

A casación ante o Tribunal Federal Contencioso- Administrativo alemán

La casación ante el Tribunal Federal Contencioso- Administrativo alemán

The appeal on points of law before the German Federal Administrative Court



FRANK JOSEF FISCHER

Magister Artium en Ciencias Políticas, Derecho e Informática
Universidad de Passau
Máster en Derecho de las Administraciones e Instituciones Públicas
Universidad de Santiago de Compostela
fjf285@me.com

Recibido: 08/07/2019 | Aceptado: 18/07/2019

DOI: <https://doi.org/10.36402/regap.v1i57.35>

regap



COMENTARIOS Y CRÓNICAS

Resumo: Este texto resume os aspectos máis relevantes da casación na xurisdición contenciosa alemá (*Revision*), incluído o recurso de queixa contra a inadmisión, despois dunha breve mirada aos órganos desta orde xurisdiccional.

Palabras clave: Casación, contencioso-administrativa, Alemaña.

Resumen: Este texto resume los aspectos más relevantes de la casación en la jurisdicción contenciosa alemana (*Revision*), incluido el recurso de queja contra la inadmisión, después de una breve mirada a los órganos de este orden jurisdiccional.

Palabras clave: Casación, contencioso-administrativa, Alemania.

Abstract: The text sums up the most relevant aspects of the contentious administrative cassation appeal, or appeal on points of law (*Revision*) in Germany, including the appeal against refusal of leave to appeal (*Nichtzulassungsbeschwerde*), preceded by a brief look at Germany's three-level administrative court system.

Key words: Appeal on points of law, administrative, Germany.

SUMARIO: 1 Los órganos jurisdiccionales contencioso-administrativos alemanes. 1.1 Los tribunales contencioso-administrativos (VG). 1.2 Los tribunales superiores contencioso-administrativos (OVG/VGH). 1.3 El Tribunal Federal Contencioso-Administrativo (BVerwG). 1.4 El Senado Común de los cinco tribunales federales (GmS-OGB). 2 La casación (*Revision*). 2.1 Introducción. 2.2 Comprobación de admisibilidad y fundamentación del recurso de queja por el BVerwG. 2.2.1 Admisibilidad del recurso de queja contra la inadmisión. 2.2.2 Fundamentación del recurso de queja contra la inadmisión. 2.2.2.1 Relevancia fundamental del asunto, § 132 II Nr. 1 VwGO (*Grundsatzrüge*). 2.2.2.2 Apartamiento, § 132 II

Nr. 2 VwGO (*Divergenzüge*). 2.2.2.3 Vicio de procedimiento, § 132 II Nr. 3 VwGO (*Verfahrenszüge*). 2.2.3 Resolución. 2.3 El procedimiento de casación. 2.3.1 Admisibilidad de la casación, § 143 VwGO. 2.3.2 Fundamentación de la casación. 2.3.2.1 Delimitación de la potestad de control del Tribunal Federal. 2.3.2.2 Vulneración de “derecho revisable”. 2.3.2.3 Sentencia *basada* en una vulneración de derecho revisable. 2.3.3 El contenido de la resolución del tribunal de casación, § 144.

1 Los órganos jurisdiccionales contencioso-administrativos alemanes

Los tribunales del orden jurisdiccional contencioso-administrativo están organizados en tres niveles según el artículo 2 de la Ley de la jurisdicción contencioso-administrativa alemana (§ 2 *Verwaltungsgerichtsordnung*, VwGO¹): los tribunales contencioso-administrativos (*Verwaltungsgerichte*, VG) y los tribunales superiores contencioso-administrativos (*Oberverwaltungsgerichte*, OVG o *Verwaltungsgerichtshöfe*, VGH) ambos en los estados federados (*Länder*) y el Tribunal Federal Contencioso-Administrativo (*Bundesverwaltungsgericht*, BVerwG) a nivel federal (*Bund*).

