

DR. HARTMUT MAURER

Profesor ordinario emérito de la Universidad de Konstanz

DERECHO ADMINISTRATIVO

PARTE GENERAL

Traducción coordinada por
Gabriel Doménech Pascual

Traductores:

M.^a José Bobes Sánchez, M.^a Mercè Darnaculleta i Gardella, José García Alcorta, Javier García Luengo, Alejandro Huergo Lora, Núria Magaldi, Oriol Mir Puigpelat, Marc Tarrés Vives y Gabriel Doménech Pascual

Marcial Pons

MADRID | BARCELONA | BUENOS AIRES

2011

SUMARIO

	<u>Pág.</u>
PRÓLOGO.....	19
DEL PRÓLOGO A LA PRIMERA EDICIÓN, DE 1980	21
NOTA DE LOS TRADUCTORES	23
LISTA DE ABREVIATURAS	24
BIBLIOGRAFÍA GENERAL.....	39
I. Tratados y manuales.....	39
1. Derecho administrativo, parte general	39
2. Derecho administrativo, parte especial (exposiciones globales).....	40
3. Derecho procesal contencioso-administrativo	40
4. Derecho comunitario (selección)	40
5. Obras antiguas pero todavía importantes	40
6. Otros manuales frecuentemente citados.....	41
II. Comentarios	41
1. A la Ley federal de procedimiento administrativo	41
2. A la Ley de la Jurisdicción Contencioso-administrativa.....	41
III. Colecciones de casos prácticos y guías para la resolución de casos.....	41
IV. Manuales sobre la parte general del Derecho administrativo en Austria y Suiza.....	42
1. Austria.....	42
2. Suiza.....	42

PRIMERA PARTE

ADMINISTRACIÓN PÚBLICA Y DERECHO ADMINISTRATIVO

§ 1. LA ADMINISTRACIÓN PÚBLICA.....	47
I. El concepto de Administración	47

	Pág.
1. Los distintos conceptos de Administración.....	47
2. La Administración en sentido material.....	48
3. Rasgos característicos de la Administración en sentido material.....	50
II. La multiplicidad de manifestaciones de la Administración.....	51
1. El objeto de la Administración.....	52
2. Las funciones o fines de la actividad administrativa.....	52
3. Las consecuencias jurídicas para los ciudadanos de los instrumentos de la actividad administrativa.....	54
4. La forma jurídica de actuación de la Administración.....	55
5. El grado de vinculación a la ley.....	56
6. La articulación de la organización administrativa.....	56
§ 2. BASES HISTÓRICAS DE LA ADMINISTRACIÓN PÚBLICA Y DEL DERECHO ADMINISTRATIVO; CONSTITUCIÓN Y ADMINISTRACIÓN; INTEGRACIÓN EUROPEA.....	59
I. El condicionamiento constitucional de la Administración.....	59
II. Principales etapas de la historia de la Administración.....	60
1. La Administración en el Estado absoluto de los siglos XVII y XVIII.....	60
2. La Administración en el Estado liberal de Derecho del siglo XIX.....	61
3. La Administración en el Estado social de Derecho del siglo XX.....	62
III. Surgimiento y evolución histórica del Derecho administrativo.....	63
IV. El Derecho administrativo bajo la Ley Fundamental de Bonn.....	65
V. El Derecho administrativo en la República Democrática Alemana (DDR) y en el Tratado de unificación.....	67
1. El Derecho administrativo en la <i>DDR</i>	67
2. El Derecho administrativo de la <i>DDR</i> tras la caída del muro de Berlín.....	68
3. El Derecho administrativo en el Tratado de unificación.....	69
VI. La integración europea.....	70
1. Evolución.....	70
2. Presupuestos constitucionales.....	73
3. La influencia del Derecho comunitario sobre el Derecho administrativo alemán.....	74
§ 3. EL DERECHO DE LA ADMINISTRACIÓN.....	79
I. El Derecho administrativo.....	79
1. La parte general y la parte especial del Derecho administrativo.....	79
2. Derecho externo y Derecho interno.....	81
II. El Derecho administrativo como parte del Derecho público y su delimitación respecto del Derecho privado.....	82
1. La distinción entre el Derecho público y el Derecho privado.....	82
2. Teorías delimitadoras.....	84
3. Delimitación y atribución.....	86
III. La actuación de la Administración sometida al Derecho privado; el Derecho privado administrativo.....	87

	Pág.
1. Actividad administrativa de provisión.....	87
2. La actividad empresarial de la Administración.....	90
3. El ejercicio de funciones administrativas bajo la forma del Derecho privado.....	91
IV. La atribución de supuestos problemáticos	94
V. La aplicación supletoria de las normas de Derecho privado en el Derecho administrativo.....	99
1. Problemática y ámbito de aplicación	99
2. Fundamento.....	99
3. Las consecuencias de la reforma del Derecho de obligaciones	101
4. Repercusiones sobre el Derecho privado administrativo	101
§ 4. LAS FUENTES DEL DERECHO ADMINISTRATIVO	105
I. La teoría de las fuentes del Derecho y de la jerarquía normativa	105
II. Una vista panorámica sobre las vigentes relaciones de orden jerárquico.....	107
III. Las llamadas fuentes escritas del Derecho alemán: Constitución, ley formal, reglamento y ordenanza	108
1. La Constitución	109
2. Las leyes formales.....	109
3. Reglamentos.....	110
4. Ordenanzas.....	112
IV. La costumbre.....	114
1. Concepto y requisitos.....	114
2. Ámbito de validez	115
V. Los principios generales del Derecho administrativo y el Derecho judicial.	116
1. Los principios generales del Derecho administrativo	116
2. ¿Derecho judicial?	117
VI. Instrucciones administrativas y reglamentos especiales	118
VII. Derecho federal y Derecho de los <i>Länder</i>	119
VIII. Algunas cuestiones sobre la jerarquía de las fuentes del Derecho.....	121
1. Jerarquía de las fuentes del Derecho escritas.....	121
2. Clasificación de la costumbre	124
3. Competencias de control y de rechazo.....	124
IX. Derecho comunitario.....	128
1. Derecho comunitario.....	128
2. La relación entre el Derecho alemán y el Derecho comunitario.....	129
X. Derecho internacional	131
§ 5. LA LEY DE PROCEDIMIENTO ADMINISTRATIVO (<i>VwVfG</i>).....	133
I. Origen y posterior desarrollo de la <i>VwVfG</i>	133
1. Antecedentes históricos.....	133
2. Proyectos de ley	135
3. Leyes paralelas.....	135
4. Modificaciones de la <i>VwVfG</i>	136

