

M O N O G R A F I A S
CIVITAS

ALEJANDRO
HUERGO LORA

**LOS CONTRATOS
SOBRE LOS ACTOS
Y LAS
POTESTADES
ADMINISTRATIVAS**

Prólogo de

EDUARDO GARCIA DE ENTERRIA



UNIVERSIDAD
DE OVIEDO



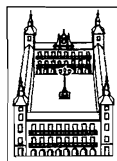
LOS CONTRATOS SOBRE LOS ACTOS Y LAS POTESTADES ADMINISTRATIVAS

ALEJANDRO HUERGO LORA
Doctor en Derecho

LOS CONTRATOS SOBRE LOS ACTOS Y LAS POTESTADES ADMINISTRATIVAS

Prólogo de
Eduardo GARCÍA DE ENTERRÍA
Catedrático de Derecho Administrativo

UNIVERSIDAD DE OVIEDO



EDITORIAL CIVITAS, S. A.

Primera edición, 1998

No está permitida la reproducción total o parcial de este libro, ni su tratamiento informático, ni la transmisión de ninguna forma o por cualquier medio, ya sea electrónico, mecánico, por fotocopia, por registro u otros métodos, ni su préstamo, alquiler o cualquier otra forma de cesión de uso del ejemplar, sin el permiso previo y por escrito de los titulares del Copyright.

Copyright © 1998, by Alejandro Huergo Lora

Editorial Civitas, S. A.

Ignacio Ellacuría, 3 - 28017 Madrid (España)

ISBN: 84-470-1062-7

Depósito Legal: M. 21.889-1998

Compuesto en A. G. Cuesta, S. A.

Printed in Spain. Impreso en España

por Gráficas Rogar, S. A. Navalcarnero (Madrid)

A mis padres

Prólogo	13
Nota preliminar	17
Abreviaturas	19
Introducción	23

PRIMERA PARTE

**LA ACTUACION CONVENCIONAL
DE LAS ADMINISTRACIONES PUBLICAS Y SU ACTUAL
INCREMENTO**

**Capítulo I. Los convenios de las Administraciones Públicas
con particulares. Significación y tipología**

1. LA CRECIENTE RELEVANCIA DEL CONVENIO EN LA ACTUACION ADMINISTRATIVA: DELIMITACION DEL OBJETO DE ESTUDIO	27
2. CLASIFICACION DE LOS CONVENIOS EN FUNCION DE SU OBJETO	33
3. TIPOLOGIA DE LOS CONVENIOS DE ACUERDO CON SU CONTENIDO.....	41
4. LA ACOGIDA DE LOS CONVENIOS EN LA LEGISLACION DE PROCEDIMIENTO ADMINISTRATIVO DE ALEMANIA E ITALIA.....	55

Capítulo II. Aproximación a las causas y funciones de la actuación administrativa convencional

1. EL SIGNIFICADO DE LOS CONVENIOS ENTRE LA ADMINISTRACION Y LOS PARTICULARES. APROXIMACION HISTORICA.....	73
2. LOS PRINCIPIOS DE PARTICIPACION Y EFICACIA	85
3. LOS CONVENIOS Y EL REPLIEGUE DE LA INTERVENCION ADMINISTRATIVA	94
4. EL CONVENIO COMO FUENTE DE FINANCIACION DE LAS ADMINISTRACIONES PUBLICAS	98
5. EL CONVENIO COMO CAUCE DE FORMULAS ATIPICAS DE INDEMNIZACION A PARTICULARES	103

- | | | |
|----|--|-----|
| 6. | EL EJERCICIO CONSENSUAL DE POTESTADES COMO «SUPRA-CONCEPTO» O INSTITUCIÓN DE TEORÍA GENERAL DEL DERECHO..... | 107 |
| 7. | EL CONVENIO COMO INSTRUMENTO NECESARIO PARA LA ACTUACIÓN DE LAS ADMINISTRACIONES PÚBLICAS | 114 |

SEGUNDA PARTE

EL ANALISIS DE LOS CONVENIOS DESDE EL INSTRUMENTARIO JURIDICO-ADMINISTRATIVO TRADICIONAL Y SUS INSUFICIENCIAS

Capítulo III. La polémica inicial sobre el contrato de Derecho público y el acto unilateral necesitado de aceptación

- | | | |
|----|---|-----|
| 1. | EL SENTIDO DE LA POLÉMICA ENTRE LABAND, MAYER y Kelsen y SU RELACIÓN CON EL PROBLEMA ACTUAL DE LOS CONVENIOS ENTRE ADMINISTRACIONES Y PARTICULARES..... | 119 |
| 2. | LAS APORTACIONES POSTERIORES: EVOLUCIÓN DEL CONTRATO DE DERECHO PÚBLICO EN ALEMANIA | 134 |
| 3. | EL CONCEPTO DE «ACTO-CONDICIÓN» EN DUGUIT Y SU ESCUELA: RELACIÓN CON LAS TEORÍAS NEGADORAS DEL CONTRATO DE DERECHO PÚBLICO | 153 |
| 4. | LA RECEPCIÓN DE LA POLÉMICA SOBRE EL CONTRATO DE DERECHO PÚBLICO EN ITALIA: RASGOS ESPECÍFICOS | 156 |
| 5. | EL PLANTEAMIENTO ACTUAL DEL PROBLEMA EN EL DERECHO ESPAÑOL | 167 |
| 6. | EN ESPECIAL, LAS MEDIDAS DE FOMENTO EN FORMA CONTRACTUAL..... | 175 |
| 7. | EL CONCEPTO DE CONTRATO Y LOS CONVENIOS ADMINISTRATIVOS..... | 188 |

Capítulo IV. Contratos sobre actos y potestades administrativas y control de la discrecionalidad

- | | | |
|----|---|-----|
| 1. | EFICACIA INDIRECTA DE LOS CONVENIOS ADMINISTRATIVOS | 199 |
| 2. | LA PRETENSIÓN DEL PARTICULAR A QUE LA ADMINISTRACIÓN MOTIVE EL INCUMPLIMIENTO DEL CONVENIO..... | 200 |
| 3. | LA MOTIVACIÓN COMPARATIVA DE LOS ACTOS ADMINISTRATIVOS EN LOS DERECHOS ITALIANO (<i>ACCORDI PROCEDIMENTALI</i>) Y ALEMÁN..... | 207 |

- | | |
|---|-----|
| 4. LA JURISPRUDENCIA EN MATERIA DE CONVENIOS ADMINISTRATIVOS Y LA EXIGENCIA DE MOTIVACIÓN COMPARATIVA | 211 |
| 5. EL CONTROL DE LA DISCRECIONALIDAD COMO ALTERNATIVA AL RECONOCIMIENTO DE VALIDEZ A LOS CONVENIOS SOBRE ACTOS Y POTESTADES ADMINISTRATIVAS | 213 |

Capítulo V. La responsabilidad patrimonial de la Administración por la celebración de contratos nulos sobre el ejercicio de potestades administrativas

- | | |
|--|-----|
| 1. INTRODUCCIÓN..... | 215 |
| 2. LA RESPONSABILIDAD DE LA ADMINISTRACIÓN A CONSECUENCIA DE ACUERDOS CARENTES DE VALOR CONTRACTUAL..... | 217 |
| 3. FUNDAMENTO Y PRESUPUESTOS DE LA RESPONSABILIDAD PATRIMONIAL DE LA ADMINISTRACIÓN POR INCUMPLIMIENTO DE CONVENIOS NULOS SOBRE ACTOS Y POTESTADES ADMINISTRATIVAS | 222 |
| 4. LA CUANTÍA DE LA INDEMNIZACIÓN EN LOS SUPUESTOS DE RESPONSABILIDAD PRECONTRACTUAL | 234 |
| 5. LA RESPONSABILIDAD PRECONTRACTUAL COMO ALTERNATIVA A LA VALIDEZ DE LOS ACUERDOS SOBRE ACTOS Y POTESTADES ADMINISTRATIVAS..... | 238 |