1.1 Los tribunales contencioso-administrativos (VG)

La competencia en primera instancia, para la mayoría de los asuntos jurídico-públicos no constitucionales, es de los tribunales contencioso-administrativos (VG). Su establecimiento corresponde a la legislación de los estados federados. Los 51 *Verwaltungsgerichte* que existen actualmente en Alemania se dividen en secciones o cámaras (*Kammern*), que se componen de tres jueces profesionales y dos jueces honoríficos² o legos³, salvo que decida un único juez (§ 5 VwGO). Por regla general, la sección (*Kammer*) transfiere a uno de sus jueces los asuntos que no presenten especiales dificultades fácticas o jurídicas y no tengan relevancia fundamental (§ 6 VwGO).

1.2 Los tribunales superiores contencioso-administrativos (OVG/VGH)

Cada estado federado (*Land*) dispone de un tribunal superior contencioso-administrativo, con la excepción de Berlín y Brandeburgo, que comparten un tribunal desde el año 2005. En su mayoría se denominan *Oberverwaltungsgericht* (OVG). En Baden-Wurtemberg, Baviera y Hesse reciben el nombre de *Verwaltungsgerichtshof*

¹ Los artículos o párrafos (*Paragraphen*) de la Ley de jurisdicción contencioso-administrativa alemana (*Verwaltungsgerichtsordnung*, VwGO) tienen como símbolo el signo “§”. Los artículos que se citan en este texto pertenecen a la VwGO si no se señala el nombre de otra ley.

² Para las posturas históricas a favor y en contra de la institución, véase GONZÁLEZ-VARAS IBÁÑEZ, S., “Sistema General de la impugnación de la actuación administrativa en el derecho alemán”, Rosado Pacheco, S. (coord.), *Modelos europeos de justicia contencioso-administrativa*, Dykinson, Madrid, 2007, pp. 147 y ss.

³ Ser juez honorífico o lego (*ehrenamtlicher Richter*) no requiere formación jurídica. Su participación en el proceso tiene como fin fortalecer la confianza de la sociedad en la jurisprudencia y la de aportar experiencia no jurídica a las resoluciones judiciales. Se encuentra regulado en los §§ 19ff. VwGO.

(VGH), sin diferenciarse en cuanto a la atribución de competencias. De los quince tribunales, nueve tienen su sede en una ciudad diferente a la capital del estado federado. De esta manera, la separación de poderes encuentra su expresión también en una separación geográfica entre el tribunal y el gobierno y parlamento regionales. Las secciones de los tribunales superiores contencioso-administrativos se llaman senados (*Senate*) y se componen de tres jueces, aunque la ley permite que los estados federados establezcan en su legislación una composición de cinco jueces, de los cuales dos pueden ser jueces honoríficos. Incluso cabe la posibilidad de componer senados de siete jueces, de los cuales dos serán honoríficos, para los asuntos en los que el OVG decide en primera instancia. Aunque su principal función sea la de instancia de los recursos de apelación y de queja, también les corresponde la decisión sobre la validez de estatutos urbanísticos y otras normas de derecho del estado federado con rango inferior a la ley (§ 47 I), la decisión sobre demandas contra prohibiciones de asociaciones (§ 48 II), así como la decisión en primera instancia sobre asuntos de gran envergadura técnica (como, p. ej., en materia de plantas nucleares, plantas de incineración de residuos, construcción de aeropuertos, etc., § 48 I).

1.3 El Tribunal Federal Contencioso-Administrativo (BVerwG)

A diferencia del modelo español, con un único Tribunal Supremo en la cúspide del poder judicial y articulado en salas, el primer párrafo del artículo 95 de la Constitución alemana (*Grundgesetz*, GG) contiene el mandato de instituir cinco tribunales supremos (*oberste Gerichtshöfe*), uno para cada orden jurisdiccional: para el orden jurisdiccional ordinario (civil y penal) el Bundesgerichtshof (BGH) con sede en Karlsruhe, para el orden jurisdiccional financiero el Bundesfinanzhof (BFH) en Múnich, para el laboral el Bundesarbeitsgericht (BAG) con sede en Erfurt, para el social el Bundessozialgericht (BSG) en Kassel y, por último, para el orden jurisdiccional contencioso-administrativo el Bundesverwaltungsgericht (BVerwG) con sede en Leipzig. Este dispone actualmente de 55 jueces que ejercen sus funciones en trece secciones (*Senate*) de las cuales diez de ellas se dedican a los recursos de casación (*Revision*), dos son secciones militares y una está dedicada a resolver en los casos en los que una Administración pública se niegue a presentar determinados expedientes al tribunal. En las secciones de casación (*Revisionssenate*) deciden cinco o seis jueces. Adicionalmente, la Ley de jurisdicción contencioso-administrativa alemana regula la creación de una sección conjunta o gran senado (*Großer Senat*), cuya función es resolver si un *Senat* tiene la intención de apartarse de una resolución de otro, o de la sección conjunta (§ 11 II).

