

CAPÍTULO QUINTO

PROCEDIMIENTO ADMINISTRATIVO Y EJECUCIÓN FORZOSA ADMINISTRATIVA

§ I PRINCIPIOS DEL PROCEDIMIENTO ADMINISTRATIVO^{1*}

1. Concepto y tipos de procedimiento administrativo

A. Concepto

a) *El procedimiento administrativo en sentido amplio* puede definirse como cualquier actividad de la administración encaminada a la adopción de una decisión, a la aplicación de una medida de otro tipo o a la conclusión de un convenio. Una definición tan amplia incluye, dependiendo del tipo de forma de actuación de que se trate (reglamentos, actos administrativos, declaraciones de voluntad de derecho privado, actividad material de la administración, convenios, órdenes de régimen interno, auxilio administrativo, etcétera) un gran número de procedimientos administrativos distintos, que exigen, a su vez y según la especialidad propia de cada uno de ellos, una distinta regulación, si bien muestran, también, una serie de coincidencias transversales. Si en la legislación, la jurisprudencia y la doctrina se habla de “procedimiento administrativo”, con ello se está haciendo referencia sólo a una parte de este amplio concepto. Así, y en la medida en que falta una definición precisa, hay que averiguar en cada ocasión, a la vista del sentido y del contexto, lo que en el caso concreto debe encontrarse bajo la denominación de “procedimiento administrativo”.

^{1*} El § 19 ha sido traducido por Núria Magaldi, profesora ayudante de derecho administrativo de la Universidad de Barcelona.

b) La *definición legal contenida en el § 9 VwVfG* no aporta un concepto general, sino únicamente el concepto de procedimiento administrativo a los efectos de la *VwVfG*, tal y como se desprende de las palabras “en el sentido de esta ley”, claramente limitativas. De este modo, es procedimiento administrativo únicamente “la actividad administrativa con eficacia externa, que se orienta bien al examen de los requisitos, preparación y emisión de un acto administrativo, bien a la conclusión de un convenio de derecho público”. Esta determinación conceptual se concreta y limita por medio de dos elementos:

1. La eficacia externa;
2. El objetivo u orientación perseguida, esto es, la adopción de un acto administrativo o la conclusión de un convenio administrativo.

De este modo, quedan fuera del concepto todos los procedimientos de orden interno, incluso cuando están vinculados con la aprobación de un acto administrativo o con la conclusión de un convenio administrativo; asimismo, quedan fuera también todos aquellos procedimientos que no buscan adoptar un acto o concluir un convenio administrativo, incluso si tienen eficacia externa, como por ejemplo, los procedimientos dirigidos a la aprobación de un reglamento o a la celebración de unas elecciones. De igual modo, tampoco son procedimientos administrativos en el sentido del § 9 *VwVfG* las actuaciones encaminadas a la consecución de un acuerdo informal, los procedimientos de comunicación previa que, al amparo de los procesos de desregulación, han sustituido los tradicionales procedimientos de autorización, la preparación de advertencias públicas o la actividad material de la administración. No obstante, las normas establecidas en la *VwVfG*, en particular los derechos procedimentales básicos del administrado, pueden también, en algunos de estos casos, ser análogamente invocados (tal y como se manifiesta, por ejemplo, en la motivación del *EVwVfG* 1973, *BT-Drs.* 7/910, pp. 41 y ss.

B. Tipos de procedimiento administrativo

La *VwVfG* se ocupa de distintos tipos de procedimientos administrativos, los cuales —cuando menos en su estructura fundamental— se corresponden con la tipología desarrollada y, aún hoy, profusamente regulada en leyes sectoriales.

a) *El procedimiento administrativo general o no formalizado* representa el tipo básico o general. Se aplica, por lo tanto, siempre que legalmente no se prevea algún otro tipo procedimental específico. Para este procedimiento valen las (escasas) normas generales de la *VwVfG* y los principios generales que las complementan. Por lo demás, se concretará según el principio antiformalista del procedimiento, contenido en el § 10 *VwVfG*. Este principio, sin embargo, no supone una carta blanca, sino que debe garantizar un procedimiento sencillo, rápido y adecuado al supuesto de hecho del caso concreto.

b) *El procedimiento administrativo formal*, que se regula en los §§ 63 y ss. *VwVfG*, sólo se aplica si existe una específica previsión legal que lo ordene y está plagado de normas procedimentales específicas, “formales”: La (eventualmente) necesaria instancia debe presentarse o hacerse constar a la autoridad por escrito; la regulación sobre el trámite de audiencia de los interesados y sobre la participación de testigos y peritos es más detallada y estricta que en el procedimiento no formalizado; por norma general, se exige que se realice una vista oral; la decisión debe ponerse por escrito, motivarse adecuadamente y notificarse a los interesados.²

c) *El procedimiento integrado para la aprobación de planes*, que se regula detalladamente en los §§ 72 y ss. *VwVfG*, se orienta a la aprobación de un plan, a través del cual se autoriza un proyecto especialmente determinado, y con efectos jurídicos configuradores. Este procedimiento está aún más fuertemente formalizado que el procedimiento administrativo formalizado, puesto que incluso tiene lugar un trámite de audiencia con vista oral, en la cual deben discutirse todas las reclamaciones dirigidas contra el proyecto solicitado. La decisión que pone fin a este procedimiento es un acto administrativo que sustituye todas las demás decisiones exigibles de acuerdo con las correspondientes normativas aplicables (permiso de construcción, autorización de aguas, permiso medioambiental de los órganos competentes, etcétera) y regula, con efectos jurídicos configuradores, todas las relaciones jurídico-públicas entre el titular del proyecto y los afectados por el

² Algunos procedimientos formales se encontraban, y se encuentran aún hoy, regulados en numerosas leyes sectoriales, por ejemplo, el procedimiento expropiatorio en los §§ 104 y ss. *BauGB*, el procedimiento sobre indicios de escritos y contenidos mediáticos peligrosos para la juventud, según el § 12 y ss. *GjSM*, el procedimiento de reclutamiento según el § 19 *WPfG*, el procedimiento de autorización previsto en el § 10 *BImSchG*. La normativa prevista en la *VwVfG* debe utilizarse como un modelo, que el legislador pueda tomar de ejemplo y tener en consideración como referencia, cuando considere que, en determinados ámbitos sectoriales, es necesaria y adecuada la regulación de un procedimiento de tipo formalizado.

mismo. Este amplio efecto de configuración y de concentración impregna la totalidad de la decisión que pone fin a este procedimiento (*cfr.* *BVerwG NJW* 1977, p. 2367; con mayor detalle y amplia argumentación *cfr.* *Dürr*, en: *Snack*, *VwVfG* § 75 margs. 5 y ss.).³

d) *El procedimiento de recurso en vía administrativa*, que sirve para revisar, a solicitud del ciudadano, la legalidad y la oportunidad de las medidas adoptadas por la administración. La *VwVfG* remite a la normativa prevista en la *VwGO* sobre el denominado procedimiento de recurso previo a la vía jurisdiccional contencioso-administrativa, y declara la normativa de la *VwVfG* supletoriamente aplicable (§ 79 *VwVfG*). Este procedimiento es un verdadero procedimiento administrativo, dado que lo dirige y conduce un órgano administrativo; sin embargo, es también una vía o procedimiento previo a la vía judicial, porque su realización es presupuesto necesario para la admisión de la pretensión de impugnación y de la pretensión obligacional bajo la forma de pretensión contra la denegación.⁴

³ Objeto de este tipo de procedimiento son sólo proyectos concretos, referidos a un espacio específico, por ejemplo, la construcción de una calle, de un aeródromo, de un vertedero de basuras, *cfr.* lo dicho en § 16, marg. 5. Los §§ 72 y ss. *VwVfG* se aplican de forma automática cuando legalmente se establezca la utilización de un procedimiento para la aprobación de un plan, siempre que no existan normas sectoriales específicas. De hecho, algunas leyes que prevén un procedimiento de este tipo, establecen también las necesarias disposiciones procedimentales al respecto, de modo que el ámbito de aplicación de las normas de la *VwVfG* queda, de hecho, muy limitado; *cfr.* los §§ 8 y ss. *LuftVG*. En cualquier caso, los §§ 72 y ss. *VwVfG* tienen carácter de modelo o marco, de modo que determinan y regulan los elementos típicos de los procedimientos para la aprobación de un plan.

⁴ Este doble carácter se puede observar, también, en su regulación jurídica. Así, la *VwGO* proporciona —debido a la limitada competencia legislativa federal en materia procesal (*BVerwGE* 61, 360)— sólo unos pocos preceptos de obligado cumplimiento para el procedimiento de recurso previo a la vía jurisdiccional contencioso-administrativa en tanto que procedimiento previo a la vía judicial, mientras que en su vertiente de procedimiento administrativo sigue, por lo demás, la regulación general del derecho procedimental administrativo. Por lo tanto y consecuentemente, si el § 79 *VwVfG* lo dispone, se aplican los preceptos de la *VwVfG* (en tanto en cuanto su ámbito de aplicación baste, *cfr.* §§ 1 y 2). Deben tomarse en consideración, por ejemplo, las normas sobre los interesados y su representación (§§ 11 y ss. *VwVfG*), sobre el desarrollo del procedimiento (§§ 22 y ss. *VwVfG*), sobre los derechos procedimentales (§§ 28 y ss. *VwVfG*). No obstante, se suscitan aún algunas dudas que no pueden ser resueltas mediante la remisión global al § 79 *VwVfG*, *cfr.* sobre ello *Schmitt Glaeser/Hom*, *VwprozR*, marg. 93; *Allesch*, *Die Anwendbarkeit der Verwaltungsverfahrensgesetze auf das Widerspruchsverfahren nach der VwGO*, 1984. Los §§ 70 y 74 I *VwVfG* excluyen el procedimiento de recurso previo a la vía jurisdiccional contencioso-administrativa para los actos administrativos surgidos en procedimientos formalizados o en procedimientos integrados para la aprobación de un plan, permitiendo con ello y de forma inmediata la acción

e) *Los denominados procedimientos en masa*, en los que está implicado un gran número de personas (centenares o incluso miles). En los últimos años se han hecho cada vez más frecuentes —promovidos por grupos de interés, por iniciativas ciudadanas, etcétera—, por ejemplo a través de las numerosas reclamaciones presentadas contra la solicitud de un permiso para instalar una central nuclear o contra la construcción de una autopista. Estos procedimientos tienen como objetivo la adopción de un acto administrativo (por ejemplo, la autorización de una instalación); sin embargo, y debido a la magnitud del proyecto emprendido, se ve involucrado un gran número de personas como “terceros afectados”.⁵

Este tipo de procedimiento no es (aún) un tipo específico de procedimiento administrativo. Sin embargo, existen numerosas normas que sirven para superar las dificultades jurídico-administrativas y técnicas originadas por la presión de las masas. Se trata, sobre todo, de dos grupos de preceptos:

- La *notificación pública*. El órgano administrativo puede sustituir, en el caso de que haya más de cincuenta interesados, las citaciones individuales u otras informaciones que deba comunicarles por una notificación pública, que deberá tener lugar en los diarios oficiales así como también en los periódicos locales correspondientes. Lo mismo vale para la notificación de la decisión final.⁶
- La *representación conjunta*. Para el caso de más de cincuenta instancias o peticiones se recurre a la ficción legal de un representante conjunto de todos los implicados, o bien el órgano administrativo puede

de anulación, pero deben considerarse excepciones en el sentido de la reserva del § 68 I 2 *VwGO*. Cfr. sobre ello también lo dicho en § 10 marg. 28.

⁵ Así, en el procedimiento para la autorización de la central nuclear de Brokdorf se presentaron un total de 75,000 reclamaciones, y en el procedimiento para la de Whyll, 100,000. Cfr. sobre ello *Schmitt Glaeser*, *Der Landkreis* 1976, p. 444; más datos al respecto en Blümel, *Festschrift für Werner Weber*, 1974, pp. 542 y ss. En el tiempo transcurrido desde entonces la presión ha disminuido considerablemente.

⁶ Cfr. los §§ 67 I, 69 II, 73 IV y 74 V *VwVfG*; las diversas normativas hasta ahora existentes —por ejemplo, en la Ley Federal de Carreteras— han sido suprimidas a favor de la *VwVfG* con ocasión de la uniformización que se ha hecho de la regulación del procedimiento administrativo; sin embargo cfr., por ejemplo, lo que aún se regula en el § 10 VIII *BlmSchG*; el § 7 IV 3 *AtomG* en relación con el § 15 III y IV *AtVfV*. El § 3 II 5 *BauGB* prevé en cualquier caso una notificación pública simplificada para el supuesto de cincuenta personas. Las regulaciones sobre notificación pública han sido declaradas conformes con la Constitución, véase *BVerwGE* 67, 206, 209; crítico al respecto se muestra, sin embargo, *Blümel*, *VerwArch*, vol. 73, 1982, p. 5.

exigir, o nombrar él mismo, un representante para los interesados (*cfr.* sobre ello los §§ 17 y 18 *VwVfG*). La posición jurídica de este representante común viene concretada, con mayor detalle, en el § 19 *VwVfG*: Puede llevar a cabo todo tipo de actuaciones procedimentales, vela por los intereses de sus representados, pero no está sujeto a poder de dirección. A través de la representación se intenta poder abarcar un conjunto o haz de pretensiones de idéntico contenido.

Los preceptos sobre la notificación pública se han demostrado adecuados, incluso indispensables. Por el contrario, la regulación sobre la representación conjunta, contenida en los §§ 17-19 *VwVfG*, no parece haber tenido apenas relevancia práctica.⁷

f) *El procedimiento administrativo plurifásico.* En este caso tampoco nos hallamos ante un tipo de procedimiento administrativo expresamente regulado en la ley, sino que se desprende de la figura jurídica de la decisión preliminar y de la denominada autorización parcial (*cfr.* sobre ello lo dicho en el § 9 margs. 9 y 63 y ss.). Por norma general, el procedimiento administrativo puede, debe y en efecto se desarrolla, desde su inicio hasta la decisión final plasmada en un acto o convenio administrativo, de una sola tirada —aunque esta puede ser, ciertamente, muy larga—. En procedimientos

⁷ La *Ley de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa* contiene, en cualquier caso, reglas sobre los procedimientos en masa que se inspiran ampliamente en los de la *VwVfG*. Conforme a estas reglas, el Tribunal Contencioso-Administrativo está legitimado, en los casos en que haya más de cincuenta interesados, para sustituir la notificación individual por una notificación pública (§ 56a *VwGO*), para restringir la personación posterior de aquellos cuyos intereses puedan resultar afectados por la resolución (§§ 65 III, 121 núm. 2, *VwGO*), así como también, en los casos de una participación de más de veinte personas, para ordenar el nombramiento de un representante conjunto (§ 67a *VwGO*). Además, el Tribunal puede, si hay más de 20 demandas contra una misma medida administrativa —por ejemplo, contra la decisión tomada con ocasión de un procedimiento de aprobación de un plan en materia de carreteras— elegir y desarrollar primero uno o varios procedimientos como “procedimiento modelo”, habiendo previamente suspendido los restantes, sobre los que decidirá con posterioridad y de conformidad con lo decidido en el procedimiento modelo (*cfr.* § 93a *VwGO*). Esta regla enlaza con la decisión del *BVerfG* en la que se consintió que el Tribunal Contencioso-Administrativo de Munich eligiera, de entre las 5.724 reclamaciones presentadas contra la resolución del procedimiento de aprobación de un plan relativo al aeropuerto München-Riem, sólo algunas de ellas para la vista oral, mientras aplazaba las demás provisionalmente (*BVerfGE* 54, 39). Para el procedimiento de recurso previo a la vía jurisdiccional contencioso-administrativa valen, en cualquier caso, las ya mencionadas normas de la *VwVfG* sobre los procedimientos en masa, *cfr.* sobre ello, y sobre los problemas que se suscitan, Schmitt Glaeser/Horn, *VerwproZR*, margs. 230 y ss.

sobre autorizaciones de grandes proyectos (centrales nucleares, permisos de instalaciones, etcétera), que exigen la clarificación y la decisión sobre muchas y a menudo muy complejas cuestiones bajo la consideración de numerosos y divergentes intereses, públicos y privados, con la participación de diversas administraciones y de numerosos ciudadanos implicados, puede parecer adecuado, desde un punto de vista de economía procesal, decidir de forma anticipada y vinculante para todos los implicados, por medio de un acto administrativo firme sobre determinadas cuestiones previas (por ejemplo, el lugar de emplazamiento, la posibilidad de usar determinadas técnicas) o sobre determinadas partes del conjunto arquitectónico (por ejemplo, construcciones individuales del complejo). De este modo, el procedimiento de autorización se descompone en dos o incluso —como ocurre normalmente en la práctica— en más partes o procedimientos parciales, los cuales son formalmente independientes o autónomos entre sí, pero materialmente están en relación recíproca los unos con los otros, construyéndose unos respecto de otros y orientándose a la consecución final del permiso o autorización definitiva para el conjunto de la obra. Decisión preliminar y autorización parcial excluyen —con distinto alcance, según la regulación legal— posteriores recursos de los interesados y de los terceros implicados contra estas decisiones parciales firmes (efecto preclusivo); exigen una decisión de conjunto provisionalmente positiva por parte del órgano administrativo sobre la admisibilidad del complejo en su conjunto y desarrollan, de nuevo, determinados y específicos (si bien aún controvertidos) pre-efectos y vinculaciones de los órganos administrativos respecto de posteriores partes o etapas del proceso de autorización.

Junto a los procedimientos descritos, plagados de decisiones parciales con eficacia externa, existen también otros procedimientos que pueden ser calificados igualmente como “procedimientos plurifásicos”. Ello vale sobre todo para el caso en que la autorización de una instalación por parte del órgano administrativo competente presupone una previa decisión esencial de otro órgano, que, sin embargo, tiene la consideración de acto de orden interno en relación con el órgano administrativo que debe autorizar, por lo que no se desprenderán efectos vinculantes inmediatos para los solicitantes ni para los terceros afectados; por ejemplo, la determinación del trazado de una carretera nacional por el Ministerio Federal de Transportes según el § 16 de la *FStrG* (cfr. sobre ello *BVerwGE* 62, 342). Así, la determinación del trazado no puede ser impugnada independientemente en la vía judicial, sino sólo en el marco de la decisión sobre el procedimiento de aprobación de un plan en la que se base; si ella misma tuviera la consideración de un

acto administrativo, entonces sí podría recurrirse autónomamente pero no podría, por otra parte, ser cuestionada jurídicamente desde el momento en que hubiera adquirido firmeza.

Estamos ante una formación por partes desde un punto de vista espacial y no material, por ejemplo, cuando la planificación de una carretera se realiza por tramos determinados, en especial cuando algunos de ellos se dejan sin uso (*cfr.* sobre ello *BVerwGE* 62, 342, 353 y ss.; 104, 144, 152 y ss.; 104, 236, 242 y ss.; *Bad.-Württ. VGH ES/UGH* 31, 196, 198 y ss.). Designar un procedimiento de este tipo, cuya estructura no es simple y que transcurre en fases diferenciadas, como un “procedimiento plurifásico” es una cuestión terminológica. Esto muestra, al mismo tiempo, que el concepto de “procedimiento plurifásico”, en la medida en que no se le limite a la tipología de procedimientos mencionada al principio, carece de particularidades específicas, teniendo que ser juzgado y considerado según cada una de sus características.⁸

g) *Aceleración del procedimiento.* El procedimiento administrativo debe desarrollarse con celeridad. Esto se desprende fácilmente de su propio concepto; a pesar de ello, ha sido también puesto de relieve expresamente a través de la modificación del § 10 *VwVfG* por la Ley de Aceleración de los Procedimientos de Autorización (*GenBeschlG*), del 12 de septiembre de 1996 (BGBl. I, pág. 1354). Del § 71a y ss. *VwVfG*, que fueron añadidos en virtud de la *GenBeschlG*, se desprenden algunas consecuencias a este respecto. Dichos preceptos son de aplicación al “procedimiento de autorización”, esto es, a aquellos procedimientos que tienen como objetivo la autorización de proyectos o planes en el ámbito de una empresa u operación económica. Con ellos no se crea ningún tipo nuevo de procedimiento

⁸ *Cfr.* sobre los procedimientos plurifásicos *BVerwGE* 24, 23; 70, 365; 72, 300; 80, 207; 92, 185; 96, 258. Schmidt-Aßmann, *Institute gestufter Verwaltungsverfahren: Vorbescheid und Teilgenehmigung*, *BVerwG-Festschrift*, 1978, pp. 569 y ss.; Selmer, *Vorbescheid und Teilgenehmigung im Immissionsschutzrecht*, 1979; A. Weber, *Vorbescheid und Teilgenehmigung im Atomrecht*, *DÖV*, 1980, pp. 397 y ss.; Ossenbühl, *Regelungsgehalt und Bindungswirkung der 1. Teilgenehmigung im Atomrecht*, *NJW*, 1980, pp. 1353 y ss.; Selmer/Schulze-Osterloh, *Der Vorbescheid im verwaltungsrechtlichen Genehmigungsverfahren*, *JuS*, 1981, pp. 393 y ss.; J. Ipsen, *Die Genehmigung technischer Großanlagen. Rechtliche Regelung und neuere Judikatur*, *AÖR*, vol. 107, 1982, pp. 259 y ss.; Kutscheidt, *Das gestufte Genehmigungsverfahren—Glanz und Elend eines Rechtsinstituts*, *Festschrift für Sendler*, 1991, pp. 303 y ss.; Schmidt-Preuß, *Kollidierende Privatinteressen im Verwaltungsrecht*, 1992, pp. 504 y ss.; Roßnagel, *Teilgenehmigung, und vorläufiges positives Gesamturteil*, *DÖV*, 1995, pp. 624 y ss.; Schmidt-Preuß, *Das Atomrecht als Referenzgebiet des Verwaltungsrechts*, *DVB*, 2000, pp. 767 y ss.; Stelkens/Stelkens, *StBS* § 35 marg. 184.

administrativo. Más bien se disponen una serie de reglas que sirven para la aceleración de procedimientos que se desarrollan según lo previsto bien en el §§ 63 y ss. *VwVfG*, bien en las correspondientes leyes sectoriales. De este modo, el legislador quiere hacer frente a las quejas del sector económico acerca de la excesiva duración de los procedimientos de autorización, así como también al hecho de que los retrasos del procedimiento son a veces atribuibles al propio recurrente, por ejemplo debido a la deficiente presentación de los documentos exigidos. A estos efectos, se entiende por empresas u operaciones económicas las actividades económicas, incluyendo las que se refieren a la producción de materias primas. No quedan incluidas, por el contrario, las que sirven para la realización y desarrollo de la propia vida privada (por ejemplo, permisos de construcción para la propia vivienda), licencias para ejercer una profesión (por ejemplo, farmacias), actividades cuyos fines sean de tipo caritativo o religioso (por ejemplo, la construcción de un asilo) o de carácter científico (construcción de un laboratorio).

No nos detendremos a analizar con detalle las diversas normas relativas a la aceleración del procedimiento en esta sede. Basta llamar la atención sobre los siguientes aspectos: según el § 71b de la *VwVfG*, el empresario puede solicitar que su procedimiento sea “acelerado”. Las consecuencias que se derivan de semejante solicitud no están claras, en especial en relación a otros procedimientos (¿desplazamiento del procedimiento ordinario a favor del procedimiento privilegiado en virtud de los §§ 71a y ss.?). El § 71b de la *VwVfG* sirve de fundamento —completando y ampliando el § 25 *VwVfG*— a los deberes de asesoramiento y de información de la administración, incluso antes de la solicitud y, con ello, también antes del inicio del genuino procedimiento de aceleración. En el § 71d de la *VwVfG* se regula el hasta ahora conocido en la praxis como “procedimiento en estrella”.^{Nt1} Según este precepto, a los titulares de intereses públicos, esto es, a las autoridades y a los órganos administrativos que representan específicos intereses públicos (Instituto Nacional para la Conservación de la Naturaleza, autoridades de conservación del agua, etcétera), se les debe exigir la emisión de un informe en un plazo determinado. Informe que, sólo *transcurrido* dicho plazo, podrá no ser tenido en cuenta (preclusión), con la única excepción de que el informe sea relevante a los efectos de la legalidad de la decisión. La aceleración del procedimiento no debe hacerse, por lo tanto, a costa o con sacrificio del principio del Estado de derecho. Una concentración todavía más intensa y, consecuentemente, una mayor aceleración, es posible por medio de la denominada “conferencia de solicitudes”, regulada en el § 71e de la *VwVfG*,

y en la cual y mediante invitación de la administración, tanto el solicitante como los distintos órganos intervinientes son llamados a conversar sobre el problema en cuestión. La conferencia “debe” ser convocada por la Administración a petición del solicitante. Las mencionadas normas sobre aceleración del procedimiento no actúan de forma excluyente; así por ejemplo, no excluyen que el órgano administrativo, en un procedimiento de autorización, adopte otras medidas de aceleración, y no excluye tampoco que este, en otros procedimientos administrativos, invoque y utilice estos preceptos en el ejercicio de su discrecionalidad en el marco del procedimiento.