TERCERA PARTE

LA CONSTRUCCION DE LOS CONVENIOS COMO UN TIPO CONTRACTUAL ESPECIFICO DEL TRAFICO ADMINISTRATIVO

Capítulo VI. La superación de las objeciones tradicionales a la negociabilidad del ejercicio del poder público

- | | |
|---|-----|
| 1. CAPACIDAD DE DERECHO PRIVADO Y CAPACIDAD CONTRACTUAL DE LA ADMINISTRACIÓN PÚBLICA | 243 |
| 2. CARÁCTER ESPECIAL (POR SU OBJETO) DE LOS CONTRATOS SOBRE ACTOS Y POTESTADES ADMINISTRATIVAS..... | 249 |
| 3. EL PRINCIPIO DE INDISPONIBILIDAD DE LAS POTESTADES ADMINISTRATIVAS COMO SUPUESTO OBSTÁCULO GENERAL Y ABSOLUTO A LA VINCULACIÓN CONTRACTUAL DEL EJERCICIO DE ÉSTAS..... | 263 |
| 4. OTRAS CAUSAS DE INVALIDEZ DE LOS CONTRATOS SOBRE ACTOS Y POTESTADES. EL ACTO UNILATERAL COMO ÚNICO MEDIO DE EJERCICIO DE LAS POTESTADES ADMINISTRATIVAS | 271 |

- | | |
|--|-----|
| 5. PRINCIPIOS QUE POSTULAN EL MÁXIMO RECONOCIMIENTO POSIBLE DE LA VALIDEZ DE LOS CONTRATOS SOBRE ACTOS Y POTESTADES ADMINISTRATIVAS: BUENA FE, INTERDICCIÓN DE LA ARBITRARIEDAD, CONSENSUALIDAD (ART. 88 LAP) .. | 289 |
| 6. LA NECESIDAD DE ESTABLECER UNAS CONDICIONES DE VALIDEZ DEL CONTRATO, EN LUGAR DE SOSTENER CON CARÁCTER GENERAL SU NULIDAD O VALIDEZ..... | 292 |

Capítulo VII. Condiciones y límites de validez de los contratos sobre actos y potestades administrativas

- | | |
|---|-----|
| 1. LA PREDETERMINACIÓN DEL PROCEDIMIENTO ADMINISTRATIVO COMO LÍMITE AL CONTRATO. TUTELA DE LOS TERCEROS INTERESADOS | 299 |
| 2. EL CONTENIDO DE LOS CONTRATOS SOBRE ACTOS Y POTESTADES | 326 |
| 3. MATERIAS EN LAS QUE NO ES ADMISIBLE LA CONCLUSIÓN DE CONTRATOS SOBRE ACTOS Y POTESTADES..... | 344 |
| 4. ÓRGANO ADMINISTRATIVO COMPETENTE PARA LA CELEBRACIÓN DEL CONVENIO..... | 355 |
| 5. CARÁCTER ADMINISTRATIVO DEL CONVENIO Y POTESTADES ADMINISTRATIVAS «EXORBITANTES» DURANTE SU EJECUCIÓN | 360 |
| 6. LAS PECULIARIDADES DE LOS CONVENIOS Y SU REPERCUSIÓN EN LAS CAUSAS DE INVALIDEZ | 377 |

Capítulo VIII. Convenios no contractuales: la terminación convencional del procedimiento administrativo y la aceptación anticipada de actos

- | | |
|---|-----|
| 1. LA TERMINACIÓN CONVENCIONAL DEL PROCEDIMIENTO EN LA LAP Y EN LOS REGLAMENTOS DE ADECUACIÓN DE PROCEDIMIENTOS | 389 |
| 2. LA DISCUTIDA EFICACIA DIRECTA DEL ARTÍCULO 88 LAP... | 397 |
| 3. LA ADHESIÓN A UN ACTO ADMINISTRATIVO | 407 |
| 4. LÍMITES DE LOS ACUERDOS DE ADHESIÓN A UN ACTO ADMINISTRATIVO. LA ADHESIÓN INCENTIVADA EN PROCEDIMIENTOS SANCIONADORES..... | 419 |

Conclusiones 433

Bibliografía 439

PROLOGO

Con este libro Alejandro HUERGO demuestra una muy notable capacidad dogmática, que me parece que va a singularizarle en el panorama de nuestros jóvenes administrativistas.

Hacer dogmática del Derecho no es hacer conceptualismo horro, o entrar en «el cielo de los conceptos jurídicos», que IHERING describió jocosamente. Es capacidad de construir un entramado institucional complejo, ordenándolo alrededor de unos cuantos vectores arraigados en la naturaleza profunda de la institución de que se trata y dirigiendo toda la operación en función de los valores jurídicos materiales que están presentes en dicha institución. Esta tarea es inexcusable en la ciencia jurídica, y contrasta con los trabajos puramente descriptivos o clasificatorios de normas, sentencias u opiniones ajenas, o con el convencional comparatismo de contrastar soluciones diversas en los distintos sistemas jurídico-positivos. Es una tarea inexcusable porque sólo la dogmática es capaz de alumbrar los elementos estructurales profundos de las instituciones y su articulación dinámica en servicio de los principios generales del Derecho que sostienen y animan a dichas instituciones para que alcancen su mayor funcionalidad.

Pero no sólo es un método inexcusable de tratar el Derecho; es, seguramente, el método más alto, cuando la labor constructiva es capaz de alumbrar perspectivas nuevas para el mejor rendimiento de las instituciones del Derecho. La inventio de nuevos principios, la resolución de aparentes contradicciones, la distincio de soluciones diversas inexactamente confundidas, la eliminación de prejuicios o mitos inexplicados y reiterados por simple inercia, la edificación de un sistema institucional capaz de explicar todas sus reglas y de hacerlas jugar en el sentido de su mejor función social, son obra de la dogmática, no de la mera práctica o de las simples ocurrencias.

Alejandro HUERGO se enfrenta aquí, siguiendo esa vía real de la mejor ciencia del Derecho, con un reto difícil: la inserción

en el sistema del Derecho Administrativo, tradicionalmente ordenado sobre la decisión unilateral de uno de los sujetos, la poderosa Administración, de una figura bilateral, la del contrato, no ya referido, según la tradición ya más que secular entre nosotros, al llamado contrato administrativo o de obras y servicios públicos, que es un instrumento de intercambio patrimonial con un empresario privado, sino al mismo ejercicio de los actos y potestades administrativas, allí donde han venido reinando los dogmas de su unilateralidad y su imperatividad.

El libro, como podrá ver su atento lector, comienza planteándose el dogma de la incompatibilidad entre contrato y ejercicio del poder administrativo, acudiendo a su formulación más clásica, la de Otto MAYER, que analiza con todo pormenor, así como la de sus seguidores y contradictores, a comenzar por KELSEN. Sigue con la aparición de una nueva figura del «contrato de Derecho Público» en las doctrinas y en la legislación alemana e italiana actuales, que examinará más ampliamente para pasar al Derecho español, en el que se centrará, como es natural, todo su análisis.

La tipología de contratos y acuerdos sobre actos y potestades administrativas que elabora en el capítulo I, en la que demuestra su notable capacidad de análisis conceptual, es la que va a desarrollar después en el cuerpo de la obra. Para ello utiliza no sólo un sorprendente dominio de la bibliografía, sino también de la casuística legal y jurisprudencial. Dedicó una especial atención a las fórmulas consensuales de resolución de conflictos entre la Administración y los ciudadanos, que, al margen del campo tradicional de la transacción con entes públicos, ha introducido la Ley de Procedimiento Administrativo Común de 1992.

