destinatario), la revisión/revocación se regirá por las reglas, más severas, de la revisión/revocación de actos favorables sólo cuando los elementos favorables y desfavorables del acto se hallen indisolublemente vinculados entre sí y los elementos favorables no sean de significación meramente menor. En el segundo supuesto (actos favorables para el destinatario pero desfavorables para terceros) se ha de tomar en cuenta lo dispuesto en el párrafo 50 VwVfG. Éste establece que las limitaciones a la revisión/revocación de actos favorables no son aplicables en los procedimientos impugnatorios iniciados por terceros afectados por tales actos. *Sensu contrario* se infiere, así pues, que dichas limitaciones sí rigen cuando se pretende dejar sin efectos actos favorables para el destinatario (pero desfavorables para terceros) al margen de procedimientos impugnatorios iniciados por estos últimos. Por último, en el tercer supuesto (actos desfavorables para el destinatario pero favorables para los intereses de terceros) el tercero beneficiado por el acto no suele ser titular de un derecho subjetivo (la ventaja, por el contrario, suele ser un mero reflejo indirecto de la desventaja causada al destinatario), por lo que la revisión/revocación de esta clase de actos se rige por la reglas, menos severas, aplicables a la revisión/revocación de actos desfavorables⁶⁰.

2. FIRMEZA, REVISIÓN Y REVOCACIÓN DE ACTOS ADMINISTRATIVOS DESFAVORABLES (PARÁGRAFOS 48.1, 49.1 VwVfG)

2.1. *Revisión de actos desfavorables inválidos*

La norma legal que autoriza la revisión de oficio de actos desfavorables inválidos es el párrafo 48.1 VwVfG. Según éste, dicha revisión tiene carácter discrecional. Discrecional es tanto la decisión de ejercer o no la facultad de revisión de oficio («discrecionalidad de ac-

⁵⁷ Ejemplo: la concesión de la nacionalidad lleva aparejada la obligación de prestar el servicio militar obligatorio.

⁵⁸ Ejemplo: otorgamiento de una licencia urbanística que autoriza la edificación de una instalación industrial molesta para los vecinos.

⁵⁹ Ejemplo: orden de demolición de un edificio ruinoso que compromete la seguridad del edificio contiguo.

⁶⁰ Sobre todas estas cuestiones, *vid.* con carácter general ERICHSEN/BRÜGGE, *op. cit.* (nota 56), p. 158.

tuación») como, si se decide ejercerla, la decisión de con qué alcance se la ejerce («discrecionalidad de elección»). En este sentido, si la Administración considera que el acto administrativo es divisible, puede optar por revisarlo *in totum* o sólo parcialmente. Asimismo, puede optar por revisarlo con efectos retroactivos o bien sólo prospectivos. También cabe la posibilidad de añadirle al acto, *a posteriori*, una cláusula accesorio⁶¹. Eso sí, son dos los límites jurídicos que se han de observar con ocasión del ejercicio de esta facultad discrecional, a saber: el principio de legalidad, de un lado, y el principio de seguridad jurídica, de otro. Entre los criterios que se han de tener en cuenta a la hora de ejercer la discrecionalidad que otorga el parágrafo 48 VwVfG figuran el grado de afectación o del gravamen que soporta el interesado, la gravedad del vicio jurídico del que adolece el acto administrativo, el número de casos similares, así como el tiempo transcurrido desde la adopción del acto⁶².

Desde hace algunos años se discute, en particular, acerca de si se debe interpretar el parágrafo 48.1.1 VwVfG en el sentido de que la discrecionalidad que éste otorga a la Administración es una discrecionalidad de las denominadas (en la doctrina alemana reciente) «dirigidas» (*intendiertes Ermessen*), en este caso hacia un ejercicio afirmativo de la misma cuando concorra el supuesto de hecho normativo, de tal modo que sólo excepcionalmente la Administración pueda denegar la revisión de oficio de un acto desfavorable inválido⁶³. Pero, dado que en modo alguno cabe inferir de la Constitución una primacía del principio de legalidad sobre el principio de seguridad jurídica⁶⁴, no es posible sustentar tal interpretación del parágrafo 48.1.1 VwVfG en el principio de interpretación de la ley conforme a la Constitución. El tenor literal del precepto tampoco ofrece apoyo alguno que permita sostener que el mismo ha pretendido limitar el alcance de la discrecionalidad que otorga. De ahí que esta figura doctrinal de la denominada «discrecionalidad dirigida» deba verse, no sólo en este caso, sino con carácter general cuando se la predica de facultades discrecionales cuyo alcance el legislador no ha limitado expresamente, un intento ilegítimo de «ocupación» por la jurisdicción de ámbitos de decisión admi-

⁶¹ Vid. SACHS, en STELKENS/BONK/SACHS, *VwVfG*, 6.^a ed., Munich, 2001, parágrafo 48, núm. marg. 87.

⁶² Al respecto, *vid.* KOPP/RAMSAUER, *op. cit.* (nota 54), parágrafo 48, núm. marg. 55.