^{Nt1} La denominación de “procedimiento en estrella” (en alemán, *Sternverfahren*), quiere aludir al hecho de que el órgano administrativo encargado de resolver el procedimiento de autorización en el que se inserta este trámite procedimental requiere, simultáneamente y bajo fijación de un plazo, la emisión de un informe a los diversos portadores de intereses públicos implicados, a los efectos de que manifiesten su posición al respecto. En oposición a un procedimiento normal, en el que los trámites se suceden linealmente, la denominación otorgada (“en estrella”) se justifica por el elemento de la simultaneidad con que dichos informes se solicitan a los diversos órganos.

Sin embargo, dichos preceptos no son aplicables a los procedimientos administrativos para la aprobación de un plan (§ 72 I de la *VwVfG*). Para este procedimiento en concreto, la *GenBeschlG* —puesta en relación y haciendo suyos preceptos ya existentes en leyes de ordenación sectoriales— prevé reglas especiales de aceleración. Estas se refieren a la rigidez del trámite de audiencia a través de la determinación de plazos, así como mediante la exclusión de posteriores recursos de los ciudadanos y posteriores manifestaciones de los órganos administrativos implicados (§§ 73 IIIa, IV 3 de la *VwVfG*), la sustitución del procedimiento de aprobación de un plan por un procedimiento más simplificado de autorización del plan e incluso la renuncia a la aprobación del plan o a una autorización del mismo (§§ 74 VI y VII de la *VwVfG*), así como la limitación de la relevancia jurídica de los vicios de la ponderación (§ 75 de la *VwVfG*).⁹

⁹ Si bien el procedimiento de aprobación de un plan previsto en la *VwVfG* sólo se aplica en contadas ocasiones, debido a la primacía de las leyes de planificación sectoriales, lo cierto es que los nuevos preceptos sobre aceleración del procedimiento —al margen de su relevancia práctica, aún por ver— servirán como modelo (*cfr.* sobre ello lo dicho en el marg. 5).

C. El significado del procedimiento administrativo

El procedimiento administrativo sirve para la realización y la ejecución del Derecho material. En este sentido —como cualquier otro procedimiento estatal— tiene sólo una *función auxiliar*. Pese a ello, no debe ser infravalorado y su regulación no debe despreciarse, considerándola una “desagradable y molesta formalidad”. Y es que mediante la determinación y la observancia de normas procedimentales se garantiza la obtención de decisiones materialmente adecuadas e irreprochables. Según las modernas teorías decisionales, al proceso de toma de decisiones se le debe otorgar un valor cada vez mayor. Por ello, el derecho no debe limitarse a regular los requisitos y los presupuestos jurídico-materiales de la decisión, sino también el procedimiento de decisión en sí mismo, dentro del cual se incluye, naturalmente, el procedimiento administrativo.

El procedimiento administrativo tiene, incluso, un contenido *constitucional inmediato*. Los *derechos fundamentales*, que parten de la libre personalidad y de la propia responsabilidad del individuo, exigen que este no sea considerado sólo como un objeto del proceso estatal sino también como “ciudadano mayor de edad”, siendo incluido como parte, con derechos propios, en el proceso decisional, en el que adquiere la posibilidad de hacer valer sus conocimientos, ideas y juicios de valor. El principio del *Estado de derecho* no sólo exige una clara y previsible configuración del proceso sino que este sea, a su vez, justo. A ello sirven, sobre todo, los derechos procedimentales (*cfr.* sobre ello, especialmente, los §§ 28 y ss. de la *VwVfG* y lo dicho en el margs. 20 y ss.).

En la jurisprudencia y doctrina recientes se atribuye al procedimiento —así como también a la organización— un significado y una importancia cada vez mayores a los efectos de la realización de los derechos fundamentales individuales (“realización de los derechos fundamentales a través de la organización y del procedimiento”). Según ello, no sólo las decisiones estatales deben estar en consonancia con los derechos fundamentales, sino que también el procedimiento administrativo y el subsiguiente sistema de garantías judiciales deben configurarse y desarrollarse de tal modo que aseguren una adecuada realización de las posiciones jurídicas garantizadas por los derechos fundamentales individuales. Así, por ejemplo, es posible que debido a la vulneración de garantías procedimentales esenciales —esto es, con relevancia desde la perspectiva de los derechos fundamentales— una venta forzosa contravenga el artículo 14 I *GG*, o que la decisión sobre un examen infrinja el artículo 12 I *GG*, o que la autorización de una central

atómica viole el artículo 2 II *GG* (*cfr.* *BVerfGE* 46, 325; *BVerfGE* 52, 380; *BVerfGE* 53, 39). Las exigencias procedimentales de los derechos fundamentales vinculan tanto al legislador, que deberá poner a disposición un procedimiento efectivo desde el punto de vista de aquellos, como a la administración, que debe interpretar, aplicar e incluso completar las normas procedimentales conforme a los derechos fundamentales. Cuanto más difícil y complicada sea una decisión, mayores exigencias deben residenciarse en la configuración del procedimiento.¹⁰

¹⁰ *Cfr.* sobre ello las ya mencionadas decisiones del *BVerfG*, que ofrecen una visión de conjunto: *BVerfGE* 53, 30, 65 y 72 y ss. (voto particular); también Häberle, *Grundrechte im Leistungsstaat*, VVDStRL 30, 1972, p. 43, especialmente pp. 86 y ss. y 121 y ss.; Hesse, *Bestand und Bedeutung der Grundrechte in der Bundesrepublik Deutschland*, EuGRZ, 1978, pp. 427, 434 y ss.; del mismo autor, *VerfR* margs. 358 y ss.; Redeker, *Grundgesetzliche Rechte auf Verfahrensteilnahme*, NJW, 1980, pp. 1593 y ss.; Goerlich, *Grundrechte als Verfahrensgarantien*, 1981; Bethge, *Grundrechtsverwirklichung und Grundrechtssicherung durch Organisation und Verfahren*, NJW, 1982, pp. 1 y ss.; Blümel, *Grundrechtsschutz durch Verfahrensgestaltung*, *idem* (coord.), *Frühzeitige Bürgerbeteiligung bei Planungen*, 1982, pp. 23 y ss.; crítico se muestra Ossenbühl, *Grundrechtsschutz im und durch Verfahrensrecht*, Festschrift für Eichenberger, 1982, pp. 183 y ss.; Laubinger, *Grundrechtsschutz durch Gestaltung des Verwaltungsverfahrens*, *VerwArch* 73, 1982, pp. 60 y ss.; Dolde, *Grundrechtsschutz durch einfaches Verfahrensrecht?* NVwZ, 1982, pp. 65 y ss.; von Mutius, *Grundrechtsschutz contra Verwaltungseffizienz als Grundrechtsverstöße*, NVwZ, 1985, pp. 865 y ss.; para una visión sintética, Dreier, *Grundgesetz*, Kommentar vol. 1, 2a. ed., 2003, § 1 marg. 105.

La derivación de derechos procedimentales a partir de derechos fundamentales materiales ha encontrado oposición en algún sector de la doctrina (*cfr.* Laubinger, *op. cit.*, pp. 80 y ss.), así como reticencias de algunos autores, que exigen una consideración diferenciada y matizada (*cfr.* por ejemplo, Ossenbühl). Estas cautelas tienen una cierta justificación. La tutela judicial efectiva ya está garantizada en el artículo 19 IV *GG*, por lo que recurrir a derechos fundamentales materiales podría parecer bien superfluo, bien dogmáticamente erróneo. Las consecuencias que esta teoría tiene, desde la perspectiva del procedimiento administrativo, no son nuevas sino, por el contrario, bien conocidas en el marco del derecho administrativo e incluso exigidas desde hace tiempo en tanto que requisito fundamental derivado del principio de Estado de derecho. La teoría de la dimensión procedimental de los derechos fundamentales materiales tiene también efectos relevantes en el ámbito del proceso: permite un recurso de amparo en el caso de una grave infracción procedimental, esto es, “con trascendencia para los derechos fundamentales”. Esta teoría, además, pone el acento en el sentido del derecho procedimental en sus distintas facetas. Por otra parte, el proceso no puede actuar como una coartada jurídica. Las mejores garantías procedimentales (trámite de audiencia, vista del expediente, etcétera) son inútiles cuando la decisión material adoptada por un órgano administrativo es errónea. En primer plano, por lo tanto, debe colocarse, ahora igual que siempre, la exigencia de una configuración jurídico-material de los derechos fundamentales y la obligación de una decisión material correcta. En este sentido, el procedimiento tiene (sólo) una función auxiliar y no un valor propio.

Las *distintas tendencias* en materia de procedimiento administrativo no se oponen las unas a las otras, sino que se complementan. El trámite de audiencia, por ejemplo, da a los ciudadanos la posibilidad de participar en el procedimiento de elaboración de la decisión y sirve, al mismo tiempo también, a la administración, pues a menudo sólo el ciudadano implicado posee los conocimientos o la información necesaria y relevante para la decisión y para el procedimiento de elaboración de la misma.¹¹

2. Los interesados en el procedimiento administrativo

A. Los puntos de conexión básicos

Es necesario aclarar el concepto de interesados porque los preceptos de la *VwVfG* a menudo utilizan la expresión “interesados” y porque, además, los derechos procedimentales les corresponden sólo a ellos.

En sentido amplio puede considerarse que los órganos administrativos encargados de dirigir el procedimiento también son interesados, puesto que desempeñan sus funciones y tareas como órganos administrativos precisamente con la ayuda del procedimiento, y están vinculados en virtud de normas procedimentales. No obstante, no deben incluirse en el círculo de interesados, ya que desde una perspectiva procedimental no son sólo participantes en el procedimiento, sino también “dueños” del mismo.

La participación en el procedimiento administrativo no se determina según elementos materiales sino según elementos de tipo formal. No es automáticamente interesado quien tiene sus derechos materiales afectados a través del procedimiento y de la decisión que pone punto final al mismo, sino tan sólo aquel que, por fuerza de la ley o en virtud de declaración administrativa, adquiere aquella posición. Ciertamente, la posición formal de interesado se vincula a posiciones jurídico-materiales; sin embargo, no es suficiente, siendo preciso un reconocimiento jurídico-procedimental.

¹¹ Sería erróneo, por otra parte, pretender oponer el interés de la administración a un procedimiento lo más informal posible frente al interés del ciudadano a un procedimiento construido con las máximas garantías posibles. Y ello porque también el ciudadano tiene interés en un procedimiento rápido, no conviniéndole un procedimiento excesivamente sobrecargado de formalismos, mientras que, por su parte, la administración está vinculada a un procedimiento que garantice un resultado óptimo.

B. La regulación de la *VwVfG*

Las normas de la *VwVfG* en materia de interesados (§§ 11 y ss. de la *VwVfG*) enlazan conscientemente con los correlativos preceptos de la *VwGO* (§§ 61 y ss.). En este sentido, es preciso diferenciar los siguientes conceptos:

a) *Capacidad para ser interesado en el procedimiento*, establecida en el § 11 de la *VwVfG* y que puede definirse como la capacidad para participar como sujeto en un procedimiento administrativo. Se corresponde con la capacidad para ser parte en un proceso judicial (*cfr.* los §§ 61 *VwGO* y 50 *ZPO*).

Tienen capacidad para ser interesados 1) las personas naturales y jurídicas, 2) las asociaciones, cuando pueda corresponderles un derecho, y 3) los órganos administrativos. Según ello, pues, tienen *capacidad para ser interesados* fundamentalmente los que tienen *capacidad jurídica*, esto es, por un lado, los que —sean personas físicas o jurídicas— poseen plena capacidad jurídica y, por el otro, los que poseen —como las asociaciones o las uniones con capacidad jurídica limitada— una capacidad jurídica no plena.¹²

Las administraciones públicas no tienen capacidad jurídica, pero en virtud de la ley sí pueden participar en un procedimiento administrativo, bien para hacer valer algún punto de vista relativo al ámbito de sus competencias, bien para —dicho abreviadamente— accionar sus órganos administrativos con capacidad para ello.

b) *La capacidad de obrar*, regulada en el § 12 de la *VwVfG* y que se corresponde con la capacidad para comparecer en juicio de la *VwGO* y de la *ZPO*. Puede definirse como la capacidad para poder *por sí mismo* realizar actuaciones procesales, por ejemplo para poder dar o solicitar aclaraciones, para designar un representante, etcétera. Esta capacidad de obrar se identi-

¹² Al segundo grupo pertenecen, por ejemplo, las sociedades colectivas (*OHG*), las uniones sin personalidad jurídica, en tanto en cuanto se les atribuyan determinados derechos (por ejemplo, el derecho de reunión y manifestación, según el artículo 8 *GG*), los partidos políticos incluidas sus subdivisiones, los sindicatos, las facultades y sus departamentos, las dependencias de un ayuntamiento. Es determinante, en cada caso, la titularidad, no el estatus jurídico; en la medida en que se trate de derechos, basta la capacidad para ser interesado en el procedimiento.

fica —igual que ocurre en el marco del derecho procesal— con la capacidad de obrar general.

c) *La capacidad para participar en el concreto procedimiento.* Mientras que el § 11 de la *VwVfG* regula quién *puede ser*, en general y de forma abstracta, interesado en el procedimiento, el § 13 determina quién *es* interesado en un procedimiento *concreto*. En este sentido es preciso diferenciar entre dos grupos:

aa) *Interesados por fuerza de ley* son, según el § 13 I núms. 1-3 de la *VwVfG* el solicitante, su oponente, el (potencial) destinatario de un acto administrativo y la parte contraria del contrato.

bb) *Interesados por llamamiento de la administración* son, según el artículo 13 I núm. 4 de la *VwVfG* aquellos terceros que por medio de una *específica decisión* de un órgano administrativo son llamados a participar en el procedimiento, porque podrían verse implicados o afectados en sus intereses jurídicos por el resultado del procedimiento (—mediante el acto administrativo que se pretende adoptar o mediante el convenio administrativo que se busca concluir) (*cfr.* al respecto con mayor detalle el § 13 II de la *VwVfG*). Este llamamiento, que se corresponde con la figura procesal contemplada en el § 65 *VwGO*, otorga al tercero la posición de interesado en el procedimiento administrativo con todos los derechos, obligaciones y vínculos.

3. El desarrollo del procedimiento administrativo

A. El inicio del procedimiento

Según el § 22 inciso 1 de la *VwVfG*, corresponde a la administración decidir, en virtud de una potestad discrecional ejercida conforme a derecho, si y cuándo va a tramitarse un procedimiento administrativo. Frente a esta norma general existen, sin embargo, excepciones en los dos sentidos (§ 22 inciso 2 de la *VwVfG*):

- Un órgano administrativo está *obligado* a iniciar un procedimiento si tiene la obligación de actuar de oficio o si tiene la obligación de actuar a instancia de parte y se ha presentado la correspondiente instancia.
- Un órgano administrativo *no puede* dar inicio a un procedimiento si únicamente *le está permitido* actuar a instancia de parte y la necesaria instancia no ha tenido (aún) lugar.

El inicio del procedimiento está presidido por el *principio inquisitivo* (el órgano administrativo decide de oficio, *ex officio*, sobre la apertura de un procedimiento) y por el *principio de oportunidad* (el órgano administrativo puede decidir discrecionalmente iniciarlo o no); estos dos principios, sin embargo, se verán, en ocasiones, parcialmente desplazados por el *principio dispositivo* (el ciudadano determina mediante solicitud sobre la apertura del procedimiento administrativo) y el *principio de legalidad* (el órgano de la administración tiene la obligación de actuar).¹³

B. La tramitación del procedimiento

La tramitación de un procedimiento administrativo, una vez iniciado, es dirigida por el correspondiente órgano administrativo. Este tiene que decidir sobre el desarrollo externo del mismo (principio de impulso de oficio) y tiene, también, que averiguar de oficio todos los hechos o conductas relevantes a efectos de la decisión (principio de instrucción de oficio).

El *principio de instrucción de oficio* tiene un sentido decisivo, porque de la averiguación adecuada y conforme a derecho de los hechos y conductas relevantes dependerá la legalidad de la decisión que se adopte. El órgano administrativo determina el tipo y el alcance o ámbito de las averiguaciones, en especial si se van a utilizar medios de prueba y cuáles. Los interesa-

¹³ Los procedimientos que aspiran a la aprobación de un acto administrativo favorable se activan en la mayoría de los casos a instancia de parte; sin embargo, también ocurre, en ocasiones, que puedan ser iniciados de oficio. Es frecuente también que se dé una combinación de ambas posibilidades: la administración debe actuar a instancia de parte, puede también hacerlo de oficio (*cfr.* expresamente el § 10 *HandwO*: la inscripción en el registro de actividades económicas tiene lugar a instancia de parte o de oficio). En los procedimientos administrativos que se orientan a la aprobación de un acto administrativo de gravamen, se aplica directamente, como es lógico, el principio inquisitivo. La discrecionalidad de la administración se reduce a una obligación jurídica si se estima que según el estado de los conocimientos actuales, es necesario intervenir (por ejemplo, un edificio que amenaza ruina). De la instancia de parte debe distinguirse la “iniciativa” o “petición”, esta última dirigida a conseguir la actuación de oficio de la administración, pero tratándose de una indicación o aviso no vinculante. Por lo demás, debe llamarse la atención sobre el hecho de que, en la práctica, el inicio del procedimiento a menudo tiene lugar de forma absolutamente informal, puesto que la administración simplemente captura o aprovecha una determinada ocasión que se le presenta. *Cfr.* respecto de la instancia de parte, Stelkens, *Der Antrag-Voraussetzung eines Verwaltungsverfahrens und eines Verwaltungsaktes?* NuR, 1985, pp. 213 y ss.; Gusy, *Der Antrag im Verwaltungsverfahren*, BayVBl, 1985, p. 484; Laubinger, *Der Antrag auf Erlass eines Verwaltungsakts*, Festschrift für Jong Hyun Seok, 2003, pp. 65 y ss.; BVerwGE 104, 375 (revocación de una solicitud).

dos, por su parte, pueden solicitar, también, recibimientos a prueba, pero la administración no está vinculada por ellos, pudiendo tanto rechazar dichas peticiones de recibimiento a prueba como recurrir a otros medios distintos. Lo que no puede hacer, sin embargo, es actuar de forma unilateral, estando obligada a traer al procedimiento y a considerar en él *todas* las circunstancias relevantes para el caso concreto, también las que sean favorables para los interesados (*cfr.* § 24 de la *VwVfG*).

Como medios de prueba pueden considerarse los siguientes: informaciones de todo tipo, manifestaciones de los interesados, declaraciones de testigos, informes de expertos, documentos y actas, así como inspecciones oculares.¹⁴

Si bien es cierto que la administración se muestra “dueña del procedimiento administrativo”, es preciso tener presente, por otro lado, el hecho de que se encuentra en él jurídicamente vinculada, así como también que el ciudadano puede influir en la decisión por medio de los derechos procedimentales que se le otorgan (*cfr.* lo que se dirá seguidamente *infra*, IV).

C. La terminación del procedimiento

El procedimiento administrativo concluye con la aprobación o la denegación del acto administrativo pretendido, o con la conclusión o fracaso del convenio administrativo al que se aspiraba. No obstante, también puede terminar por otros motivos, por ejemplo, por la resolución del asunto por sí solo, porque el procedimiento se suspende o archiva o, simplemente, porque no se continúa con él.

4. Los derechos procedimentales de los interesados

Los interesados tienen los siguientes derechos en el procedimiento administrativo:

¹⁴ La obligación de prestar testimonio como testigo o de proporcionar el correspondiente informe como perito existe en los procedimientos formalizados; en los otros casos, únicamente si está específicamente previsto en la ley. Tomar y exigir promesa o juramento sólo está permitido en los casos en que lo prevea una ley, y el último sólo mediante la intervención de los Tribunales, *cfr.* sobre ello los §§ 26, 27 y 65 *VwVfG*.

A. El derecho de audiencia (§ 28 de la *VwVfG*)

La audiencia en el procedimiento administrativo no está expresamente garantizada en la Ley Fundamental (el artículo 103 I *GG* vale sólo para los procesos judiciales), pero es un principio general del derecho, constitucionalmente fundamentado y reconocido desde hace largo tiempo. Únicamente se discute su específico fundamento: principio del Estado de derecho (artículo 1 I *GG*, o bien aplicación analógica del artículo 103 I *GG*). Fundamental y decisivo es el principio del Estado de Derecho, cuya vulneración puede alegarse al amparo del artículo 2 I *GG* (*BVerfGE* 101, 397, 404 y ss.). El derecho a ser oído significa (tanto en el marco del procedimiento administrativo como en el del proceso judicial) que la decisión sólo puede apoyarse en aquellas circunstancias sobre las cuales los interesados han tenido la ocasión de manifestarse o expresarse, bastando a estos efectos que hayan tenido la posibilidad de hacerlo. En el caso de que efectivamente el interesado haya manifestado alguno de sus puntos de vista, el órgano administrativo está obligado a tomar en consideración las alegaciones efectuadas y a incluirlas en sus razonamientos, lo que por regla general debe hacerse constar en la motivación.

El § 28 de la *VwVfG* parte de estos principios, pero ha sido interpretado de forma excesivamente restrictiva porque, por un lado, se limita a actos administrativos que “inciden” en los derechos de los interesados y, por otro, porque se limita a “hechos o conductas” que sean relevantes a los efectos de la subsiguiente decisión.¹⁵

¹⁵ Según la doctrina del *BVerwG*, el § 28 I *VwVfG* se aplica sólo si el acto administrativo que se quiere aprobar modifica, en su perjuicio, la posición jurídica que ostentan en ese momento los interesados (transformación del *status quo* en un *status minus*), pero no, en cambio, si se rechaza la aprobación de un acto administrativo que debía únicamente mantener una posición jurídica (*BVerwGE* 66, 184). Esta distinción, aparentemente acertada, no contempla adecuadamente el verdadero problema. El acto administrativo que se va a rechazar (por ejemplo, la denegación de una subvención o de un subsidio asistencial) a menudo es, para los implicados, no menos gravoso que el acto administrativo “de intervención”, y ello dejando de lado el hecho de que no es posible una clara separación entre ambos tipos de actos. En cualquier caso, pertenecen también a los actos administrativos “de intervención” en el sentido del § 28 I *VwVfG* la denegación de un permiso con el objetivo de efectuar un control preventivo, así como la denegación de una licencia de construcción o de una licencia comercial (*cfr.* al respecto *OVG Münster*, NVwZ 1983, 746; sobre la naturaleza jurídica de una autorización para control *cfr.* lo ya dicho en § 9, marg. 52). La audiencia previa a la denegación de un acto administrativo no tiene en la práctica mucha relevancia, porque a la denegación, por norma general, precede una instancia de parte y el recurrente ya ha tenido, a través de ella y de sus argumentos, la posibilidad de dejar clara su posición. Esto

Otras limitaciones del derecho a ser oído tienen lugar, según el § 28 II de la *VwVfG*, cuando el mismo no viene exigido por las circunstancias del caso particular (lo que se ve debidamente concretado mediante algunos ejemplos), así como, según el apartado tercero del mismo precepto, cuando la audiencia entra en contradicción con un interés público imperativo. Si a ello se añade que la ausencia de la audiencia en el procedimiento administrativo queda la mayoría de las veces sin sanción, porque puede ser subsanada en el correspondiente procedimiento de recurso previo a la vía jurisdiccional y, parcialmente también, en el subsiguiente proceso contencioso-administrativo (*cfr.* los §§ 45 y 46 *VwVfG* y lo dicho en § 10 margs. 38 y ss.), entonces queda claro que el trámite de audiencia establecido en la *VwVfG* no está suficientemente garantizado.

De nuevo es necesario, como siempre, recurrir a los fundamentos constitucionales, ya sea a través de una interpretación extensiva conforme a la Constitución del § 28 de la *VwVfG*, ya sea completando el mencionado precepto. Así, es posible fundamentar, en caso de duda, la extensión de la audiencia a *todos* los actos administrativos desfavorables —por lo tanto, no sólo a los actos de intervención, sino también a los que deniegan un beneficio que se ha solicitado— en virtud de una interpretación conforme a la norma fundamental. Las limitaciones del § 28 II y III de la *VwVfG* deben interpretarse de forma restrictiva, a la vista precisamente de la garantía constitucional del trámite de audiencia.¹⁶

B. El derecho a la vista del expediente (§ 29 de la *VwVfG*)

Los interesados tienen el derecho a ver los expedientes que hacen referencia al procedimiento, en la medida en que sea necesario su conocimiento

no excluye, sin embargo, la observación de los restantes principios en materia de audiencia (conocimiento y consideración de lo que se ha dicho por parte de la administración, eventuales informaciones). Además, los interesados deben tener la ocasión de poder posicionarse respecto de las *cuestiones jurídicas* esenciales. Cuando, por ejemplo, un estudiante solicita la prórroga de su beca fundamentándola detalladamente y, sin embargo, la administración considera que este no puede ser considerado beneficiario, rechazando por ello su solicitud, aquella debe transmitirle todos los puntos de vista jurídicamente relevantes y darle la oportunidad de manifestar una posición al respecto. A la vista de la estrecha vinculación existente entre cuestiones de hecho y cuestiones de derecho, se producirá, sin más, una extensión hacia las cuestiones de tipo jurídico.