	Pág.
II. La significación de la <i>VwVfG</i>	137
III. El ámbito de aplicación de la <i>VwVfG</i>	138
IV. Las leyes de procedimiento administrativo de los <i>Länder</i>	141
1. Planteamiento.....	141
2. Aplicabilidad.....	143
3. Aplicación extensiva de las leyes de procedimiento administrativo	144
V. Dimensión europea	145

SEGUNDA PARTE

CONCEPTOS FUNDAMENTALES DEL DERECHO ADMINISTRATIVO

§ 6. EL PRINCIPIO DE LEGALIDAD DE LA ADMINISTRACIÓN.....	149
I. El principio de primacía de la ley	149
II. El principio de reserva de ley.....	150
1. Definición.....	150
2. Fundamento.....	150
3. Alcance de la reserva de ley y densidad de regulación	152
4. Ámbitos particulares	152
§ 7. DISCRECIONALIDAD Y CONCEPTOS JURÍDICOS INDETERMINADOS.....	165
I. A modo de observación previa.....	165
1. La aplicación del Derecho por parte de la Administración.....	165
2. El control jurisdiccional de la Administración.....	166
3. Flexibilización de la vinculación a la ley.....	167
II. La discrecionalidad de la Administración.....	167
1. Concepto	167
2. Los presupuestos de la discrecionalidad	168
3. El sentido de la discrecionalidad.....	170
4. Los elementos reglados en el ejercicio de potestades discrecionales	171
5. Los vicios en el ejercicio de potestades discrecionales	172
6. La reducción de la discrecionalidad.....	174
III. Conceptos jurídicos indeterminados y margen de apreciación.....	174
1. El concepto jurídico indeterminado	175
2. La teoría del margen de apreciación	176
IV. Imbricaciones y soluciones	183
1. Disposiciones que combinan ambos elementos.....	183
2. Carácter intercambiable de los conceptos jurídicos indeterminados y del otorgamiento de discrecionalidad	185
3. Tendencias contrapuestas sobre el otorgamiento de discrecionalidad y el concepto jurídico indeterminado.....	185
4. Toma de postura.....	186
V. La libertad de configuración en la planificación	189

	Pág.
§ 8. EL DERECHO PÚBLICO SUBJETIVO Y LA RELACIÓN JURÍDICO-ADMINISTRATIVA.....	193
I. El derecho público subjetivo.....	193
1. El concepto de derecho público subjetivo.....	193
2. El significado del derecho subjetivo	194
3. Presupuestos del derecho público subjetivo.....	195
4. Derechos subjetivos y derechos fundamentales.....	198
5. Derecho a obtener una decisión discrecional exenta de vicios	201
6. El derecho subjetivo en el Derecho comunitario	202
II. La relación jurídico-administrativa	203
1. Concepto	203
2. Significación práctica.....	203
3. Tipos de relaciones jurídico-administrativas.....	204
4. La relación jurídico-pública: ¿fundamento o guía de la teoría general de una teoría general del Derecho administrativo?.....	206
III. La relación de sujeción especial	207
1. Definición y origen	208
2. El desmantelamiento de la relación especial de sujeción	208
3. El llamado reglamento especial	210

TERCERA PARTE

LA ACTIVIDAD ADMINISTRATIVA: EL ACTO ADMINISTRATIVO

§ 9. CONCEPTO, SIGNIFICACIÓN Y CLASES DE ACTOS ADMINISTRATIVOS.....	217
I. Desarrollo y significación general	217
II. En concreto, los elementos del concepto de acto administrativo.....	219
1. Regulación	219
2. De autoridad.....	222
3. Regulación de un caso concreto.....	223
4. Órgano.....	227
5. Eficacia inmediata hacia el exterior	228
III. La resolución general.....	233
1. Concepto	233
2. Derecho aplicable.....	235
3. En especial, las señales de tráfico	235
IV. El significado del acto administrativo.....	238
1. La clasificación jurídica	238
2. Las particularidades jurídicas del acto administrativo.....	240
3. La función del acto administrativo.....	240
4. Acto administrativo y sentencia judicial	241
V. Clases de actos administrativos.....	242