⁶³ En esta dirección apunta también la jurisprudencia más reciente; en este sentido, *vid.* BVerwGE, vol. 72, pp. 1, 6; vol. 105, pp. 55, 57 s. *Vid.*, asimismo, la jurisprudencia del Tribunal Superior de lo Contencioso-Administrativo de Baviera (NVwZ, 2001, pp. 931, 933). Pueden consultarse otros ejemplos en SACHS, en STELKENS/BONK/SACHS, *op. cit.* (nota 61), parágrafo 40, núms. margs. 28 ss.

⁶⁴ De acuerdo con la jurisprudencia del TJCE, recibida por el BVerwG, la respuesta es otra, sin embargo, cuando la invalidez del acto tiene su origen en una infracción del Derecho comunitario europeo (*vid. infra* notas 83 y 84).

nistrativos configurados por el legislador⁶⁵. Al mismo tiempo, la admisión de esta figura conduce derechamente, de forma muy discutible en un Estado de Derecho, a la relajación de la obligación de motivación de las decisiones discrecionales (parágrafo 39.1.3 VwVfG), cuando éstas se limitan a seguir la «orientación» supuestamente pretendida por el legislador (cuyo cumplimiento prácticamente exonera de la necesidad de una motivación *ad casum* de la decisión adoptada)⁶⁶. Con carácter general cabe afirmar que la figura de la «discrecionalidad dirigida» difumina la tradicional distinción dogmática entre potestades discrecionales y regladas y, por ello, debe rechazarse⁶⁷.

Ahora bien, esta posición no implica negar que pueda haber casos en que, en efecto, el mantenimiento de un acto desfavorable inválido deba considerarse manifiestamente inaceptable. En tales casos estaríamos en presencia de una «reducción a cero» de la discrecionalidad en principio otorgada a la Administración, que comportaría correlativamente, desde la perspectiva del particular afectado, un derecho subjetivo a la revisión de oficio del acto de que se trate. Por ello, mientras no concurren en los casos concretos circunstancias que determinen una «reducción a cero» de la discrecionalidad, los particulares no ostentarán un derecho subjetivo a la revisión de oficio, sino tan sólo un derecho subjetivo a que la Administración ejerza su discrecionalidad de revisión de manera conforme a Derecho, esto es, sin incurrir en vicios o, lo que es lo mismo, en infracciones del ordenamiento jurídico (*Anspruch auf ermessensfehlerfreie Entscheidung*). De ahí que, si la Administración las comete (por ejemplo, porque sencillamente no hace uso de su discrecionalidad, porque se extralimita en su ejercicio, porque incurre en desviación de poder o ejerce la discrecionalidad de manera desproporcionada)⁶⁸, el particular pueda combatir las naturalmente en vía administrativa y contencioso-administrativa⁶⁹.

2.2. Revocación de actos desfavorables conformes a Derecho

La revocación de actos desfavorables conformes a Derecho está prevista en el parágrafo 49.1 VwVfG. Ésta es posible con alcance total

⁶⁵ Vid. SACHS, en STELKENS/BONK/SACHS, *op. cit.* (nota 61), parágrafo 40, núm. marg. 30.

⁶⁶ Vid. ERBGUTH, «Rücknahmefrist und intendiertes Ermessen: Vertrauensschutz im (bayerischen) Abwind», *JuS*, 2002, pp. 333 s.

⁶⁷ Vid. ERBGUTH, *op. cit.* (nota 66), p. 334; VOLKMANN, «Das intendierte Verwaltungsermessen», *DÖV*, 1996, pp. 282 ss.; BOROWSKI, «Intendiertes Ermessen», *DVBl.*, 2000, pp. 149 ss.

⁶⁸ En torno a la doctrina alemana sobre las clases de vicios en que la Administración puede incurrir con ocasión del ejercicio de facultades discrecionales, *vid.* MAURER, *op. cit.* (nota 20), parágrafo 7.

⁶⁹ Vid. KOPP/RAMSAUER, *op. cit.* (nota 54), parágrafo 48, núms. margs. 51 ss.

o parcial y efectos *pro futuro*, siempre que el ordenamiento jurídico no obligue a dictar un acto administrativo de idéntico contenido al que se pretenda revocar o la legislación especial no lo impida por otros motivos. Lo anterior significa que, en todo caso, sólo es posible la revocación de actos desfavorables en cuya adopción la Administración haya gozado de discrecionalidad o de un margen de apreciación. A su vez, el acto revocatorio es en sí mismo discrecional. Dado que en el supuesto que nos ocupa el acto a revocar no lesiona el principio de legalidad, es evidente que aquí no es posible de entrada interpretar la habilitación discrecional en el sentido de una «discrecionalidad dirigida», en principio, a la revocación⁷⁰.

2.3. Regímenes especiales

Existen no pocas normas especiales relativas a la revisión y revocación de determinados actos administrativos desfavorables, así, por ejemplo, los párrafos 130 y siguientes, así como 172 y siguientes de la Ley General Tributaria (*Abgabenordnung*, AO), o los párrafos 44 y siguientes del Libro Décimo del Código de Derecho Social (*SGB X*)⁷¹. Estos preceptos adaptan la regulación general de la materia, a la que se acaba de hacer referencia, a las singularidades y especiales características del ámbito material de que se trate. En este sentido, por ejemplo, la regulación especial contenida en los párrafos 44 y siguientes SGB X tiene en cuenta el carácter vital con el que amplios sectores sociales dependen de determinadas prestaciones sociales. Con todo, se ha de tener presente que las regulaciones especiales aquí aludidas no suelen regular cabalmente el sistema de revisión y revocación de los actos administrativos recaídos en las materias a que se refieren, por lo que en tales supuestos resulta necesario recurrir con carácter supletorio a las reglas generales contenidas en los párrafos 48 y siguientes VwVfG⁷².