¹⁶ Una regla libre de objeciones sobre el derecho a ser oído se contiene en el § 66 *VwVfG* para el caso de los procedimientos formalizados.

para hacer valer sus intereses o para defenderlos. Este derecho está estrechamente vinculado con el trámite de audiencia, porque este último sólo puede ejercerse de forma eficaz mediante el conocimiento de tales expedientes. El derecho a la vista del expediente halla su fundamento en el principio de publicidad del proceso en relación con las partes, así como también en el principio de igualdad de armas de los interesados, y ocasionalmente también en el principio del Estado de derecho y en el principio democrático. Este derecho vale, en tanto que derecho procedimental según lo previsto en el § 29 de la *VwVfG*, sólo para las personas interesadas en el concreto procedimiento (*cf.* al respecto lo dicho *supra*, en el marg. 15) y, además, sólo respecto de aquellos documentos que afecten a su posición jurídica. Desde un punto de vista temporal se limita dicho derecho a la duración del concreto procedimiento (*BVerwGE* 67, 300, 303 y ss.). Es por ello que no puede ejercerse el derecho previsto en el § 28 I de la *VwVfG* ni antes de iniciarse el procedimiento, por ejemplo para valorar las posibilidades de éxito que tendría una eventual solicitud de una licencia comercial, ni tampoco una vez concluido el procedimiento (*cf.* para la acotación del procedimiento *BVerwG DVBl.* 2003, 1401). No obstante, tiene que garantizarse la posibilidad de acceder a los documentos —como efecto derivado de este derecho procedimental— tras la aprobación del acto administrativo, en la medida en que ello sea necesario para el examen de otros recursos jurídicos posibles (en este sentido, acertadamente, Ipsen, *VerwR*, marg. 932).

Las limitaciones se desprenden del § 29 II de la *VwVfG*. Según este precepto, el órgano administrativo no está obligado a dar vista del expediente, en tanto en cuanto el adecuado cumplimiento de sus deberes y funciones pueda verse perjudicado, o bien si con ello se entra en contradicción con intereses, públicos o privados, que requieren el mantenimiento del secreto. Ya el mismo tenor literal del precepto (“no obligado”) indica que el órgano de la administración dispone de un cierto margen de discrecionalidad y que, consecuentemente, tiene que ponderar los diversos intereses en juego.

C. Excurso: el derecho general del ciudadano de acceso a la información en poder de la administración

a) *Discrecionalidad de la administración.* Dado que el § 29 de la *VwVfG* se limita a concretos procedimientos administrativos, no contiene —como por otra parte es lógico— ninguna afirmación respecto de si, y hasta qué punto, es posible, en los demás casos, un derecho general de acceso a documentos. Hasta hace muy poco, en el derecho alemán imperaba el principio

de publicidad limitada de los documentos. Conforme a ello, la concesión de dicho acceso dependía de una decisión discrecional del órgano administrativo. Lo mismo valía para la información administrativa. El ciudadano, cuando podía hacer valer un interés legítimo o digno de protección, tenía únicamente una acción para que se examinara su solicitud y se adoptara una decisión en el correcto ejercicio de la discrecionalidad.¹⁷

b) *Derecho de acceso a la información ambiental*. La posición del derecho alemán, caracterizada tradicionalmente por fuertes reservas al respecto, fue objeto de críticas cada vez más intensas. Se exigía que se concediera a los ciudadanos un derecho general de acceso a los datos y documentos que se encontraran en poder de las autoridades estatales. En este sentido, se alegaban, entre otros argumentos, los ordenamientos jurídicos de los Estados Unidos o de los países escandinavos, así como la reciente introducción en el ámbito comunitario de un derecho equivalente (artículo 225 del Tratado de la Comunidad Europea). El definitivo impulso —limitado, sin embargo, al ámbito medioambiental— lo dio finalmente una directiva comunitaria, concretamente la Directiva del 7 de junio de 1990 sobre libertad de acceso a la información en materia medioambiental (90/313/EEG). La trasposición de dicha Directiva supuso la aprobación de la Ley de Información Ambiental (*UIG*) del 8 de julio de 1994 (Sart. núm. 294). No obstante, esta Ley, según la sentencia del *EuGH* del 9 de septiembre de 1999 (NVwZ 1999, 1209, sobre ello *F. Becker*, NVwZ 1999, pp. 1187 y ss.) no se ajustaba a las exigencias de la citada Directiva, por lo que tuvo que ser modificada mediante la Ley Federal del 23 de agosto de 2001 (y, de nuevo, algo más tarde, por medio de otra Ley Federal del 22 de diciembre de 2004).

La directiva y la ley persiguen fortalecer la protección del medio ambiente por medio de la publicidad de los datos medioambientales. Según el § 3 I 1 de la *UIG*, toda persona tiene derecho al libre acceso a las informaciones medioambientales de las que disponga un “órgano obligado a informar”. Quién forma parte de estos órganos viene detalladamente determinado en el § 2 I *UIG* (predominantemente se trata de órganos administrativos). No

¹⁷ Sólo en algunos casos muy especiales existía, por razón de la normativa sectorial específica, una acción de acceso a documentos e información administrativa. Estas regulaciones específicas estaban motivadas individualmente (así, por ejemplo, el derecho de los funcionarios al acceso a sus propios expedientes, según el § 90 de la *BBG* y § 56 *BRRG*, el derecho a la información sobre los propios datos automatizados según el § 19 *BDSG* y el derecho de acceso a documentos del servicio de seguridad estatal SED según el § 3 *StUG*) o bien aspiraban a la publicidad (así, el acceso al registro de bienes según el § 1563 *BGB*, al registro mercantil según el § 9 I *HGB* y al registro de la propiedad según el § 12 I *GBO*).

es preciso alegar un especial interés jurídico o de otro tipo. El acceso puede producirse por medio de la distribución de información, de la concesión de la posibilidad de ver el expediente o de cualquier otro modo. El órgano administrativo tiene que ajustarse, en cuanto al tipo de acceso, a lo pedido por el solicitante, salvo que exista una razón de mayor peso, por ejemplo, un coste considerablemente mayor para la administración. Con ello se da por superada la anterior jurisprudencia sobre la discrecionalidad de elección de la administración en este punto (*cfr.* sobre ello *BVerwGE* 102, 282, equivalente a *JZ* 1998, 243 con comentario de *Hendler*). La acción de acceso a la información se limita únicamente en aras de intereses públicos o privados que se le puedan oponer, según se detalla más ampliamente en los §§ 8 y 9 de la *UIG*.¹⁸

c) *La acción general de información.* La Ley Federal de Libertad de Información (*IFG*) del 5 de septiembre de 2005 (*BGBI.* I, p. 2722) va más allá del ámbito de aplicación de la Ley de Información Medioambiental, que se limita a la protección del medio ambiente, y concede un derecho general de información, que se extiende a todos los ámbitos de la administración, si bien sólo federal —condicionada como lo está desde la perspectiva de la distribución competencial—. El legislador federal sigue con ello el ejemplo de algunos *Länder*, que desde hace varios años disponen de leyes sobre libertad y acceso a la información.¹⁹

¹⁸ Para aspectos más concretos en relación a la *UIG*, cabe remitirse a la jurisprudencia y a la doctrina sobre la materia, *cfr.* *BVerwGE* 108, 369 (presupuestos del derecho); *BVerwGE* 110, 17 (excepciones); *BVerwG* DVBl 2006, 182 con comentario de *Schoch* (órgano de la Administración en el sentido del § 2 I 2 *UIG*). Kloepfer, *Informationsrecht*, 2002, § 10 margs. 28 y ss.; R. Schmidt/H. Müller, *Einführung in das Umweltrecht*, 61 ed., 2001, § 1 marg. 45, Schomerus/Schrader/Wegener, *Umwelteinformationengesetz*, Kommentar, 1995; Scherzberg, *Freedom of information—deutsch gewendet: Das neue Umwelteinformationengesetz*, DVBl, 1994, pp. 733 y ss.; Kollner, *Klage auf Umwelteinformation nach dem neuen Umwelteinformationengesetz (UIG)*, NVwZ, 1995, pp. 858 y ss.; Theuer, *Der Zugang zu Umwelteinformationen aufgrund des Umwelteinformationengesetzes (UIG)*, NVwZ, 1996, pp. 326 y ss.; Müller/Heder, *Problemfälle des Anspruchs auf Umwelteinformationen*, NVwZ, 1997, pp. 330 y ss.; D. König, *Das Umwelteinformationengesetz—ein Modell für mehr Aktenöffentlichkeit?* DÖV, 2000, pp. 45 y ss.; Clausen, en: Snack, *VwVfG* § 29 margs. 42 y ss.; Bonk, *StBS* § 29 margs. 20 y ss.

¹⁹ Pionero en la materia fue el *Land* de Brandenburgo, que había anclado el derecho a la información en el mismo derecho constitucional (artículo 21 IV de su Constitución) y, sobre esta base, aprobó una Ley de Acceso a Documentos e Información (*AIG*) el 10 de marzo de 1998 (*GVBl.* I p. 46). A él siguieron los *Länder* de Berlín, 1999, Schleswig-Holstein, 2000 y Renania del Norte-Westfalia, 2001. *Cfr.* sobre ello *Schoch*, DV 35, 2002, pp. 149 y ss.; Kloepfer/von Lewinski, DVBl, 2005, 1278. La terminología utilizada alterna el uso del concepto derecho a la información con el de libertad de información. El primero de ellos tiene

El § 1 de la *IFG* determina que toda persona tiene, respecto de la administración federal, un “derecho de acceso a la información administrativa”. La administración puede, a tal efecto, proporcionar información, permitir el acceso a documentos o poner a disposición la información en cualquier otro modo. Está obligada a conceder el acceso en la forma en que lo haya solicitado el requirente, salvo que en contra de ello exista alguna razón de mayor importancia, especialmente en el caso de un coste claramente superior para la administración. El derecho de información decae si y en tanto en cuanto se le opongan intereses públicos especiales, en particular intereses en el mantenimiento del secreto, así como la protección de datos personales (§§ 3-15 *IFG*). De este sistema normativo se desprende que se trata, en todo caso, de excepciones a una regla general que deben estar especialmente justificadas y motivadas. Contra la denegación de la información solicitada puede recurrirse a través del procedimiento de recurso previo a la vía jurisdiccional y también puede interponerse la correspondiente pretensión obligacional contencioso-administrativa, según se establece en el § 9 IV *IFG*. Además, se creará la figura de un “comisionado federal para la libertad de información”, al cual podrá dirigirse cualquier persona que se considere lesionada en su derecho. Esta tarea —produciéndose, por tanto, una unión subjetiva— es asumida por la Autoridad de Protección de Datos y Libertad de la información, con lo que puede producirse un equilibrio o compensación de intereses, pero corriéndose también el riesgo de acabar agotándose entre dos frentes.

Las leyes sobre acceso a la información deben servir para construir los derechos de participación democrática de los ciudadanos, así como también para fortalecer el control democrático de los poderes públicos. Con ellos se concede un derecho general a la información de la administración que no está ya ni ampliamente limitado ni exige requisitos o presupuestos previos para su ejercicio. En principio, toda persona puede exigir de los órganos de la administración cualquier información, siempre y cuando no se trate de los supuestos constitutivos de excepciones, esto es, de intereses públicos que requieran secreto o de la protección de datos personales. No es necesario hacer valer un específico interés en la información que se solicita, lo que sin duda es algo no exento de problemas. Así, *Ibler* ha planteado y analizado la cuestión de forma clara (confidencialidad de los documentos administrativos, sistema de tutela judicial subjetiva, vigilancia estatal, protección de

la ventaja de que no se vincula con un derecho de libertad típicamente liberal, sino más bien con un derecho de participación (democrática).

los datos de terceros); sobre ello no es posible entrar con más detalle en esta sede. Cuestionable es, también, si conceptualmente es admisible la existencia de un derecho subjetivo, en el sentido de orientarse a la consecución de intereses propios y, por ello, referidos subjetivamente. Esta afirmación, sin embargo, no prejuzga negativamente la existencia de un derecho de acceso a la información sin presupuestos previos, simplemente muestra que nos hallamos ante una figura jurídica de carácter y naturaleza particular.²⁰

d) *Derecho fundado constitucionalmente de acceso a la información en poder de la administración*. Como norma general, el derecho de acceso a la información requiere la intermediación del correspondiente texto legal. Es posible, sin embargo, si seguimos la doctrina establecida por una nueva decisión del *BVerwG*, que este derecho se desprenda directamente del propio texto constitucional (*BVerwGE* 118, 270). En el caso en cuestión, un empresario solicitaba determinada información de la administración para poder examinar las perspectivas de éxito de una solicitud para la concesión de uno de los permisos numéricamente limitados previstos en la Ley sobre Transporte de Pasajeros. El § 29 I *VwVfG* no era aplicable (*cfr.* lo dicho *supra*, en el marg. 21). El *BVerwG* afirmó, no obstante, que el derecho de acceso a la información se desprendía directamente del artículo 12 I *GG*. Ciertamente, los derechos de prestación deducidos a partir de derechos de libertad no están, en este sentido, exentos de problemas. En el caso considerado, no obstante, el obstáculo se puede salvar partiendo del hecho de que proporcio-

²⁰ *Cfr.* Ibler, *Zerstören die neuen Informationszugangsgesetze die Dogmatik des deutschen Verwaltungsrechts?*, Festschrift für Brohm, 2002, pp. 405 y ss.; Schoch, *Informationsfreiheitsgesetz für die Bundesrepublik Deutschland*, DV 35, 2002, pp. 149 y ss.; Bull, *Informationsfreiheitsgesetze—wozu und wie?* ZG, 2002, pp. 201 y ss.; Kloepfer, *Informationsrecht*, 2002, pp. 400 y ss.; Gurlit, *Konturen eines Informationsverwaltungsrechts*, DVBl, 2003, pp. 1119 y ss.; Fluck/Wintterle, *Zugang zu Umweltinformationen, Die Rechtsprechung zum Umweltinformationsgesetz*, VerwArch 94, 2003, pp. 437 y ss.; Kloepfer/von Lewinski, *Das Informationsfreiheitsgesetz des Bundes (IFG)*, DVBl, 2005, pp. 1277 y ss.; Schmitz/Jastrow, *Das Informationsfreiheitsgesetz des Bundes*, NVwZ, 2005, pp. 984 y ss.; Schoch, *Das Recht auf Zugang zu staatlichen Informationen*, DÖV, 2006, pp. 1 y ss.

Sin duda, no es satisfactorio desde una perspectiva jurídico-política el hecho de que existan simultáneamente, una junto a otra, dos leyes sobre acceso a la información. Ello sobre todo porque la *UIG* ha sido promovida y determinada por una directiva comunitaria, mientras que la *IFG* originariamente era derecho alemán, si bien tiene que ser contemplada en su contexto internacional. Ambas leyes deberían, lo más rápidamente posible, ser refundidas en un solo texto. Además, también sería necesario que en esta materia el derecho federal y el derecho de cada uno de los *Länder* se acercaran, por ejemplo mediante la aprobación de una ley modelo por parte del *Bund* o mediante una legislación simultánea de uno y otros que, a su vez, se correspondiera con la *VwVfG*.

nar la información es algo que, desde el punto de vista infraconstitucional, depende de la decisión discrecional del órgano administrativo (*cfr.* lo dicho *supra*, en el marg. 21a), y que, en el caso concreto, la discrecionalidad, de acuerdo con una interpretación conforme con la Constitución, se condensaba en una acción de obtención de información. Esta cuidadosa motivación del Tribunal muestra, pese a todo, que semejante fallo no debe ser prematuramente generalizado.

D. El derecho al mantenimiento del secreto (§ 30 VwVfG)

El interesado tiene el derecho al mantenimiento de sus secretos personales y comerciales. El anclaje constitucional de este derecho en los artículos 1 I, 2 I y eventualmente también en el 12 I GG es, sin duda, evidente. La protección del secreto termina si el órgano administrativo está legitimado para la revelación de los datos; esta potestad se desprende, por un lado, del consentimiento de los implicados y, por el otro, de las leyes que así lo prevean; por el contrario, la mera referencia a un interés público urgente no es suficiente.²¹

E. El derecho al asesoramiento y a la información (§ 25 de la VwVfG)

En la jurisprudencia existe desde hace tiempo —bajo la consideración de que los funcionarios no son sólo servidores del Estado, sino también del ciudadano— la opinión de que los órganos de la administración tienen determinados deberes u obligaciones de asesoramiento, información, instrucción y demás deberes de asistencia, de modo que su vulneración implicaría una acción de responsabilidad contra aquella.²²

²¹ Problemática es, por ejemplo, la pretensión de que se mantenga el secreto según el § 30 VwVfG en el caso de que las solicitudes de información provengan de la prensa (por ejemplo, § 4 de la Ley de Prensa de Baden-Württemberg), *cfr.* sobre ello Löffler, *Presserecht*, vol. I, 4a. ed., 1997, § 4 LPG margs. 99 y ss.; Groß, *Zum presserechtlichen Informationsanspruch*, DÖV, 1997, pp. 133 y ss. Junto al § 30 VwVfG cabría la aplicación de las normas relativas al secreto contenidas en otras leyes, por ejemplo en las leyes sobre función pública, sobre protección de datos personales, etcétera.

²² *Cfr.* BGH DVBl, 1960, p. 520; DVBl, 1970, p. 861; JZ 1971, p. 227; BVerwGE 30, 40; también Laubinger, *Die Verwaltung als Helfer des Bürgers—Gedanken zur behördlichen Betreuungspflicht*, cit., pp. 442 y ss.; Ule/Laubinger, *Verwaltungsverfahrenrecht*, § 26; sobre el tema de la acción de responsabilidad Bender, *Staatshaftungsrecht*, 2a. ed., 1974, pp. 202 y ss.

La *VwVfG* no asume esta jurisprudencia en su totalidad, sino que regula en su § 25 sólo el “asesoramiento” y la “información”. Según ello, la administración debe estimular la entrega y la rectificación de solicitudes y aclaraciones cuando estas, por evidente error o clara falta de conocimiento, no hayan sido presentadas o lo hayan sido de forma incorrecta (asesoramiento). Además, la administración, en la medida de lo exigible, debe dar a los interesados información sobre sus derechos en el procedimiento así como sobre las obligaciones y deberes que les incumben. La cautela del legislador (“debería”, “en la medida de lo exigible”) ha sido objeto de críticas que, sin embargo, no suelen hacer plena justicia a los verdaderos problemas existentes. Se trata, de hecho, de plantearse —desde la perspectiva de la responsabilidad por vulneración de deberes u obligaciones administrativas—, quién debe asumir el riesgo por una gestión defectuosa en los asuntos o cuestiones de los ciudadanos en su trato con la administración. En principio, el riesgo debe asumirlo el ciudadano. Esto vale tanto más cuando tan a menudo se habla del “ciudadano mayor de edad” para hacer referencia al fundamento de los derechos procedimentales; si ello es así, también de este ciudadano debemos poder esperar y exigir una adecuada y razonable diligencia en el cuidado de sus asuntos. Por otra parte, ello no debe hacernos olvidar que la legislación y la administración son cada vez más complicadas y, por lo tanto, inabarcables para el ciudadano. Esta evolución no puede hacerse recaer, por entero, sobre las espaldas del ciudadano, sino que tiene que compensarse mediante una ampliación e intensificación de los deberes de asesoramiento y guía, en sentido amplio, por parte de los órganos de la administración.²³

F. El derecho a ser representado (§ 14 VwVfG)

El interesado puede hacerse representar por medio de un representante (§ 14 I) así como ponerse en contacto con un letrado a los efectos de las actuaciones y conversaciones oportunas (§ 14 IV). Mientras que el representante actúa *para* los interesados, esto es, les “representa”, el letrado se coloca *junto* a y *con* los interesados, para apoyarles en las actuaciones orales. Dado que uno y otro son tratados de igual modo por el § 14 de la *VwVfG*, la cuestión —no siempre fácil de responder—, de si en el caso concreto lo que

²³ En los §§ 14 y 15 *SGB I* se determinan unos amplios deberes de asesoramiento e información, lo que a la vista de los problemas personales y materiales que el ámbito de las prestaciones sociales plantean es, sin duda, comprensible y está plenamente justificado.

hay es una representación o la asistencia letrada, carece de importancia a los efectos de su admisibilidad.²⁴

²⁴ El *BVerwG* es de la opinión de que el § 3 III del Estatuto Orgánico de la Abogacía no fundamenta un derecho del ciudadano al asesoramiento y representación por medio de un abogado, sino que presupone y remite a las normas aplicables en los distintos ámbitos sectoriales (*BVerwG* NJW, 1974, p. 715; *BVerwGE*, 62, 169). Si se asume esta posición, entonces la posibilidad de apelar a la presencia, en el procedimiento administrativo, de un abogado como representante o asesor se desprende única y exclusivamente del § 14 *VwVfG*.

La capacidad para representar y ejercer como letrado en un procedimiento administrativo se ha convertido, en los últimos tiempos, en una cuestión relevante en las entrevistas de los candidatos a funcionarios realizadas por el órgano competente, para comprobar su lealtad constitucional. Piénsese en el siguiente caso: A solicita su ingreso en el servicio de preparación para el cuerpo superior de maestros. Dado que existen dudas sobre su lealtad constitucional, se le invita a una conversación personal con el funcionario competente del órgano administrativo encargado de la contratación e incorporación del personal. A se persona con un abogado. El abogado es rechazado. ¿Es ello conforme a derecho? Al respecto es preciso considerar en primer lugar la *VwVfG* y, en concreto, la *VwVfG* del *Bund* en cuyo servicio pretende ingresar el solicitante (*cfr.* sobre ello lo dicho *supra*, en el § 5 margs. 10, 18 y ss.). La *VwVfG* se aplica sustancialmente, dado que la contratación de un funcionario es una actividad administrativa jurídico-pública (§ 1 I), que está a su vez dirigida al nombramiento de un funcionario, esto es, a la aprobación de un acto administrativo (§ 9). Se asume que no existen normas específicas que excluyan la aplicación de la *VwVfG*, por ejemplo en el marco de la función pública de los *Länder*. Según el § 14 IV, todo ciudadano que participe en un procedimiento puede servirse de un letrado. El propio § 14 no contiene ninguna limitación al respecto. Sin embargo, el § 2 III 2 excluye, entre otros, el § 14 para el caso de exámenes de rendimiento, entrevistas para formarse una opinión y similares. La cuestión que se plantea aquí es, por lo tanto, si una entrevista de este tipo debe entenderse o no incluida dentro de esta categoría de exámenes. La respuesta debe ser afirmativa si, siguiendo a la doctrina mayoritaria, entendemos que se incluyen en el precepto no sólo los exámenes independientes y realizados siguiendo un procedimiento formalizado (pruebas de acceso a la universidad, exámenes de estado, examen de conducir), sino también aquellas actividades administrativas adecuadas para constatar hechos o rendimientos o para formarse ideas u opiniones. La siguiente pregunta es, no obstante, si la exclusión del letrado en casos de este tipo es sostenible desde un punto de vista constitucional. El *BVerfG* ha derivado —si bien en un contexto distinto, esto es, en el caso del interrogatorio de un testigo— del artículo 2 I *GG* —puesto en relación con el principio del Estado de derecho— un derecho a recabar la asistencia de un letrado (*BVerfGE* 38, 105). Según estos principios debería reconocerse también un derecho a la asistencia letrada en los casos de entrevistas para el examen de la lealtad constitucional. Las preguntas que se formulen en una conversación de este tipo pueden, y ello es evidente, ser contestadas única y personalmente por el solicitante. Ello no excluye, sin embargo, la presencia de un abogado que, por ejemplo, se ocupe de vigilar la correcta formulación de las preguntas y la observación del procedimiento, exactamente igual que en el caso anterior sobre el interrogatorio de testigos (*cfr.* *BVerfG op. cit.*) o en el supuesto de un procedimiento para el reconocimiento de un objeto de conciencia (*BVerfGE* 78, 93, 99 y ss.). Una opinión distinta se expresa en *BVerfGE* 62, 169, con ulteriores referencias, donde se sostiene que el derecho a la asistencia letrada basado en el artículo 2 I *GG* estaría concretado en la *VwVfG* y

G. Excurso: las obligaciones de los interesados

La presentación de los derechos procedimentales conduce a una nueva cuestión, esto es, si existen y cuáles son los deberes de los interesados en el procedimiento administrativo. La *VwVfG* es, en este sentido, especialmente cautelosa. Según el § 26 II de la *VwVfG* los interesados “deberían” intervenir en la averiguación de los hechos, especialmente declarando los hechos o conductas y los medios de prueba que conozcan. No existe, pues, un “amplio deber” para el esclarecimiento de los hechos, especialmente un deber personal de presentarse o declarar, a salvo de lo que pueda contenerse en otros preceptos. Tampoco contiene, la *VwVfG*, otros deberes procedimentales de los interesados. Si el § 26 II *VwVfG* utiliza la expresión “deberían”, ello no tiene que entenderse —como en el caso de las denominadas normas condicionadas dirigidas a la administración— en el sentido de “tiene que, con excepción de casos atípicos” (*cfr.* sobre ello lo dicho en el § 7, margs. 11 y ss.), sino que debe entenderse que se habla de una *carga* o *deber*. El ciudadano no queda obligado a un comportamiento coercible por medio de una norma condicionada; tiene, sin embargo, que aceptar las desventajas que para él se desprenden si no la cumple. El órgano de la administración queda, no obstante, obligado también para el caso de silencio o inactividad de los interesados al esclarecimiento de los hechos en el marco de lo posible y de lo razonable (*cfr.* § 24 de la *VwVfG*).²⁵

Auténticos —y, por lo tanto, ejercitables— deberes de participación existen en el ámbito del derecho tributario (§ 90 *AO* 1977), así como también en diversas leyes sectoriales.²⁶

en cierta forma limitado; por el contrario, sustancialmente partidario se muestra *BAG* NJW 1981, 71, 73; *cfr.* también sobre ello *Schoch*, NJW 1982, 545 y ss.; *F. Wagner*, DÖV 1988, 278 y las referencias allí contenidas.