1.4 El Senado Común de los cinco Tribunales Federales (GmS-OGB)

Otro órgano distinto es el Senado Común de los cinco Tribunales Federales (Gemeinsamer Senat der obersten Gerichtshöfe des Bundes, GmS-OGB), con sede en Karlsruhe, igual que el BGH. Su cometido es decidir cuándo uno de los cinco tribunales

regap



COMENTARIOS Y CRÓNICAS

federales tiene la intención de apartarse de una resolución de otro tribunal federal o del senado común, es decir “salvaguardar la unidad de la jurisprudencia”, como señala la Constitución en su artículo 95 III GG. No se trata de un tribunal, sino de un órgano de intermediación entre los tribunales federales.

2 La casación (*Revision*)

2.1 Introducción

La casación ante el Tribunal Federal Contencioso-Administrativo (BVerwG) es de especial trascendencia. Como última instancia en la jurisdicción contenciosa, su función es el control de sentencias del OVG/VGH, y excepcionalmente en la casación de salto de sentencias del VG, únicamente en su aspecto jurídico. De esta manera sirve tanto para la protección jurídica de los ciudadanos como para vincular al ejecutivo y al poder judicial a la ley y al derecho (artículo 20 III GG) y especialmente contribuye a mantener la unidad de la jurisprudencia y al desarrollo del derecho⁴.

La casación requiere, en cualquier caso, su admisión previa. Para esta, el § 132 prevé dos formas: el OVG/VGH la puede incluir en su sentencia o el BVerwG puede admitir la casación en el recurso de queja del recurrente contra la inadmisión. El § 135 añade otra vía para aquellos casos en los que el asunto no llega al OVG porque una ley federal excluye el recurso de apelación⁵. Aquí el Tribunal Contencioso-Administrativo (VG) puede admitir la casación o, en caso contrario, cabe de nuevo el recurso de queja contra la inadmisión ante el BVerwG. Si el OVG admite la casación, el BVerwG examinará si esta es admisible y fundada. Sin embargo, en la mayoría de los casos el OVG no admite la casación mediante una resolución que no requiere motivación⁶. Entonces el BVerwG valorará primero si el recurso de queja contra la inadmisión es a su vez admisible y fundado.

2.2 Comprobación de admisibilidad y fundamentación del recurso de queja por el BVerwG

2.2.1 Admisibilidad del recurso de queja contra la inadmisión

El primer requisito del § 133 I es que la casación no haya sido admitida. Se equiparan a la falta de admisión los casos de falta de resolución al respecto⁷. Los legitimados para presentar la queja son las partes de la instancia inferior⁸. Es el BVerwG el que tiene la competencia exclusiva para el recurso de queja contra la inadmisión (§ 49

⁴ GEIS, M.E., y THIRMEYER, St., “Revision und Beschwerde im Verwaltungsprozess”, *JuS*, 2013, S. 799; KOPP, F.O., y SCHENKE, W.-R., *VwGO*, 24. Aufl, 2018, § 132 Rdnr. 1.

⁵ Para ejemplos de exclusión de la apelación, véase KOPP, F.O., y SCHENKE, W.-R., *VwGO*, cit., §135 Rdnr. 1.

⁶ KUHLA, W., y HÜTTENBRINK, J., *Der Verwaltungsprozess*, 1995, S. 184, Rdnr. 57.

⁷ KOPP, F.O., y SCHENKE, W.-R., *VwGO*, cit., §1 33 Rdnr. 2.

⁸ *Ibidem*, § 133 Rdnr. 3.