3. REVISIÓN DE ACTOS ADMINISTRATIVOS FAVORABLES INVÁLIDOS (PARÁGRAFO 48, APDOS. 2 A 4, VwVfG)

Mucho más depurada y diferenciada es la regulación de la revisión de actos administrativos favorables contrarios al ordenamiento jurídi-

⁷⁰ En este sentido, *vid.* KOPP/RAMSAUER, *op. cit.* (nota 54), párrafo 49, núms. margs. 21, 23.

⁷¹ Se refiere a otros ejemplos SACHS, en STELKENS/BONK/SACHS, *op. cit.* (nota 61), párrafo 40, núms. margs. 4 ss.

⁷² *Vid.* ERICHSEN/BRÜGGE, *op. cit.* (nota 56), pp. 155 s.

co. En relación con éstos el legislador presta especial atención al merecimiento de protección de la confianza depositada en ellos por sus beneficiarios (*Schutzwürdigkeit des Vertrauens*). De ahí que en estos supuestos el margen de discrecionalidad que el parágrafo 48.1.1 VwVfG confiere a la Administración se halle fuertemente limitado por el legislador⁷³. En este sentido, al regular la revisión de actos favorables la Ley distingue con carácter general entre actos de contenido prestacional y otros actos favorables. Si la confianza depositada en actos de contenido prestacional es merecedora de protección, el acto sencillamente no puede ser revisado (parágrafo 48.2 VwVfG; en estos casos la protección de la confianza significa garantía de la integridad del acto administrativo –*Bestandsschutz*–), mientras que si lo es la confianza depositada en otras clases de actos favorables, el acto sí puede ser revisado, si bien, eso sí, a cambio de una compensación económica (parágrafo 48.3 VwVfG; en estos casos la protección de la confianza sólo comporta una garantía de indemnidad patrimonial –*Vermögensschutz*–).

3.1. *Revisión de actos que tengan por objeto prestaciones dinerarias o prestaciones materiales divisibles*

¿Pero qué se ha de entender por actos de contenido prestacional? Según el parágrafo 48.2.1 VwVfG, son actos de contenido prestacional aquellos que o bien tengan por objeto prestaciones dinerarias (ya sean únicas o puntuales, ya sean continuadas en el tiempo) o prestaciones materiales divisibles, o bien aquellos otros cuya única finalidad sea crear un presupuesto necesario para la emanación de actos de contenido prestacional en los términos recién referidos⁷⁴. Para que un acto pueda ser considerado de contenido prestacional es necesario que produzca de manera directa o inmediata un incremento en el patrimonio del destinatario, bastando para ello la renuncia de la Administración a una prestación debida por aquél⁷⁵. Los requisitos a que se halla sujeta la protección de la confianza depositada en este tipo de actos favorables (y consistente, como ya se ha dicho, en la conserva-

⁷³ *Vid.* SACHS, en STELKENS/BONK/SACHS, *op. cit.* (nota 61), parágrafo 48, núm. marg. 141.

⁷⁴ *Vid.* KOPP/RAMSAUER, *op. cit.* (nota 54), parágrafo 48, núm. marg. 79. También pueden existir actos favorables de carácter mixto, cuando reúnen algunos pero no todos los requisitos propios de los actos de contenido prestacional. En tales supuestos, la revisión de los mismos se rige, por partes, tanto por el apdo. 2.º como por el apdo. 3.º del parágrafo 48 VwVfG.

⁷⁵ *Vid.* ERICHSEN/BRÜGGE, *op. cit.* (nota 56), pp. 158 s. Así pues, son, por ejemplo, actos de contenido prestacional: la concesión de una subvención, la condonación de una deuda o la revocación de una multa.

ción del acto o, lo que es lo mismo, la prohibición de su revisión) son los dos siguientes, de acuerdo con lo establecido en el parágrafo 48.2 VwVfG: a) la existencia de una situación de confianza, y b) el merecimiento de protección de la misma. Recuértese que, si se trata de actos de contenido prestacional y concurren los dos requisitos recién mencionados, la revisión del acto no es posible. Si, por el contrario, concurre sólo el primero de los dos requisitos (hay confianza, pero ésta no es merecedora de protección), la revisión del acto, que será posible, no es obligatoria, sino discrecional [*vid. infra* 3.1.3.]. En todo caso, esta facultad no podrá ser ejercida una vez transcurrido un año desde que la Administración autora del acto tenga conocimiento de circunstancias que legitimen su revisión [*vid. infra* 3.1.4.].