²⁵ Un empresario solicita una subvención, sin proporcionar todos los datos exigidos sobre su empresa; en tal caso, su solicitud será denegada. Si el solicitante de una pensión se niega al examen médico requerido para su concesión, la denegación de su solicitud estará justificada si no existe ninguna otra forma de esclarecer los hechos y el implicado ha sido advertido sobre el hecho de que una negativa podría tener, en su caso, consecuencias adversas (*BVerwGE*, 8, 29; MDR, 1970, 532). Además, en caso de que se ejercite una acción de resarcimiento de daños y perjuicios, la falta de colaboración puede valorarse como una concurrencia de culpa de la víctima en el sentido del § 254 *BGB* (*cfr.* *BGH* DVBl, 1964, 146).

²⁶ Así, por ejemplo, deberes de información según el § 22 I *GastG* o el § 17 I *HandwO*. *Cfr.* además, los deberes de participación del § 60 y ss. del *SGB I* en el ámbito del derecho de las prestaciones sociales, cuya inobservancia tiene como resultado la denegación o revocación de una prestación.

H. Tutela judicial

Según el § 44 *VwGO* (*cfr.* al respecto *BverwG*, NJW, 1999, 1729), las actuaciones administrativas de autoridad realizadas en el marco de un procedimiento (por ejemplo, la denegación de una petición de prueba, el nombramiento o la denegación de un representante, la denegación del acceso a documentos, el rechazo a una petición de recusación) no pueden ser recurridas de forma autónoma: el ciudadano afectado tiene más bien que esperar a la decisión que pone fin al procedimiento y, con los medios jurídicos que el ordenamiento le ofrece contra dicha decisión, denunciar la (presunta) infracción procedimental cometida en su seno. No puede, en el caso de que se le deniegue el acceso a determinados documentos, recurrir dicha negativa durante el procedimiento, sino que únicamente puede recurrir la posterior decisión material, fundamentando el recurso en que se cometió una infracción procedimental, porque no se le concedió el acceso solicitado a los documentos. El § 44a *VwGO* excluye cualquier tipo de recurso, no sólo el recurso previo a la vía jurisdiccional y la pretensión de impugnación, sino también las pretensiones obligacional, de condena, declarativa y para la continuación de las actuaciones procesales hasta la obtención de una sentencia declarativa (así *BverwGE*, pp. 115, 373 y 377; Kopp/Schenke, *VwGO* § 44a., marg. 4). Esta regulación pretende evitar la ralentización y entorpecimiento del procedimiento administrativo como consecuencia de la impugnación de actos procedimentales (de trámite); además, se relaciona con la perspectiva del interés en la tutela judicial, porque todavía es una cuestión abierta la de si la infracción procedimental va a tener algún efecto sobre la decisión final (es posible, aún, que el solicitante obtenga la pensión solicitada a pesar de la negativa al acceso de documentos); con ello se evita, finalmente, el peligro de un segundo procedimiento que transcurra y se desarrolle paralelamente y al mismo tiempo que el primero —uno contra la actuación procedimental y el otro contra la decisión material—. En conjunto, pues, el § 44a. de la *VwGO* es acorde con la tendencia general del legislador a que las infracciones procedimentales solamente sean tenidas en cuenta si han podido influir en la decisión jurídico-material. Por otra parte, esta regla puede conducir a que debido únicamente a una infracción procedimental —la cual hubiera podido aún ser discutida a lo largo del procedimiento— tenga que volver a realizarse todo el procedimiento. Esta concepción se muestra problemática precisamente para el caso de una negativa al acceso de documentos, cuando y porque el implicado, sólo después de conocer determinados documentos (por ejemplo, un informe mé-

dico contenido en dicha documentación), puede apreciar con claridad si la impugnación de la decisión de fondo puede tener éxito. Sea como fuere, las excepciones del § 44a. de la *VwGO* son irrenunciables, porque en estos casos podría no obtenerse —u obtenerse tarde— tutela judicial frente a la decisión final.²⁷

²⁷ Cfr. sobre ello W. Schmidt, *Gerichtlicher Rechtsschutz im Verwaltungsverfahren*, JuS, 1982, pp. 745 y ss.; Hill, *Rechtsbehelfe gegen behördliche Verfahrenshandlungen* (artículo 40. *VwGO*), Jura, 1985, 61 y ss.; Eichberger, *Die Einschränkung des Rechtsschutzes gegen behördliche Verfahrenshandlungen*, 1986; Kösling, § 21 *VwVfG* und der Rechtsschutz der Betroffenen, NVwZ, 1994, pp. 455 y ss.

Bibliografía sobre el § 19: Bettermann, *Das Verwaltungsverfahren*, VVDStRL 17, 1959, pp. 118 y ss.; F. Becker, *Das allgemeine Verwaltungsverfahren in Theorie und Gesetzgebung*, 1960; Rasch/Patzig, *Verwaltungsorganisation und Verwaltungsverfahren*, 1962; Ule/Becker, *Verwaltungsverfahren im Rechtsstaat*, 1964; Haueisen, *Unterschiede zwischen Verwaltungsverfahren und verwaltungsgerichtlichem Verfahren*, DVBl, 1966, pp. 773 y ss.; Kopp, *Verfassungsrecht und Verwaltungsverfahrensrecht*, 1971; Ule, *Verwaltungsverfahren und Verwaltungsprozeß*, VerwArch 62, 1971, pp. 114 y ss.; Blümel, *Masseneinwendungen im Verwaltungsverfahren*, Festschrift für W. Weber, 1974, pp. 539 y ss.; Schmitt Glaeser, *Planende Behörden, protestierende Bürger und überforderte Richter*, Der Landkreis, 1976, pp. 442 y ss.; Schmitt Glaeser (coord.), *Verwaltungsverfahren*, Festschrift für den Boorberg-Verlag, 1977 (con diversos artículos); Papier, *Einwendungen Dritter im Verwaltungsverfahren*, NJW, 1980, pp. 313 y ss.; Wahl/Pietzker, *Verwaltungsverfahren zwischen Verwaltungseffizienz und Rechtsschutzauftrag*, Referate und Diskussion, VVDStRL 41, 1983, pp. 151 y ss. así como los artículos adjuntos con el mismo título de Degenhart, DVBl, 1982, pp. 872 y ss.; Ossenbühl, NVwZ, 1982, pp. 465 y ss.; Shenke, VBIBW, 1982, pp. 313 y ss., y Steinberg, DÖV, 1982, pp. 619 y ss.; Lerche/Schmitt Glaeser/Schmidt-Aßmann, *Verfahren als staats- und verwaltungsrechtliche Kategorie*, 1984; Hill, *Das fehlerhafte Verfahren und seine Folgen im Verwaltungsrecht*, 1986, especialmente pp. 189 y ss.; Battis, *Das Planfeststellungsverfahren nach dem Verwaltungsverfahrensgesetz*, vol. 21, 1988, pp. 23 y ss.; Pitschas, *Verwaltungsverantwortung und Verwaltungsverfahren*, 1990; Schoch, *Der Verfahrensgedanke im Allgemeinen Verwaltungsrecht*, DV 25, 1992, pp. 21 y ss.; W. Schick, *Die Verfahren des Steuerrechts*, StuW, 1992, pp. 197 y ss.; Axer, *Die Konzentrationswirkung der Plangenehmigung*, DÖV, 1995, pp. 495 y ss.; U. Becker, *Verfahrensbeschleunigung durch Genehmigungskonzentration*, VerwArch 87, 1996, pp. 581 y ss.; Blümel/Pitschas (coords.), *Verwaltungsverfahren und Verwaltungsprozeß im Wandel der Staatsfunktionen*, 1997; Ziekow (coord.), *Beschleunigung von Planungs- und Genehmigungsverfahren*, 1998; Lautner, *Funktionen raumordnerischer Verfahren*, 1999; Laubinger, *Der Verfahrensgedanke im Verwaltungsrecht*, en: König/Merten (coords.), *Verfahrensrecht in Verwaltung und Verwaltungsgerichtsbarkeit*, 2000, pp. 47 y ss.; Ziekow, *Modernisierung des Verfahrensrechts*, ebenda pp. 69 y ss.; Neumann, *Die Entwicklung des Verwaltungsverfahrensrechts*, NVwZ, 2000, pp. 1244 y ss.; Pietzker, *Verfahrensrecht und Folgen von Verfahrensfehlern*, Festschrift für Maurer, 2001, pp. 695 y ss.; Püttner/Guckelberger, *Beschleunigung von Verwaltungsverfahren*, JuS, 2001, pp. 218 y ss.; Hufen, *Fehler im Verwaltungsverfahren*, 4a. ed., 2002 (con numerosas referencias bibliográficas, pp. 395 y ss.); Hoffmann-Riem/Schmidt-Aßmann (eds.), *Verwaltungsverfahren und Verwaltungsverfahrensgesetz*, 2002; Wahl, *Das Verhältnis von Verwaltungsverfahren und Verwaltungsprozeßrecht in europäischer Sicht*, DVBl, 2003, pp. 1285 y ss.; Odenbahl, *Die*

Konzentrationswirkung: Formenvielfalt, Kollisionsfragen und Alternativmodelle, VerwArch 94, 2003, pp. 222 y ss.; Berg, *Die Rechtsprechung zum Verwaltungsverfahrensrecht seit 1998*, JZ, 2005, pp. 1039 y ss.; Schmidt-Preuß, *Gegenwart und Zukunft des Verfahrensrechts*, NVwZ, 2005, pp. 489 y ss.; Sydow, *Europäisierte Verwaltungsverfahren*, JuS, 2005, pp. 97 y ss., 202 y ss.; así como toda la bibliografía referenciada en el texto y al final de § 5.

Bibliografía específica sobre IV (derechos procedimentales del interesado): König, *Der Grundsatz des rechtlichen Gehörs im verwaltungsbehördlichen Verfahren*, DVBl, 1959, pp. 189 y ss.; Laubinger, “Die Verwaltung als Helfer des Bürgers, Gedanken zur behördlichen Betreuungspflicht“, en: *Demokratie und Verwaltung, Schriftenreihe der Hochschule Speyer*, vol. 50, 1972, pp. 439 y ss.; del mismo autor, *Zur Erforderlichkeit der Anhörung des Antragstellers vor Ablehnung seines Antrages durch die Verwaltungsbehörde*, VerwArch 75, 1984, pp. 55 y ss.; Preussner, *Das Recht auf Akteneinsicht im Verwaltungsverfahren*, VBIBW, 1982, pp. 1 y ss.; Mandelartz, *Anhörung, Ansehen von der Anhörung, Nachholen der unterbliebenen Anhörung—Zur Relativierung eines Verfahrensrechts*, DVBl, 1983, pp. 112 y ss.; Weides, *Die Anhörung der Beteiligten im Verwaltungsverfahren*, JA, 1984, pp. 648 y ss.; Krasney, *Zur Anhörungspflicht im Verwaltungsverfahren*, NVwZ, 1986, pp. 337 y ss.; Schilling, *Die Anhörungsregelung des Verwaltungsverfahrensgesetzes im Lichte des Grundgesetzes*, VerwArch. 78, 1987, pp. 45 y ss.; Hom, *Das Anhörungsrecht des mit dem Drittwirkung Betroffenen nach § 28 VwVfG*, DÖV, 1987, pp. 20 y ss.; Schoenemann, *Aktensinsicht und Persönlichkeitsschutz*, DVBl, 1988, pp. 520 y ss.; Mengel, *Akteneinsicht im Verwaltungsverfahren*, DV 23, 1990, pp. 377 y ss.; Weyreuther, *Einflußnahme durch Anhörung, Festschrift für Sendlar*, 1991, pp. 183 y ss.; Knemeyer, *Auskunftsanspruch und behördliche Auskunftsverweigerung*, JZ, 1992, pp. 348 y ss.; Oebbecke, *Beratung durch Behörden*, DVBl, 1994, pp. 147 y ss.; Martensen, *Persönlichkeitsrecht und Anhörung des Bürgers vor dem Erlaß belastender Verwaltungsakte*, DÖV, 1995, pp. 538 y ss.; Ehlers, *Anhörung im Verwaltungsverfahren*, Jura, 1996, pp. 617 y ss.; Trantas, *Akteneinsicht und Geheimhaltung im Verwaltungsrecht. Eine vergleichende Untersuchung zum deutschen und französischen Verwaltungsverfahrensrecht*, 1998; Kahl, *Grundrechtsschutz durch Verfahren in Deutschland und in der EU*, VerwArch 95, 2004, pp. 1 y ss.; cfr. también las referencias al final del § 10.

Jurisprudencia sobre el § 19: *BVerfGE* 53, 30 (procedimiento integrado de aprobación de un plan en materia de energía nuclear); *BVerfGE* 61, 82 (Sasbach: preclusión); *BVerfGE* 95, 1 (circunvalación Sur Stendal: aprobación del plan por medio de ley); *BVewGE* 75, 214 (procedimiento de aprobación de un plan en materia de tráfico aéreo); *BVerwGE* 100, 238 (evaluación de impacto ambiental en la aprobación de un plan en materia de carreteras); *BVerwGE* 110, 302 (aprobación de un plan relativo a una carretera en un espacio natural protegido) *BVerwG* DVBl, 1965, 26; *BVerwGE* 49, 348 (con carácter general sobre el trámite de audiencia en el procedimiento administrativo); *BVerwGE* 66, 184; *BVerwGE* 68, 267; *BVerwG* DVBl, 1983, 997; *OVG Münster* DVBl. 1978, 508 (audiencia según el § 28 VwVfG); *OVG Münster* NVwZ 1983, 746 (audiencia previa a la denegación de un acto administrativo favorable); *BSozG* NVwZ, 1983, 576 (renuncia a hacer valer una audiencia no realizada en un procedimiento); *BVerwGE* 105, 348 (audiencia a una asociación reconocida para la protección de la naturaleza). *BVerfGE* 103, 41 (no se concede el acceso al órgano solicitante sobre los documentos que sirven para la preparación de un procedimiento para la prohibición de un partido); *BVerfG-K* NJW, 1986, 1243 (se deniega el derecho de acceso a documentos con fines de investigación); *BVerwGE* 30, 154, 159 y ss.; 67, 300; 69, 278; *BayVGH* NVwZ, 1999, 889 (ambos casos referidos a la vista de expedientes); *OVG Hamburg* NJW, 1979,

§ II. LA EJECUCIÓN FORZOSA ADMINISTRATIVA^{28**}

1. *Concepto, significado y presupuestos generales*

A. *Concepto*

Por ejecución forzosa administrativa hay que entender la realización forzosa de obligaciones jurídico-públicas de un ciudadano o de otro sujeto de derecho por parte de la administración y a través de un procedimiento administrativo específico.

B. *Significado*

La ejecución forzosa administrativa adquiere todo su sentido cuando tenemos en cuenta las alternativas que se le ofrecen al ciudadano para la realización de sus derechos. En efecto, el ciudadano no puede, en principio, ejecutar por sí mismo sus (hipotéticas) pretensiones, sino que tiene que impetrar el auxilio judicial o el de los correspondientes órganos de ejecución estatales.²⁹

La administración, por el contrario, puede ejecutar por su propia autoridad —sin necesidad de recurrir a un proceso declarativo y a órganos específicos de ejecución— sus propias pretensiones. Ciertamente, también la ejecución forzosa administrativa exige, como requisito previo, un título ejecutivo, pero el mismo órgano administrativo puede procurárselo a través de la adopción de un acto administrativo. De este modo, el concepto de acto administrativo se erige en clave de bóveda de la regulación jurídica de la ejecución forzosa administrativa. Sólo si y en la medida en que la administración pública está facultada para establecer obligaciones jurídico-admini-

1219 (acceso del tutor a los documentos en poder de la autoridad de menores); *BGH DVBl*, 1960, 520; *JZ* 1971, 228 (deber de asesoramiento de la Administración); *BVerwG MDR*, 1983, 344 (no existe un derecho general a la información administrativa); *BVerwGE* 62, 169 (asistencia letrada en el caso de una entrevista para un solicitante de acceso a la función pública). *BVerwGE* 69, 256, 263 y ss. (parcialidad de un funcionario).

^{28**} El § 20 ha sido traducido por Núria Magaldi, profesora ayudante de derecho administrativo de la Universidad de Barcelona.

²⁹ Así, deberá probarse en juicio declarativo si la pretensión que quiere hacerse valer está fundada jurídicamente. Si este es el caso, se dictará el correspondiente fallo, que será un título ejecutivo que, a petición del titular del derecho, podrá ser ejecutado forzosamente por los órganos de ejecución del Estado.

nistrativas a través de un acto administrativo cabe plantearse la aplicación de la ejecución forzosa administrativa. Si, por el contrario, falta la correspondiente competencia en el caso concreto, entonces la administración, al igual que los ciudadanos, no puede hacer otra cosa que recabar el auxilio de los tribunales y obtener el correspondiente fallo judicial que, en tanto que título ejecutivo, dé lugar a la ejecución de su contenido. Ello vale especialmente para el caso de obligaciones jurídico-privadas de la administración, para obligaciones surgidas en el marco de convenios administrativos y para obligaciones nacidas de la relación entre entes administrativos.³⁰

La ejecución forzosa administrativa satisface los *requisitos del Estado de derecho*, porque, de un lado, exige y se funda en un título (ejecutivo) en forma de un acto administrativo, el cual, además, se adopta con observancia de estrictas normas procedimentales y, del otro, porque tanto el acto administrativo en cuanto que título ejecutivo como la propia ejecución están sometidos al control judicial.³¹

C. Regulación legal

La ejecución forzosa administrativa se regula en el ámbito federal por la Ley de Ejecución Forzosa Administrativa (*VwVG*) del 27 de abril de 1953

³⁰ Ejemplo: ¿Puede una empresa municipal de agua recaudar ella misma y de forma forzosa el recibo del agua si el usuario B no cumple con su obligación de pago? Ello dependerá de cómo se haya configurado la relación de servicio. Si ésta se ha construido desde el derecho público, entonces la empresa en cuestión podrá fijar el recibo del agua por medio de un acto administrativo y ejecutarlo forzosamente. Si, por el contrario, la relación tiene naturaleza privada, entonces nos hallamos ante un pago de carácter jurídico-privado, por lo que, en caso de negativa, este deberá reclamarse como cualquier otra pretensión jurídico-privada, esto es, sobre la base de un título obtenido en vía judicial civil y a través del correspondiente proceso ejecutivo civil.

³¹ Forma parte de los logros alcanzados por nuestras sociedades el que el ciudadano no pueda tomarse la justicia por su mano, ni siquiera cuando se trata de la ejecución de sus (pretendidos) derechos. De igual modo, dentro de aquellos logros se incluye, también, el hecho de que el ciudadano no puede quedar indefenso en tales casos, sino que el Estado debe velar por dichos derechos y, en su caso, ejecutarlos mediante el uso, limitado jurídicamente, de la fuerza. Prohibición de autotutela del ciudadano, monopolio estatal del uso de la fuerza y coacción legítima del Estado son elementos esenciales del Estado de derecho. Por ejemplo: la asociación política A tiene intención de convocar y realizar una manifestación; sin embargo, representantes de la asociación B, de tendencia política opuesta, impiden que aquella se lleve a cabo, perturbando el normal desarrollo de la misma. El Estado (esto es, los agentes de la policía, encargados del mantenimiento del orden público, etcétera), está obligado por principio a proteger los derechos fundamentales (artículos 5 y 8 GG) de la asociación A. *Cfr.* al respecto las exposiciones sobre el derecho de policía.

(Sart. núm. 112) y por la Ley Reguladora de la Coacción Directa en el Ejercicio del Poder Público por parte de los Funcionarios Ejecutivos de la Federación (*UZwG*) de 10 de marzo de 1961 (Sart. núm. 115). Los *Länder* han aprobado, en sus respectivos ámbitos, leyes equivalentes. Esta normativa general en materia de ejecución forzosa administrativa se completa —o incluso se sustituye— por regulaciones especiales, como, por ejemplo, los §§ 49 y ss. de la Ley de Extranjería o los preceptos de las leyes de orden público y policía de los *Länder* sobre coacción policial. En la exposición que sigue se tomará como base la *VwVG*.

D. Los presupuestos generales de la ejecución forzosa administrativa

La *VwVG* distingue —al igual que las respectivas leyes de los *Länder*— entre la ejecución de deudas pecuniarias y la ejecución de obligaciones de hacer, no hacer o soportar, proporcionando para cada uno de estos dos grupos las correspondientes regulaciones específicas (§ 1 y ss., § 6 y ss. *VwVG*). De acuerdo con ello, en esta sede se tratarán ambos grupos por separado (véase II y III).

Requisito previo exigido en ambos casos es, como ya se ha dicho, la preexistencia de un acto administrativo como título de ejecución. Ello nos lleva a realizar una serie de consideraciones al respecto.

a) *Ejecutables* son, únicamente, los actos administrativos imperativos, esto es, actos administrativos que contienen un mandato o una prohibición, como por ejemplo las liquidaciones tributarias, las órdenes de policía, las prohibiciones industriales o los llamamientos para la prestación de determinados deberes públicos. Los actos administrativos declarativos y los constitutivos se realizan *ipso iure*, por lo que, por su propia naturaleza, no son susceptibles de ejecución y por lo tanto, no la necesitan.

b) Por otra parte, los actos administrativos imperativos *sólo pueden ser ejecutados* si han devenido firmes o son inmediatamente ejecutivos.³²

³² *Cfr.* al respecto el § 6 I *VwVG*. Los presupuestos para determinar tanto la eventual impugnabilidad de un acto como su posible ejecutabilidad inmediata no los encontramos regulados en la *VwVG* sino en la *VwGO*). Así, un acto administrativo es firme si el plazo para recurrirlo ya ha transcurrido (§§ 70 y 74 *VwGO*) o si el acto en cuestión ha sido confirmado por sentencia firme. Sólo excepcionalmente será ejecutivo, de forma inmediata, si ello viene específicamente previsto por una ley o por una decisión administrativa (*cfr.* con mayor detalle el § 80 *VwGO*). Por otra parte, el § 6 I *VwVG* no se refiere específicamente a actos administrativos que imponen obligaciones pecuniarias, para las que, sin embargo,

c) Por otra parte, en algunos supuestos excepcionales es posible una ejecución forzosa administrativa *sin* acto administrativo previo; así, en los casos en los que debido a un *periculum in mora* sea necesaria una actuación inmediata (*cfr.* el § 6 II *VwVG*, así como lo que se dice en esta sede en el marg. 25). Asimismo, ello será igualmente posible cuando el ciudadano se haya sometido a la ejecución forzosa administrativa respecto de obligaciones asumidas en virtud de convenios administrativos (*cfr.* § 61 *VwVfG* y lo que se dice en § 14, marg. 56).³³

2. La ejecución de obligaciones pecuniarias

A. Presupuestos

La ejecución de obligaciones pecuniarias de naturaleza jurídico-pública (impuestos, tasas, contribuciones, etcétera) comienza con una orden de ejecución, cuya licitud depende de la concurrencia de los siguientes requisitos (§§ 3 II y III *VwVG*):

- a) El acto constitutivo de la prestación (existencia de un acto administrativo que impone una obligación pecuniaria jurídico-pública).
- b) La obligación debe estar ya vencida o en descubierto.
- c) Expiración del plazo de una semana desde la notificación del acto administrativo o desde que tuvo lugar el vencimiento de la obligación.
- d) Antes de la orden de ejecución “debe” otorgarse al deudor una última oportunidad para el pago, dándosele a estos efectos un nuevo plazo de una semana.

vale sustancialmente la regla general; no obstante, mientras que, según § 3 IIc *VwVG*, para proceder con carácter general a la ejecución debe haber transcurrido una semana desde que se notificó el acto administrativo que impone la obligación, en el caso de las liquidaciones tributarias estas son, en principio, inmediatamente ejecutivas (*cfr.* § 80 II núm. 1 *VwGO*).