Nr. 3). Sin embargo, el escrito del recurso ha de ser presentado de forma escrita (o electrónica, § 55a) por un abogado ante el tribunal cuya resolución se pretenda impugnar, § 133 II. El mismo precepto concede para la presentación de la queja un plazo de un mes desde la notificación de la sentencia íntegra. A falta de una correcta indicación de los recursos procedentes, el plazo será de un año, como indica el § 58. La interposición del recurso de queja impide que la sentencia se convierta en firme (§ 133 IV VwGO). En el escrito, además, debe identificarse la sentencia recurrida. No es necesario, sin embargo, nombrar la razón o el motivo para recurrir en este momento⁹. Para la motivación de la queja, el plazo es de dos meses desde la notificación de la sentencia (§ 133 III S.1). Dicha motivación debe contener una razón concreta para la admisión¹⁰. El recurrente debe detallar la relevancia fundamental del asunto, es decir, exponer que una determinada cuestión de derecho federal requiere ser aclarada y, a su vez, la razón por la que cabe esperar que esta aclaración resulte de la casación¹¹. A este efecto, el recurrente ha de ahondar en los motivos de la sentencia impugnada y mostrar que la queja se basa en su profundo análisis¹². Para cumplir este requisito, no es suficiente presentar un escrito extenso si este se presenta en una forma “poco clara”, “mal estructurada” y mezclando “cuestiones irrelevantes”¹³. Si el tribunal *a quo* no estima el recurso, lo resolverá el BVerwG. Si este lo rechaza, la sentencia adquiere firmeza (§ 133 V S. 3 VwGO).

2.2.2 Fundamentación del recurso de queja contra la inadmisión

Para que la queja se considere fundada, según el § 133 III S. 3, tiene que darse uno de los tres supuestos de admisión del § 132 II, detallados a continuación. Del examen de estos requisitos hay que separar estrictamente la predicción sobre las posibilidades de que la casación sea estimada. Estas no deben entrar en la decisión sobre la admisión¹⁴.

2.2.2.1 Relevancia fundamental del asunto, § 132 II Nr. 1 VwGO (*Grundsatzrüge*)

Con el primer modo del recurso se alega la relevancia o significado fundamental del asunto¹⁵. El recurrente ha de señalar con exactitud la cuestión jurídica a aclarar y razonar por qué se la considera de carácter fundamental¹⁶. También debe indicar por qué de esta cuestión jurídica depende la resolución y por qué cabe esperar su aclaración en el recurso de casación¹⁷. Adicionalmente debe detallarse por qué se

⁹ *Ibidem*, § 133 Rdnr. 5.

¹⁰ *Ibidem*, § 130 Rdnr. 14.

¹¹ GEIS, M.E., y THIRMEYER, St., “Revision und Beschwerde im Verwaltungsprozess”; cit., S. 800, apuntan a la jurisprudencia consolidada desde BVerwGE 13, 90 (91) también en: *NW* 1962, 218.

¹² KOPP, F.O., y SCHENKE, W.-R., *VwGO*, cit., § 133 Rdnr. 14.

¹³ BVerwG, *NW* 1996, 1554, caso de un recurso de queja extenso (678 pp.) e inadmisibles por falta de claridad.

¹⁴ Sentencia del Tribunal Constitucional alemán, BVerfG, *NVwZ* 1993, 358.

¹⁵ El § 132 II Nr. 1: “grundsätzliche Bedeutung”.

¹⁶ *NJW* 1994, 144, *NVwZ* 1984, 103; 2011, 434; KOPP, F.O., y SCHENKE, W.-R., *VwGO*, cit., 133, 15.

¹⁷ DVBI 1993, 50; *NVwZ* 2011, 430; 2011, 435; KOPP, F.O., y SCHENKE, W.-R., *VwGO*, cit.

considera errónea la opinión jurídica del tribunal en la que se basa la sentencia¹⁸. Para argumentar el carácter fundamental (*grundsätzlich*) de la respectiva cuestión jurídica, hay que indicar por qué su alcance supera el caso concreto, así como la razón por la que se precisa la aclaración por parte del alto tribunal para mantener la unidad de la jurisprudencia o para un significativo desarrollo del derecho¹⁹.