3.1.1. La confianza como presupuesto de su protección

La protección de la confianza que dispensa el parágrafo 48.2 VwVfG presupone la confianza del beneficiario en la integridad o permanencia del acto que lo favorece. No existe, sin embargo, un criterio unánime en torno a la cuestión de en qué medida el beneficiario debe haber exteriorizado o manifestado su confianza en la integridad o permanencia del acto, por ejemplo, a través de disposiciones patrimoniales⁷⁶. En la jurisprudencia del BVerwG se sostiene que, a falta de indicios que indiquen lo contrario, debe partirse de la base de que el beneficiario de un acto de contenido prestacional ha confiado en su integridad o permanencia⁷⁷.

3.1.2. Merecimiento de protección de la confianza

De acuerdo con lo dispuesto en el parágrafo 48.2.1 VwVfG, el juicio sobre el merecimiento de protección de la confianza depende, con carácter general, de una ponderación entre, por un lado, el interés del particular en la conservación del acto y, por otro, el interés público en su revisión, esto es, en el restablecimiento de la legalidad. No obstante, el parágrafo 48.2.3 VwVfG señala tres supuestos en que, sin necesidad de efectuar dicha ponderación, procede en todo caso denegar la protección de la confianza. A la inversa, el parágrafo 48.2.2 VwVfG contiene una relación de supuestos, no exhaustiva sino meramente

⁷⁶ *Vid.* KOPP/RAMSAUER, *op. cit.* (nota 54), parágrafo 48, núm. marg. 84; ERICHSEN/BRÜGGE, *op. cit.* (nota 56), p. 159.

⁷⁷ *Vid.* BVerwGE, vol. 83, pp. 195, 198. Más cauta es, por el contrario, la jurisprudencia del Tribunal Federal de lo Social (*Bundessozialgericht*, BSG): cfr. DÖV, 1985, pp. 582 s.

ejemplificativa, en los que, en principio, la confianza ha de considerarse como merecedora de protección.

Según el parágrafo 48.2.3 VwVfG, se descarta la protección de la confianza en los tres siguientes supuestos:

- cuando el acto administrativo ha sido obtenido mediante engaño, amenaza o cohecho⁷⁸;
- cuando el acto administrativo ha sido obtenido con base en datos, esenciales para su emanación, incorrectos o incompletos, salvo que de los mismos sea al menos corresponsable el órgano que dictó el acto, al que, al fin y al cabo, los parágrafos 24 y 25 VwVfG obligan, respectivamente, a la investigación de oficio y al asesoramiento técnico de los interesados⁷⁹;
- cuando el beneficiario conocía la ilegalidad del acto o la ignoraba en virtud de negligencia grave, teniendo en cuenta, de una parte, que para juzgar dicho conocimiento o ignorancia resulta suficiente una «valoración *paralela* desde la perspectiva propia de un lego en derecho» y, de otra, que el parámetro de conocimiento aplicable en cada caso dependerá de los conocimientos previos que posean los distintos beneficiarios⁸⁰.

En los tres supuestos las conductas y conocimientos de los representantes de los interesados en el procedimiento son imputables a estos últimos⁸¹.

Por el contrario, el parágrafo 48.2.2 VwVfG parte de la base de que la confianza es, en principio, merecedora de protección cuando el beneficiario ha consumido las prestaciones obtenidas o ha realizado disposiciones patrimoniales irreversibles o difícilmente reversibles, por comportar para él desventajas o dificultades inexigibles. Las prestaciones se consideran consumidas cuando la consumición de las mismas no haya supuesto un correlativo incremento patrimonial concreto en favor del beneficiario, como sucede, en particular, cuando las prestaciones obtenidas han sido empleadas para afrontar el coste general de la vida. En todo caso, se ha de tener presente que la consumición de las prestaciones obtenidas es sólo indiciaria del merecimiento de protección de la confianza, por lo que no cabe excluir que en de-

⁷⁸ Sobre la relación de causalidad exigida entre la conducta del beneficiario y la adopción del acto administrativo, *vid.* ERFMEYER, «Der Vertrauensschutz bei «Erwirkung» eines rechtswidrigen Verwaltungsakts durch den Begünstigten», *DÖV*, 1997, pp. 629 ss.

⁷⁹ No existe, sin embargo, un criterio unánime a la hora de juzgar las consecuencias precisas de una corresponsabilidad imputable al órgano autor del acto. *Vid.* en este sentido, por un lado, BVerwGE, vol. 6, pp. 1, 8 s., y vol. 88, pp. 278, 283 s., y, de otro, BVerwGE, vol. 74, pp. 357, 364.

⁸⁰ *Vid.* BVerwGE, vol. 40, pp. 212, 217 s.

⁸¹ *Vid.* KOPF/RAMSAUER, *op. cit.* (nota 54), parágrafo 48, núm. marg. 99, 105, 108.

terminados supuestos, y a pesar de ello, la confianza no sea merecedora de protección, por preponderar *in casu* el interés público en el restablecimiento de la legalidad.