	Pág.
1. Actos administrativos declarativos, constitutivos y las órdenes.....	242
2. Actos administrativos favorables y de gravamen.....	243
3. Permisos y dispensas.....	244
4. El acto administrativo real.....	248
5. Promesas, garantías, informaciones, decisiones previas, licencias parciales, actos administrativos provisionales y preventivos.....	250
6. El acto administrativo transnacional.....	257
VI. La notificación del acto administrativo.....	258
1. Significado general.....	258
2. Los requisitos de la notificación.....	259
§ 10. EL ACTO ADMINISTRATIVO ANTIJURÍDICO.....	265
I. Las condiciones de validez del acto administrativo.....	265
1. Los criterios determinantes.....	265
2. La admisibilidad del acto administrativo.....	267
3. La validez formal.....	271
4. La validez material.....	272
II. Eficacia jurídica; esquema sobre los efectos del acto administrativo antijurídico.....	275
1. Aclaraciones conceptuales.....	275
2. Eficacia de los actos administrativos.....	275
3. Los efectos de las irregularidades en particular.....	276
III. La impugnación de los actos administrativos.....	277
1. Posibilidad de impugnación y revisión.....	277
2. Los recursos en particular.....	277
3. Las consecuencias de la impugnación.....	283
4. La tutela cautelar.....	283
IV. La nulidad de pleno derecho de los actos administrativos.....	285
1. Presupuestos.....	285
2. Las consecuencias de la nulidad.....	287
V. Consecuencias de los defectos de procedimiento.....	289
1. Problemática.....	289
2. La convalidación de los defectos del procedimiento.....	290
3. La relevancia de los defectos de procedimiento.....	292
VI. La conversión de los actos administrativos.....	294
VII. La ilegalidad parcial de los actos administrativos y sus consecuencias.....	295
§ 11. FIRMEZA, REVISIÓN DE OFICIO Y REVOCACIÓN DE LOS ACTOS ADMINISTRATIVOS.....	299
I. La firmeza de los actos administrativos.....	299
1. Generalidades.....	299
2. Figuras procesales paralelas.....	299
3. Firmeza formal.....	300
4. Firmeza material.....	300

	Pág.
5. Vinculación al acto administrativo como presupuesto de hecho y vinculación a las declaraciones contenidas en el acto administrativo.....	301
II. Revisión de oficio y revocación en general.....	302
1. Base jurídica.....	302
2. Aclaraciones conceptuales	303
3. Revisión parcial.....	305
4. Clasificación de la revisión de oficio y la revocación según los efectos jurídicos para el afectado	306
5. El objeto de la revisión de oficio y de la revocación.....	307
6. Naturaleza jurídica de la revisión de oficio y de la revocación.....	309
III. La revisión de oficio de actos administrativos favorables.....	309
1. Desarrollo y problemática.....	309
2. La regulación sobre la revisión del oficio del § 48 de la Ley de procedimiento administrativo	313
3. Tramitación	317
4. La revisión de oficio de los actos administrativos contrarios al Derecho comunitario	321
IV. La revocación de los actos administrativos favorables	324
1. En general	324
2. Las causas concretas de revocación contenidas en el § 49 II y III de la Ley de procedimiento administrativo.....	325
3. Protección de la confianza e indemnización	328
4. Tramitación	329
V. Revisión de oficio y revocación de actos administrativos desfavorables.....	329
1. Revisión de oficio de actos administrativos desfavorables	329
2. Revocación de actos administrativos desfavorables.....	330
VI. La reapertura del procedimiento	333
1. Problemática	333
2. La regulación de la reapertura del procedimiento en el § 51 de la <i>VwVfG</i>	335
3. ¿Reapertura del procedimiento al margen del § 51 <i>VwVfG</i> ?	337
VII. La posibilidad de revisar actos administrativos favorables que producen efectos desfavorables para terceros.....	340
1. Impugnación	340
2. Anulación y revocación.....	340
3. La regla especial del § 50 <i>VwVfG</i>	340
§ 12. LAS CLÁUSULAS ACCESORIAS DE LOS ACTOS ADMINISTRATIVOS, EN PARTICULAR LAS CONDICIONES Y LOS MODOS.....	345
I. Significado general.....	345
II. Tipos de cláusulas accesorias.....	346
1. La regulación principal del acto administrativo y sus límites.....	346
2. Término y condición	346
3. Modo.....	347

	Pág.
4. La reserva del modo.....	349
5. El denominado modo modificativo.....	350
6. Cuestiones de delimitación.....	351
III. La licitud de las cláusulas accesorias.....	352
1. Reglas especiales.....	352
2. La regulación del § 36 <i>VwVfG</i>	352
3. Condiciones generales de validez.....	353
IV. Tutela judicial frente a las cláusulas accesorias.....	353

CUARTA PARTE

LA ACTIVIDAD ADMINISTRATIVA. LAS RESTANTES FORMAS DE ACTUACIÓN

§ 13. EL REGLAMENTO.....	359
I. El reglamento como norma jurídica e instrumento de la Administración.....	359
II. Los requisitos jurídicos de los reglamentos.....	360
1. Fundamento habilitante.....	361
2. Requisitos formales.....	362
3. Los requisitos materiales.....	364
4. Discrecionalidad.....	364
III. La disconformidad a Derecho del reglamento y sus consecuencias jurídicas.....	365
§ 14. EL CONVENIO ADMINISTRATIVO.....	371
I. Fundamentos jurídicos.....	371
1. La regulación de la <i>VwVfG</i>	371
2. La regulación en el Derecho tributario y de la seguridad social.....	372
3. Convenios urbanísticos.....	374
4. Otros ámbitos de aplicación.....	375
II. Concepto y delimitación del convenio administrativo.....	376
1. Concepto.....	376
2. Diferenciación con el contrato de Derecho privado.....	378
3. Tipos de convenios administrativos.....	381
4. Relación entre acto administrativo y convenio administrativo.....	385
III. Evolución y relevancia del convenio entre el Estado y los ciudadanos.....	387
1. Evolución.....	388
2. Relevancia y problemática del convenio administrativo.....	389
IV. Los presupuestos jurídicos del convenio administrativo.....	391
1. La admisibilidad de la forma convencional.....	391
2. La legitimidad formal del convenio administrativo.....	392
3. La legitimidad material del convenio administrativo.....	394