³³ Además, en determinados casos se permite legalmente la ejecución forzosa administrativa de deudas pecuniarias jurídico-públicas aunque no hayan surgido en virtud de acto administrativo e, incluso, la ejecución de deudas pecuniarias de naturaleza privada. Ello debe reputarse contrario al sistema y es de *lege ferenda* rechazable. *Cfr.* con mayor detalle Röber, *Beitreibung privatrechtlicher Forderungen durch Verwaltungszwang*, DÖV, 1982, pp. 680 y ss.; Sauthoff, *Privatrechtliche Forderungen und Verwaltungszwang*, DÖV, 1989, pp. 1 y ss.

B. Procedimiento

La orden de ejecución es adoptada por el “órgano ordenante” (el órgano facultado para hacer valer la pretensión en cuestión) y se dirige a los “órganos de la ejecución” (los órganos que han de llevar a cabo la ejecución, § 4 de la *VwVG*). La orden de ejecución carece de eficacia externa, siendo una medida de orden administrativo interno, por lo que no puede considerarse un acto administrativo impugnabile (*cf.* al respecto *BVerwG*, NJW, 1961, p. 332). El procedimiento de apremio se rige por los preceptos de la Ley General Tributaria, la cual, por su parte, se apoya, conforme al § 5 *VwVG*, en las normas de la *ZPO*. Aquí existen notables diferencias, según la ejecución se realice sobre cosas muebles o inmuebles o sobre otros derechos. Sin embargo, dichas diferencias serán dejadas de lado a los efectos de la presente exposición.

C. Tutela judicial

El ciudadano no puede impugnar la orden de ejecución (que, como ya se ha dicho, tiene efectos meramente internos), pero sí las medidas que de ella se derivan y que se dirigen contra él. Dado que no existen reglas específicas, se aplican las normas procesales generales lo que, en ocasiones, suscita dudas e inseguridades. Por ello es aconsejable, para la resolución de casos concretos, tomar como punto de partida las específicas medidas de ejecución que se impugnan y los órganos que, a tal efecto, van a actuar.³⁴

Es discutible la forma en que el deudor ejecutado podría oponer, frente a la pretensión que se busca ejecutar, excepciones surgidas sólo *tras* la adopción del acto administrativo; por ejemplo, la excepción de compensación de la deuda o la de pago de la misma. Cabría admitir una pretensión dirigida a los tribunales contencioso-administrativos contra la ejecución, de acuerdo con el § 767 de la *ZPO* en relación con el § 173 de la *VwGO*. Sin embargo, por regla general suelen utilizarse los recursos previstos en la *VwGO*, existiendo también aquí divergencia de opiniones acerca de la clase de pretensión procedente en cada caso: la pretensión declarativa (por la que

³⁴ El embargo llevado a cabo por agentes de la administración es un acto administrativo recurrible (véase *BVerwG* NJW, 1961, 332; *BVerwGE* 54, 314, 316). Contra las medidas de ejecución que dispongan los Tribunales ordinarios o sus funcionarios ejecutivos caben los remedios legales previstos en la *ZPO*.

se solicita que se declare bien que la obligación contenida en el acto administrativo ya no existe, bien que la ejecución derivada de dicho acto no está permitida); la pretensión de impugnación (que se dirige contra medidas de ejecución concretas), y, por último, las pretensiones prestacional u obligacional (mediante las cuales se puede exigir a la administración que dicte un acto por el que se declara ilícita la ejecución, se la retrasa o se revoca el acto administrativo de cobertura). La pretensión que presenta mayores ventajas es la declarativa, que persigue la declaración de que la obligación alegada ya no existe.³⁵

No es posible abordar en esta sede la cuestión de la tutela judicial efectiva en todos sus pormenores, aunque conviene llamar la atención sobre dos aspectos esenciales. Si bien cierto que pueden sostenerse diversas posiciones en cuanto a los posibles recursos legales, lo que es indudable en todo caso, tal y como se desprende, claramente, del artículo 19 IV GG, es la necesidad de garantizar una tutela judicial efectiva. Por otra parte, hay que diferenciar, al hablar de tutela judicial, entre el *acto o disposición de cobertura* (jurídico-material), esto es, el acto constitutivo de la prestación, que establece la obligación de pago, y las *medidas de ejecución* (de naturaleza procedimental). Mediante los recursos legales dirigidos contra las medidas

³⁵ Cfr. *OVG Münster* DÖV, 1976, 673; Bad.-Württ. *VGH KStZ*, 1981, 134; del mismo NVwZ, 1993, 72; *Schenke*, VerwArch. vol. 61, 1979, pp. 220 y ss.; *Schenke/Baumeister*, NVwZ 1993, 1, pp. 9 y ss.; *Erichsen*, en: *Erichsen/Ehlers*, VerwR § 21, marg. 8, p. 8 con anotaciones y concordancias; también *BVerwGE* 27, 141 y *BVerwG* NVwZ, 1984, 168. A favor de un recurso contra la ejecución según § 767 ZPO véase, por el contrario, *OVG Münster* JZ, 1965, 366 y 719 y, más recientemente, *VG Freiburg* NVwZ-RR, 1989, 514; a modo de introducción puede consultarse *Renck*, NJW 1964, pp. 848 y ss.; NJW, 1966, pp. 1247 y ss.; *BayVBl*, 1975, pp. 637 y ss. Cfr. también, sobre el estado de la cuestión, con ulteriores referencias sobre el tema, *Pietzner*, en: *Schoch/Schmidt-Aßmann/Pietzner* (coords.), VwGO § 167 margs. 58 y ss.; el mismo autor sostiene que la actual normativa bávara es válida, como principio general, en todos los *Länder* (cfr. el marg. 69).

No obstante, existen algunas particularidades en la normativa de los *Länder* sobre las que conviene llamar la atención. Así, por ejemplo, el § 21 de la Ley Bávara sobre Notificación y Ejecución Forzosa Administrativa establece que las autoridades legitimadas para hacer valer la pretensión en cuestión deciden “sobre todas las excepciones que se planteen en relación con la obligación que se quiere ejecutar”. Si alguna de ellas estuviera fundada, entonces la ejecución sería contraria a derecho por defecto del acto administrativo de cobertura. Por lo tanto, el deudor puede, si quiere alegar, por ejemplo, compensación o prórroga, plantear la correspondiente excepción que, caso de ser rechazada, permitiría interponer contra el acto administrativo en la que aquella se le deniega, la pertinente pretensión obligacional ante los Tribunales contencioso-administrativos. Cfr. *Bay. VGH* Bay VBl, 1980, 51; 1984, 208; 1993, 600. Lo mismo vale para Renania-Palatinado, véase el § 16 II RhL. Pf. *VwVG* y *OVG Koblenz* DÖV, 1982, 414.

de ejecución sólo se puede esgrimir la ilegalidad de las mismas, pero no la del acto o disposición de cobertura. Si este ha devenido firme, entonces no cabrá oponer contra él más excepciones; si, por el contrario, aún es recurrible, entonces tales excepciones podrán, todavía, ser válidamente alegadas.³⁶

3. La ejecución de obligaciones de hacer, no hacer o de soportar

A. Los medios de ejecución forzosa

La *VwVG* prevé —al igual que las correspondientes leyes de los *Länder*— tres medios de ejecución forzosa: a) la ejecución subsidiaria; b) la multa coercitiva con arresto domiciliario subsidiario, y c) la coacción directa.

a) *La ejecución subsidiaria* (§ 10 de la *VwVG*). Cuando el obligado no cumple voluntariamente con la obligación que se le impone en virtud de un acto administrativo, el órgano administrativo puede encargar a un tercero la ejecución de la misma, corriendo los gastos que pueda originar dicha ejecución a cargo del obligado. La ejecución subsidiaria se caracteriza, por lo tanto, por ser una ejecución por medio de tercero, a cuenta del obligado y por encargo de la administración. Únicamente procede en el caso de obligaciones en las que cabe la representación, esto es, acciones que pueden ser realizadas por terceras personas y no, como es obvio, en el caso de obliga-

³⁶ Ejemplo: A recibe el 1o. de marzo de 1995 la notificación de una liquidación tributaria en la que constan de forma defectuosa los recursos posibles contra ella. Dado que A no paga, el 2 de mayo de 1995, se inicia la ejecución. A recurre las medidas de ejecución, afirmando que tanto la liquidación tributaria como la ejecución de la misma son ilegales. ¿Cuál es la situación jurídica? Si la liquidación ha devenido firme, carece de sentido preguntarse por su posible ilegalidad. A únicamente puede alegar la ilegalidad de la ejecución misma (por ejemplo, por el hecho de no haberse observado los plazos). Otra cosa sería que la liquidación fuera manifiestamente contraria a derecho y, por ello, nula, puesto que la ejecución requiere, como presupuesto, un acto administrativo válido —aunque no necesariamente conforme a derecho!—. Por lo demás, A sólo podría intentar lograr la anulación de la liquidación tributaria (*cfr.* lo dicho en el § 11 marg. 48, así como también *BVewGE* 27, 141). Por último, conviene llamar la atención sobre la prohibición de ejecución, prevista en los §§ 79 II *BVerfGG*, § 183 *VwGO* y 47.V.3 *VwGO*, para los supuestos en que se declare en vía principal —no incidental— la nulidad de la norma jurídica que sirve de fundamento al acto constitutivo de la prestación que se pretende ejecutar (aquí, la liquidación tributaria).

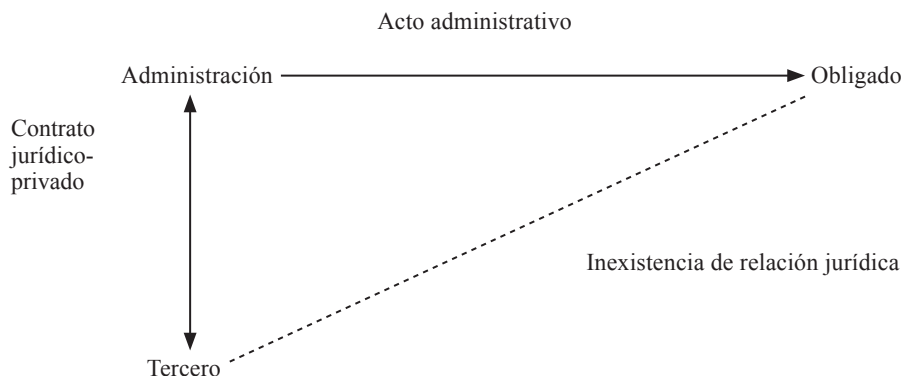
ciones personalísimas, ni tampoco si se trata de obligaciones de no hacer (omisiones) o de soportar.³⁷

El órgano administrativo concluye con el tercero un contrato de derecho privado (un contrato de obra o, eventualmente, un contrato de servicios), en virtud del cual se determina y concreta la relación jurídica entre ambos. Evidentemente, el tercero es libre para decidir si acepta o no el contrato (tan sólo en casos de peligro inminente que no puede superarse de otro modo puede el tercero ser obligado, bajo los concretos requisitos del estado de necesidad policial —pero en tal caso, no quedaría obligado en virtud de un contrato sino de un acto administrativo unilateral—). Las relaciones entre la administración y el obligado son, como viene siendo habitual en nuestra tradición jurídica, única y exclusivamente de naturaleza jurídico-pública. Entre el obligado y el tercero no existe ninguna relación jurídica inmediata o directa; no obstante, sí debe el obligado (por imposición del derecho público) soportar la ejecución subsidiaria (por ejemplo, permitiendo la entrada o el acceso a su finca). La retribución o remuneración del tercero debe exigirla este no frente al obligado sino frente a la administración, en virtud del correspondiente contrato de derecho privado; esta, a su vez, tiene un derecho de repetición contra el obligado. Este derecho de restitución se configura como una acción jurídico-pública, se fija por medio de un acto administrativo y se puede cobrar por la vía de la ejecución forzosa administrativa.³⁸

³⁷ Ejemplo: Sobre A se impone, en virtud de un acto administrativo, la demolición de una vivienda de su propiedad, construida ilegalmente. Si A no cumple, entonces el órgano administrativo puede encargar al empresario U el derribo del edificio en cuestión. Por el contrario, y como es lógico, no cabría ejecutar por vía de ejecución subsidiaria la prohibición de ruido nocturno o el llamamiento de una persona para realizar el servicio militar.

³⁸ Según la mayoría de las leyes de los *Länder* (cfr. por ejemplo el § 25 Bad.-Württ.-VwVG o el § 59 I *NRW VwVG*) cabe la ejecución subsidiaria no sólo en los casos en los que tiene lugar un encargo por parte de un órgano administrativo a un tercero (ejecución por tercero) sino también cuando la administración actúa ella misma, sustitutivamente (ejecución propia).

Ejemplo: la vivienda de fin de semana construida ilegalmente a la que nos referimos anteriormente no será derruida por una empresa constructora privada por encargo de la administración sino que lo hará esta, por medio de su propia empresa municipal. Esta extensión de la ejecución subsidiaria a ámbitos de la coacción directa (cfr. para la delimitación de este concepto el marg. 18) se explica, sustancialmente, por razones de tipo financiero, dado que los costes de la ejecución subsidiaria los soporta el obligado, mientras que los de la coacción directa, por el contrario —al menos sustancialmente— los soporta la administración. Sin embargo, en los últimos tiempos se ha introducido en algunos *Länder* el reintegro de gastos en algunos casos de coacción directa. Cfr. Erdmann, *Die Kostentragung bei Maßnahmen des unmittelbaren Zwangs*, 1987.



b) *La multa coercitiva* (§ 11 de la *VwVG*). Mediante la imposición de una multa coercitiva se busca vencer la resistencia de los particulares afectados por un acto administrativo, presionándoles para forzar su cumplimiento. Cabe su aplicación en el caso de obligaciones personalísimas de hacer, no hacer o tolerar. No obstante, puede también ser impuesta cuando se trata de obligaciones de hacer no personalísimas, si la ejecución subsidiaria fuera, en el caso concreto, imposible; ello ocurre, sobre todo, cuando el obligado no se halla en situación de asumir los costes que la ejecución subsidiaria supone.

La multa coercitiva no es una sanción, sino un medio de doblegar; no se trata, pues, de ninguna reacción ante la comisión de un ilícito, sino de una forma de compulsión, orientado a lograr en una persona un determinado comportamiento futuro. De ello se desprende que:

- La multa coercitiva puede reiterarse, e incluso aumentarse en su cuantía, si el obligado persiste en su negativa.

La mencionada dualidad existente en la ejecución por tercero (relación jurídico-pública entre administración y obligado/ contrato privado entre administración y empresario) ha hallado en la doctrina algunas objeciones. *Burnmeister* admite en su lugar la existencia de una realización de servicio por cuenta de una persona jurídico-pública derivada de un acto administrativo necesitado de aceptación o consentimiento (JuS, 1989, pp. 254 y ss.). Contra esta opinión, no obstante, puede alegarse el hecho de que una realización de servicio libre es poco frecuente. Además, puede parecer necesario o cuando menos puede ser razonablemente alegado, en el caso concreto, que algunos puntos sí sean discutidos y determinados contractualmente. En tal caso, no estaríamos ante una realización de servicio jurídico-pública unilateral sino que debería considerarse que hay un convenio administrativo.

- La multa coercitiva no puede ser ejecutada si el obligado procede en el ínterin al cumplimiento de su obligación.
- La multa coercitiva, en consecuencia, puede ser impuesta perfectamente al mismo tiempo que una pena o que una multa-sanción.

El *arresto domiciliario* no es, por su parte, ningún medio de ejecución forzosa independiente, estando permitida su imposición sólo si la multa coercitiva no puede ser cobrada. Por ello, el §16 de la *VwVG* habla, con razón, de un “arresto domiciliario subsidiario por la falta de pago de multa”. La orden de arresto debe ser ordenada por el juez contencioso-administrativo (artículo 104 II *GG* y § 16 I de la *VwVG*).³⁹

c) *Coacción directa* (§ 12 de la *VwVG*). El órgano administrativo puede, finalmente, obligar, de forma inmediata, a un sujeto a realizar, no realizar o tolerar una acción, o bien puede proceder ella misma a realizarla. La coacción directa se produce, por lo tanto, actuando sobre las personas o las cosas, eliminando o limitando la libertad de aquellas con ayuda de la fuerza física o el uso de armas.⁴⁰

Es el más fuerte y radical de todos los medios de ejecución forzosa, por lo que sólo cabe aplicarla como *ultima ratio*. También dentro de este grupo o tipo específico de medios ejecutivos deberán tenerse en cuenta los principios de proporcionalidad y de necesidad. En este sentido, la utilización de armas de fuego está permitida sólo en casos extremos (véase al respecto los

³⁹ El arresto domiciliario subsidiario sin duda juega en la práctica un papel relativamente pequeño; *cfr.* Bad.-Württ. *VGH VBIBW* 1987, 336 (el conocimiento de los afectados respecto de la autorización de una orden firme de demolición es —en contra de lo manifestado por la instancia anterior— irrelevante); *VGH Oldenburg*, NJW 1988, 580 (arresto domiciliario subsidiario como consecuencia de la no devolución del equipo militar, no entrándose a discutir la [no del todo inconcebible] posibilidad de que el obligado no supiera donde se hallaban los objetos). En este último caso, el cumplimiento de la obligación sería imposible —al menos, subjetivamente—, por lo que tampoco estaría permitido el subsiguiente (y subsidiario) arresto domiciliario; *cfr.* también Bay. *VGH BayVBl.* 1988, 372 (puesto que el arresto domiciliario subsidiario no es un medio de ejecución forzosa primario o autónomo, no es posible tampoco su utilización o determinación inmediata y automática si es posible suponer que el obligado tampoco puede pagar la multa coercitiva).

⁴⁰ *Cfr.* al respecto el § 2 *UZwG*. Por ejemplo, cabría su aplicación en situaciones como las siguientes: el robo de una vivienda, la disolución de una manifestación ilegal mediante el uso de armas, el empleo de armas contra el secuestrador de un rehén, etcétera.

§§ 9 y ss. *UZwG*, así como también *BGHSt* 35, 379; *BGH NJW* 1999, 2533; *Schenke*, *PolR Rn.* 559 y ss.⁴¹

Respecto de los apartados a y c. El órgano administrativo, en estos casos, sólo puede aplicar los medios de ejecución expresamente mencionados, estando, por lo tanto, prohibido el uso de cualquier otro medio no previsto, por ejemplo, la privación a una persona de una prestación que le corresponde, el recurso a la movilización de la opinión pública y otros semejantes.⁴²

La elección del medio ejecutivo que vaya a ser utilizado es algo que, en principio, pertenece al ámbito de apreciación discrecional de la administración. Sin embargo, y en todo caso, tienen que observarse, también aquí, los principios de necesidad y de proporcionalidad (véase el § 9 II de la *VwVG*).

B. El procedimiento ejecutivo

El uso de medios de ejecución forzosa tiene que realizarse bajo la observancia de estrictas normas procedimentales, a los efectos de proteger a

⁴¹ La *coacción directa* se diferencia de la *ejecución subsidiaria* en que en aquella los órganos administrativos actúan directamente, mientras que en esta última es un tercero quien lo hace, en nombre de la administración. Sin embargo, y en la medida en que en algunos *Länder* la ejecución subsidiaria se ha visto ampliada a través de la ya mencionada “*ejecución propia*” (cfr. al respecto el marg. 14), el ámbito de aplicación de la coacción directa se ha visto notoriamente reducido lo que, por otra parte, plantea dudas sobre sus concretos límites. Estos vendrían a determinarse del modo siguiente: hay ejecución subsidiaria, en el sentido de ejecución propia, cuando un órgano administrativo realiza en lugar del obligado una acción no personal que a él incumbe (por ejemplo, el derribo de un edificio); la coacción directa, por el contrario, tiene lugar cuando el órgano administrativo, a través de su actuación, quiere dar lugar o provocar un comportamiento del obligado, lo que es válido especialmente para el caso de obligaciones personalísimas o para obligaciones de no hacer (omisiones) o de tolerar (por ejemplo, el uso de pistolas de agua para disolver una manifestación), cfr. con detalle Hoffmann, *DÖV*, 1967, pp. 269 y ss.; Mertens, *Die Kostentragung bei der Ersatzvornahme im Verwaltungsrecht*, 1976, pp. 22 y ss.; Kirchhof, *JuS*, 1975, p. 510. Schenke, *PolR Rn.* pp. 559 y ss.

⁴² Ejemplo: El comerciante G no cumple una condición industrial impuesta por el Alcalde, ante lo cual este se dirige a la empresa municipal de aguas solicitando que corte a G el suministro hasta que proceda al cumplimiento de tal condición. Pues bien, este “medio ejecutivo” debe reputarse contrario a derecho. Cosa distinta sería si G no pagara el recibo del agua, ya que G sólo tiene derecho a exigir el suministro de agua por parte de la empresa previo pago. Ahora bien, si el suministro de agua no estuviera destinado a una empresa comercial sino a un domicilio privado, entonces ni siquiera en caso de impago por parte del particular sería posible el corte del suministro, porque el abastecimiento de agua no sólo es necesario para el mínimo existencial del individuo, sino que también viene exigido por razones higiénicas y sanitarias de claro interés público.

los implicados. Este procedimiento, que recibe el nombre de procedimiento ejecutivo, se desarrolla normalmente en tres fases (*cfr.* los §§ 13-15 de la *VwVG*).

a) *Intimación o apercibimiento*. El medio ejecutivo tiene que ser notificado de forma escrita y previo otorgamiento de una última oportunidad al obligado para el cumplimiento voluntario de la obligación, fijándose un plazo dentro del cual la ejecución pueda ser razonablemente exigida al obligado. La intimación o apercibimiento puede incluirse en el acto administrativo que se va a ejecutar, lo que en la práctica viene siendo lo más frecuente. Tiene, también, que referirse a un concreto medio ejecutivo, identificarlo precisa y expresamente (por ejemplo, la concreta cuantía de la multa coercitiva) y —en el caso de la ejecución subsidiaria— contener también un cálculo estimativo de los costes.

b) *Determinación del uso del medio ejecutivo*. Cuando, transcurrido el plazo previsto para el cumplimiento, el acto administrativo en cuestión no ha sido cumplido, se procede a la determinación del medio ejecutivo que se va a utilizar en un acto específicamente destinado a tal efecto. La determinación debe corresponderse, en cuanto al contenido, con la intimación; si se aparta de ella (por ejemplo, porque la cuantía de la multa coercitiva es mayor de la prevista), debe considerarse contraria a Derecho.⁴³

c) *Aplicación del medio coactivo*. Una vez se ha procedido a la determinación, ya es posible aplicar el medio de ejecución. Si el obligado ofrece resistencia a la ejecución subsidiaria o a la coacción directa, ésta puede romperse mediante el uso de la fuerza.

C. Tutela judicial

La intimación es, con arreglo al §§ 18 I de la *VwVG*, impugnabile de forma autónoma. Por ello carece de mayor relevancia, a estos efectos, la discusión sobre su consideración o no como acto administrativo (¿debe con-

⁴³ Así está previsto, por ejemplo, en el § 14 *VwVG* y en la correspondiente normativa de los *Länder* de Berlín, Brandenburgo y Renania del Norte-Westfalia. Por el contrario, en los restantes *Länder* no se regula determinación formal alguna, salvo en el caso de Baviera y de Renania-Palatinado, que la prevén sólo para el caso específico de las multas coercitivas. Si esta tiene lugar de todos modos, lo que —como nos consta— no es exigible pero sí está permitido, entonces tendrá la consideración de acto administrativo igual que la tiene la determinación formal prevista en el § 14 *VwVG*. *Cfr.* sobre ello *OVG Koblenz NVwZ*, 1986, p. 762.

siderarse una mera puesta en conocimiento o un presupuesto jurídicamente relevante para la aplicación de la coacción?); en todo caso y a los efectos de la tutela judicial, deberá tratarse como un acto administrativo. Por otro lado, la determinación del medio ejecutivo sí es, sin duda, un acto administrativo impugnabile. Por el contrario, la aplicación del medio coactivo es simple actuación material y como tal debe ser atacado, mediante las pretensiones prestacional o declarativa.⁴⁴

Sobre la base de lo dispuesto en el § 80 II núm. 3 de la *VwGO*, la mayoría de los *Länder* han establecido que tanto el procedimiento de recurso previo a la vía jurisdiccional como la pretensión de impugnación contra actos de ejecución carecen de efecto suspensivo. Con ello se pretende evitar los retrasos que dicho efecto ocasionaría; sin embargo, también puede conducir fácilmente a una situación irreversible de hechos consumados. El adecuado equilibrio entre ambos extremos se logra por medio de la regla establecida en el § 80 IV y V de la *VwGO*, en virtud de la cual los órganos administrativos o los Tribunales contencioso-administrativos ante los que se recurre pueden declarar el efecto suspensivo.

D. Ejecución inmediata y actuación directa

Puede ocurrir que, ante una situación de peligro actual e inmediato, no sea posible esperar a que se adopte un acto administrativo que, a su vez, enlace con el correspondiente procedimiento de ejecución, sino que sea necesario actuar de forma inmediata; por ejemplo, cuando un policía está patrullando y se da cuenta de que alguien está intentando irrumpir en una vivienda, o cuando un camión con una carga de gasolina que vuelca, amenazando el combustible que contiene con contaminar, por ejemplo, agua potable. En estos casos, el policía puede actuar de forma inmediata y sin demora, esto es, sin el (en otro caso necesario y exigible) acto administrativo previo, adoptando las medidas necesarias de ejecución, como, por ejemplo, impedir la entrada del sujeto en morada ajena (caso de coacción directa) o bombear el combustible requiriendo la ayuda de un empresario particular (caso de ejecución subsidiaria).⁴⁵

⁴⁴ También aquí es preciso distinguir entre el acto o disposición de cobertura y las medidas de ejecución (*cfr. supra*, marg. 12). Si por ejemplo, una orden de demolición ha devenido firme, entonces el implicado sólo puede hacer valer la ilegalidad de la ejecución, no, en cambio, la orden de demolición misma.