Tales excepciones concurren, en particular, cuando se trata de actos de contenido prestacional contrarios al Derecho comunitario europeo, por ejemplo, actos de concesión de subvenciones contrarios a los artículos 87 y 88 TCE. Ciertamente, en estos casos no cabe sin más descartar la protección de la confianza de los beneficiarios (por conocimiento de la ilegalidad del acto o ignorancia de la misma en virtud de negligencia grave, parágrafo 48.2.3 VwVfG) que no se hayan preocupado por la observancia del procedimiento de notificación previa exigido por el artículo 88.3 TCE⁸². Sin embargo, es cierto que, teniendo en cuenta el primordial objetivo de garantizar una competencia no distorsionada en el mercado interior al que sirven las normas comunitarias en materia de ayudas estatales, la intensidad del interés público en el restablecimiento de la legalidad, cuya debida ponderación exige el parágrafo 48.2.1 VwVfG, resulta notablemente reforzada por el interés comunitario en una ejecución efectiva del Derecho comunitario en la materia que nos ocupa. De ahí que si, en contra de lo exigido por el artículo 88.3 TCE, se omitió notificar previamente a la Comisión la subvención otorgada, la confianza del beneficiario no se considere, por regla general, merecedora de protección⁸³.

3.1.3. Carácter discrecional de la facultad de revisión

Aun cuando la confianza no sea merecedora de protección, la revisión del acto ilegal de contenido prestacional, que entonces resulta posible, no es sin embargo debida sino discrecional (parágrafo 48.1.1 VwVfG). Mientras que el juicio ponderativo sobre el merecimiento de protección de la confianza se imputa al ámbito del supuesto de hecho normativo (*Tatbestandsseite*), la decisión discrecional de proceder o no a la revisión del acto afecta al ámbito de las consecuencias jurídicas de la norma habilitante (*Rechtsfolgenseite*)⁸⁴. Discrecional es tanto la de-

⁸² *Vid.* BVerwGE, vol. 92, pp. 81, 84 s.

⁸³ En este sentido, *vid.* BVerwGE, vol. 92, pp. 81, 85 s., así como la jurisprudencia al respecto del TJCE (*Rec.* 1990, I-3437, I-3452; *Rec.* 1997, I-1591, 1619). Por cierto que el TC alemán (en sentencia de 17.2.2000, *DVBl.*, 2000, p. 900 s.) no atendió las objeciones de orden constitucional expuestas en la doctrina contra dicha jurisprudencia (*vid.* SCHOLZ, «Zum Verhältnis von europäischem Gemeinschaftsrecht und nationalem Verwaltungsverfahren», *DÖV*, 1998, pp. 261, 266 s.).

⁸⁴ En torno a la distinción, clásica en Derecho alemán pero desconocida en muchos otros ordenamientos europeos, entre el *margin de apreciación*, que se reconoce a la Administración a la hora de aplicar conceptos indeterminados pertenecientes al supuesto de hecho de la norma habilitante, y la genuina discrecionalidad, que sólo opera en el ámbito de las conse-

cisión de ejercer o no la facultad de revisión de oficio («discrecionalidad de actuación») como, si se opta por ejercerla, la decisión de con qué alcance (tanto material como temporal) se la ejerce [«discrecionalidad de elección»; *vid. supra* 2.1.)]. De acuerdo con lo prevenido en el parágrafo 48.2.4 VwVfG, en los tres supuestos, antes referidos, en que la norma excluye *a priori* la protección de la confianza (parágrafo 48.2.3 VwVfG), si la Administración opta por revisar el acto, la revisión habrá de acordarse, por regla general, con efectos *ex tunc*. Así pues, el parágrafo 48.2.4 VwVfG acota o limita la «discrecionalidad de elección» en principio atribuida a la Administración. Siempre que el acto ilegal de contenido pretaccional resulte revisado con efectos *ex tunc*, el parágrafo 49 a VwVfG, introducido en 1996, obliga a la Administración a recuperar las prestaciones otorgadas al beneficiario en virtud del acto revisado⁸⁵.

¿Con base en qué criterios se ha de ejercer la discrecionalidad de revisión que confiere la Ley? Fundamentalmente, se han de observar el principio de igualdad, los derechos fundamentales de libertad y el principio de proporcionalidad. En los supuestos en que la ilegalidad del acto de contenido prestaccional cuya revisión se considere consista en una infracción del Derecho comunitario europeo, éste tiende a «reducir a cero» la discrecionalidad inicialmente atribuida a la Administración nacional, de tal modo que ésta queda obligada a revisar el acto⁸⁶.

3.1.4. Plazo para ejercer la facultad de revisión

La facultad de revisión no podrá ser ejercida una vez transcurrido un año desde que la Administración autora del acto tenga conocimiento de circunstancias que legitimen su revisión (parágrafo 48.4.1 VwVfG). De acuerdo con una doctrina jurisprudencial dudosa pero firmemente asentada, es éste un plazo *de decisión*, por lo que no comienza a correr tan pronto la Administración tenga conocimiento de la ilegalidad del acto; por el contrario, no lo hace hasta que la Administración tenga conocimiento, además, de todas las circunstancias relevantes para el juicio ponderativo sobre el merecimiento de protección de la confianza (parágrafo 48.2.1 VwVfG) y el ejercicio, en su caso, de la facultad discrecional de revisión (parágrafo 48.1.1 VwVfG).

cuencias jurídicas de la norma, *vid.* BULLINGER, «La discrecionalidad de la Administración Pública», *La Ley*, núm. 1.831 (de 30.10.1987), pp. 1 ss.

⁸⁵ Sobre este nuevo precepto, *vid.* BAUMEISTER, «Die Novellierung der Paragraphen 48,49, 49 a VwVfG», *NWZ*, 1997, pp. 19 ss.