La analítica de este libro, tan bien equipado previamente de un notable aparato dogmático, es una novedad importante en nuestra bibliografía. Para muchos, entre los que me incluyo, constituirá una novedad completa, y en muy buena parte sorprendente. Puede decirse sin exceso que este libro abre caminos nuevos en nuestro sistema jurídico-administrativo, tanto en el plano de la teoría como en el de las aplicaciones puntuales y bien construidas.

La obra suscitará, sin duda, controversias y dudas. Prefiero que cada lector las plantee por sí mismo. A mí me bastará con decir, en esta función prologal, que Alejandro HUERGO queda acreditado como un administrativista de cuerpo entero, profundo, creador, cuya carrera científica no puede comenzar con mejores auspicios.

Eduardo GARCÍA DE ENTERRÍA

NOTA PRELIMINAR

El presente libro tiene su origen en la Tesis Doctoral *Poteri autoritativi delle pubbliche amministrazioni e accordi con i privati*, que defendí en la Universidad de Bolonia en junio de 1995.

Siguiendo una costumbre que me parece especialmente justificada en este caso, me gustaría mostrar mi agradecimiento a las personas e instituciones que me han ayudado en la realización del libro. En primer lugar, al Real Colegio de España en Bolonia, y en especial a su Patronato y a su Rector, el profesor José Guillermo García-Valdecasas, por haber hecho posible mi trabajo en la Universidad de Bolonia, así como al anterior Rector del Colegio, el profesor Verdera. También a quien fue *relatore* de mi tesis doctoral, el profesor Vandelli, al profesor Vogel, catedrático de Derecho Administrativo de la Universidad de Munich, en cuyo Instituto he trabajado durante la preparación de esta monografía, y al profesor Sebastián Martín-Retortillo. Mi gratitud también al profesor García de Enterría, que ha seguido esta investigación desde su comienzo y ha accedido amablemente a prologar el libro.

El profesor Bocanegra Sierra no sólo es mi maestro y el director de este trabajo, sino el responsable de que lo haya escrito, pues sin sus ánimos, sus consejos y su ejemplo de rigor científico y humano, no habría ni concluido ni comenzado esta investigación.

ABREVIATURAS

ADC	Anuario de Derecho Civil
AJDA	L'Actualité Juridique (Droit Administratif)
AöR	Archiv für öffentliches Recht/des öffentlichen Rechts
Arch. dir. pubbl.	Archivio di diritto pubblico
BauGB	Baugesetzbuch (Código de Urbanismo)
BauR	Baurecht, Zeitschrift für das gesamte öffentliche und zivile Baurecht
BayVBl	Bayerische Verwaltungsblätter
BFH	Bundesfinanzhof (Tribunal Supremo en materia tributaria)
BGB	Bürgerliches Gesetzbuch (Código Civil)
BGH	Bundesgerichtshof (Tribunal Supremo en materia civil y penal)
BGHEZ	Entscheidungen des Bundesgerichtshofes in Zivilsachen (colección oficial del BGH)
BVerwG	Bundesverwaltungsgericht (Tribunal Supremo de la Jurisdicción Administrativa)
BVerwGE	Entscheidungen des Bundesverwaltungsgerichts (colección oficial de la jurisprudencia del BVerwG)
CC	Código Civil
CE	Constitución Española
DA	Documentación Administrativa
Dir. proc. amm.	Diritto processuale amministrativo
Diss.	Dissertation
DöV	Die öffentliche Verwaltung
DVBl	Deutsches Verwaltungsblatt
Enc. dir.	Enciclopedia del diritto (Giuffrè)
Enc. giur.	Enciclopedia giuridica (Treccani)
GG	Grundgesetz (Ley Fundamental)
JuS	Juristische Schulung
JZ	Juristen Zeitung
LAP	Ley de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común
LBRL	Ley Reguladora de las Bases del Régimen Local
LCAP	Ley de Contratos de las Administraciones Públicas
LCE	Ley de Contratos del Estado
LGP	Ley General Presupuestaria
LGT	Ley General Tributaria
LJ	Ley Reguladora de la Jurisdicción Contencioso Administrativa
LPA	Ley de Procedimiento Administrativo

NEJ	Nueva Enciclopedia Jurídica (Seix)
NJW	Neue Juristische Wochenschrift
NVwZ	Neue Zeitschrift für Verwaltungsrecht
RAP	Revista de Administración Pública
RBEL	Reglamento de Bienes de las Entidades Locales (aprobado por el RD 1372/1986, de 13 de junio)
RDP	Revue du Droit Public et de la Science Politique
RDU	Revista de Derecho Urbanístico
REALA	Revista de Estudios de la Administración Local y Autonómica
REDA	Revista Española de Derecho Administrativo
REVL	Revista de Estudios de la Vida Local
RGC	Reglamento General de Contratación del Estado (aprobado por el Decreto 3410/1975, de 25 de noviembre)
RGD	Revista General del Derecho
RPPS	Reglamento de Procedimiento para el ejercicio de la Potestad Sancionadora (aprobado por el RD 1398/1993, de 4 de agosto)
RRP	Reglamento de Procedimiento en materia de Responsabilidad Patrimonial (aprobado por el RD 429/1993, de 26 de marzo)
RSCL	Reglamento de Servicios de las Corporaciones Locales (D. de 17 de junio de 1955)
RTDP	Rivista Trimestrale di Diritto Pubblico
RVAP	Revista Vasca de Administración Pública
TAR	Tribunali Amministrativi Regionali
TRLS	Texto Refundido de la Ley sobre el Régimen del Suelo y Ordenación Urbana
TRRL	Texto Refundido de Disposiciones legales vigentes en materia de Régimen Local
VerwArch	Verwaltungsarchiv
VVDStRL	Veröffentlichungen der Vereinigung der Deutschen Staatsrechtslehrer
VwVfG	Verwaltungsverfahrensgesetz (Ley de Procedimiento Administrativo)

LOS CONTRATOS SOBRE LOS ACTOS Y LAS POTESTADES ADMINISTRATIVAS

INTRODUCCION

La Administración lleva ya décadas celebrando «convenios» con los particulares en el ejercicio de sus potestades. No se puede decir, por tanto, que los convenios sean una novedad y, sin embargo, todavía no existen unas reglas claras sobre sus efectos y límites en nuestro Derecho.

Aunque la legislación administrativa continúa afirmando, en la inmensa mayoría de los casos, que la Administración actúa unilateralmente (ya sea autorizando, o dictando órdenes, o concediendo subvenciones), no hace falta ser un experto conocedor de la práctica administrativa para percibir que, cuando la actuación de que se trate tiene cierta relevancia (económica, política, social o de otro tipo), tiene lugar entre las partes una negociación previa y, si se produce un acuerdo, es éste el que determina el contenido de la resolución unilateral que finalmente se dicta.

En los últimos años, los convenios han pasado de ser conocidos sólo en la práctica, a aparecer con regularidad en la jurisprudencia, e incluso son objeto de la atención del legislador y de la doctrina. Pero, a diferencia de lo que ha ocurrido en otros ordenamientos, y singularmente en Alemania e Italia, esta atención todavía no ha llevado a la consolidación de reglas y soluciones generalmente aceptadas para los problemas básicos que plantean los convenios, el primero de los cuales es el de si vinculan o no de algún modo a la Administración.