2.2.2.2 Apartamiento, § 132 II Nr. 2 VwGO (*Divergenzrüge*)

La función principal de la admisión por apartamiento es mantener la unidad de la jurisprudencia y, en consecuencia, la seguridad jurídica. Al mismo tiempo permite un “desarrollo ordenado del derecho”²⁰. El punto de referencia son, o bien las resoluciones del BVerwG –en cuyo caso el apartamiento de una de las secciones o senados es suficiente–, o del Senado Común de los Tribunales Federales (GmS-OGB, véase arriba 1.4), o del Tribunal Constitucional (BVerfG). La resolución impugnada debe estar basada en este apartamiento. El recurrente no solo tiene que identificar la resolución impugnada, sino que también debe confrontar la *ratio decidendi* (*Rechtssatz*) de las dos resoluciones contradictorias. Para ello, ha de indicar con exactitud tanto el argumento jurídico abstracto en que se basa la resolución recurrida como aquel en que se basa la resolución de la que esta se aparta. Además, debe señalarse en qué consiste la discrepancia²¹. Esta confrontación es imprescindible²². En la práctica, la mayoría de los recursos de queja por apartamiento fracasan por basarse solamente en el argumento de que el OVG/VGH tendría que haber llegado a un resultado diferente de haber tenido en cuenta los principios jurídicos establecidos en la jurisprudencia de los más altos tribunales alemanes²³.

Una queja por apartamiento basada en la aplicación errónea de una norma procesal contiene al mismo tiempo una queja por vicio de procedimiento en el sentido del § 132 II Nr. 3 VwGO. Si no cumplierse los requisitos de una queja por apartamiento, debe ser tratada como si de una queja por vicio de procedimiento se tratara²⁴.

2.2.2.3 Vicio de procedimiento, § 132 II Nr. 3 VwGO (*Verfahrensrüge*)

Para que el recurso de queja tenga éxito según el supuesto del § 132 II Nr. 3, el recurrente debe indicar los hechos que dan por resultado el vicio de procedimiento. Además, debe alegar en qué medida la sentencia puede estar basada en este vicio y

¹⁸ NJW 1993, 2825.

¹⁹ KOPP, F.O., y SCHENKE, W.-R., *VwGO*, cit., § 133 Rdnr. 15; BayVBI 1986, 51; NVwZ-RR 1993, 276.

²⁰ KOPP, F.O., y SCHENKE, W.-R., *VwGO*, cit., § 132 Rdnr. 14.

²¹ KOPP, F.O., y SCHENKE, W.-R., *VwGO*, cit., § 133, Rdnr. 16.

²² EYERMANN, E., *et. al.*, *Verwaltungsgerichtsordnung*, 14. Aufl., München 2014, § 133, Rdnr. 31; BVerwG NVwZ-RR1996, 712 (713).

²³ EYERMANN, E., *et. al.*, *Verwaltungsgerichtsordnung*, cit., § 133, Rdnr. 32.

²⁴ BVerG NVwZ2001, 918.

cómo podría haber sido más favorable para el recurrente de no haberse dado dicho vicio²⁵.

La sentencia siempre se considerará basada en el vicio si se da uno de los seis llamados “motivos absolutos de revisión” enumerados en el § 138: (1) El tribunal que conoció del asunto no estaba compuesto debidamente; (2) En la resolución participó un juez que estaba excluido por ley del ejercicio de su función o que estaba recusado; (3) Se le privó a una parte de su derecho a ser oído; (4) Una parte no estaba representada en el proceso según la ley, excepto que haya consentido la celebración del juicio de forma expresa o tácita; (5) La sentencia se dictó después de un juicio oral en el que se vulneraron las normas sobre la publicidad del proceso; y, por último, (6) La resolución no estaba motivada.