	Pág.
V. Las consecuencias jurídicas de la invalidez de los convenios administrativos.....	397
1. Examen de la regulación del § 59 <i>VwVfG</i>	397
2. Las causas de nulidad del § 59 II <i>VwVfG</i>	397
3. Las causas de nulidad del § 59 I <i>VwVfG</i>	398
4. Infracción del Derecho comunitario	401
5. Consecuencias de la nulidad del convenio administrativo.....	401
6. La problemática regulación de los vicios del § 59 <i>VwVfG</i>	403
VI. Vicisitudes de la relación convencional	405
1. Cumplimiento y casos de incumplimiento.....	405
2. Adaptación y resolución en casos especiales	405
3. Exigencia del cumplimiento de lo pactado	406
VII. Notas para la resolución de casos	408
§ 15. ACTIVIDAD MATERIAL DE LA ADMINISTRACIÓN	413
I. Concepto	413
1. Clasificación jurídica	414
II. Advertencias públicas	415
1. Determinación conceptual	415
2. Admisibilidad jurídica.....	416
III. Actividad informal de la Administración.....	417
1. Delimitación y relevancia	417
2. Valoración jurídica	419
§ 16. EL PLAN Y LA PLANIFICACIÓN.....	423
I. Perspectiva general y significado.....	423
1. Perspectiva general.....	423
2. Significado	426
II. Clasificación jurídica	427
1. ¿El plan como concepto jurídico?.....	427
2. El efecto vinculante de los planes	428
3. La naturaleza jurídica de los planes	429
III. La garantía del plan.....	432
1. ¿Derecho al mantenimiento del plan?.....	433
2. ¿Derecho al cumplimiento del plan?.....	434
3. ¿Derecho a regulaciones transitorias y ayudas para la adaptación?.....	435
4. ¿Derecho a indemnización?	436
§ 17. ACTIVIDAD SUJETA AL DERECHO PRIVADO ADMINISTRATIVO; SUBVENCIÓN; ADJUDICACIÓN DE ENCARGOS PÚBLICOS	439
I. Actuación de la Administración sujeta al Derecho privado administrativo...	439
II. La actividad de subvención.....	440

	Pág.
1. Concepto y clases de subvención.....	440
2. La concesión de la subvención.....	443
III. El préstamo subvencional	444
1. La teoría de los dos niveles	444
2. Alternativas	447
3. Posición propia.....	448
4. Participación de un banco privado	449
IV. Otras subvenciones	449
1. Ayudas a fondo perdido.....	449
2. Avales	450
3. El estímulo de carácter real.....	451
V. La adjudicación de encargos públicos	452
1. Fundamentos jurídicos	452
2. El derecho de adjudicación de encargos públicos por encima de los umbrales	453
3. El derecho de adjudicación de encargos públicos por debajo de los umbrales.....	454
VI. Ayudas de Derecho comunitario	455
§ 18. LA AUTOMATIZACIÓN DE LA ACTIVIDAD ADMINISTRATIVA	459
I. Observaciones generales.....	459
II. El acto administrativo producido automáticamente.....	461
1. Calificación jurídica	461
2. Regulaciones especiales.....	462
3. La resolución automatizada antijurídica	463
III. La Administración electrónica (e-Administración)	464
1. Fundamentos generales.....	464
2. El acto administrativo electrónico.....	465
3. Diferenciación entre el acto administrativo electrónico y el automático.....	466
IV. Protección de datos personales	466

QUINTA PARTE

PROCEDIMIENTO ADMINISTRATIVO Y EJECUCIÓN FORZOSA ADMINISTRATIVA

§ 19. PRINCIPIOS DEL PROCEDIMIENTO ADMINISTRATIVO.....	471
I. Concepto y tipos de procedimiento administrativo.....	471
1. Concepto	471
2. Tipos de procedimiento administrativo.....	472
3. El significado del procedimiento administrativo	478
II. Los interesados en el procedimiento administrativo.....	481

	Pág.
1. Los puntos de conexión básicos.....	481
2. La regulación de la <i>VwVfG</i>	481
III. El desarrollo del procedimiento administrativo	482
1. El inicio del procedimiento	482
2. La tramitación del procedimiento	483
3. La terminación del procedimiento	484
IV. Los derechos procedimentales de los interesados.....	484
1. El derecho de audiencia (§ 28 <i>VwVfG</i>)	484
2. El derecho a la vista del expediente (§ 29 <i>VwVfG</i>).....	486
3. Excurso: el derecho general del ciudadano de acceso a la información en poder de la Administración	486
4. El derecho al mantenimiento del secreto (§ 30 <i>VwVfG</i>).....	490
5. El derecho al asesoramiento y a la información (§ 25 <i>VwVfG</i>).....	490
6. El derecho a ser representado (§ 14 <i>VwVfG</i>)	491
7. Excurso: las obligaciones de los interesados	493
8. Tutela judicial.....	493
§ 20. LA EJECUCIÓN FORZOSA ADMINISTRATIVA.....	497
I. Concepto, significado y presupuestos generales.....	497
1. Concepto	497
2. Significado	497
3. Regulación legal.....	498
4. Los presupuestos generales de la ejecución forzosa administrativa	499
II. La ejecución de obligaciones pecuniarias.....	500
1. Presupuestos.....	500
2. Procedimiento	500
3. Tutela judicial.....	500
III. La ejecución de obligaciones de hacer, no hacer o de soportar	502
1. Los medios de ejecución forzosa	502
2. El procedimiento ejecutivo	506
3. Tutela judicial.....	506
4. Ejecución inmediata y actuación directa.....	507
§ 24. INSTRUCCIONES ADMINISTRATIVAS	511
I. Clasificación.....	511
1. Determinación del concepto	511
2. Naturaleza jurídica	511
3. Consideración global	512
II. Las funciones de las instrucciones administrativas.....	513
1. Clases de instrucciones administrativas	513
2. Delimitación.....	515
III. Los efectos jurídicos de las circulares administrativas	517
1. Eficacia jurídica interna	517

	<u>Pág.</u>
2. Eficacia externa.....	518
3. Presupuestos de la eficacia externa.....	522
IV. La emanación de la instrucción administrativa; reglamento e instrucción administrativa.....	525
1. La emanación de la instrucción administrativa.....	525
2. Delimitación entre reglamento e instrucción administrativa	526
ÍNDICE ANALÍTICO.....	531

PRÓLOGO

Esta última edición tiene en cuenta las nuevas disposiciones legislativas, doctrina y jurisprudencia y trae consigo también diversos añadidos y mejoras. El Derecho comunitario, cuya influencia sobre el Derecho administrativo alemán va en aumento, ha sido incluido y tratado en los lugares correspondientes.