La jurisprudencia ha mostrado hasta el momento una especie de incomodidad en relación con los convenios, que la ha llevado a eludir, con unos u otros argumentos, su aplicación, pero sin afirmar tampoco que sean inválidos. Se remite a las partes a otros procesos, con buenos argumentos o sin ellos, lo que da lugar, en ocasiones, a auténticas denegaciones de justicia. Por lo que respecta a la doctrina, normalmente se mueve entre la exégesis de alguno de los escasos preceptos que se refieren a los convenios, y la afirmación de dogmas tan generales como el de la indisponibilidad de las potestades administrativas.

Del análisis del significado y tipología de los convenios que se lleva a cabo en la primera parte del trabajo se desprende que los mismos son un instrumento indispensable en la actuación administrativa actual, un instrumento del que no se puede prescindir, aunque su utilización deba ser cuidadosamente regulada para evitar que sirva para eludir garantías básicas en un Estado de Derecho.

En las partes segunda y tercera, en las que se estudian los efectos y límites de las distintas clases de convenios, se analizan primero aquellos que pueden reducirse, en realidad, a instituciones jurídico-administrativas ya conocidas (actos unilaterales, discrecionalidad, responsabilidad extracontractual). A partir de la constatación de que esas instituciones no pueden dar cabida a todos los convenios conocidos en la práctica, se estudian los convenios de naturaleza contractual, que constituyen un tipo específico de contratos de la Administración (los contratos sobre actos y potestades administrativas), distinto de la contratación tradicional sobre obras, suministros y gestión de servicios públicos, y sometido a reglas específicas.

PRIMERA PARTE

**LA ACTUACION CONVENCIONAL
DE LAS ADMINISTRACIONES PUBLICAS
Y SU ACTUAL INCREMENTO**

LOS CONVENIOS DE LAS ADMINISTRACIONES PUBLICAS CON PARTICULARES. SIGNIFICACION Y TIPOLOGIA

1. La creciente relevancia del convenio en la actuación administrativa: delimitación del objeto de estudio

En los últimos años se ha constatado reiteradamente que la Administración celebra, cada vez con mayor frecuencia, convenios con los particulares, no sólo para la adquisición de bienes y servicios (contratos de obra y de suministro, por ejemplo), sino también en su actividad propiamente administrativa o de ejercicio de sus potestades ¹. El mismo fenómeno se ha observado en otros países de nuestro entorno, como Alemania ²

¹ Así, GARCÍA DE ENTERRÍA/FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, *Curso de Derecho Administrativo*, vol. I, Madrid, 1997 (8.ª ed.), pág. 666, hablan de la «cada vez más extensa gama de los llamados genéricamente conciertos». Vid. también ARIÑO ORTIZ, «Transparencia y participación en la Administración Pública española» (en AA.VV., *Ciudadanos y reforma administrativa*, Madrid, 1995, págs. 69 y sigs.), pág. 101; FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, «Administración imperativa y administración concertada en la vida económica», en *El nuevo Derecho de la empresa*, Madrid, 1989, págs. 51 y sigs. [donde dice, refiriéndose a los convenios urbanísticos, que «han llegado a convertirse (...) en el modo habitual de administrar, desplazando prácticamente a la Ley del Suelo que, en presencia de ellos, no pasa de ser sino una mera referencia retórica común en el curso de las negociaciones enderezadas a concluirlos», pág. 69; la cursiva es mía], GONZÁLEZ PÉREZ/GONZÁLEZ NAVARRO, *Comentarios a la Ley de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y Procedimiento Administrativo Común*, Madrid, 1997, vol. I, pág. 1491; PAREJO, «La terminación convencional del procedimiento administrativo como forma alternativa de desarrollo de la actividad unilateral de la Administración», en *Eficacia y Administración. Tres estudios*, Madrid, 1995, pág. 166, y *Crisis y renovación en el Derecho Público*, Madrid, 1991, pág. 127; DELGADO PIQUERAS, *La terminación convencional del procedimiento administrativo*, Pamplona, 1995, pág. 144; SANTAMARÍA PASTOR, *Fundamentos de Derecho Administrativo*, vol. I, Madrid, 1991, págs. 36-37.

² Así, y como muestra de la actualidad del tema, es de destacar que, en 1992, la Asociación de Profesores de Derecho del Estado Alemanes eligió a los

o Italia³. Como habrá ocasión de estudiar en los §§ 2 y 3 de este capítulo, no se trata únicamente de contratos atípicos, de acuerdos carentes de respaldo normativo alguno⁴, sino que

«Contratos y acuerdos entre la Administración y los particulares» (*Verträge und Absprachen zwischen der Verwaltung und Privaten*) como uno de los dos temas monográficos de su reunión anual. Los trabajos del congreso, que incluyen las ponencias monográficas de BURMEISTER y KREBS, así como los informes de profesores de Francia, Austria y Suiza y el interesante debate final, han sido publicados en *VVDStRL*, 52 (1993), págs. 190 y sigs. La ponencia de KREBS (autor de varios trabajos anteriores sobre el tema) ha sido traducida por Julia NIETO KÖNIG y publicada en *DA*, 235-236 (1993), págs. 55 y sigs. (se cita por la traducción española). Este autor afirma que «la práctica administrativa nos muestra que el contrato administrativo está “de moda”» (pág. 59), y que «la forma de actuación administrativa consensuada es práctica habitual dentro de la gama de técnicas orientadoras del Estado y (...) va adquiriendo cada vez mayor peso» (pág. 60). GIACOMETTI decía, ya en 1960, que los acuerdos entre Administración y ciudadanos desempeñaban en la doctrina y en la práctica «un papel creciente» [*Allgemeine Lehre des rechtsstaatlichen Verwaltungsrechts (Allgemeines Verwaltungsrecht des Rechtsstaates)*], vol. I, Zürich, 1960, pág. 441]. En la Exposición de Motivos del Proyecto de Ley de Procedimiento Administrativo (*VwVfG*) de 18 de julio de 1973 (publicado en *Verhandlungen des Deutschen Bundestags*, 7. Wahlperiode, Band 178, Drucksache 7/910; es el proyecto que dio lugar a la vigente *VwVfG*), se dice que el interés por el contrato no es meramente doctrinal, porque «la propia Administración ha hecho uso del contrato en medida creciente también para la disciplina de objetos jurídico-públicos» (pág. 76).

³ Por todos, *vid.* GIANNINI, *Le obbligazioni pubbliche*, Roma, 1964, pág. 17; FERRARA, *Gli accordi tra i privati e la pubblica amministrazione*, Milano, 1985, pág. 8; CASSESE, *Cultura e politica del diritto amministrativo*, Bologna, 1971, pág. 152, *Le basi del diritto amministrativo*, Milano, 1996 (reimpresión de la 3.ª ed.), págs. 384 y sigs.; A. ROMANO, «Il cittadino e la pubblica amministrazione», en AA.VV., *Il diritto amministrativo degli anni '80*, Milano, 1987, pág. 187; SANVITI, *Convenzioni e intese nel diritto pubblico*, Milano, 1978, págs. 1 y sigs.; MASUCCI, *Trasformazione dell'amministrazione e moduli convenzionali. Il contratto di diritto pubblico*, Napoli, 1988, págs. 8 y sigs.