2.2.3 Resolución

La resolución del recurso de queja le corresponde en primer lugar al tribunal cuya resolución se ve recurrida. Si este no estima el recurso admitiendo la casación, entonces será el BVerwG el que resuelve por auto, como lo prevé el § 133 V 1. El tribunal *a quo* debe presentar el recurso de queja ante el BVerwG obligatoriamente, aunque sea manifiestamente inadmisibles²⁶. Siempre que el BVerwG no estime la queja, la resolución recurrida adquiere firmeza (§ 133 V 3). Si se admite la casación, el procedimiento de admisión continuará como casación (§ 139 II).

2.3 El procedimiento de casación

Si la casación es admitida, bien por el OVG/VGH o, a través del recurso de queja contra la inadmisión por el BVerwG, este procederá a valorar la admisibilidad (*Zulässigkeit*) y la fundamentación (*Begründetheit*) de la casación.

2.3.1 Admisibilidad de la casación, § 143 VwGO

Los requisitos de admisibilidad de la casación están regulados en el § 139. La competencia para la casación le corresponde en exclusiva al BVerwG según el § 49 Nr. 1 y Nr. 2. La casación es un recurso procedente contra sentencias y autos del OVG/VGH y, en caso de la casación de salto, del VG²⁷. Los legitimados son solamente las partes de la instancia inferior en cuanto tengan un interés legítimo (*Beschwer*). Según el § 139 I, la casación ha de presentarse de forma escrita ante el tribunal *a quo* o ante el BVerwG en un plazo de un mes desde la notificación del auto o de la sentencia íntegra, identificándola. El plazo para la motivación de la casación es de dos meses (§ 139 III 1). Este plazo puede ser prorrogado siempre que la solicitud se presente antes de su fin (§139 III 3). La motivación debe contener una petición concreta y nombrar la

²⁵ KOPP, F.O., y SCHENKE, W.-R., *VwGO*, cit., § 133 Rdnr. 17.

²⁶ BVerwG, *NJW* 1963, 554.

²⁷ KOPP, F.O., y SCHENKE, W.-R., *VwGO*, cit., § 132, Rdnr. 3.

norma jurídica vulnerada. En el caso de reclamar un vicio de procedimiento, la motivación ha de nombrar los hechos de los que resulta el vicio (§139 III 4), salvo que se alegue una o varias de las razones absolutas de casación del § 138 (arriba 2.2.2.3)²⁸. El recurrente debe señalar los hechos de forma tan clara y concluyente que el BVerwG, presuponiendo que los hechos sean ciertos, pueda proceder a una valoración sin investigaciones adicionales²⁹.

2.3.2 Fundamentación de la casación

La casación se considerará fundada si cumple dos requisitos. En primer lugar, y como expresión de la casación como un recurso de control de derecho y no de los hechos, según el § 137 I Nr. 1, la casación solamente puede apoyarse en que la sentencia recurrida se basa en la vulneración de “derecho revisable”, es decir, derecho federal o, excepcionalmente, de un precepto de una ley de procedimiento administrativo de un estado federado si el texto de esta es idéntico a aquel de la ley federal (§ 137 I Nr. 2). En segundo lugar, por razones de economía procesal³⁰, hay que comprobar que la sentencia que vulnera derecho no resulta correcta por otras razones (como, p. ej., en el caso de la desestimación de una demanda incorrectamente valorada como infundada que, sin embargo, resulta inadmisibile), § 144 IV.

2.3.2.1 Delimitación de la potestad de control del Tribunal Federal

De acuerdo con el segundo apartado del § 137, el BVerwG está vinculado por los hechos establecidos en la sentencia recurrida. Ni el tribunal puede investigar hechos nuevos³¹, ni las partes pueden alegarlos, o sería irrelevante si lo hicieran³². Se exceptúan los casos en los que el recurrente aduce motivos de casación precisamente respecto de estas constataciones de la instancia anterior.

El § 137 III contiene la delimitación de la potestad de control del BVerwG en el marco de su valoración de la fundamentación de la casación. En principio, el Tribunal Federal examinará la sentencia impugnada íntegramente y sin estar limitado por los motivos que llevaron a la admisión de la casación. Sin embargo, en los casos de casación por vicio de procedimiento, el control ha de limitarse a los vicios alegados (§ 137 III S.1), salvo que estas alegaciones contengan motivos relacionados con la vulneración de derecho material en el sentido del § 132 II Nr. 1 y Nr. 2 (relevancia fundamental y apartamiento, véase arriba 2.2.2.1. y 2.2.2.2). En tal caso el BVerwG ha de proceder al control de vulneración de todo derecho material³³. Una *reformatio*

²⁸ *Ibidem* § 139, Rdnr. 14.