La cada vez más copiosa doctrina y la jurisprudencia exigen una selección, que, como ya se notó en el prólogo de la primera edición, se ha orientado en función del significado fundamental, contenido informativo, idoneidad didáctica y actualidad temporal de las particulares opiniones. Ello ha conducido a tener que suprimir las citas más antiguas, que no obstante pueden ser localizadas en los grandes comentarios y otras obras de mayor envergadura.

Agradezco enormemente, tanto antes como ahora, las críticas y las sugerencias, sobre todo de los estudiantes. Las mismas son tenidas en cuenta, aun cuando no deban reflejarse en el texto de la siguiente edición.

A la licenciada Verena Kohler le doy las gracias por su ayuda.

Konstanz, julio de 2008

HARTMUT MAURER

DEL PRÓLOGO A LA PRIMERA EDICIÓN, DE 1980

El libro está pensado en primer lugar para los estudiantes. Debe desarrollar los fundamentos jurídico dogmáticos del Derecho administrativo general, despertar y facilitar la comprensión de los problemas de este ámbito, así como proporcionar los necesarios conocimientos jurídicos.

Se comprende que muchos problemas tan sólo puedan ser apuntados, y otros de ninguna manera tratados. Las referencias bibliográficas y jurisprudenciales, sin embargo, permiten seguirlos. Estos fundamentos pueden servir así de punto de partida para aquellos que deseen profundizar en determinados campos del Derecho administrativo. La selección de la doctrina y la jurisprudencia se orienta en función del significado fundamental y la idoneidad didáctica de las diferentes opiniones y decisiones; se han traído preferentemente las de fecha más reciente, puesto que a través de ellas cabe encontrar con facilidad referencias más antiguas.

El Derecho público de bienes, que forma parte del Derecho administrativo general, ha debido ser excluido por razones de espacio. La exclusión también puede defenderse por la circunstancia de que aquel Derecho cobra actualidad para los alumnos sobre todo cuando se estudia paradigmáticamente el Derecho viario, rama jurídica que usualmente se aborda en el marco de la parte especial del Derecho administrativo.

NOTA DE LOS TRADUCTORES

Había muy buenas razones para traducir, siquiera parcialmente, el *Allgemeines Verwaltungsrecht* del Profesor Hartmut Maurer. Tanto el Derecho como la ciencia jurídica procedentes de Alemania han ejercido una notable influencia más allá de las fronteras de este país. Incontables juristas extranjeros han podido aprovecharse del rigor, la cantidad, la sofisticación dogmática y la capacidad de identificación y resolución de problemas de sus colegas del Estado más poblado e industrialmente desarrollado de la Unión Europea. El mundo jurídico hispano no ha sido ajeno a esta influencia, ni mucho menos. Sus efectos, más o menos intensos, pueden advertirse fácilmente en numerosas figuras clave de nuestro Derecho público, tales como la reserva de ley, el concepto de Estado de Derecho, las llamadas relaciones de sujeción especial, la teoría de la discrecionalidad y de los conceptos jurídicos indeterminados, los principios de proporcionalidad, de protección de la confianza y de precaución, la teoría de los derechos fundamentales (su contenido esencial, su doble dimensión, su concepción como mandatos de optimización, su eficacia frente a particulares...), las instrucciones administrativas, las garantías institucionales, etcétera ¹.

Resulta, sin embargo, llamativo y paradójico que el conocimiento entre nosotros del Derecho administrativo alemán suela ser deficiente, fragmentario, obtenido principalmente a partir de trabajos monográficos escritos en castellano por juristas españoles o hispanoamericanos que incorporan una referencia de Derecho comparado (no siempre correcta y debidamente contextualizada) sobre su objeto específico, de obras que se ocupan de la recepción comunitaria de algunas de sus instituciones (p. ej. los principios de proporcionalidad o de protección de la confianza), de unas pocas traducciones de artículos o trabajos monográficos relativos a temas más o menos concretos ², o de obras generales alemanas que al-

¹ Vid. los estudios de A. Gallego Anabitarte, «La influencia extranjera en el Derecho administrativo español desde 1950 a hoy», *Revista de Administración Pública*, 150, 1999, pp. 75 y ss.; y M. Bacigalupo/F. Velasco, «Wirkungen der deutschen Verwaltungsrechtslehre nach außen – am Beispiel Spaniens», *Die Verwaltung*, 2003, pp. 333 y ss.

² En los núms. 233 y 234-235 (1993) de la revista *Documentación Administrativa*, dedicados a «El Derecho administrativo en Alemania: Tendencias actuales», pueden en-

canzaron una gran relevancia en su momento, pero que ya pertenecen al pasado y han quedado obsoletas en muchos aspectos³. Se echaba en falta, pues, una visión de conjunto actualizada que pusiese debidamente en relación todos los elementos del sistema.