⁴⁵ *Cfr.* el § 6 II *VwVG* y los preceptos aplicables en las correspondientes leyes o códigos de policía de los *Länder*, así como también *Götz*, *PolR Rn*, pp. 416 y ss; *Schenke*, en: *Stein-*

Dado que en la actuación directa las específicas garantías jurídicas de la ejecución administrativa (título ejecutivo, procedimiento de ejecución) no rigen o rigen sólo limitadamente, sus presupuestos y requisitos jurídicos deben observarse de forma especialmente estricta y cuidadosa. Por ello, dicha actuación directa está permitida únicamente si se cumplen los siguientes presupuestos:

- Si se dan los presupuestos jurídicos del acto administrativo, el cual y debido a la urgencia de la situación, no pudo ser adoptado.
- Si se dan, también, los requisitos del concreto medio coactivo.
- Si se puede asumir que, en efecto, se trataba de un caso o situación de urgencia.

La *naturaleza jurídica* de la actuación directa no está clara. De acuerdo con la doctrina mayoritaria hasta épocas recientes y que aún es sostenida por algún sector, cabe considerar que en un único acto administrativo se reúnen, simultáneamente, el acto administrativo que se va a ejecutar, la intimación o apercibimiento, la fijación del medio coactivo y la aplicación de este último. Dicho de otro modo, la actuación directa contendría —tácita o ficticiamente— todos y cada uno de estos actos, al tiempo que sería en sí misma, también, un acto administrativo (compuesto). La tutela judicial se canalizaría por medio de la pretensión de anulación o de la pretensión para la continuación de las actuaciones procesales hasta la obtención de una sentencia declarativa (*cfr. supra*, marg. 24). De esta concepción parte también el 18 II de la *VwVG*, el cual remite a “los recursos legales existen-

ner, Bes. VerwR marg. 200. La terminología utilizada no es unánime; así, se utilizan, por un lado, la expresión “ejecución inmediata” (como hace también la misma ley en el artículo mencionado, el § 6 II *VwVG*) y, por otro, se habla también de actuación directa. El Proyecto Marco de un Código de Policía utiliza con cautela ambos conceptos, así como también lo hace la correspondiente normativa en los *Länder* de Baviera y Hesse, lo que ha planteado algunas (innecesarias) dificultades de delimitación conceptual. En los dos casos se trata, en realidad, de lo mismo, esto es, de una autorización a la policía o a la correspondiente autoridad ejecutiva para actuar inmediatamente sin necesidad de un acto administrativo previo. Si acaso, la diferencia entre ambas figuras estriba en que la ejecución inmediata puede ser utilizada como medio coactivo contra una hipotética resistencia del obligado, mientras que la actuación directa también es admisible como medida de policía cuando el obligado está de acuerdo, por ejemplo, en el caso del propietario de un terreno que debe tolerar que una empresa privada, por indicación de la policía, proceda a la eliminación del aceite o combustible filtrado en su terreno como consecuencia de un accidente. De todos modos, será necesario atender, en cada caso, a la normativa específica concreta. La exposición que sigue utilizará, simplificando de forma consciente, únicamente la expresión “actuación directa”.

tes, con carácter general, contra los actos administrativos”. No obstante, aceptar que, en efecto, nos hallamos ante un único acto administrativo conduce a notables dificultades, puesto que en los casos en los que el obligado no es aún conocido, o bien deberá construirse un acto administrativo sin destinatario, o bien el acto únicamente tendrá efectos *a posteriori*, esto es, cuando sea puesto en conocimiento del obligado (§ 43 I de la *VwVG*). Estas dificultades se evitan si se concibe la actuación directa, desde una perspectiva imparcial, como una simple actuación material de la administración. Desde el momento en que ya no cabe hacer depender la tutela judicial de la previa existencia de un acto administrativo, el objetivo, antaño relevante, de afirmar dicha existencia para lograr la tutela de los tribunales pierde su sentido. El obligado puede formular una pretensión de condena (pretensión de retirada de las concretas medidas adoptadas) o, si ello ya no es posible, interponer la correspondiente pretensión declarativa del § 43 I de la *VwGO*. La imagen de la conjunción del acto administrativo que se ejecuta y de las singulares medidas de ejecución puede, tal vez, ser adecuada para ilustrar la especificidad de la actuación directa, pero desde la perspectiva de la dogmática jurídica no puede traducirse en un acto administrativo.⁴⁶

En numerosos casos, la cuestión de la legalidad o ilegalidad de la actuación directa se plantea cuando la administración dicta una liquidación de los costes o de las tasas. El destinatario puede recurrir dicha liquidación y alegar no sólo que la actuación directa era ilegal, sino también que, de todas formas, aquella ha sido efectuada incorrectamente.

Si, a la vista del tiempo disponible y de las concretas circunstancias del caso, aún es posible la adopción del acto administrativo (de cobertura) pero no, en cambio, el normal desarrollo del procedimiento administrativo de ejecución, entonces no entrará en juego el § 6 II de la *VwVG*. La administración, sin embargo, está facultada —*argumentum a maiore ad minus*— para

⁴⁶ En este sentido, la doctrina actualmente dominante, *cfr.* Götz, PolR marg. 422; Schenke, en: Steiner, Bes.VerwR Rn, 202; Rasch, DVBL, 1992, pp. 209 y ss. (de otra opinión, sin embargo, Ule/Rasch, *Allgemeines Polizei- und Ordnungsrecht*, 2a. ed., 1982, pp. 69 y ss.): Hormann, *Die Anwendung von Verwaltungszwang unter Abweichung von Regelvollstreckungsverfahren*, 1988, p. 168; a favor de su concepción como acto administrativo, en cambio, Drews/Wacke/Vogel/Martens, *Gefahrenabwehr*, pp. 438 y ss.; Mayer/COP, VerwR, p. 391.

La coacción directa, por un lado, y la actuación directa, por el otro, no deben confundirse. En el primer caso se trata de un determinado medio de ejecución, mientras que en el segundo nos hallamos ante una medida de urgencia simplificada procedimentalmente, pero que, desde un punto de vista material, representa una medida bien de ejecución subsidiaria, bien de coacción directa.

renunciar a los actos administrativos de ejecución individualizados, si, y en tanto en cuanto, ello venga exigido por un *periculum in mora*.⁴⁷

⁴⁷ Bibliografía sobre el § 20: Engelhardt/App, *Verwaltungs-Vollstreckungsgesetz, Verwaltungszustellungsgesetz. Kommentar*, 6a. ed., 2004; Sadler, *Verwaltungs- Vollstreckungsgesetz. Kommentar anhand der Rechtsprechung*, 6a. ed., 2006; App/Wettlaufer, *Verwaltungsvollstreckungsgesetz*, 4a. ed, 2005; Arndt, *Der Verwaltungsakt als Grundlage der Verwaltungsvollstreckung*, 1967; König, *System des verwaltungsbehördlichen Vollstreckungsrechts*, BayVBl, 1967, pp. 262 y ss.; Rasch, *Probleme des polizeilichen Zwanges (Zwangsgeld, Ersatzvornahme, Rechtsschutz)*, DVBl, 1980, pp. 1017 y ss.; Hormann, *Die Anwendung von Verwaltungszwang unter Abweichung vom Regelvollstreckungsverfahren*, 1988; Burmeister, *Die Ersatzvornahme im Polizei- und Verwaltungsvollstreckungsrecht*, JuS, 1989, pp. 256 y ss.; Henneke, *Verwaltungszwang mittels Zwangsgeld*, Jura, 1989, pp. 7 y ss., 64 y ss.; Gusy, *Verwaltungsvollstreckungsrecht am Beispiel der Vollstreckung von Polizeiverfügungen*, JA, 1990, pp. 296 y ss., 339 y ss.; App, *Die Struktur der Verwaltungsvollstreckungsgesetze*, DÖV, 1991, pp. 415 y ss.; Schenke/ Baumeister, *Probleme der Rechtsschutzes bei der Vollstreckung von Verwaltungsakten*, NVwZ, 1993, pp. 1 y ss.; Pietzner, *Rechtsschutz in der Verwaltungsvollstreckung*, VerwArch, vol. 84, 1993, pp. 261 y ss.; Kästner, *Unmittelbare Maßnahmen der Gefahrenabwehr*, JuS, 1994, pp. 361 y ss.; Selmer/ Gersdorf, *Verwaltungsvollstreckungsverfahren*, 1996; App, *Die rechtliche Regelung der Verwaltungsvollstreckung in den neuen Bundesländern*, NVwZ, 1996, pp. 656 y ss.; Lemke, *Verwaltungsvollstreckungsrecht des Bundes und der Länder*, 1997; Kugelman, *Unmittelbare Ausführung von Maßnahmen und sofortige Anwendung von Verwaltungszwang durch die Polizei*, DÖV, 1997, pp. 143 y ss.; Brühl, *Die Prüfung der Rechtmäßigkeit des Verwaltungszwangs im gestreckten Verfahren*, JuS, 1997, pp. 926 y ss.; Poscher, *Verwaltungsakt und Verwaltungsrecht in der Vollstreckung*, VerwArch, vol. 89, 1998, pp. 111 y ss.; Erichsen/ Rauschenberg, *Verwaltungsvollstreckung*, Jura, 1998, pp. 31 y ss.; *ibidem*, *Rechtsschutz in der Verwaltungsvollstreckung*, Jura, 1998, pp. 323 y ss.; Werner, *Ausgewählte Grundfragen der Verwaltungsvollstreckungsrechts*, JA, 2000, pp. 902 y ss.; Remmert, *Rechtsdogmatische Probleme des Umsetzens verkehrswidrig geparkter Kraftfahrzeuge*, NVwZ, 2000, pp. 642 y ss.; Weiß, *Gibt es einen Rechtswidrigkeitszusammenhang in der Verwaltungsvollstreckung?*, DÖV, 2001, pp. 275 y ss.; K. Fischer, *Das polizeiliche Abschleppen von Kraftfahrzeugen*, JuS, 2002, pp. 446 y ss.; Malmendier, *Die Zwangsmittelfestsetzung in der Verwaltungsvollstreckung des Bundes und der Länder*, VerwArch, 94, 2003, pp. 25 y ss.; Stohrer, *Die zwangsweise Durchsetzung staatlicher Auskunftsansprüche gegenüber Privaten*, BayVBl, 2005, pp. 489 y ss.; Schenke, PolR Rn, 538 y ss.

Jurisprudencia sobre el § 20: *BVerwG-K NVwZ* 1999, 290 (uso de pistolas de agua como medio de coacción directa, la eficacia jurídica del acto de cobertura no es suficiente); *BVerwGE* 26, 161 (coacción sobre las personas como acto administrativo de soportar); *BVerwGE* 90, 189, 193 (retirada de un vehículo; principio de proporcionalidad); *BVerwGE* 102, 316 (retirada de un vehículo incorrectamente aparcado según una señal de tráfico colocada con posterioridad); *BVerwGE* 117, 332 (multa coercitiva para la realización de una prohibición legal); *BVerwG DVBl*, 1989, 362 (apercibimiento como acto administrativo); *BVerwG NVwZ*, 1998, 393 (prohibición de apercibimiento en el supuesto de una multa coercitiva “para cada caso de infracción”); *BVerwG DVBl*, 2002, 1560 (proporcionalidad en el caso de retirada de un vehículo, irrelevancia de la posibilidad de localizar al dueño por teléfono móvil); *Bad.-Württ. VGH VBIBW* 1987, 336 (arresto domiciliario subsidiario); *Bad.-Württ.*

§ III. INSTRUCCIONES ADMINISTRATIVAS^{48***}

1. Clasificación

A. Determinación del concepto

Las instrucciones administrativas son mandatos generales-abstractos de un órgano dirigidos a sus órganos inferiores, o de una autoridad dirigidos a los empleados públicos dependientes de la misma. Estas instrucciones afectan al ordenamiento interno de un órgano o a la actuación objetiva de la administración. Descansan sobre el poder directivo de la instancia superior, que puede llevar a dictar órdenes singulares (*cfr.* al respecto *supra*, § 9 marg. 27) u órdenes generales, que son precisamente las instrucciones administrativas.⁴⁹

La terminología es todavía muy poco uniforme. En la práctica se encuentran diversas denominaciones: disposiciones circulares, directrices, órdenes internas de servicio, edictos, etcétera. La expresión “instrucción administrativa”, con todo, se impone cada vez más.

B. Naturaleza jurídica

La naturaleza jurídica de las instrucciones administrativas es controvertida. Las diferencias de opinión se enturbian y acentúan adicionalmente por las diferencias conceptuales. En la doctrina política y jurídico-administrativa del siglo XIX, el concepto de derecho se limitaba a las relaciones entre personas jurídicas independientes —en el ámbito del derecho administrativo, a las relaciones entre el Estado y el ciudadano—, por lo que, en consecuencia, la instrucción administrativa, en su condición de regulación interna de la ad-

VGH DÖV, 1996, 762 (ilicitud del cobro de una multa coercitiva tras el cumplimiento de la obligación contenida en el acto administrativo de cobertura); *OVG Bremen DÖV*, 1972, 391 (arresto domiciliario subsidiario); *OVG Münster OVG* 27, 509 (ejecución de una orden de demolición); *OVG Münster DVBl*, 1973, 924 (vertido de combustible, actuación directa); *OVG Schleswig Holstein NVwZ* 2000, 821 (fijación de una segunda multa coercitiva).

^{48***} El § 24 ha sido traducido por Gabriel Doménech Pascual, profesor agregado de derecho administrativo de la Universidad Cardenal Herrera-CEU.

⁴⁹ Ejemplos: El *Regierungspräsident*, mediante una instrucción administrativa, indica a los *Landsratsämter* de su distrito ordenar la demolición de todas las viviendas de fin de semana construidas ilegalmente en el suelo no urbanizable. El director de una delegación de Hacienda regula mediante instrucción administrativa la suplencia recíproca de los Jefes de Sección integrados en aquélla.

ministración, quedaba excluida del concepto de derecho. Esta delimitación, que descansaba sobre el preconstitucional concepto de ley propio de la época (*cfr.* al respecto § 2 marg. 5), se ha quedado anticuada por la evolución de las cosas. Hoy, el carácter jurídico de las instrucciones administrativas es generalmente reconocido. Lo discutido es si deben incluirse —total o al menos parcialmente— entre las fuentes del derecho como disposiciones o normas jurídicas. Y también la clarificación de esta controvertida cuestión depende, a su vez, de lo que se entienda por tales conceptos.

Las instrucciones administrativas son, en cualquier caso, regulaciones jurídicas. Su carácter jurídico ya viene indicado por la circunstancia de que son vinculantes para órganos y servidores públicos, y este alcance vinculante sólo puede establecerse mediante el derecho. Dado que las instrucciones administrativas se dirigen a órganos y empleados públicos, regulando su comportamiento, constituyen regulaciones *internas de la administración* y, como tales, vienen referidas a la esfera interna del Estado. Constituyen, ciertamente, disposiciones jurídicas —de acuerdo con la definición conceptual arriba expuesta (§ 4 marg. 3)—, pero no se trata de normas jurídicas (disposiciones jurídicas externas), sino de disposiciones jurídicas internas. La calificación como derecho interno no quita que, en determinadas circunstancias, puedan producir efectos en la relación Estado-ciudadano, en las relaciones externas, y, por consiguiente, puedan desplegar, cuando menos indirectamente, una cierta eficacia externa. Esto se abordará detenidamente más adelante, pero ahora ya hay que dejar sentado que esa eficacia no impone la conclusión jurídico-dogmática de que las instrucciones administrativas deban calificarse como derecho externo.⁵⁰

C. Consideración global

Las instrucciones administrativas afectan —desde el punto de vista de la dogmática del derecho administrativo— a toda una serie de ámbitos y cuestiones, a saber:

⁵⁰ La cuestión de si las instrucciones administrativas son fuentes del derecho es principalmente un asunto de terminología. Si se limita el concepto de “fuente del derecho” al derecho externo, hay que responder negativamente. Si, por el contrario, se refiere dicho concepto a todas las disposiciones jurídicas, entonces hay que responder afirmativamente; pero entonces debe distinguirse, a su vez, dentro las fuentes del derecho, entre las de derecho externo y las de derecho interno. Si y en la medida en que se califiquen las instrucciones administrativas mismas como derecho externo, deberán ser consideradas en cualquier caso como fuentes del derecho.

- *La teoría de las fuentes del derecho*, como muestra la referida disputa acerca de la naturaleza jurídica de las circulares administrativas.
- *El principio de reserva de ley*, porque las materias que deben ser reguladas por ley o reglamento dictado en virtud de una ley escapan a la regulación independiente mediante instrucciones administrativas.
- *Los principios de la discrecionalidad y del margen de apreciación*, porque —¿sobre todo o sólo?— en los ámbitos regulados legalmente caben las instrucciones administrativas cuando la administración tiene un espacio propio para la decisión y la actuación.
- *La teoría de las formas de actuación de la administración*, porque también las instrucciones administrativas constituyen una forma de actuación tal, aunque *sui generis*.
- *La organización administrativa*, porque es precisamente la estructura jerárquica de la administración lo que constituye el presupuesto de la institución de las instrucciones administrativas.

En las exposiciones del derecho administrativo se discute sobre estas instrucciones en diferentes sedes, según se las incluya predominantemente en uno u otro orden de problemas. En el marco de este manual universitario se las trata justo ahora, tras el estudio de la organización administrativa, por dos razones: la primera es que parece oportuno, por consideraciones didácticas, analizar las instrucciones administrativas después de haber hecho lo propio con los mencionados órdenes de problemas. La otra —y decisiva— razón es que la estructura jerárquica de la administración, con sus poderes directivos, constituye la clave para la comprensión de las instrucciones administrativas, que, por lo tanto, deben ser encuadradas primariamente en este último ámbito, aunque, ciertamente, tampoco deban perderse de vista los demás campos de referencia.

2. Las funciones de las instrucciones administrativas

El sentido y la finalidad de las instrucciones administrativas pueden dilucidarse mejor si se consideran más detalladamente sus diversas clases.

A. Clases de instrucciones administrativas

a) *Las instrucciones organizativas y de servicio* afectan a la organización interna y al funcionamiento de los servicios del órgano administrativo, así,

por ejemplo, a la división interna del órgano, al reparto de sus asuntos, al tipo de tramitación de los expedientes, a los horarios de servicio, etcétera, amén de la distribución de competencia y al procedimiento en la medida en que no deban regularse por ley o en virtud de esta (*cfr. supra*, § 21 marg. 66).⁵¹

b) *Las instrucciones administrativas interpretativas de la ley u otras normas* (directrices interpretativas) determinan la interpretación y la aplicación de normas jurídicas, en especial allí donde existen conceptos jurídicos indeterminados. Estas instrucciones ayudan a los órganos subordinados a interpretar la ley y garantizan una aplicación uniforme de la misma.⁵²

De las instrucciones administrativas que interpretan normas hay que distinguir las llamadas *instrucciones administrativas concretizadoras de normas* como una nueva, aunque todavía no definitivamente consolidada, variante, que —yendo más allá de la simple interpretación, completamente revisable por los tribunales contencioso-administrativos— integran (concretan) normativamente en virtud de una disposición legal conceptos jurídicos indeterminados o supuestos de hecho “abiertos” y que, por ello,

⁵¹ Las instrucciones de servicio son instrucciones administrativas sólo cuando afectan a los empleados públicos en el aspecto oficial, pero no cuando les afectan en el aspecto personal. La cuestión se plantea en los mismos términos que la delimitación entre acto administrativo y orden de servicio. *Cfr.* al respecto *BadWürttVGH* ESVG 23, 90: la “resolución” del Ministerio de Cultura relativa al número de horas semanales obligatorias de los maestros les afecta a éstos en su esfera jurídica personal y constituye, por lo tanto, una disposición jurídica externa (un reglamento).

⁵² Ejemplo: según el § 12 IV *WPflG*, el obligado a realizar el servicio militar que lo solicite debe obtener un aplazamiento cuando la incorporación a filas le suponga, por razones personales, una carga especialmente onerosa, como cuando, por ejemplo, dicha incorporación interrumpa “un periodo de formación que se encuentra en un estadio ya avanzado”. En el caso particular puede ser discutible cuándo existe “un periodo de formación que se encuentra en un estadio ya avanzado”: ¿en función de un determinado número de semestres, o de la realización de una parte de los estudios expresada en un porcentaje (la mitad o dos tercios de la duración de los estudios prevista legalmente o empleada en el caso concreto), o de la realización de ciertos exámenes intermedios, o de la obtención de determinados certificados, o de los conocimientos adquiridos por el individuo? El Ministro Federal de Defensa, por ello, ha concretado este y otros conceptos jurídicos indeterminados, precisando cuándo concurren sus requisitos, mediante las “Instrucciones administrativas para el reclutamiento y la incorporación a filas de las personas sujetas al servicio militar obligatorio que todavía no lo han realizado”. Estas instrucciones se dirigen a los órganos competentes (Oficinas de Reclutamiento, etcétera), obligándoles a aplicarlas al decidir sobre las solicitudes de aplazamiento.

pueden ser revisadas por los tribunales sólo limitadamente (*cfr.* al respecto *infra*, marg. 25).

c) Las *instrucciones administrativas directivas del ejercicio de la discrecionalidad* (directrices discrecionales) determinan de qué manera debe hacerse uso de la discrecionalidad otorgada a la administración. Deben asegurar un ejercicio uniforme e igualitario de la potestad discrecional.⁵³

d) Las *instrucciones administrativas supletorias de la ley* se dictan cuando en determinados ámbitos necesitados de una ordenación normativa falta una regulación legal, bien porque ésta no existe en absoluto, bien porque, aun habiéndola, es tan general que se hacen necesarias instrucciones que la concreten. La distinción respecto de las directrices discrecionales es borrosa, sobre todo en este último caso. No obstante, en principio se diferencian de aquéllas en que no concretan criterios de decisión predeterminados, sino que precisamente los suministran.⁵⁴

Con el creciente volumen de normación legal que también tiene lugar en el ámbito de la administración prestacional, las llamadas instrucciones administrativas supletorias de la ley pierden importancia (*cfr. supra*, § 6 marg. 13). Además, las mismas sólo son lícitas en la medida en que no resulte afectada la reserva de ley.

⁵³ Ejemplos: *Cfr.* al respecto el caso mencionado *supra*, marg. 1 de la instrucción administrativa del *Regierungspräsident*: queda bajo la discrecionalidad del órgano competente el decidir si la edificación erigida ilegalmente debe ser demolida o no (así, por ejemplo, § 65 *Bad.-Württ.LBO*). Mediante la instrucción administrativa del *Regierungspräsident* se dirige y vincula la discrecionalidad del órgano urbanístico subordinado en el sentido de que, en cualquier caso, deben ser derribadas las viviendas de fin de semana ilegales edificadas en suelo no urbanizable (en interés de la protección del paisaje). La administración decide discrecionalmente en cada caso concreto sobre la selección y el ingreso de los funcionarios; pero también puede dictar directrices sobre dicho ingreso y vincularse —es decir, vincular a los servidores públicos que deciden al respecto— para asegurar en esta materia una práctica uniforme y pareja (*cfr. BVerwG DVBl*, 1982, 198, para el servicio de asuntos exteriores). Asimismo, la administración puede concretar mediante directrices el ejercicio del deber de asistencia del § 79 *BBG*, vinculándose de esta manera.

⁵⁴ Ejemplos: Directrices relativas a subvenciones, es decir, instrucciones administrativas dictadas por el ministro competente en ausencia de una regulación legal (material) relativas al otorgamiento de subvenciones vinculadas a determinados fines y no contempladas en los presupuestos (*cfr. BVerwGE* 58, 45); instrucciones administrativas sobre el pago a funcionarios de subsidios por enfermedad en virtud del deber de asistencia de la administración (*BVerfGE* 19, 48, 55 y ss.); antes, también las ayudas previstas para los estudiantes según el llamado “modelo-Honnefer” (*cfr.* al respecto *BVerwGE* 18, 352; 32, 16; 32, 283; *Böckenförde*, *JuS*, 1968, 375).