⁴ Respecto a los acuerdos informales, consisten sobre todo en negociaciones previas al dictado de actos de cierta complejidad, no obstante el carácter unilateral de la resolución a la que se refieren, como ha sido observado desde antiguo: así, por FORTI, a propósito de las concesiones administrativas, «Natura giuridica delle concessioni amministrative», *Giurisprudenza italiana*, vol. LII (1900), IV, cols. 369 y sigs., col. 393, y entre nosotros por DÍAZ LEMA, *Subvenciones y crédito oficial en España*, Madrid, 1985, págs. 187-188; también por KREBS, «Contratos y convenios», *cit.*, pág. 60; BAUER, «Informelles Verwaltungshandeln im öffentlichen Wirtschaftsrecht», *VerwArch*, 78 (1987), págs. 241 y sigs.; J. MARTENS, *Die Praxis des Verwaltungsverfahrens*, München, 1985, págs. 154-155; LADEUR, «Die Zukunft des Verwaltungsakts», *VerwArch*,

diversos legisladores, entre ellos el español (con el art. 88 LAP), siguiendo en algún caso una jurisprudencia expresa, han incluido al convenio entre las formas de ejercicio de las potesta-

86 (1995), págs. 511 y sigs., esp. pág. 520; KIRCHHOF, «Mittel staatlichen Handelns», en ISENSEE/KIRCHHOF (hrsg.), *Handbuch des Staatsrechts*, vol. III, Heidelberg, 1996 (2.ª ed.), págs. 186 y sigs. (§ 59.157-165); BULLING, «Kooperatives Verwaltungshandeln (Vorverhandlungen, Arrangements, Agreements und Verträge) in der Verwaltungspraxis», *DöV*, 42 (1989), págs. 277 y sigs. (con especial atención al acuerdo en materia ambiental). Son negociaciones (y acuerdos) alternativas o previas a un procedimiento o resolución formalizados, carecen de regulación positiva y las partes las consideran jurídicamente irrelevantes, como señalan: BAUER, «Informelles Verwaltungshandeln», *cit.*, pág. 247; KUNIG, «Verträge und Absprachen zwischen Verwaltung und Privaten», *DVBf*, 107 (1992), págs. 1193 y sigs., pág. 1195; PITSCHAS, *Verwaltungsverantwortung und Verwaltungsverfahren. Strukturprobleme, Funktionsbedingungen und Entwicklungsperspektiven eines konsensualen Verwaltungsrechts*, München, 1990, pág. 250, y «Entwicklung der Handlungsformen im Verwaltungsrecht-Vom Formendualismus des Verwaltungsverfahrens zur Ausdifferenzierung der Handlungsformen», en BLÜMEL/PITSCHAS (hrsg.), *Reform des Verwaltungsrechts*, Berlín, 1994, págs. 229 y sigs., esp. pág. 250. Atestiguan su gran frecuencia autores como HÄUSLER, «Konsensuales Verwaltungshandeln durch Absprachen aus der Sicht des Rechtsanwalts am Beispiel des Baurechts und des Umweltsrechts», en HILL (hrsg.), *Verwaltungs durch Verträge und Absprachen*, Baden-Baden, 1990, págs. 171 y sigs., o KLOEPFER, «Zu den neuen umweltrechtlichen Handlungsformen des Staates», *JZ*, 46 (1991), pág. 738. Otra forma de concertación informal son los acuerdos que pretenden hacer innecesaria la producción de un acto (*gesetzesabwehende Vereinbarungen, Selbstbeschränkungsabkommen*, en la terminología utilizada por ISENSEE/KIRCHHOF o BAUER), en los cuales los particulares sujetos a una potestad administrativa acuerdan con la Administración los términos en que van a adecuar su conducta a la norma, para hacer innecesaria su aplicación imperativa.

Sobre la admisibilidad de este tipo de técnicas, y sobre su relevancia jurídica indirecta a través de la responsabilidad patrimonial de la Administración, *vid.*, además de los autores y obras citados, SCHMIDT-ASSMANN, «Die Lehre von den Rechtsformen des Verwaltungshandelns. Ihre Bedeutung im System des Verwaltungsrechts und für das verwaltungsrechtliche Denken der Gegenwart» [se cita por la traducción española, a cargo de NICOLÁS MUÑIZ, «La doctrina de las formas jurídicas de la actividad administrativa. Su significado en el sistema del Derecho administrativo y para el pensamiento administrativista actual», *DA*, 235-236 (1993), págs. 7 y sigs.], pág. 29; SCHMIDT-ASSMANN/KREBS, *Rechtsfragen städtebaulicher Verträge: Vertragstypen und Vertragsrechtslehren*, Köln, 1992 (2.ª ed.), pág. 65; BONK en STELKENS/BONK/SACHS, *Verwaltungsverfahrensgesetz Kommentar*, München, 1993 (4.ª ed.), pág. 1228 (§ 54.18b); HENKE, «Verwaltungshandeln durch Verträge und Absprachen»; HILL (hrsg.), *Verwaltungs durch Verträge und Absprachen*, *cit.*, págs. 115 y sigs., esp. págs. 119-120.

des administrativas ⁵. El contrato sale así de su ámbito usual y pasa a convertirse en una figura presente (aunque con perfiles diversos) en el desarrollo de cualquier actuación administrativa.

Se han registrado convenios de este tipo en múltiples sectores de esta actividad, sobre todo cuando sea conflictiva o se necesite adecuar la estricta aplicación de la norma a circunstancias no previstas en ella, y siempre, en todo caso, que las relaciones jurídicas de que se trate tengan una mínima relevancia económica o social que compense los costes de la negociación. Los ejemplos más abundantes se dan en sectores de gran complejidad y en los que se contraponen múltiples intereses públicos y privados, como el urbanístico, el ambiental o el de la competencia ⁶. Se celebran convenios con representantes de todo un colec-

⁵ Dejando para más adelante el estudio de la regulación alemana e italiana de los convenios, autores como LANGE, «Die Abgrenzung des öffentlichrechtlichen Vertrages vom privatrechtlichen Vertrag», *NVwZ*, 2 (1983), págs. 313 y sigs. (pág. 313), o SCHERZBERG, «Grundfragen des verwaltungsrechtlichen Vertrages», *JuS*, 32 (1992), págs. 205 y sigs. (pág. 205), han subrayado la relevancia actual de los acuerdos formales o con pretensión de ser jurídicamente relevantes. Un examen de la jurisprudencia recaída sobre este tipo de contratos puede verse en MAURER/HÜTHER, *Die Praxis des Verwaltungsvertrags im Spiegel der Rechtsprechung*, Konstanz, 1989. El tema fue relativamente polémico en años anteriores. En 1982, PÜTTNER publicó un artículo con el significativo título «Wider den öffentlich-rechtlichen Vertrag zwischen Staat und Bürger» («Contra el contrato de Derecho público entre Estado y ciudadano»), *DVBt*, 97 (1982), págs. 122 y sigs., en el que mostraba la escasa jurisprudencia producida sobre contratos hasta aquel momento como un índice de la escasa utilidad de la institución. Esa jurisprudencia acreditaría, además, que los contratos se aplican únicamente en materia urbanística. A ese artículo contestó seguidamente HEBERLEIN, «Wider den öffentlich-rechtlichen Vertrag?», *DVBt*, 97 (1982), págs. 763 y sigs. Este autor rebatió el argumento de la falta de jurisprudencia indicando que, en 1982, todavía no había dado tiempo a que los eventuales contratos firmados tras la entrada en vigor de la *VwVfG* (1 de enero de 1977) diesen lugar a sentencias de los Tribunales superiores, así como, en un plano más general, que el contrato es por fuerza una figura menos litigiosa que el acto administrativo, al ser su finalidad normalmente la evitación del proceso, como indican también SCHILLING, «Der “unfreiwillige” Vertrag mit der öffentlichen Hand. Erscheinungsformen und Rechtsschutz», *VerwArch*, 87 (1996), págs. 191 y sigs. (pág. 192, nota 3), o BONK en STELKENS/BONK/SACHS, *VwVfG*, cit., pág. 1216 (§ 54.3).