Con esta traducción esperamos colmar dicha laguna. El Maurer sigue siendo, transcurridos treinta años desde su primera edición (de 1980), la mejor puerta de entrada al Derecho administrativo alemán. Por su claridad, concisión, precisión, constante, profunda y rigurosa actualización, exposición de las diversas posiciones existentes, abundantes ejemplos prácticos y referencias doctrinales y jurisprudenciales, etc., todavía es el manual de referencia en Alemania, con el que cada año estudian miles de universitarios. Sólo las virtudes extraordinarias de esta obra permiten explicar el éxito que ha logrado incluso en el extranjero, con ediciones en Francia (1994), China (2000), Taiwán (2002), Polonia (2003), Estonia (2004), Brasil (2006) y Corea (2007).

Inicialmente se nos propuso traducir aproximadamente la mitad de los capítulos del original alemán. Posteriormente creímos oportuno incluir en la traducción todos los capítulos relativos a las formas de actuación de la Administración, de modo que en la versión final sólo han sido omitidas las partes en las que se analiza la organización administrativa (parágrafos 21-23) —materia siempre vinculada a la específica tradición nacional— y la responsabilidad extracontractual de la Administración (parágrafos 25-31) —seguramente el ámbito más imperfecto y menos desarrollado del Derecho administrativo alemán, como reconocen el propio Maurer y muchos otros autores, que vienen reclamando desde hace tiempo una reforma como la que pretendió llevar a cabo la *Staatshaftungsgesetz* de 1981—. Si bien cada uno de nosotros ha asumido la responsabilidad de la traducción de determinados capítulos, todos hemos puesto en común y discutido intensamente los problemas y cuestiones que nos han ido saliendo al paso, a fin de que el resultado global fuese lo más homogéneo y atinado posible.

Interesa poner de relieve que la edición original alemana de esta obra carece de notas al pie. Todas las que el lector encuentre en el presente libro han sido insertadas por los traductores.

M.^a José BOBES SÁNCHEZ, M.^a Mercè DARNACULLETA I GARDELLA,
José GARCÍA ALCORTA, Javier GARCÍA LUENGO, Alejandro HUERGO LORA,
Núria MAGALDI, Oriol MIR PUIGPELAT, Marc TARRÉS VIVES
y Gabriel DOMÉNECH PASCUAL

contrarse varios artículos traducidos. Merecen ser destacadas también dos monografías: R. Stober, *Derecho administrativo económico*, MAP, Madrid, 1992, traducida por S. González-Varas Ibáñez; E. Schmidt-Aßmann, *La teoría general del Derecho administrativo como sistema*, INAP-Marcial Pons, Madrid, 2003, traducida por J. Barnés y otros.

³ Aquí hay que destacar dos obras: O. Mayer, *Derecho administrativo alemán*, traducida del original francés por H. H. Heredia y E. Krotoschin, De Palma, Buenos Aires, 4 vols., 1949-1954; E. Forsthoff, *Tratado de Derecho administrativo*, traducida por Legaz Lacambra, Garrido Falla y Gómez de Ortega y Junge, IEP, Madrid, 1958.

PRIMERA PARTE

Administración pública y Derecho administrativo

§ 1. LA ADMINISTRACIÓN PÚBLICA ¹

I. EL CONCEPTO DE ADMINISTRACIÓN

Para adentrarse en el estudio del *Derecho* administrativo resulta necesario tener algunas nociones sobre su objeto, la *Administración*. Ello deviene imprescindible, si se tiene en cuenta que el término «Administración» es polisémico y difícil de aprehender.

1. Los distintos conceptos de Administración

a) Una primera acotación terminológica se obtiene centrando la atención en la *Administración pública* o *Administración del Estado en sentido amplio*, única de la que se ocupa el Derecho administrativo. También existe administración en los sectores privado, económico y social, siendo ejemplos de ella la administración del patrimonio propio o ajeno, la administración de una empresa o de una asociación. Aunque desde una perspectiva técnico-administrativa cabe identificar principios estructurales y ordenadores en gran medida comunes a todas las formas de administración, la Administración pública constituye una realidad organizativa, funcional y jurídicamente autónoma, claramente diferenciable de la administración del resto de sectores. **1**

b) Sin embargo, pese a esta primera acotación, el término «Administración» sigue siendo *polisémico*. Puede tener los siguientes significados: **2**

— *Administración en sentido organizativo* es la organización administrativa, integrada por el conjunto de entes y órganos administrativos.

— *Administración en sentido material*² es la actividad administrativa, esto es, aquella actividad estatal que tiene por objeto los asuntos administrativos,

¹ El § 1 ha sido traducido por Oriol Mir Puigpelat, Profesor Titular de Derecho Administrativo de la Universidad de Barcelona.

² En España se utiliza también en ocasiones la palabra «administración» (pública) con este significado material/funcional, como sinónimo de función o actividad administrativa, escribiéndose con

— *Administración en sentido formal* es toda la actividad desarrollada por la organización administrativa, con independencia de que sea o no materialmente administrativa.

- 3 c) *La distinción entre la Administración en sentido organizativo y la Administración en sentido material* es fundamental. Su importancia deriva del principio de *separación de poderes*, consistente en la atribución de determinadas funciones estatales a distintos órganos del Estado. Ambos conceptos, en la práctica, no se superponen, sino que constituyen dos círculos secantes. Las funciones administrativas son desarrolladas principal, pero no exclusivamente, por los órganos administrativos, puesto que también los Parlamentos y los Tribunales las asumen en alguna medida (administración parlamentaria, asuntos presupuestarios, planificación; administración judicial, jurisdicción voluntaria). Por otro lado, los órganos administrativos disponen también, bajo determinadas condiciones, de potestad normativa (elaboración de reglamentos). Cabe asimismo imaginar, desde una perspectiva teórica, el desempeño de actividad jurisdiccional por parte de tales órganos administrativos (actividad que, de hecho, han ejercido históricamente), si bien ello se encuentra vedado actualmente *de lege lata*, al atribuir el art. 92 GG la función jurisdiccional en exclusiva a los Tribunales (*vid. BVerfGE* 22, 49, 73 y ss. —potestad sancionadora penal de la Administración tributaria—).
- 4 d) *La Administración en sentido organizativo* viene determinada por la organización administrativa estatal, en sí misma compleja, pero claramente diferenciada, hacia el exterior, del resto de organizaciones. A su vez, la *Administración en sentido formal* es también, por su conexión con la organización administrativa, fácilmente identificable. En cambio, la delimitación conceptual de la *Administración en sentido material* es discutible y discutida.