B. Delimitación

a) Los *reglamentos internos* son regulaciones de órganos colegiados (pleno municipal, comités y semejantes) que afectan a su organización y a la tramitación de sus procedimientos, y que sólo vinculan a sus miembros. También se trata, pues, de instrucciones de derecho interno o, más exactamente, de derecho intraorgánico. A diferencia de las instrucciones administrativas, no establecen una vinculación heterónoma, sino tan sólo una autovinculación. El reglamento interno constituye, por tanto, una regulación *sui generis*.⁵⁵

El reglamento interno debe ser compatible con el ordenamiento jurídico externo (leyes formales, reglamentos, ordenanzas), eventualmente incluso —en el caso de los órganos estatales— con las instrucciones administrativas de órganos superiores. Una infracción del reglamento interno sólo es relevante jurídico-internamente, pero no jurídico-externamente. Así, un miembro del órgano correspondiente puede, ciertamente, alegar una infracción tal, pero un ciudadano u otra persona situada en el exterior no tienen esta posibilidad.⁵⁶

⁵⁵ Los intentos de incluirlo en la tipología tradicional están abocados al fracaso (*cfr.* también *BVerwG DVBl*, 1988, 790); no es ni una instrucción administrativa (así, por ejemplo, *BadWürtt VGH ESVGH* 22, 180, y la doctrina dominante en relación con el reglamento interno del pleno municipal) ni una “ordenanza autónoma” (así, *BVerfGE* 1, 144, 148 y la doctrina dominante en relación con los reglamentos internos de los Parlamentos) ni de ninguna manera “tanto ordenanza como instrucción administrativa” (así, *Gern/Berger*, *VBIBW* 1983, 165 y ss. en relación con el reglamento interno del pleno municipal); con algunos matices Gern, *Deutsches Kommunalrecht*, 3a. ed., 2003, marg. 441: ordenanza o “disposición jurídica interna *sui generis*”.

Así las cosas, puede designarse el derecho externo como derecho interpersonal, las instrucciones administrativas como derecho intrapersonal y los reglamentos internos como derecho intraorgánico. Bien mirado, las instrucciones de la jefatura de un órgano dirigidas a los empleados del mismo también son regulaciones intraorgánicas, pero no conducen a una autovinculación, sino a una heterovinculación. Las instrucciones de servicio se aproximan a los reglamentos internos cuando han sido dictadas con la aprobación de los empleados del órgano o de sus representantes (el Consejo del Personal).

⁵⁶ Ejemplo: El pleno municipal de la ciudad S fue convocado por su presidente tres días antes de la sesión prevista. Supóngase que el plazo de la convocatoria se ajusta a lo establecido en la normativa municipal, que prevé “un plazo adecuado”, pero no en el reglamento interno del pleno, que concreta el concepto de “plazo adecuado” prescribiendo, por regla general, uno de cuatro días. El miembro G del pleno municipal pregunta si puede impedir la celebración de la sesión y si las resoluciones adoptadas en la sesión que pese a todo acabara celebrándose son contrarias a derecho y revisables judicialmente. La primera cuestión debe responderse afirmativamente: G puede iniciar un procedimiento de conflicto

Antes se consideraban también como instrucciones administrativas las *disposiciones de la administración* dictadas en el seno de una *relación de sujeción especial* y dirigidas a las personas sometidas a una relación tal. Esto valía especialmente para los reglamentos de establecimientos y servicios públicos, dictados por la dirección de los mismos y que regulaban la relación de uso. La cuestión de si esa concepción era en sí misma concluyente puede dejarse en el aire. Lo cierto es que, como ya quedó expuesto, la misma se ha vuelto obsoleta (*cfr. supra*, § 8 margs. 26 y ss.). Los reglamentos de los establecimientos y los servicios públicos, así como las regulaciones de su utilización, que afectan a los ciudadanos deben adoptarse bajo la forma de ordenanzas, reglamentos o actos de carácter general, observando los requisitos establecidos para cada uno de ellos por el derecho vigente.

3. Los efectos jurídicos de las circulares administrativas

El principal problema de las instrucciones administrativas es la cuestión del alcance y la intensidad de su eficacia vinculante.

A. Eficacia jurídica interna

a) Las instrucciones administrativas despliegan sus efectos jurídicos *en el ámbito interno del Estado* (eficacia interna). Se dirigen a los órganos y empleados subordinados, regulando su conducta. Los titulares de los ór-

gánico y alegar que ha sido lesionado en sus derechos orgánicos por la infracción del reglamento interno (*cfr. supra*, § 21 marg. 28); G puede obtener eventualmente una decisión inmediata solicitando la adopción de una medida cautelar conforme al § 123 *GwGO*. Sobre la segunda cuestión: indudablemente, G puede aducir, en su calidad de miembro del órgano, la antijuridicidad del reglamento interno. La pretensión contra las resoluciones dictadas a su amparo, sin embargo, únicamente es admisible cuando sus derechos orgánicos puedan haber sido lesionados por este motivo. Y éste sólo es el caso, excepcional, cuando mediante la resolución se eleve el número necesario para lograr una determinada fracción de los miembros del pleno municipal y ello conlleve que G pierda el *status* asociado a dicha fracción. Tal vez un ciudadano pueda impugnar la resolución por otros motivos, pero su pretensión no puede basarse en la infracción del reglamento interno, ya que esta infracción no le afecta en absoluto. Según *BVerwG DVBl*, 1988, 79, un reglamento, de todos modos, puede ser objeto de un recurso contencioso-administrativo directo de control de normas conforme al § 47 *VwGO*, cuando regule de manera abstracta y general los derechos de los miembros del Consejo municipal.

ganos a los que se dirigen tienen, en virtud de su deber de obediencia, que acatarlas y aplicarlas (*cfr.* al respecto *supra*, § 22 marg. 34).

En su condición de *regulaciones internas de la administración*, las instrucciones administrativas *no establecen derechos ni obligaciones para los ciudadanos*. Por más de su limitación al ámbito interno del Estado, no alcanzan al ciudadano. Del mismo modo, son jurídicamente irrelevantes para los tribunales a la hora de decidir los litigios entre el Estado y los ciudadanos.⁵⁷

b) La determinación y la delimitación del alcance de la eficacia vinculante de las instrucciones administrativas *dentro* del ámbito interno de la administración está en función de la potestad organizatoria y directiva de la instancia que las dicta. Las instrucciones administrativas vinculan en principio sólo a los órganos y funcionarios subordinados y, por ello, sometidos a su poder directivo; así, por ejemplo, las instrucciones del Ministro sólo vinculan a los órganos y funcionarios de su departamento. De ello se sigue también que las instrucciones administrativas son vinculantes sólo en el seno de un ente administrativo, a menos que, excepcionalmente, también los órganos de otro Ente administrativo estén sujetos a la supervisión especializada del órgano que dicta las instrucciones (así, por ejemplo, órganos municipales en caso de asuntos gestionados por el municipio en régimen de delegación o de sujeción a directrices).

Es posible, sin embargo, que determinados órganos del Ejecutivo sean habilitados por la Constitución o la ley para dictar instrucciones administrativas que vayan más allá. Una habilitación tal contienen los artículos 84 II y 85 II 1 GG en favor del Gobierno Federal respecto de la ejecución de las leyes federales por parte de los órganos de los *Länder*. Aunque estos últimos no están subordinados al Gobierno Federal ni a los ministros, pue-

⁵⁷ Ejemplo: A recibe una liquidación de la oficina de Hacienda relativa al impuesto sobre la renta. A opina que el importe de la liquidación es excesivo, porque no se ha tenido en cuenta determinado beneficio fiscal legalmente previsto. La oficina de Hacienda contesta que A no pertenece al círculo de los beneficiarios, con arreglo a una instrucción administrativa (interpretativa) del ministro de Hacienda. A puede invocar con razón que para él no es relevante esta instrucción administrativa, sino únicamente la Ley del Impuesto sobre la Renta y, en su caso, los reglamentos dictados al amparo de la misma. Si surge un pleito, el tribunal competente sólo ha de examinar entonces si la liquidación tributaria es acorde con la ley y los reglamentos eventualmente existentes, lo que no excluye que pueda incluir en sus consideraciones a la instrucción administrativa como una opinión jurídica *no vinculante* del Ministerio de Hacienda. Dado que la instrucción administrativa es irrelevante en la relación Oficina de Hacienda-ciudadano, el tribunal tampoco ha de aclarar si la oficina de Hacienda ha interpretado correctamente la instrucción en el caso concreto.

den quedar obligados y vinculados en este ámbito a través de instrucciones administrativas del Gobierno Federal.⁵⁸

B. Eficacia externa

a) Problema

Aunque las instrucciones administrativas producen efectos por sí mismas sólo en el ámbito interno de la administración, también pueden alcanzar una notable relevancia para el ciudadano, en la esfera externa. Porque numerosas instrucciones administrativas determinan precisamente cómo han de desempeñar los órganos y funcionarios sus funciones en dicha esfera externa, frente a los ciudadanos. Al ser aplicadas por los órganos administrativos, dichas instrucciones obtienen una eficacia externa fáctica. Así, el órgano competente deberá otorgar la subvención solicitada cuando concurran los requisitos de la directriz correspondiente, y denegarla cuando no concurran. En estos casos todavía no se plantean “problemas jurídicos”. Al “pleito” se llega, en cambio, cuando el interesado cree que su solicitud ha sido denegada en contra de lo establecido en la directriz y recurre por ello ante los tribunales contencioso-administrativos. La acción sólo tiene perspectivas de éxito si el solicitante puede apoyarse en la directriz, esto es, sólo

⁵⁸ Estas instrucciones administrativas han de adoptarse, según los artículos 84 II y 85 II 1 GG, por el Gobierno Federal, esto es, por el colegio integrado por el canciller federal y los ministros federales. (*BVerfGE* 100, 249, 259). La tesis defendida en *BVerfGE* 26, 338, 295 y ss., según la cual mediante una ley dictada con aprobación del *Bundesrat* podría habilitarse a un ministro federal para dictar una instrucción administrativa tal, ha sido abandonada explícitamente en *BVerfGE* 100, 249. Esta tesis, de hecho, no es compatible ni con el tenor literal ni con la finalidad de los artículos 84 II y 85 II 1 GG. A pesar de la dudosa formulación del artículo 86 GG, que habla igualmente de “Gobierno Federal”, cualquier ministro federal, en virtud de su poder directivo doméstico, puede dictar instrucciones administrativas para su departamento. *Cfr.* al respecto Oldiges, *Die Bundesregierung als Kollegium*, 1983, pp. 213 y ss.

Caso: en el presupuesto federal se contemplan determinados fondos para el fomento de la viticultura. No hay una regulación legislativa (material) sobre la adjudicación de estos fondos. El ministro Federal de Agricultura determina mediante una instrucción administrativa que los órganos inferiores generales de los *Länder* han de distribuir los fondos con arreglo a ciertos requisitos fijados pormenorizadamente. Las instrucciones administrativas no son vinculantes para los órganos de los *Länder* a los que van dirigidas, a menos que exista una habilitación legal correspondiente o que el correspondiente ministro de un *Land* haya asumido la instrucción (la haya hecho suya, por así decirlo). Lo cual no quita que los órganos de los *Länder* apliquen la instrucción del ministro federal por razones de oportunidad, y distribuyan los fondos con arreglo a la misma.

si puede hacer valer que la directriz tiene una eficacia vinculante no sólo fáctica, sino también jurídica, y que la misma le otorga el correspondiente derecho. De un tiempo a esta parte se reconoce generalmente que la eficacia vinculante fáctica de las instrucciones administrativas posee también relevancia *jurídica*. Pero aún subsisten diferentes posturas en cuanto a la justificación y la clase de esa eficacia jurídica vinculante.

b) La justificación de la eficacia externa

aa) Según la doctrina dominante, la eficacia externa se produce *por medio de la praxis administrativa y el principio de igualdad*. Mediante su constante aplicación, las instrucciones administrativas fundamentan una praxis administrativa uniforme, a través de la cual la administración se autovincula, ya que los casos iguales no pueden ser tratados de manera distinta sin una razón objetiva (es la llamada autovinculación de la administración). La administración, en consecuencia, vulnera el principio de igualdad cuando se aparta sin una razón justificativa objetiva de su praxis constante, a la que han dado lugar las instrucciones administrativas. Aunque, ciertamente, el ciudadano no puede alegar entonces la infracción de la instrucción administrativa, que sólo tiene eficacia interna, sí puede hacer valer que la administración ha vulnerado el artículo 3 I GG, porque no ha observado en su caso la instrucción administrativa aplicada en otros asuntos. Si la instrucción administrativa regula la adjudicación de prestaciones (becas, subvenciones, etcétera), entonces se origina así manera una pretensión de condena.

De este modo, las instrucciones administrativas alcanzan *mediatamente* una eficacia jurídica externa. Presupuesto de ello, sin embargo, es que se haya formado la correspondiente práctica administrativa, lo que hace que el “primer caso” (cuya importancia a menudo se exagera en la doctrina) resulte problemático, puesto que la aplicación del principio de igualdad presupone cuando menos dos casos comparables. La jurisprudencia se sirve aquí de la “práctica administrativa anticipada”, admitiendo una vulneración del principio de igualdad en vista de los casos que cabe esperar en el futuro. Esto es defendible cuando y porque el primer caso queda aclarado jurídicamente después de que se haya formado la práctica administrativa. Pero si el primer caso permanece también como el único, entonces no se plantea seriamente la cuestión de la eficacia externa; la instrucción administrativa es entonces prácticamente una orden individual, y como tal debería ser tratada.

Hay que notar, además, que la vinculación a las instrucciones administrativas que resulta del artículo 3 I GG se equipara en su intensidad pero no en su alcance a la vinculación a la ley. Mientras que las leyes exigen observancia categórica (en la medida en que ellas mismas no prevean excepciones), cabe apartarse de la praxis administrativa general en casos atípicos y especiales. Ese apartarse puede vulnerar en determinadas circunstancias una instrucción administrativa, pero no constituye una vulneración del artículo 3 I GG, porque las especiales circunstancias justifican o incluso exigen una regulación especial desde el aspecto del principio de igualdad.⁵⁹

bb) Ocasionalmente, se ha intentado justificar una eficacia externa (mediata) invocando el *principio de protección de la confianza*, que otorga al ciudadano una pretensión a que la administración observe las instrucciones administrativas por ella dictadas y eventualmente publicadas (*cfr.* al respecto *Klein*, Festgabe für Forsthoff, pp. 179 y ss.). Bien mirado, sin embargo, el principio de protección de la confianza no ofrece, por regla general, un fundamento sólido. Si se parte de que las instrucciones administrativas como tales sólo se dirigen a los órganos administrativos y sólo a estos deben obligar, falta el necesario supuesto de hecho de la confianza, a saber, la manifestación u otro comportamiento de la administración que pudiera despertar en el ciudadano la esperanza de que las instrucciones administrativas son jurídicamente relevantes también para él. La publicación tampoco conduce a otro resultado, en la medida en que sigue quedando claro que la instrucciones administrativas se dirigen a dichos órganos y no a los ciudadanos. Resulta contradictorio que en la doctrina, por un lado, se postule la publicación en atención a la eficacia externa pero, por otro lado, se señale precisamente la publicación como el supuesto de hecho constitutivo de la protección de la confianza. El principio de protección de la confianza interviene, a lo sumo, cuando una instrucción administrativa puede ser valorada, considerando las circunstancias concretas, como una especie de promesa a determinadas personas.⁶⁰

⁵⁹ *Cfr.* en general sobre la eficacia externa en virtud de la autovinculación de la administración, por ejemplo, *BVerwGE* 8, 4, 10 (indemnización); *BVerwGE* 34, 278, 289 (servicio militar); *BVerwGE* 36, 323, 327 (servicio militar); *BVerwGE* 44, 72, 74 y ss. (subsidio a funcionario); *BVerwGE* 61, 15, 18; 100, 335, 339 y ss. (directrices sobre extranjería); *BVerwGE* 104, 220, 223 (directrices sobre subvenciones); *BVerwG DVBl.* 2004, 126 (*idem*). Sobre la praxis administrativa anticipada, *BVerwGE* 52, 193, 199 y *DVBl.* 1982, 196 (normativa de exámenes para el grado elevado del empleo público). Sobre la posibilidad de apartarse de la praxis en casos atípicos, *BVerwGE* 7, 127, 136; 104, 220, 223 y ss.; *BGH NJW*, 1987, 1329, 1330 y ss.

⁶⁰ Un estado de cosas tal se presentaba en el caso resuelto por la decisión *BVerwGE* 35, 159 (condiciones de un antiguo concurso público para un consulado comercial), que por

cc) Finalmente, se ha defendido en la doctrina la tesis de que a las instrucciones administrativas les corresponde *inmediatamente* —sin intermediación de los principios de igualdad o de protección de la confianza— una *eficacia jurídica externa*. El Ejecutivo tendría, en el ámbito de sus funciones, una potestad originaria de producción de disposiciones jurídicas (a cuyos efectos, hay que entender disposición jurídica en el sentido de derecho externo=norma jurídica); las instrucciones administrativas dictadas en este marco constituirían derecho administrativo ^{Nt2} originario con eficacia externa.⁶¹

^{Nt2} Traducimos *Administrativrecht* por derecho administrativo, aunque su significado no coincide aquí con el que suele darse a la expresión derecho administrativo (en alemán, *Verwaltungsrecht*).

La teoría de la eficacia externa inmediata ha recibido un considerable impulso por parte de la figura jurídica, creada por el *BVerwG*, de la “instrucción administrativa concretizadora de una norma”, que se diferencia de la instrucción administrativa interpretativa en que es vinculante para los

ello no puede ser generalizada. *Cfr.* además *BVerwGE* 104, 220, 226 y ss.; también en esta decisión se trataba de un caso muy especial (modificación de una instrucción administrativa publicada mediante una instrucción administrativa no publicada, modificación retroactiva), en el que, por lo demás, a pesar de sus peculiaridades, no se produjo el reconocimiento de la protección de la confianza. El *OVG Münster GewArch*, 1976, 290 alude al principio de protección de la confianza incluso respecto de la vinculación de la administración a una instrucción administrativa contraria a derecho (concesión de una subvención en contra del fin fijado en el presupuesto). Esto es tanto más criticable cuanto que nunca se ha protegido la confianza en la permanencia y la obligatoriedad de una norma jurídica contraria a derecho. Por el contrario, el *OVG Münster DVBl*, 1980, 648 alude al principio de igualdad y subraya, con razón, que “sólo mediante la resolución de otorgamiento de la subvención se crea el supuesto de hecho que permite fundar la confianza del solicitante de la subvención en una determinada praxis administrativa de acuerdo con lo dispuesto en la resolución”.

⁶¹ Así, Ossenbühl, *BVerwG-Festschrift*, 1978, pp. 433 y ss.; *idem*, *HStR* III, 1988, § 65 margs. 39 y ss.; *idem*, en Erichsen/Ehlers, *VerwR*, § 6 margs. 44 y ss.; K. Vogel, *VVDStRL* 24, 1996, pp. 162 y ss.; *idem*, *Festschrift für Thieme*, 1993, pp. 607 y ss.; Lorenz, *Der Rechtsschutz des Bürgers und die Rechtsweggarantie*, 1973, pp. 37 y ss.; Krebs, *VerwArch* 70, 1979, pp. 259, 269 y ss.; Beckmann, *DVBl*, 1987, pp. 616 y ss.; por último y una vez más enfáticamente, Wahl, *BVerwG-Festschrift*, 2003, pp. 571 y ss.; *cfr.* además Hender, *UTR* 1997, pp. 55 y ss., con ulteriores referencias, así como las referencias bibliográficas en el marg. 25a. En la jurisprudencia se encuentran ocasionalmente resoluciones en las que se efectúan remisiones directas a instrucciones administrativas; pero, por regla general, hay que entender que se trata sólo de una manera abreviada de expresarse, no de una renuncia al eslabón de la autovinculación.

tribunales contencioso-administrativos y, por lo tanto, debe ser aplicada como una norma jurídica. El fundamento de la “instrucción administrativa concretizadora de una norma” es el margen de apreciación (*cfr.* al respecto *supra*, § 7 margs. 26 y ss.). Cuando y en la medida en que existe un margen de apreciación, no sólo la decisión singular del órgano administrativo, sino también la regulación general administrativa —por así decirlo, antepuesta— es revisable por los tribunales tan sólo limitadamente (algo semejante vale para las directrices discrecionales). El *BVerwG* ha trazado con razón unos límites ciertamente estrictos: la “concretización” se limita al ámbito del derecho ambiental y de la seguridad técnica; debe respetar los “mandatos de rango superior” y las “valoraciones adoptadas en la ley”; debe producirse a través de un cuidadoso procedimiento en el que participen expertos científicos y técnicos; y no ha de haberse quedado anticuada por el progreso de los conocimientos en la ciencia y la tecnología (*BVerwGE* 107, 338, 341). Por lo demás, hay que observar que con ello el control judicial se reduce, pero todavía no cabe deducir una eficacia jurídica externa general e inmediata, que afecte también a los ciudadanos.⁶²

Esta teoría del derecho administrativo originario depende por entero de la premisa de que a la administración le corresponde un poder originario de creación del derecho, una premisa que conduce a cuestiones jurídico-constitucionales (división de poderes, reserva de ley, significado del artículo 80 I GG) que aquí no pueden ser tratadas (*cfr. supra*, § 6). También es discutible por qué las instrucciones administrativas deben producir efectos externos “en virtud de un acto de voluntad de la administración” (así *Ossenbühl*), cuando el órgano administrativo autor de aquéllas sólo pretendía una vinculación interna, lo cual resulta especialmente discutible cuando existe de *lege data* la posibilidad de elegir entre reglamento e instrucción administrativa y el órgano se decide por esta última, al margen por completo de si la mera voluntad tiene o puede tener una eficacia jurídica constitutiva.

⁶² *Cfr.* al respecto *BVerwGE* 72, 300, 320 y ss.; 107, 338, 340 y ss.; 110, 216, 218 y ss.; 114, 342, 344 y ss.). El *BVerfG*, hasta la fecha, se ha pronunciado sobre el tema sólo limitada y distanciadamente; véase *BVerfGE* 78, 214, 227 (“caso especial” de la autorización de derecho nuclear); *BVerfGE* 80, 257, 265 (en el caso concreto, no hace tratar de aclarar la cuestión de si y en qué medida esta teoría es constitucionalmente sostenible). En la doctrina: *Ossenbühl*, *HStR* III, 1988, p. 438; *Hill*, *NVwZ*, 1989, pp. 401 y ss.; *Erbguth*, *DVBf*, 1989, pp. 473 y ss.; *Gerhardt*, *NJW*, 1989, pp. 2233 y ss.; *Di Fabio*, *DVBf*, 1992, pp. 1338 y ss.; *Sendler*, *UPR*, 1993, pp. 321 y ss.; *Jachmann*, *DV* 28, 1995, pp. 17 y ss.; *Jarass*, *JuS*, 1999, pp. 108 y ss.; *Ladeur*, *DÖV*, 2000, pp. 217 y ss.; *Uerpman*, *BayVBl*, 2000, pp. 705 y ss.; *Kautz*, *GewArch*, 2000, pp. 235 y ss.; *Faßbender*, *UPR*, 2002, pp. 15 y ss.

Las diferencias entre ambas posturas residen no sólo en la justificación, sino también *en el resultado*. En cualquier caso, si se extraen las consecuencias de la eficacia externa de las instrucciones administrativas: el juez debe examinar en el litigio si el órgano administrativo ha interpretado y aplicado correctamente la instrucción administrativa; en caso de divergencias entre una instrucción y la praxis administrativa, aquélla resulta decisiva, puesto que la praxis es contraria a derecho por infringir dicha instrucción; la instrucción administrativa debe ser aplicada también en los casos atípicos, salvo que en ella se establezca la correspondiente reserva. Los defensores de la teoría del derecho administrativo, sin embargo, no extraen estas consecuencias, o sólo en parte. Así, también ellos consideran que el órgano administrativo puede apartarse de la instrucción administrativa (¿o de la praxis administrativa?) en los casos atípicos. Estas “inconsecuencias” están objetivamente justificadas en cuanto al resultado. La tesis de la eficacia externa inmediata sólo se puede sostener en última instancia cuando se la relativiza adecuadamente (*Wahl*, BVerwG-Festschrift, 2003, p. 598, postula incluso una expresa reserva de excepción en la propia instrucción administrativa). En conjunto, se aprecia que la doctrina dominante, aunque parece ciertamente algo artificiosa, conduce a soluciones más útiles en la práctica y más consecuentes desde un punto de vista jurídico-dogmático, por lo que resulta preferible.⁶³

C. Presupuestos de la eficacia externa

La eficacia jurídica externa de las instrucciones administrativas —como quiera que la misma se justifique— sólo se origina, en primer lugar, cuando existe una eficacia real hacia el exterior y, en segundo lugar, cuando la ad-

⁶³ La cuestión de la eficacia jurídica externa de las instrucciones administrativas ha cobrado de un tiempo a esta parte también una *dimensión jurídico-comunitaria*. El *EuGH* entiende que la trasposición de directivas comunitarias (*cfr. supra*, § 4 marg. 62) puede tener lugar mediante instrucciones jurídicas con eficacia jurídica externa, si bien las instrucciones administrativas del derecho alemán (en concreto, la *TA Luft*) no cumplen esta exigencia (*EuGH* NVwZ 1991, 866, 868). Esta postura ha sido criticada en la doctrina alemana. Aquí no se trata sólo de juzgar la eficacia jurídica de las instrucciones administrativas, sino también de la cuestión de cuál de sus interpretaciones (la de los órganos de la Comunidad Europea o la de los órganos nacionales) es la decisiva. *Cfr.* sobre el tema las posturas de *Rupp*, JZ, 1991, pp. 1034 y ss.; *Guttenberg*, JuS, 1993, pp. 1006 y ss.; v. *Danwitz*, VerwArch, 1993, pp. 73 y ss.; *Doerfert*, JA, 1999, pp. 949 y ss.; *Wahl*, BVerwG-Festschrift, 2003, pp. 589 y ss.

ministración tiene todavía un margen para una configuración propia. Esto exige una consideración diferenciada.

a) En el caso de las instrucciones de servicio, falta, por regla general, una eficacia externa real, dado que las mismas sólo afectan al funcionamiento interno del servicio, y al mismo se limitan.⁶⁴

La regulación de la competencia del órgano y del procedimiento administrativo, así como otras regulaciones que despliegan sus efectos hacia el exterior, deben producirse en principio mediante ley o al amparo de una ley, de modo que la cuestión acerca de la eficacia externa de las instrucciones administrativa no se plantea aquí en absoluto. En la medida en que, excepcionalmente, algunas cuestiones singulares puedan ser reguladas complementariamente mediante instrucciones administrativas, se origina una eficacia jurídica externa que se corresponde con la eficacia externa real.⁶⁵

b) Cuando se trata de *instrucciones administrativas interpretativas*, falta el ámbito propio de decisión del órgano administrativo. Si estas instrucciones interpretan *correctamente* la ley, entonces no les corresponde por ello un significado propio, porque sólo determinan lo que ya está legalmente establecido. El ciudadano puede invocar inmediatamente la ley. La referencia a la instrucción es superflua, aunque la misma facilita, con todo, la argumentación frente al órgano administrativo, en tanto en cuanto se le puede oponer que él mismo defiende una determinada interpretación que la ley, como muestra la instrucción administrativa y la praxis administrativa en ella basada.⁶⁶

⁶⁴ Ejemplo: El reparto de los asuntos dentro de un órgano tiene exclusivamente carácter interno, dado que hacia el exterior actúa el órgano, y no el correspondiente empleado. El ciudadano, por lo tanto, tampoco puede exigir, invocando la praxis administrativa y el principio de igualdad, que su solicitud sea tramitada por el empleado usualmente competente.