²⁹ *Ibidem* § 139, Rdnr. 15.

³⁰ KOPP, F.O., y SCHENKE, W.-R., *VwGO*, cit., § 144, Rdnr. 4.

³¹ GEIS, M.E., y THIRMEYER, St., “Revision und Beschwerde im Verwaltungsprozess”, cit., S. 801.

³² KOPP, F.O., y SCHENKE, W.-R., *VwGO*, cit., § 137, Rdnr. 24; BVerwGE 78, 152.

³³ KOPP, F.O., y SCHENKE, W.-R., *VwGO*, cit., § 137, Rdnr. 35.

in peius como resultado de la casación queda excluida por la remisión al artículo correspondiente de la regulación de la apelación (§§ 141, 129).

2.3.2.2 Vulneración de “derecho revisable”

La revisión solamente puede basarse en la vulneración de “derecho revisable”, § 137 I. Esta expresión hace referencia a todas las normas de derecho federal, es decir la constitución, las leyes federales, normas de derecho de la Unión Europea y hasta el derecho consuetudinario o principios generales de derecho³⁴, siempre que sean del ámbito del derecho federal³⁵. No está incluido el derecho de los estados federados con la excepción de preceptos de una ley de procedimiento administrativo cuyo texto sea idéntico a la ley federal (§ 137 I Nr. 2).

El requisito de la “vulneración” se refiere a que en la sentencia no se aplicó, o no se aplicó correctamente, el derecho a los hechos constatados y como resultado se infringieron derechos del recurrente. La aplicación incorrecta puede resultar particularmente por errores en la interpretación y concretización del contenido de la norma a aplicar o por errores de subsunción en el momento de aplicar la norma, correctamente interpretada, a las circunstancias del caso concreto³⁶.

2.3.2.3 Sentencia *basada* en una vulneración de derecho revisable

Finalmente, para que la casación sea estimada, la sentencia impugnada debe estar *basada* en la vulneración de derecho revisable. Este requisito de causalidad implica que por lo menos exista la posibilidad de que el tribunal podría haber llegado a un resultado más favorable para el recurrente si la vulneración no hubiera existido³⁷, o que no se puede eliminar la vulneración sin que la corrección de la resolución resulte cuestionable desde el punto de vista de la instancia anterior³⁸. Si se diera uno de los seis supuestos de motivos absolutos de casación del § 138, arriba mencionados (2.2.2.3.), se presume *iuris et de iure* que la sentencia está basada en una vulneración de derecho revisable.

2.3.3 El contenido de la resolución del tribunal de casación, § 144

Si la casación es inadmisibles, el BVerwG la desestima mediante auto (*Beschluss*), § 144 I. Si se trata de una casación admisible pero infundada (*unbegründet*), también será desestimada, § 144 II. Lo mismo resulta en aquellos casos en los que existe una vulneración de derecho, pero la resolución es correcta por otros motivos, § 144 IV.

Ante una casación admisible y fundada, el § 144 III prevé dos posibles decisiones: el BVerwG puede resolver el asunto él mismo o bien anular la sentencia impugnada y

³⁴ Véase, para una lista extensa de “derecho revisable”: KOPP, F.O., y SCHENKE, W.-R., *VwGO*, cit., § 137, Rdnr. 5 ff.

³⁵ GEIS, M.E., y THIRMEYER, St., “Revision und Beschwerde im Verwaltungsprozess”, cit., S. 801.

³⁶ EYERMANN, E., *et. al.*, *Verwaltungsgerichtsordnung*, cit., § 137, Rdnr. 35 ff.

³⁷ KOPP, F.O., y SCHENKE, W.-R., *VwGO*, cit., § 137, Rdnr. 23; BVerwGE 14, 342.