2. La Administración en sentido material

- 5 La doctrina ha elaborado *dos métodos* para concretar el significado de la Administración en sentido material. Los partidarios del primero renuncian de antemano a una definición positiva y se limitan a delimitar el concepto de forma *negativa* (a); otros autores consideran que no basta con indicar aquello que la función administrativa *no* es, debiéndose ofrecer una definición *positiva* (b).
- 6 a) El método de la *delimitación negativa* parte de la teoría de la separación de poderes y su conocida distinción entre las funciones legislativa, ejecutiva y

minúscula para así distinguirla claramente de la Administración (pública) en sentido organizativo, escrita invariablemente con mayúscula. A diferencia, sin embargo, de lo que ocurre en Alemania (y en el presente libro, sobre todo en las páginas que siguen), donde constantemente se maneja dicha palabra (en su traducción alemana de *Verwaltung*) en sentido material/funcional, en España la doctrina suele preferir la expresión «actividad administrativa». Así, la doctrina española habla, p. ej., de actividad administrativa de ordenación o policía, de actividad administrativa de servicio público o de actividad administrativa de fomento (siguiendo la célebre clasificación de *Jordana de Pozas*), y no ya de administración ordenadora, administración prestacional o administración de fomento. Por ello, sacrificando la literalidad en aras de una mayor claridad, en la presente obra se ha optado por traducir el término *Verwaltung* (cuando se usa en sentido material/funcional) por *actividad administrativa*; sólo excepcionalmente, en los casos en que el autor también lo hace en el original alemán, se maneja la expresión «Administración en sentido material» (con mayúscula, al no haber aquí riesgo de confusión con la Administración en sentido organizativo).

judicial. En su virtud, Administración en sentido material es aquella actividad estatal que *no* es ni legislativa ni judicial.

Este método, empleado por la doctrina más antigua, sigue teniendo partidarios en la actualidad; cfr. ya en su momento *Otto Mayer*, VerwR I, p. 7; *Jellinek*, VerwR, p. 6: (Administración en sentido material es «la actividad del Estado o de algún otro poder público distinta de la normativa y la judicial»).

El mérito de esta definición consiste en poner a la actividad administrativa en relación con el conjunto de las diferentes funciones del Estado e incardinarla en el esquema tradicional de la separación de poderes, esquema del que también parte la *GG*. Pese a ello, no resulta satisfactoria por distintas razones:

— Al Poder Ejecutivo, esto es, a aquello que «subsiste» tras la sustracción de las funciones legislativa y judicial, no sólo pertenece la actividad administrativa, sino también el gobierno (la actividad de dirección del Estado basada en decisiones de corte político).

— El «método de la sustracción» sólo conduce a una solución clara e inequívoca cuando los ámbitos restantes (las funciones legislativa y judicial) son a su vez claros e inequívocos, lo que no es el caso.

— Hay actividades estatales que no pueden incardinarse (o, al menos, no necesariamente) en el esquema tradicional de la separación de poderes. Así sucede, sobre todo, con la actividad de control (control parlamentario, actividad fiscalizadora del Tribunal Federal de Cuentas y funciones de control ejercidas por el Comisionado parlamentario de control del Ejército³, la Autoridad de Protección de Datos y Libertad de la Información y autoridades similares).

— Por último, una «definición» meramente negativa resulta poco esclarecedora.

b) Por ello, una y otra vez trata de definirse la Administración en sentido material de forma *positiva*. La identificación de rasgos característicos específicos

como la realización de los fines estatales en el caso concreto (*Peters*), la conformación social en el marco de las leyes y sobre la base del Derecho (*Forsthoff*), el empleo de medios de autoridad propios de la soberanía (*Giese*), la vinculación a órdenes (*Merkl*), la aplicación del Derecho distinta de la resolución de conflictos y de la efectuada por los órganos de la Jurisdicción penal (*Giacometti*), la ejecución programada y preordenada teleológicamente de decisiones políticas previamente adoptadas (*Thieme*), la emanación de decisiones vinculantes (*Luhmann*) o la prestación de servicios (*Ellwein*)

sirve para poner de relieve, ciertamente, aspectos esenciales, pero no proporciona una definición que agote el significado del concepto. Dicha identificación se encuentra además condicionada, en parte, por consideraciones de Ciencia de la Administración, siendo, por ello, poco útil para la formulación de un concepto jurídicamente relevante de Administración en sentido material, que no puede ignorar la separación constitucional de funciones. A su vez, los intentos de definir la actividad administrativa de un modo más preciso resultan muy abstractos y difícilmente comprensibles.

³ Se trata del *Wehrbeauftragter des Bundestages* previsto en el art. 45b *GG*.

Ello es lo que ocurre, p. ej., con la conocida definición de *Wolf/Bachof* (VerwR I § 2 III): «Administración pública en sentido material es, pues, la satisfacción multiforme, condicionada o sólo preordenada teleológicamente, en todo caso por cuenta ajena, sólo parcialmente planificadora, corresponsable y decisoriamente ejecutiva y configuradora de los asuntos de la colectividad y de sus miembros como tales por parte de los administradores de la colectividad encargados de ello». Cfr. también *Bachof*, EvStL, col. 3828; actualmente, con una formulación más sintética, *Wolf/Bachof/Stober/Kluth*, VerwR § 3, marg. 9.

c) En la doctrina reciente se combinan cada vez más —de forma más o menos explícita— ambos métodos, definiéndose la Administración en sentido material a través de su delimitación negativa y mediante la enumeración de rasgos característicos positivos.