⁶ Dejando al margen antiguos ejemplos (como los convenios fiscales o sobre precios; *vid.*, sobre los primeros, SAINZ DE BUJANDA, *Hacienda y Derecho*,

tivo social (asociaciones sindicales, empresariales o profesionales) y también con sujetos individuales con referencia a un acto administrativo concreto ⁷.

El elemento común a todos los convenios es su objeto: el ejercicio de una potestad administrativa. La Administración, que puede actuar unilateralmente ejerciendo sus potestades, prefiere

vol. III, Madrid, 1963, págs. 168 y sigs., y sobre los segundos, TORNOS MAS, *Régimen jurídico de la intervención de los poderes públicos en relación con los precios y las tarifas*, Bolonia, 1982, págs. 106 y sigs.), cabe recordar en este momento los convenios urbanísticos, expropiatorios (no fácilmente separables de los anteriores), la terminación convencional en materia de responsabilidad patrimonial de la Administración, de responsabilidad civil derivada de una infracción administrativa, de concesión de subvenciones o autorizaciones, etc.

En otros ordenamientos, como el alemán, se dispone de estudios más completos, que abarcan también los convenios que se celebran sin habilitación normativa (que en España conocemos únicamente a través de la jurisprudencia o de obras como *El urbanismo heredado*, Madrid, 1982, donde el Ayuntamiento de Madrid explica la política de convenios llevada a cabo a partir de 1979). Esa visión amplia pone de relieve que se celebran convenios tanto en la actividad de fomento (donde resulta más claro, ya que siempre hay que contar con el consentimiento del particular), como en la actividad de intervención, como ocurre con la negociación previa al otorgamiento de autorizaciones, o para la determinación de sus condiciones: *vid.* (además de los autores y obras citados en la nota 1) SCHNEIDER, «Kooperative Verwaltungsverfahren. Problemeben der Kooperation in multilateralen Interessenstrukturen, aufgezeigt am Beispiel von Nachvollziehender Amtsermittlung, Vorhaben- und Erschließungsplan sowie Konfliktmittlung», *VerwArch*, 87 (1996), págs. 38 y sigs., esp. pág. 50; HÄUSLER, «Konsensuales Verwaltungshandeln», *cit.*, págs. 171 y 178. El contrato no se limita a unos pocos sectores, sino que aparece, con mayor o menor frecuencia, en la mayoría de ellos, según indican BEINHARDT, «Der öffentlich-rechtliche Vertrag im deutschen und französischen Recht», *VerwArch*, 55 (1964), págs. 151 y sigs. y 210 y sigs. (pág. 252), y KIRCHHOF, *Verwalten durch «mittelbares» Einwirken*, Köln-Berlin-Bonn-München, 1977, pág. 31. Un repaso exhaustivo de los diferentes acuerdos (tanto vinculantes como informales) concluidos en los Estados comunitarios en materia de medio ambiente, se contiene en la reciente Comunicación de la Comisión al Consejo y al Parlamento Europeo relativa a los Acuerdos sobre Medio Ambiente, de 27 de noviembre de 1996 [COM (96) 561 final]. La conclusión del estudio es que «desde principios de los años noventa, la utilización de acuerdos con la industria en la política de medio ambiente ha sido una práctica cada vez más extendida en casi todos los Estados miembros» (pág. 22).

⁷ Específicamente sobre los acuerdos «colectivos», es decir, los suscritos por organizaciones representativas de intereses sectoriales y por las Administraciones, *vid.* FERRARA, *Gli accordi*, *cit.*

en algunos casos ponerlas en juego en una negociación con los ciudadanos sujetos a ellas y celebrar con éstos acuerdos que, *more contractuale*, regulan sus relaciones jurídicas y permiten modular el ejercicio de las potestades. El acuerdo hace que, o bien el ejercicio formal de la potestad resulte innecesario (porque los particulares adecúan voluntariamente su comportamiento al fin pretendido por las normas), o bien la potestad se ejercita mediante el acuerdo (por lo que es innecesario que se dicte un acto unilateral), o bien la Administración dicta actos posteriores, pero que tienen al convenio como base jurídica adicional a la potestad, de forma que resultan obligados para la Administración y consentidos anticipadamente por sus destinatarios. Se trata, por tanto, de contratos sobre actos y potestades ⁸.

Los particulares acceden normalmente a la celebración del contrato porque saben que, en otro caso, la Administración les dirigirá un acto unilateral tanto o más oneroso ⁹. La Administración recurre al convenio, a pesar de poder actuar unilateralmente, para evitar un conflicto con el particular y para insertar cláusulas que normalmente no habrían sido admisibles en un acto.

Quedan fuera del ámbito de esta figura los convenios inter-administrativos en sentido estricto, es decir, aquellos que no se celebran entre el titular de una potestad y los sometidos a ella, sino entre los titulares de diversas potestades cuya común incidencia sobre un determinado objeto hace conveniente su articulación recíproca ¹⁰. Entre ambos tipos de convenios existen diferencias

⁸ Sobre el *objeto* contractual (un acto o el ejercicio de una potestad) como nota distintiva de este tipo de contratos sobre los demás, *vid. infra*, en el § VI.2.

⁹ Como ha observado en Alemania BULLING («Kooperatives Verwaltungshandeln», *cit.*, pág. 289), los convenios sólo se suelen celebrar cuando el particular sabe que la Administración cuenta con medios unilaterales de coerción (potestades administrativas).

¹⁰ También pueden celebrarse convenios sobre actos y potestades entre Administraciones Públicas (como admite el art. 88.1 LAP), siempre que una de ellas esté sujeta a una potestad de la que es titular la otra. En este sentido, *vid. MENÉNDEZ REXACH*, «Procedimientos administrativos: finalización y ejecución», en LEGUINA VILLA/SÁNCHEZ MORÓN, *La nueva Ley de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común*, Madrid, 1993, pág. 263, *Los convenios entre Comunidades Autónomas*, Madrid, 1982, págs. 32 y 78, y PAREJO, «La terminación convencional», *cit.*,

que aconsejan su estudio por separado. La alternativa a los convenios sobre actos y potestades es el ejercicio unilateral de éstas, mientras que en los convenios interadministrativos el problema es la distribución competencial entre diversas Administraciones.

2. Clasificación de los convenios en función de su objeto

Una de las notas relevantes para establecer el régimen jurídico de los diferentes convenios es la clase de potestad (o de poder jurídico-público, en general) que tengan por objeto. Existen, en primer lugar, acuerdos sobre el ejercicio de poderes no regulados por el Derecho administrativo, sino por el Derecho constitucional u otras ramas del Derecho público, y que conviene recordar.

Es el caso de los acuerdos parlamentarios, especialmente los pactos de legislatura y coaliciones de Gobierno. Estos acuerdos no son desconocidos ni infrecuentes en nuestra práctica constitucional, y con frecuencia son formalizados en documentos de estilo contractual, en los que las partes comprometen, bien el ejercicio de su derecho al voto en el Parlamento (obligándose a apoyar a un determinado Gobierno o a votar a favor de un Proyecto de Ley), bien su potestad de organización del Gobierno (incluyendo en éste a miembros de la otra parte), y todo ello a través, frecuentemente, de los partidos políticos en que militan, sea los parlamentarios, sea los miembros del (futuro) Gobierno ¹¹.

pág. 195. Así, mientras que la terminación convencional del artículo 88 LAP se produce, en su caso, al final de un procedimiento tramitado por una Administración para ejercer una de sus potestades mediante la producción de un acto unilateral, y el convenio se celebra con los interesados en ese procedimiento, en los convenios interadministrativos regulados en el artículo 6, cada Administración interviene en ejercicio de una competencia [art. 6.2.b)].

Sobre los convenios interadministrativos, *vid.* la reciente monografía de RODRÍGUEZ DE SANTIAGO, *Los convenios entre Administraciones Públicas*, Madrid, 1997, que he podido manejar durante la corrección de pruebas de este trabajo.