³⁸ BVerwG, *NVwZ* 1994, 1095 (1096).

devolver el asunto para un nuevo juicio y una nueva resolución a la instancia anterior. Según la jurisprudencia del GmS-OGB³⁹ (véase arriba 1.4), la regla debe ser la decisión del asunto por el BVerwG. La devolución debe quedar limitada a los asuntos en los que no se puede dictar sentencia porque en el contexto de la interpretación jurídica del tribunal de casación falta la necesaria comprobación de algunos hechos⁴⁰. Si el BVerwG devuelve el asunto, el tribunal que lo recibe está vinculado por las valoraciones jurídicas del BVerwG, según el § 14.4 VI. Y si el asunto vuelve a ocupar el tribunal federal una segunda vez a consecuencia de la devolución, él mismo también estará vinculado por su propia opinión jurídica.

El efecto vinculante de las sentencias del BVerwG no va más allá del caso concreto decidido. Su función de precedente no corresponde a la tradición jurídica alemana⁴¹. Los tribunales contencioso-administrativos son libres de valorar la cuestión jurídica de forma diferente si se les vuelve a presentar en juicios posteriores. No obstante, el presidente del BVerwG considera que los tribunales lo harán solamente si “creen que tienen argumentos mejores o nuevos”⁴², y así la cuestión podrá ser llevada nuevamente ante el BVerwG para que este tenga oportunidad de reconsiderar su jurisprudencia. De lo contrario “seguirán el precedente del alto tribunal y ahorrarán a las partes el costoso camino por las instancias”. Tampoco las administraciones públicas están vinculadas legalmente a la jurisprudencia, pero existe en la práctica un efecto fáctico de precedente. De esta forma, la jurisprudencia establece criterios a seguir, los cuales, sin embargo, siempre están abiertos a argumentos mejores. Rennert lo denomina un “modelo de diálogo, orientado a una constante comprobación y evolución continua de la jurisprudencia”⁴³, estimando un requisito indispensable para dicho diálogo la motivación minuciosa de las sentencias.

Bibliografía

- BAUR, F., “Der Gedanke der ‘Einheitlichkeit der Rechtsprechung’ im geltenden Prozeßrecht”, *Juristenzeitung*, 1958.
- EYERMANN, E. et al., *Verwaltungsgerichtsordnung*, 14. Aufl., München 2014.
- GEIS, M.E., y THIRMEYER, St., “Revision und Beschwerde im Verwaltungsprozess”, *JuS*, 2013.
- GONZÁLEZ-VARAS IBÁÑEZ, S., “Sistema General de la impugnación de la actuación administrativa en el derecho alemán”, Rosado Pacheco, S. (coord.), *Modelos europeos de justicia contencioso-administrativa*, Dykinson, Madrid, 2007.
- KOPP, F.O., y SCHENKE, W.-R., *VwGO*, 24. Aufl, 2018.

³⁹ GmS-OGB *NJW* 1976, 1682 (1683).

⁴⁰ GEIS, M.E., y THIRMEYER, St., “Revision und Beschwerde im Verwaltungsprozess”, cit., S. 802.

⁴¹ BAUR, F., “Der Gedanke der ‘Einheitlichkeit der Rechtsprechung’ im geltenden Prozeßrecht”, *Juristenzeitung*, 1958, 326ff.

⁴² RENNERT, K., “Die Auswirkungen der Entscheidungen des Bundesverwaltungsgerichts auf die verfassungsmäßige Ordnung und den Grundrechtsschutz”, S. 6, https://www.bverwg.de/user/data/media/rede_20160330_VortragTaiwan_Auswirkungen_Entscheidungen.pdf (15 de junio de 2019).

⁴³ *Ibidem*.

KUHLA, W., y HÜTTENBRINK, J., *Der Verwaltungsprozess*, 1995.

RENNERT, K., “Die Auswirkungen der Entscheidungen des Bundesverwaltungsgerichts auf die verfassungsmäßige Ordnung und den Grundrechtsschutz”, S. 6, https://www.bverwg.de/user/data/media/rede_20160330_VortragTaiwan_Auswirkungen_Entscheidungen.pdf (15 de junio de 2019).

Regap



COMENTARIOS Y CRÓNICAS