⁸⁶ *Vid.* BVerwGE, vol. 74, pp. 357, 360; vol. 92, pp. 81, 87. *Vid.*, asimismo, SSTJCE: *Rec.* 1983, pp. 2633, 2666 s.; *Rec.* 1997, I-1591, 1619.

Dicho de otro modo, el plazo no comienza a correr hasta que las circunstancias fácticas se hallen establecidas de tal forma que el caso se encuentre *maduro* para ser decidido (*entscheidungsreif*). De todos modos, para evitar dilaciones arbitrarias del plazo mediante la simple realización de actos de instrucción innecesarios para la determinación de los hechos, la jurisprudencia ha establecido que el plazo comenzará a correr cuando, desde una perspectiva objetiva, ya no resulten necesarios ulteriores actos de instrucción para la determinación de los hechos relevantes para poder decidir o cuando la posibilidad de proceder a una revisión del acto sea evidente⁸⁷. Cuando la revisión tiene por objeto actos de concesión de subvenciones contrarios al Derecho comunitario, éste otorga mayores facilidades para su revisión desde el punto de vista de los plazos que al efecto han de observarse⁸⁸.

3.2. *Revisión de otros actos favorables inválidos*

Como ya se dijo, cuando la confianza depositada en actos de contenido prestacional es merecedora de protección, el acto no puede ser revisado (la protección de la confianza significa aquí garantía de la integridad del acto administrativo), mientras que si lo es la confianza depositada en otras clases de actos favorables, el acto sí puede ser revisado, si bien, eso sí, a cambio de una compensación económica (parágrafo 48.3 VwVfG; en estos casos la protección de la confianza sólo comporta una garantía de *indemnidad* patrimonial). Se ha pretendido explicar esta diferencia de trato señalando, con base en la Exposición de Motivos de la Ley⁸⁹, la «referencia más próxima o estrecha a la esfera pública o estatal» (*stärkere Staatsbezogenheit*) de los actos favorables de contenido no prestacional. Es ésta sin embargo, a mi juicio, una explicación muy poco convincente. En el moderno Estado interventor las prestaciones públicas, tanto materiales como dinerarias, se emplean muchas veces con la misma finalidad de dirección de la conducta de los particulares con la que se dictan actos de genuino carácter imperativo. Desde el punto de vista de la «referencia a la esfera pública o estatal», no existe diferencia cualitativa alguna entre los actos favorables de contenido prestacional y los demás actos favorables⁹⁰.

⁸⁷ Vid. BVerwGE, vol. 70, p. 356. Toda esta doctrina ha merecido la crítica, sin embargo, de la jurisprudencia del Tribunal Federal de lo Social (vid. BSG, DÖV, 1989, pp. 355 s.).

⁸⁸ Vid. BVerwGE, vol. 106, pp. 328 ss., así como la jurisprudencia del TJCE (Rec. 1997, I-1591, 1619). Al respecto vid. *in extenso*, EHLERS, «Rechtsprobleme der Rückforderung von Subventionen», *Gewerbe-Archiv*, 1999, pp. 305 ss.

⁸⁹ Cfr. *Bundestags-Drucksache* 7/910, p. 71.

⁹⁰ En este sentido, asimismo, ERICHSEN/BRÜGGE, *op. cit.* (nota 56), p. 162.

Ahora bien, en la medida en que los apartados 2.º y 3.º del párrafo 48 VwVfG distinguen nítidamente entre la garantía de la integridad del acto administrativo (de la que sólo gozan los actos favorables de contenido prestacional, cuando la confianza depositada en los mismos por sus destinatarios es merecedora de protección) y la garantía de mera indemnidad patrimonial (que, como ya nos consta –de ser la confianza merecedora de protección–, condiciona a lo sumo las posibilidades de revisión de los actos favorables de contenido no prestacional), no es posible entender, en contra de lo que sostiene una opinión doctrinal bastante difundida, que en este segundo supuesto la garantía de la integridad del acto administrativo (o, lo que es lo mismo, la prohibición de revisar) puede y debe ser el resultado, en determinados casos, de una «reducción cero» de la discrecionalidad de revisión atribuida a la Administración, operada en virtud de una interpretación de la norma legal conforme a la Constitución⁹¹. Así pues, cuando con ocasión de la revisión de un acto favorable de contenido no prestacional la defraudación de la confianza no resulta –al menos en su integridad– económicamente cuantificable (y, por lo tanto, indemnizable), la Ley, en la medida en que, pese a ello, no prohíbe la revisión, simplemente no permite proteger (a al menos no permite proteger plenamente) la confianza, por muy merecedora de protección que ésta sea. De ahí que, dependiendo naturalmente del fundamento constitucional que se reconozca o no al principio de protección de la confianza (*vid. supra* III.2), la regulación contenida en el párrafo 48.3 VwVfG (relativa a la revisión de oficio de los actos favorables de contenido no prestacional) pueda llegar a considerarse como parcialmente inconstitucional⁹².