¹¹ *Vid.* DI MARCO, *La negoziazione legislativa*, Padova, 1984; GARCÍA-PELAYO, «Segundo círculo y decisión consensuada», *DA*, 188 (1980), págs. 7 y

También se incluyen en esta categoría las negociaciones y los acuerdos dirigidos a evitar o a poner fin extrajudicialmente a un conflicto de competencias entre el Estado y una Comunidad Autónoma, o entre varias Comunidades Autónomas entre sí, del que corresponda conocer al Tribunal Constitucional¹². Lo mismo ocurre, en Derecho comunitario, en el caso de un recurso de incumplimiento interpuesto contra un Estado miembro por la Comisión o por otro Estado (art. 169 del Tratado CE). En ambos casos, a la fase propiamente contenciosa debe preceder un requerimiento a la otra parte que, si por un lado, da al Estado al que se imputa la exlimitación competencial o el incumplimiento la oportunidad de modificar su conducta, y a su vez delimita el ámbito del futuro conflicto, por otro es la «cara visible» de unas negociaciones que intentan evitar el proceso¹³.

sigs. (ahora en *Las transformaciones del Estado contemporáneo*, Madrid, 1996, págs. 197 y sigs.); NICOLÁS MUÑIZ, «Programa político y legislativo del Gobierno. Pactos de coalición y contrato de legislatura», *DA*, 188 (1980), págs. 385 y sigs.

¹² Esta clase de acuerdos se producen con frecuencia en Derecho italiano, ya que el artículo 127 de la Constitución prevé que, antes de la impugnación estatal de una Ley regional, el Comisario del Gobierno (nuestro Delegado del Gobierno) inste a la Región a derogar o reformar la norma conflictiva. Según FALCON, *Le convenzioni pubblicistiche. Ammissibilità e caratteri*, Milano, 1984, págs. 317 y sigs., se trata de acuerdos no vinculantes, en los que las partes intervienen sin intención de obligarse jurídicamente. Ni la región está obligada a introducir en el texto de la Ley las modificaciones solicitadas por el Gobierno, ni éste queda obligado a no oponerse a la Ley en caso de que sea modificada según sus indicaciones.

¹³ R. ALONSO GARCÍA, *Derecho Comunitario. Sistema Constitucional y Administrativo de la Comunidad Europea*, Madrid, 1994, pág. 457, cita al respecto estas palabras de SNYDER: «La Comisión ocupa una posición muy diferente a la mayoría de los litigantes. Está en situación de litigar de una manera continua, tanto activa como reactivamente, a fin de crear contrapesos, sentar condiciones o establecer marcos de negociación. En otras palabras, puede convertir los litigios en recurso para la negociación estructurada. (...) Dado que los litigios entre gobiernos implican con frecuencia conflictos irresolubles y conclusiones indeterminadas, la Comisión puede utilizarlos como un aspecto de su estrategia negociadora». Sobre este tema, *vid.* también GARCÍA DE ENTERRÍA, «Las competencias y el funcionamiento del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas: Estudio analítico de los recursos», en GARCÍA DE ENTERRÍA/GONZÁLEZ CAMPOS/MUÑOZ MACHADO (dirs.), *Tratado de Derecho Comunitario Europeo*, Madrid, 1986, vol. I, págs. 656 y sigs., esp. pág. 674; MATTERA, *El Mercado Unico Europeo. Sus reglas, su funcionamiento*, trad.

También hay que recordar los acuerdos alcanzados en el proceso penal (conformidad del acusado, *plea bargaining*, *patteggiamento*)¹⁴. Con razón se ha dicho que la admisión y regulación en los distintos ordenamientos de este tipo de acuerdos pone en cuestión dogmas como los de unilateralidad e indisponibilidad del Poder público, que, si son aplicables al Derecho Administrativo, lo deberían ser aún más al Penal¹⁵. Cuando la Ley reconoce expresamente los acuerdos de este tipo, la conformidad del acusado puede suponer para él una reducción de la pena. Las partes tienen interés en concluir un acuerdo en aquellos casos (no infrecuentes) en que la acusación particular está interesada, sobre todo, en la responsabilidad civil del acusado, de modo que se acuerda reducir la acusación penal y aumentar la cuantía de las indemnizaciones.

Los convenios o acuerdos que son objeto de este trabajo son los que se refieren a potestades y actos administrativos. Dentro de ellos se distinguen los convenios sobre potestades discrecionales y los convenios de ejecución.

Las notas relevantes de la discrecionalidad, a efectos de posibles negociaciones o acuerdos sobre el ejercicio de este tipo de potestades, son: *a*) que la decisión administrativa debe basarse en una valoración del interés público, que ha sido encomendada por la Ley precisamente a la Administración, y *b*) que justamente por ello, ningún interesado tiene derecho a que se dé a la decisión discrecional un contenido determinado (salvo aque-

esp. de Cora ZAPICO LANDROVE, Madrid, 1991, págs. 706-707; MENGOZZI, *Il diritto delle Comunità Europee*, Padova, 1990, pág. 182.

¹⁴ Vid. PUENTE SEGURA, *La conformidad en el proceso penal español*, Madrid, 1994. Sobre el Derecho italiano, con múltiples referencias, MACCHIA, *Il patteggiamento*, Milano, 1992; FIANDACA, «Pena “patteggiata” e principio rieducativo: un arduo compromesso tra logica di parte e controllo giudiziale», *Foro italiano*, CXIII (1990), I, cols. 2385 y sigs.; VENAFRIO, «Natura giuridica ed effetti della diminuzione di pena disposta in sede di giudizio abbreviato e di patteggiamento», *Rivista italiana di diritto e procedura penale*, nueva época, 36 (1993), págs. 1107 y sigs., además de obras generales, como RAMAJOLI, *I procedimenti speciali nel codice di procedura penale*, Padova, 1993, págs. 33 y sigs., o CORDERO, *Procedura penale*, Milano, 1993, págs. 959 y sigs.

¹⁵ Vid. PAREJO, «La terminación convencional», *cit.*, pág. 173.

llos supuestos en los que, por razones ajenas a la propia discrecionalidad, el margen de decisión administrativa haya quedado reducido a una sola opción) ¹⁶.

La legislación ofrece algunos ejemplos de acuerdos referidos al ejercicio de potestades discrecionales. Así, los convenios de planificación urbanística, regulados por algunas leyes autonómicas, en los que se prometen determinadas prestaciones a cambio de la aprobación de un instrumento de planeamiento o de una modificación del mismo ¹⁷. También los acuerdos y pactos sobre las condiciones de trabajo de los funcionarios públicos, dado que la determinación de esas condiciones sería llevada a cabo (en defecto de acuerdo) unilateralmente por el Consejo de Ministros u otros órganos competentes, de manera discrecional (art. 37.2 de la Ley 9/1987, de 12 de junio, sobre órganos de representación, determinación de las condiciones de trabajo y participación del personal al servicio de las Administraciones Públicas). También se refieren a procedimientos discrecionales algunos de los supuestos de terminación convencional regulados con posterioridad a la LAP, como el procedimiento para la autorización de aquellos acuerdos de sociedades privatizadas que sean relevantes para el interés público ¹⁸, y los de concesión de subvenciones y ayudas

¹⁶ Sobre la relación entre discrecionalidad y posiciones subjetivas del ciudadano frente a la Administración, *vid.* (para corregir de algún modo el esquematismo del texto) las advertencias de CASSESE, *Le basi, cit.*, págs. 432 y sigs.