Así, sobre todo, *Stern*, quien, además, otorga un papel esencial al elemento organizativo, a los órganos del Poder Ejecutivo como titulares de la función administrativa, surgiendo con ello el riesgo de incurrir en círculo vicioso (Staatsrecht II, pp. 736 y ss.). *Stern*, en su definición, comienza excluyendo negativamente la actividad de elaboración de normas, el gobierno, la planificación pública, la defensa militar y la actividad judicial, y concibe luego positivamente a la Administración en sentido material como «el cumplimiento permanente, bajo la propia responsabilidad, de las funciones de la colectividad, atribuido a los órganos del Poder Ejecutivo y a determinados sujetos de Derecho a ellos vinculados, y ejercido a través de medidas concretas sujetas jurídicamente a fines preestablecidos (más o menos especificados)» (p. 738).

8 d) Los intentos definitorios expuestos muestran, en suma, que todavía no se ha alcanzado un resultado plenamente satisfactorio, y que dicho resultado, probablemente, no se alcanzará nunca. Ello no se debe a una falta de empeño científico, sino a la singularidad de la Administración, cuya gran diversidad de ámbitos de actividad, funciones, estructura y formas de actuación (cfr. *infra*, II) hace prácticamente imposible su aprehensión conceptual. En el mismo sentido constata también *Forsthoff* (VerwR, p. 1) que la Administración puede ser descrita, pero no definida.

3. Rasgos característicos de la Administración en sentido material

Pese a que el concepto de Administración en sentido material presente contornos borrosos, cabe identificar algunos de sus rasgos característicos. Tales rasgos no se encuentran siempre presentes, pero sí con mucha frecuencia, y caracterizan la esencia de la actividad administrativa.

9 a) La actividad administrativa es actividad de *conformación social*. Tiene por objeto la convivencia colectiva, debiendo ocuparse de los asuntos concernientes a la colectividad y a los individuos en dicha colectividad.

10 b) De ello se desprende que la actividad administrativa ha de orientarse por el *interés público*. Los «intereses públicos» no son inmutables, sino que cambian a lo largo del tiempo y son a menudo objeto de controversia en cada momento histórico. Especialmente en los Estados pluralistas de nuestros días, se cuestiona constantemente aquello que pertenece a los intereses públicos y cuál es el peso que les corresponde en caso de producirse un conflicto entre ellos o con otros

intereses. Resultan determinantes, a dicho efecto, sobre todo, la Constitución y, en su marco, la ley. Los intereses públicos pueden coincidir total o parcialmente con intereses individuales, pero también contradecirlos. Al erigir la GG a la dignidad de la persona en el principio constitucional superior y garantizar de forma categórica los derechos fundamentales (art. 1 y ss. GG), resulta preceptivo tener en consideración los intereses de los individuos cuando se persigan los intereses públicos, pudiendo la satisfacción de intereses individuales llegar incluso a constituir una función pública (como ocurre, p. ej., con la asistencia social).

c) La actividad administrativa es, sobre todo, una actividad de *conformación activa dirigida al futuro*. Ello se advierte con claridad cuando dicha actividad consiste en ejecutar las leyes: aquello que el legislador establece de forma general-abstracta debe ser «puesto en práctica» por la actividad administrativa. Tal actividad, sin embargo, no se agota con la ejecución de la ley, sino que incluye muchas otras funciones, no fijadas legalmente, que se desprenden del genérico encargo en cuya virtud se ejerce (como, p. ej., la construcción de carreteras, el sostenimiento de entidades privadas de asistencia social o el fomento de iniciativas culturales). La Administración, por tanto, puede y debe actuar por propia iniciativa y según su criterio. Queda siempre, en todo caso, vinculada a los límites jurídicos existentes y a las directrices que emanen del Gobierno. 11

La característica de la conformación distingue a la actividad administrativa de la *actividad judicial*. Los Tribunales son llamados a resolver con fuerza de cosa juzgada los litigios concretos que puedan producirse mediante la aplicación del Derecho vigente. Actúan a instancia de parte y resuelven sin tener ningún interés en el asunto. Puede decirse, por ello, que la actividad administrativa resulta más activa y la jurisprudencia más reactiva.

d) La actividad administrativa comporta la adopción de *medidas concretas* destinadas a la regulación⁴ de casos individuales y a la materialización de determinados proyectos. 12

Ello diferencia a la actividad administrativa de la *actividad legislativa*, consistente en la elaboración de regulaciones generales y abstractas que tienen por objeto una pluralidad de casos imaginables. Aunque este criterio distintivo no debe ser sobredimensionado, puesto que, p. ej., la actividad administrativa de planificación tiene también a menudo un amplio alcance temporal y espacial y, viceversa, las «leyes» pueden referirse también a cuestiones muy concretas (leyes de caso único, leyes-medida).

II. LA MULTIPLICIDAD DE MANIFESTACIONES DE LA ADMINISTRACIÓN

La Administración puede ser objeto de ulteriores clasificaciones, distintas de la acabada de efectuar entre la actividad y la organización administrativas, con arreglo a otros criterios que en parte se superponen. Tales criterios clasificatorios ponen de relieve la gran diversidad y complejidad de la Administración. De ellos destacan los siguientes: 13

⁴ Sobre el concepto de «regulación» manejado por la legislación y la doctrina alemana como nota definidora del acto administrativo *vid. infra*, § 9, margs. 4 y 6 y ss.