Por el contrario, cuando la defraudación de la confianza resulte económicamente cuantificable y, por ello, indemnizable, el párrafo 48.3 VwVfG reconoce al afectado el derecho a la indemnización cuando la confianza defraudada, una vez ponderado el interés público en la revisión del acto (esto es, en el restablecimiento de la legalidad), es merecedora de protección. En este punto el precepto citado efectúa una remisión expresa a los criterios señalados en el párrafo 48.2.3 VwVfG, a los que ya se hizo referencia anteriormente [*vid. supra* 3.1.2., b)]. El plazo para ejercitar la acción indemnizatoria es de un año (párrafo 48.3.5 VwVfG).

⁹¹ *Vid.* SACHS, en STELKENS/BONK/SACHS, *op. cit.* (nota 61), párrafo 48, núms. margs. 183 ss.; ERICHSEN/BRÜGGE, *op. cit.* (nota 56), p. 162 (con mayores referencias).

⁹² No aclaran esta cuestión, por ejemplo, ERICHSEN/BRÜGGE, *op. cit.* (nota 56), p. 162. Por mi parte, no me es posible, en el marco de la presente crónica y dados los modestos objetivos de la misma, ofrecer una respuesta acabada a tan compleja cuestión.

3.3. Regímenes especiales

Existe una larga serie de normas especiales, tanto federales como de los *Länder*, que, al margen y con independencia de lo dispuesto en el párrafo 48 VwVfG, regulan la revisión de oficio de actos favorables en distintos sectores. De entre las mismas, sólo destacaré las siguientes: el párrafo 47 de la Ley de Armas (*Waffengesetz*), el párrafo 15 de la Ley de Restaurantes y Establecimientos Hoteleros (*Gaststättengesetz*) o el párrafo 12 de la Ley de Funcionarios Federales (*Bundesbeamtengesetz*). En estos preceptos el legislador ha fijado criterios específicos para la ponderación entre el principio de legalidad y el principio de protección de la confianza que toda revisión de actos favorables exige. En virtud del principio de especialidad estos preceptos son de aplicación preferente. Constituye, eso sí, una cuestión debatida la de si la norma general del párrafo 48 VwVfG puede aplicarse en estos casos al menos subsidiariamente o si, por el contrario, su desplazamiento por las normas especiales es total⁹³.

4. REVOCACIÓN DE ACTOS FAVORABLES CONFORMES A DERECHO

Como es natural, los actos administrativos favorables conformes a Derecho en el momento de su adopción no son susceptibles de revisión de oficio de conformidad con el régimen establecido en el párrafo 48 VwVfG, a que se acaba de hacer referencia. Estos actos, por el contrario, sólo pueden ser revocados conforme a los requisitos, sensiblemente más estrictos y severos, previstos en el párrafo 49 VwVfG⁹⁴. De acuerdo con el apartado 2.º del citado precepto, la revocación de actos favorables conformes a Derecho sólo es posible, en principio, en seis supuestos tasados y, en estos casos, siempre con efectos *ex nunc* (esto es, *pro futuro*). El párrafo 49.3 VwVfG se refiere también a determinados actos favorables, los actos prestacionales finalísticos, cuya revocación es posible asimismo con efectos retroactivos. En ambos casos la revocación tiene carácter discrecional, siendo el plazo para ejercitar la potestad revocatoria de un año (en los mismos términos que lo es el plazo para ejercer la potestad de revisión de oficio de actos favorables inválidos —párrafo 48.4, *vid. supra*). La jurisprudencia tiene establecido que la discrecionalidad se ha de entender, por regla general, «reducida a cero» (siendo entonces la revocación debida y no meramente facultativa) en dos supuestos: de un lado, cuando se

⁹³ Al respecto *vid.* SACHS, en STELKENS/BONK/SACHS, *op. cit.* (nota 61), párrafo 48, núms. margs. 1 ss.

⁹⁴ Sobre la revocación de actos desfavorables conformes a Derecho, *vid. supra* 2.2.).

incurre *a posteriori* en infracción del Derecho comunitario europeo⁹⁵, y, de otro, cuando se frustra el fin de actos prestacionales finalísticos (parágrafo 49.3 VwVfG), en virtud de los principios de austeridad y economicidad, que informan el Derecho presupuestario⁹⁶.

4.1. *Presupuestos de la revocación ex nunc (parágrafo 49.2 VwVfG)*

Como se acaba de indicar, el parágrafo 49.2 VwVfG prevé seis supuestos tasados en que es posible la revocación de cualesquiera actos favorables con efectos –tan sólo, eso sí– *ex nunc*, a saber⁹⁷:

- cuando la revocación sea posible conforme a normas especiales (parágrafo 49.2.1, núm. 1, 1.^a alternativa);
- cuando la revocación tenga lugar en virtud de una reserva de revocación, incluida en el acto como cláusula accesorio de acuerdo con lo dispuesto en el parágrafo 36 VwVfG (parágrafo 49.2.1, núm. 1, 2.^a alternativa);
- cuando la revocación se ordene como consecuencia del incumplimiento de una cláusula modal, incluida en el acto de acuerdo con lo dispuesto en la legislación sectorial aplicable o en el parágrafo 36 VwVfG (parágrafo 49.2.1, núm. 2);
- cuando se produzca un cambio de circunstancias fácticas o en el estado del conocimiento técnico o científico y, sin una revocación, se ponga en peligro el interés público, incluido el interés fiscal (parágrafo 49.2.1, núm. 3);
- cuando se produzca un cambio normativo (no basta, en cambio, un mero cambio de la jurisprudencia) que comporte un desajuste entre el acto y la nueva normativa, siempre, eso sí, que concurren los siguientes dos requisitos: a) que el beneficiario no haya hecho uso aún de la ventaja en que consista el acto o no haya recibido todavía la prestación que del mismo se derive; y b) que, sin una revocación, se ponga en peligro el interés público (parágrafo 49.2.1, núm. 4);
- finalmente, siempre que, en general, la revocación sea necesaria para evitar perjuicios graves para el interés público (parágrafo 49.2.1, núm. 5).