⁶⁵ Cfr. *BVerwGE* 36, 327 (determinación de la competencia territorial de la oficina de reclutamiento mediante instrucción administrativa del ministro Federal de Defensa), amén de *BVerfGE* 40, 250 y ss., que declara lícita la regulación de un procedimiento jurídico-administrativo previo a la interposición de la pretensión, pero al mismo tiempo hace hincapié en sus estrechos límites: “la regulación de las competencias de los órganos administrativos y del procedimiento administrativo no está reservada a la ley hasta en todos sus pormenores”, la regulación legal no está “constitucionalmente prescrita sin excepción alguna”.

⁶⁶ Una instrucción administrativa puede tener, además, un valor cognoscitivo en un sentido efectivo, ya que en ella se expresan los conocimientos objetivos y la pericia de la administración. Esto vale, por ejemplo, para las instrucciones administrativas que establecen límites para la protección frente a las inmisiones con arreglo al § 48 *BImSchG*, y que han sido designadas como “dictámenes periciales anticipados” (*BVerwGE* 55, 250, 256; *Breuer*,

Otra cosa sería si —y en la medida en que— la administración tuviera un *margen de apreciación* en la interpretación de los conceptos jurídicos indeterminados. En el marco de ese margen de apreciación, tendría entonces el derecho de interpretar bajo su propia responsabilidad y con carácter vinculante un concepto jurídico indeterminado en última instancia, pero también entonces quedaría vinculada a su interpretación fijada mediante instrucción administrativa y reiterada mediante una práctica constante. Por regla general, sin embargo, y como ya se expuso (*cfr.* § 7 margs. 31 y ss.), no existe un margen de apreciación tal. Las pocas excepciones (calificaciones de exámenes, evaluaciones del rendimiento y la capacidad de los empleados públicos, decisiones adoptadas por un colegio de composición plural) no admiten, a causa de su singularidad, una dirección mediante directrices interpretativas.

La cuestión se vuelve problemática cuando una instrucción administrativa y la praxis sobre ella basada *infringen la ley*. ¿Puede entonces el ciudadano que no ha sido tratado conforme a esta praxis invocar el principio de igualdad y exigir que su caso sea tratado como otros casos iguales? El conflicto aquí existente entre vinculación a la ley y principio de igualdad sólo puede resolverse a favor de la vinculación a la ley. El principio de igualdad no es capaz de justificar una praxis contraria a derecho; no hay “igualdad en la ilegalidad”, “no hay un derecho a la repetición de la infracción”. En otro caso, la administración podría —consciente o inconscientemente— desplazar o modificar el derecho vigente mediante una praxis antijurídica. Pero eso iría en contra del artículo 20 III GG. Tampoco el principio de la protección de la confianza interviene aquí, puesto que la instrucción administrativa no posee firmeza alguna —comparable a la firmeza de los actos administrativos—. Al mismo resultado se llega cuando se reconoce eficacia externa inmediata a las instrucciones administrativas en calidad de derecho administrativo originario, porque entonces las mismas, en cuanto que fuentes del derecho del más bajo rango, serían inválidas como consecuencia de vulnerar derecho de rango superior.⁶⁷

DVBl, 1978, pp. 34 y ss.). *Cfr.* al respecto, no obstante, la discusión sobre las llamadas instrucciones administrativas que concretan normas (*supra*, marg. 25a).

⁶⁷ Ejemplo: S es llamado a filas poco después de haber comenzado sus estudios en una escuela de ingeniería. S solicita el aplazamiento del servicio militar invocando una instrucción administrativa del ministro federal de defensa según la cual un “periodo de formación que se encuentra en un estadio ya avanzado”, en el sentido del § 12 IV 2 núm. 3 WPflG, debe considerarse existente, en el caso de estudiantes de ingeniería, ya desde el comienzo de los estudios, así como la correspondiente praxis administrativa. El órgano administrativo

La cuestión de la eficacia externa se vuelve por ello relevante (casi) sólo en el caso de las *instrucciones administrativas directivas del ejercicio de la discrecionalidad o supletorias de la ley*. Si la administración concreta su discrecionalidad mediante una disposición administrativa y esta disposición se aplica por regla general en la práctica, entonces también debe atenerse a la misma en el caso concreto, bien sea en virtud del principio de igualdad, de la protección de la confianza o de la teoría del derecho administrativo originario.

Las directrices discrecionales, no obstante, sólo pueden desplegar efectos jurídicos en el ámbito externo cuando son acordes con las leyes. Aquéllas deben, en especial, mantenerse dentro del marco de la habilitación legal y ajustarse al fin de la misma. Para el ejercicio general de la discrecionalidad mediante instrucciones administrativas, vale en principio lo mismo que para la decisión discrecional en el caso particular (*cfr.* al respecto *supra*, § 7 margs. 19 y ss.).⁶⁸

4. La emanación de la instrucción administrativa; reglamento e instrucción administrativa

A. La emanación de la instrucción administrativa

Las instrucciones administrativas son dictadas —como los reglamentos— por órganos del Ejecutivo. Pero ambas clases de regulaciones se di-

competente rechaza la solicitud, aunque, por lo demás, sigue manteniéndose en la praxis observada hasta la fecha. Tras haber interpuesto infructuosamente un recurso administrativo, S formula una pretensión judicial. ¿Cómo hay que resolver? El § 12 IV *WPflG* no ha sido infringido, pues es claro que no existe un “periodo de formación que se encuentra en un estadio ya avanzado” justo después del comienzo de los estudios universitarios. S tampoco puede invocar la instrucción y la praxis administrativas, puesto que las mismas contradicen el § 12 IV *WPflG*. *Cfr.* al respecto *BVerwGE* 34, 278; adicionalmente, *BVerwGE* 36, 313; 45, 197, 200 y f.; 92, 153, 157.

⁶⁸ Ejemplos: Según el § 11 *WPflG*, determinadas personas están exentas de realizar el servicio militar obligatorio; por lo demás, el llamamiento a filas queda a la decisión discrecional del órgano administrativo. Una instrucción administrativa que, al concretar ese margen de discrecionalidad, determina que otro grupo no debe ser llamado a realizar el servicio militar, y que, de este modo, crea prácticamente un supuesto adicional de exención que va más allá de los supuestos enumerados taxativamente en el § 11 *WPflG*, es contraria a derecho e ineficaz. La misma no fundamenta (ni mediata ni inmediatamente) una pretensión a quedar exento del servicio militar obligatorio. *Cfr.* sobre ello *BVerwGE* 36, 323; además *BVerwG DÖV*, 1973, 135. Algo análogo rige para las directrices relativas al otorgamiento de una subvención que prevén ayudas en contra de los fines de la misma fijados en el presupuesto.

ferencian desde un punto de vista formal en diversos puntos, por lo que parece conveniente exponer los requisitos para dictar instrucciones administrativas en contraste con los relativos al reglamento.

a) *Habilitación*. Mientras el reglamento necesita una habilitación legal específica, la instrucción administrativa descansa sobre “la facultad de dirección de un ámbito de asuntos” (*BVerwG* DÖV 1957, 863; *BVerwGE* 67, 222, 229) y la facultad que de la misma resulta para dictar órdenes (individuales y generales) frente a los órganos administrativos inferiores. Si la instrucción administrativa ha de alcanzar y obligar a otros órganos administrativos, no subordinados, entonces es necesaria, en esa medida, una especial habilitación legal (*cfr.* sobre ello *supra*, marg. 19).

b) *Forma*. El reglamento debe respetar especiales y diversas reglas formales (así, por ejemplo, la indicación del fundamento jurídico con arreglo al artículo 80 I 3 *GG*). La instrucción administrativa, por el contrario, no requiere una determinada forma, salvo que existan especiales reglas formales, que pueden contenerse en leyes o reglamentos, pero también en instrucciones administrativas o reglamentos internos.⁶⁹

c) *Procedimiento*. Común al reglamento y a la instrucción administrativa es que ambos pueden ser dictados, en principio, sin observar reglas de procedimiento, rápidamente y sin complicaciones. No obstante, muchas veces se contempla también la colaboración de otros órganos (por ejemplo, el *Bundesrat*) o de ciertos gremios (por ejemplo, el consejo de personal), o incluso de organizaciones no estatales (por ejemplo, los sindicatos), colaboración cuyo alcance va desde la simple audiencia hasta la aprobación, pasando por el asesoramiento.⁷⁰

d) *Publicación*. Los reglamentos sólo producen efectos cuando son publicados, esto es, cuando son dados a conocer oficialmente en el instrumento previsto para ello (gaceta legal, gaceta oficial, etcétera). Las instrucciones administrativas, por el contrario, sólo han de darse a conocer, en principio, a los órganos administrativos a los que se dirigen (basta por ello, en su caso, también una circular, por ejemplo del *Regierungspräsi-*

⁶⁹ Así, el reglamento interno común a los Ministerios Federales, parte especial (GGO II), contiene disposiciones sobre la forma de las instrucciones administrativas emanadas por los ministros federales.

⁷⁰ La cuestión de si el *Bundestag* puede reservarse mediante ley la aprobación u otro tipo de colaboración jurídicamente relevante en la emanación de determinadas instrucciones administrativas por parte de un ministro federal debe responderse, en principio, negativamente. *Cfr.* sobre ello *Hömig*, DVBl, 1976, pp. 858 y ss.; Sauerland (marg. 43), pp. 107 y ss., 324 y ss.

dium a los *Landratsämter*). No obstante, es cada vez más frecuente que se postule, con razón, que se publiquen aquellas instrucciones administrativas que producen eficacia externa. La publicación viene impuesta por razones derivadas del principio del Estado de derecho, aunque la misma no es un presupuesto de eficacia (como en el caso de los reglamentos), sino tan sólo un deber que resulta consecuentemente de la eficacia externa.⁷¹

B. Delimitación entre reglamento e instrucción administrativa

En la práctica, la delimitación entre reglamentos e instrucciones administrativas tropieza siempre con dificultades. Éstas, sin embargo, reflejan únicamente el hecho de que la distinción originaria entre reglamento e instrucción administrativa (el derecho externo es de alcance vinculante general; mientras que el derecho interno vincula a los órganos administrativos) se ha vuelto cuestionable en su conjunto. Así, es imaginable que una determinada regulación pueda ser adoptada, con el mismo contenido y la misma eficacia, mediante reglamento o mediante instrucción administrativa. Puede decirse, ciertamente, que el reglamento debe desarrollar la ley y complementarla mediante una regulación adicional, mientras que la instrucción administrativa sirve simplemente a la concreción de las disposiciones legales. Pero con ello, en última instancia, sólo se apunta una tendencia general, y no un criterio de distinción al que poder asirse. Mientras exista la díada reglamento e instrucción administrativa, subsiste la cuestión acerca de los puntos de vista según los cuales debe efectuarse la delimitación.

a) Aunque *la denominación* de la correspondiente disposición constituye un primer indicio, se sobreentiende que no puede ser decisiva por sí sola.

⁷¹ Así, Ossenbühl, *Verwaltungsvorschriften und Grundgesetz*, pp. 462 y ss.; Gusy, DVBl, 1979, pp. 720 y ss.; Lübke-Wolff, DÖV, 1980, pp. 594 y ss.; *OVG Berlin* DÖV, 1976, 53 (anulada por *BVerwGE* 61, 15). El *BVerwG* tuvo que ocuparse de la pretensión contencioso-administrativa de varios abogados que requerían información sobre unas directrices discrecionales relativas al derecho de extranjería no publicadas. El tribunal dejó explícitamente abierta la cuestión de la existencia del deber de publicación, y declaró simplemente que, si bien las personas interesadas en un concreto procedimiento administrativo (así como sus abogados) tenían un derecho a la información sobre las correspondientes instrucciones administrativas, no existía un derecho general de los abogados a ser informados, *cfr. BVerwGE* 61, 15 y 40. Asimismo, en relación con las “órdenes generales” en el ámbito de la asistencia social, *BVerwG* DVBl, 1984, 1078. Según *BVerwGE* 104, 220, 224, la publicación no es un requisito de eficacia de la instrucción administrativa.

A veces se atiende a *criterios formales*, en especial a si concurren o no los típicos requisitos formales de un reglamento (fundamento habilitante, exigencia de una determinada forma, publicación). Pero éstos son requisitos de conformidad a derecho, no elementos determinantes de la calificación. Si concurren los requisitos formales de un reglamento, ello habla de hecho a favor de la existencia de un reglamento, pero sólo de manera condicionada, porque cabe pensar en general, por ejemplo, que una instrucción administrativa sea publicada en la gaceta oficial en la que el órgano administrativo correspondiente publica también sus reglamentos. Y si falta un “requisito típico” del reglamento, entonces puede tratarse también de un reglamento contrario a derecho. Por lo tanto, los criterios formales tienen, en cualquier caso, un valor meramente indiciario, aunque en esa medida tampoco deben ser subestimados.

b) La doctrina dominante pretende efectuar la delimitación de acuerdo con *criterios materiales*. Lo decisivo, así, son los destinatarios, el contenido y los efectos jurídicos de la correspondiente disposición. Pero tampoco ello permite avanzar. El contenido, esto es, la regulación material, puede aparecer frecuentemente tanto en un reglamento como en una instrucción administrativa. Más manejables son los criterios de los destinatarios y de la eficacia jurídica pretendida; sin embargo, tampoco pueden extraerse conclusiones precipitadas. Es posible que también una disposición que afecta exclusivamente a órganos administrativos subordinados se dicte bajo la forma de un reglamento; por otro lado, y como ya quedó expuesto, también una instrucción administrativa puede desplegar efectos en el ámbito externo. Es por ello que, en caso de duda, habrá que utilizar diferenciada y ponderadamente los distintos puntos de vista; el mayor peso deberá ser atribuido al círculo de los destinatarios (órganos administrativos, cualquier persona).

c) Los autores que califican las instrucciones administrativas como *derecho administrativo originario* parten, consecuentemente, de los diferentes ámbitos funcionales del Ejecutivo y Legislativo. Las instrucciones administrativas son las regulaciones establecidas por la administración en el ámbito de sus funciones, mientras que los reglamentos son normas jurídicas del Ejecutivo derivadas, dictadas en virtud de una delegación en el ámbito funcional del Legislativo (así Ossenbühl, *Verwaltungsvorschriften und Grundgesetz*, pp. 166 y ss.). Haciendo abstracción de las mencionadas cuestiones de principio, el problema queda desplazado de esa manera a la no poco difícil delimitación entre los ámbitos funcionales del Ejecutivo y Legislativo.

d) *Conversión*. Cuando el órgano administrativo pretende dictar un reglamento, pero éste es contrario a derecho debido a la infracción de una regla formal, se suscita la cuestión de si puede ser conservado en calidad de una instrucción administrativa. La respuesta ha de ser afirmativa para el caso de que concurran los requisitos formales de una instrucción administrativa y la regulación, por su contenido y eficacia jurídica, pudiera establecerse también mediante una instrucción tal.⁷²

⁷² Bibliografía: Rupp, *Grundfragen der heutigen Verwaltungsrechtslehre*, 2a. ed., 1991, pp. 19 y ss.; *idem*, *Die "Verwaltungsvorschriften" im grundgesetzlichen Normensystem*, JuS, 1975, pp. 609 y ss.; Hans H. Klein, *Rechtsqualität und Rechtswirkung von Verwaltungsnormen*, *Festschrift für Forsthoff*, 1967, pp. 163 y ss.; Ossenbühl, *Verwaltungsvorschriften und Grundgesetz*, 1968; Selmer, *Rechtsverordnung und Verwaltungsvorschrift*, *VerwArch* 59, 1968, pp. 114 y ss.; W. Schmidt, *Gesetzesvollziehung durch Rechtssetzung*, 1969; Menger, "Vewaltungsrichtlinien—autonome Rechtsetzung durch die Exekutive?", en *Demokratie und Verwaltung*, *Schriftenreihe der Hochschule Speyer*, 1972, pp. 299 y ss.; Weyreuther, *Über die Rechtsnatur und die Rechtswirkung von Verwaltungsvorschriften*, *DVB1*, 1976, pp. 83 y ss.; Schenke, *Der Rechtsschutz des Bürgers gegen Verwaltungsvorschriften*, *DÖV*, 1979, pp. 622 y ss.; Breuer, *Die rechtliche Bedeutung der Verwaltungsvorschriften nach § 48 BImSchG im Genehmigungsverfahren*, *DVB1*, 1978, pp. 28 y ss.; Krebs, *Zur Rechtsetzung der Exekutive durch Verwaltungsvorschriften*, *VerwArch* 70, 1979, pp. 259 y ss.; Scheffer, *Wachsende Bedeutung der Verwaltungsvorschriften*, *DÖV*, 1980, pp. 236 y ss.; Brohm, "Verwaltungsvorschriften als administrative Rechtsquelle—ein ungelöstes Problem des Innenrechts", en Brohm (coord.), *Drittes Deutsch-polnisches Verwaltungssymposium*, 1984, pp. 11 y ss.; Oldiges, *Richtlinien als Ordnungsrahmen der Subventionsverwaltung*, *NJW*, 1984, pp. 1927 y ss.; Beckmann, *Die gerichtliche Überprüfung von Verwaltungsvorschriften im Wege der verwaltungsgerichtlichen Normenkontrolle*, *DVB1*, 1987, pp. 611 y ss.; Ossenbühl, *Autonome Rechtsetzung der Verwaltung*, *HStR* III, § 65; Ellwein, *Verwaltung und Verwaltungsvorschriften*, 1989 (sobre el significado de las instrucciones administrativas en la praxis); Osterloh, *Typisierende Verwaltungsvorschriften im Steuerrecht*, *JuS*, 1990, pp. 100 y ss.; *idem*, *Gesetzesbindung und Typisierungsspielräume bei der Anwendung der Steuergesetze*, 1992, en especial pp. 451 y ss.; Hill (coord.), *Verwaltungsvorschriften*, 1991; J. Wolf, *Die Kompetenz der Verwaltung zur "Normsetzung" durch Verwaltungsvorschriften*, *DÖV*, 1992, pp. 849 y ss.; K. Vogel, *Verwaltungsvorschriften zur Vereinfachung der Sachverhaltsermittlung und "normkonkretisierende" Verwaltungsvorschriften*, *Festschrift für Thieme*, 1993, pp. 605 y ss.; K. Lange, *Innenrecht und Außenrecht*, en Hoffman-Riem/Schmidt-Aßmann/Schuppert (coords.), *Reform des Allgemeinen Verwaltungsrechts*, 1993, pp. 307 y ss.; Hendler, *Verwaltungsvorschriften zur Konkretisierung technischer Standards im Umweltrecht*, *UTR*, 1997, pp. 55 y ss.; Rogmann, *Die Bindungswirkung von Verwaltungsvorschriften*, 1998; Jarass, *Bindungswirkung von Verwaltungsvorschriften*, *JuS*, 1999, pp. 105 y ss.; Kautz, *Verhaltenslenkende Verwaltungsvorschriften und ihre unterschiedliche Bindungswirkung*, *GewArch*, 2000, pp. 230 y ss.; Th. Koch, *Probleme administrativer Außenrechtserzeugung am Beispiel der Verdingungsordnungen*, *VerwArch* 91, 2000, pp. 354 y ss.; Erichsen, *Verwaltungsvorschriften als Steuerungsnormen und Rechtsquellen*, *Festschrift für Kruse*, 2001, pp. 39 y ss.; Guckelberger, *Zum methodischen Umgang mit Verwaltungsvorschriften*, *DV* 35, 2002, pp. 61 y ss.; A. Leisner, *Verwaltungsgesetzgebung*

durch Erlasse, JZ, 2002, pp. 219 y ss.; Seibert, *Die Entwicklung des Gleichheitssatzes auf das Rechtssetzungs- und Rechtsanwendungsermessen der Verwaltung*, BVerwG-Festschrift, 2003, pp. 535, 539 y ss.; Wahl, *Verwaltungsvorschriften: Die ungesicherte dritte Kategorie des Rechts*, BVerwG-Festschrift, 2003, pp. 571 y ss.; Sauerland, *Die Verwaltungsvorschrift im System der Rechtsquellen*, 2005; cfr. adicionalmente la bibliografía indicada *supra*, marg. 25a, sobre las llamadas instrucciones administrativas concretizadoras de normas.

Jurisprudencia: BVerfGE 40, 237 (regulación mediante instrucción administrativa de la competencia de un órgano administrativo y del procedimiento administrativo y reserva de ley); BVerfGE 78, 214 (los tribunales contencioso-administrativos no están vinculados por las instrucciones administrativas); BVerfGE 100, 249 (competencia para dictar instrucciones administrativas conforme al artículo 85 II GG).

BVerwGE 34, 278 y 36, 313 (carácter no vinculante de las instrucciones administrativas interpretativas contrarias a derecho); BVerwGE 36, 323 (límites de las directrices discrecionales); BVerwGE 44, 72, 74 y s. (directrices de subsidios, autovinculación de la Administración); BVerwGE 52, 193 (ordenación de exámenes, delimitación entre instrucción administrativa y reglamento); BVerwGE 55, 250 (instrucción administrativa como “dictamen pericial anticipado”); BVerwGE 58, 45 (directrices relativas a subvenciones, revisión judicial); BVerwGE 61, 15; 61, 40 (pretensión de publicación de las instrucciones administrativas); BVerwGE 71, 342 (concreción del deber de asistencia jurídico-funcionarial mediante instrucciones de subsidios); BVerwGE 71, 300, 320 y s.; 107, 338, 340 y ss.; 110, 216, 218 (instrucciones administrativas concretizadoras de normas); BVerwGE 94, 326 y 335 (naturaleza jurídica de las ratios estándar previstas en el § 22 I BSHG); BVerwGE 100, 335 (directriz sobre derecho de extranjería, carece de eficacia jurídica externa inmediata, eficacia jurídica externa a través del art. 3 I GG); BVerwGE 104, 220 (directriz sobre subvenciones: publicación, modificación); BVerwGE 116, 332, 333 (los tribunales, en principio, no están vinculados a las instrucciones administrativas); BVerwGE 118, 379 (directriz sobre subvenciones); BVerwGE 121, 103 (las instrucciones jurídico-funcionariales sobre subsidios no respetan la reserva de ley); BVerwGE 122, 264 (publicación); BVerwG DVBl. 1982, 195 (ordenación de exámenes: fundamento, eficacia vinculante, interpretación); BVerwGE DVBl. 1988, 790 (revisión de un reglamento interno a través del proceso contencioso-administrativo de control de normas con arreglo al § 47 VwGO).

BadWürttVGHESVG 23, 90 (disposición sobre el número de horas semanales obligatorias de los maestros); OVG Berlin DÖV 1976, 53 (publicación de instrucciones administrativas); OVG Münster DÖV, 1985, 204 (eficacia vinculante de las instrucciones administrativas); BadWürttVG NVwZ, 1999, 547 (anulación de un acto administrativo que infringe una instrucción administrativa); BayVG DVBl, 2001, 311 (no cabe el recurso contencioso-administrativo directo de control de normas previsto en el § 47 VwGO contra una instrucción administrativa).