En los tres últimos supuestos el afectado por la revocación tiene derecho a ser indemnizado, siempre que su confianza en la perma-

⁹⁵ *Vid.* BVerwG, *NVwZ*, 1988, pp. 349 s.

⁹⁶ *Vid.* BVerwGE, vol. 105, pp. 55 ss.

⁹⁷ Al respecto *vid.* SACHS, en STELKENS/BONK/SACHS, *op. cit.* (nota 61), parágrafo 49, núms. margs. 29 ss.; ERICHSEN/BRÜGGE, «Der Widerruf von Verwaltungsakten nach Paragraph 49 VwVfG und der öffentlich-rechtliche Erstattungsanspruch nach Paragraph 49 a VwVfG», *Jura*, 1999, pp. 496, 498 s.

nencia del acto sea merecedora de protección (parágrafo 49.6 VwVfG)⁹⁸.

4.2. *Presupuestos de la revocación ex tunc de actos prestacionales finalísticos (parágrafo 49.3 VwVfG)*

La reforma de la VwVfG de 1996 introdujo un nuevo apartado 3.º en el parágrafo 49 que, como ya ha sido apuntado, autoriza la revocación, incluso con efectos retroactivos (*ex tunc*), de determinados actos favorables, a saber, los actos prestacionales finalísticos (*zweckgerichtet leistungsgewährende Verwaltungsakte*). Para ello se exige que la vinculación finalística de la prestación otorgada se desprenda directamente de los términos del acto de que se trate. Para estos actos el parágrafo 49.3.1 VwVfG prevé los siguientes dos supuestos de revocación:

- la no utilización o utilización tardía de la prestación o medios otorgados;
- y el incumplimiento de una cláusula modal, incluida en el acto de acuerdo con lo dispuesto en la legislación sectorial aplicable o en el parágrafo 36 VwVfG.

Si la revocación se acuerda con efectos retroactivos, el parágrafo 49 a VwVfG autoriza a la Administración a ordenar asimismo la devolución o reembolso de la prestación o cantidades satisfechas.

4.3. *Regímenes especiales*

Al igual que veíamos anteriormente en relación con la revisión de oficio de actos favorables inválidos, existen también normas especiales que regulan la revocación de actos favorables en distintos sectores especiales y que, por lo tanto, sólo permiten una aplicación a lo sumo subsidiaria de la regulación general contenida en el recién comentado parágrafo 49 VwVfG. En este sentido, cabe mencionar las siguientes: nuevamente, el parágrafo 47 de la Ley de Armas y el parágrafo 15 de la Ley de Restaurantes y Establecimientos Hoteleros, así como el parágrafo 25 de la Ley de Transporte Terrestre de Pasajeros (*Personenbeförderungsgesetz*).

5. LA FACULTAD DE DICTAR «ÓRDENES A POSTERIORI», PREVISTA EN EL DERECHO ADMINISTRATIVO ESPECIAL

Finalmente, en el Derecho administrativo especial alemán se conoce una tercera técnica, además de la revisión de oficio y la revoca-

⁹⁸ Vid. KOPP/RAMSAUER, *op. cit.* (nota 54), parágrafo 49, núms. margs. 78 ss.

ción de actos administrativos, que permite la adaptación de las situaciones jurídicas a circunstancias cambiantes. Esta técnica consiste en la emanación de «órdenes *a posteriori*» (*nachträgliche Anordnungen*). Éstas no afectan formalmente a la integridad o permanencia del acto administrativo originario, pero sí modifican en mayor o menor medida su contenido inicial. Esta técnica es particularmente frecuente en el ámbito del Derecho medioambiental, sobre todo en lo relativo a industrias, instalaciones y, en general, actividades «clasificadas», ya que en estos casos la revisión o revocación íntegra de la autorización de funcionamiento podría resultar claramente desproporcionada. En lugar de por una revisión o revocación se opta aquí por dictar órdenes que *a posteriori* obligan al titular de la instalación o actividad a adoptar medidas de prevención de riesgos, reducción de emisiones u otras de carácter análogo (*vid.*, por ejemplo, parágrafo 17 de la Ley Federal de Prevención de Inmisiones [*Bundesimmissionsschutzgesetz, BImSchG*]). Existen numerosos ejemplos en otros campos de la intervención administrativa [parágrafo 55.3 de la Ley de Comercio (*Gewerbeordnung*), parágrafo 5 de la Ley de Restaurantes y Establecimientos Hoteleros, parágrafo 9.2 de la Ley de Estupecíficos (*Betäubungsmittelgesetz*), etc.].