¹⁷ En particular, en la Disposición Adicional 4.^a de la Ley valenciana 4/1992, de 5 de junio, en los artículos 140-142 de la Ley navarra 10/1994, de 27 de junio, de Ordenación del Territorio y Urbanismo, así como en los arts. 74-76 de la Ley madrileña 9/1995, de 28 de marzo, de Medidas de Política Territorial, Ordenación del Territorio, Suelo y Urbanismo. Sobre este tipo de convenios *vid.* el § III.3 de mi libro *Los convenios urbanísticos*, Madrid, 1998.

¹⁸ Este procedimiento es regulado por la Ley 5/1995, de 23 de marzo, desarrollada por el RD 1525/1995, de 15 de septiembre; véase también el RD 3/1996, de 15 de enero, que dispone y regula su aplicación al grupo de empresas Repsol, y el RD 8/1997, de 10 de enero, sobre Telefónica. Se trata de una autorización claramente discrecional, en cuanto motivada por y basada en la relevancia que para el interés público tienen la titularidad de esas sociedades y algunas de sus posibles decisiones. Además, la competencia para resolver se encomienda al Consejo de Ministros y las normas no establecen pauta material alguna para dicha resolución, más allá de la (obvia) referencia al interés público. En este procedimiento se admite expresamente la terminación convencional (arts. 5.2 de la Ley 5/1995 y 4.4 del RD 3/1996).

públicas (aprobado por el RD 2225/1993, de 17 de diciembre) y autorizaciones (RD 1778/1994, de 5 de agosto). Tanto las autorizaciones como las subvenciones *pueden* contener elementos discrecionales, según la regulación de cada supuesto concreto.

Frente a las potestades discrecionales, y a los acuerdos a que en su ejercicio se puede llegar, están los que aquí se han llamado convenios de ejecución¹⁹. Estos se definen por la ausencia de elementos discrecionales en la actividad administrativa de que se trate. La decisión administrativa no tiene como presupuesto una valoración del interés público, sea porque esa valoración ha sido ya agotada por la Ley o porque se realiza en una fase anterior del procedimiento, plasmada en una decisión (o acuerdo) autónomos²⁰. Frente a lo que ocurre en el supuesto de las potes-

¹⁹ En un sentido similar, MENÉNDEZ REXACH, «Procedimientos administrativos: finalización y ejecución», *cit.*, pág. 265, habla de «convenios de composición, para dirimir diferencias de criterio sobre la aplicación de preceptos legales al caso concreto». También han recogido la distinción autores alemanes o italianos. Así, LAYER (*Zur Lehre vom öffentlich-rechtlichen Vertrag*, Graz-Leipzig, 1916, págs. 34 y sigs.) estudiaba por un lado los convenios en los que se pacta el contenido de una obligación jurídico-pública preexistente, y por otro los convenios en los que el particular asume prestaciones extralegales para que la Administración dicte un acto determinado. SALZWEDEL, *Die Grenzen der Zulässigkeit des öffentlich-rechtlichen Vertrages*, Berlín, 1958, distingue estos contratos, según que su objeto sea la constitución (*Begründung*) de una relación jurídica, o la configuración (*Gestaltung*) de una relación jurídica previa (págs. 75-81). En el primer caso, el acuerdo recaerá sobre la concurrencia o no de los presupuestos del nacimiento de la relación jurídica (que, en el caso de relaciones de Derecho público, incluirán apreciaciones de interés público a las que está ligado el ejercicio de la potestad). En el segundo, el acuerdo se referirá a la medida o al contenido de una relación ya constituida, aspectos que, de ordinario, son meramente patrimoniales y no dependen en absoluto de una valoración del interés público (piénsese en la oposición entre el acuerdo de necesidad de ocupación y la fijación del justiprecio expropiatorio). En el mismo sentido, y abandonando ya el Derecho alemán, puede citarse a GIANNINI [*Diritto amministrativo*, Milano, 1993 (3.ª ed.), vol. II, págs. 431 y sigs.], que habla de contratos *accessivi* y *ausiliari* (equiparables a lo que aquí se ha llamado convenios de ejecución), mediante los cuales la Administración y el destinatario de un acto disciplinan los aspectos patrimoniales derivados de un acto unilateral, siendo éste el que constituye la relación jurídico-pública en ejercicio de una potestad administrativa.

²⁰ En la actividad «de ejecución» habrá que tener en cuenta el interés público en el sentido de interés patrimonial de la Administración (art. 4 LCAP).

tades discrecionales, el ciudadano sometido a este tipo de actividad administrativa es titular de derechos subjetivos a un contenido concreto del acto, y puede obtener el reconocimiento judicial de tales derechos.

Así ocurre, en primer lugar, con el ejercicio de potestades administrativas regladas. Piénsese en las autorizaciones regladas, como la licencia de obras, o en aquellas subvenciones cuyos requisitos están totalmente predeterminados por la norma y/o convocatoria que las regule. Ya se ha visto antes que en estos dos supuestos está prevista la posibilidad de terminación convencional del procedimiento. En la expropiación forzosa, junto a elementos discrecionales, plasmados en la declaración de utilidad pública y el acuerdo de necesidad de ocupación, el expropiado tiene derecho a la fijación y pago del justiprecio, que no es discrecional (dicha fijación ha sido, como es sabido, uno de los ejemplos tradicionales de convenio en el ejercicio de potestades administrativas).

En otros casos, nos encontramos con una relación jurídica obligacional normal, ajena al ejercicio de potestades administrativas, que ha sido «administrativizada» como consecuencia del juego de la autotutela, pero sin que ello altere los dos elementos a que me he referido antes: ausencia de una valoración del interés público, y titularidad, en el particular, de un derecho subjetivo a una configuración concreta del acto. Existen dos claros ejemplos en este sentido, en los que se reconoce expresamente, además, la posibilidad de celebración de acuerdos entre la Administración y los particulares.

En cambio, cuando el artículo 103.1 CE dice que la Administración Pública «sirve con objetividad los intereses generales», se está refiriendo a aquellos intereses de la colectividad cuyo servicio, garantía o procura le ha encomendado la Ley (la concreción de ese interés se le puede encomendar también a la Administración, y entonces existen elementos discrecionales en su actuación). Al negociar un acuerdo expropiatorio, un acuerdo sobre la cuantía de la indemnización en un supuesto de responsabilidad, o bien el pago de los gastos de urbanización mediante cesión de terrenos (art. 122.2 del TRLS de 1976), lo que está en juego es exclusivamente el interés público en sentido patrimonial, el mayor o menor coste que la Administración deberá asumir. Los intereses generales han sido valorados, en algunos de estos supuestos, en un momento anterior: al decidir la expropiación, o al aprobar el Plan urbanístico de cuya ejecución se trate.

El primero de ellos es la responsabilidad civil extracontractual de la Administración. La producción de una lesión resarcible da lugar al nacimiento de un derecho subjetivo a la indemnización. El reconocimiento de ese derecho y el pago de la indemnización no están condicionados a ninguna determinación sobre lo que sea de interés público en el caso concreto, que haya sido encomendada a la Administración. Por ello, en el acto que resuelve el procedimiento para la determinación de la responsabilidad patrimonial no hay ejercicio de ninguna potestad administrativa sustantiva, sino sólo de la autotutela. En este procedimiento se admite la terminación convencional (arts. 8 y 13 del Reglamento aprobado por RD 429/1993, de 26 de marzo).

Lo mismo sucede en el caso de la modificación de los contratos administrativos. Sin perjuicio de que la Administración decida la modificación discrecionalmente (ejercicio del *ius variandi*), en la fijación del precio de las nuevas unidades de obra no hay nada de discrecional, y el contratista tiene derecho al pago de su precio. La LCAP, en su artículo 146.2, establece la fijación arbitral de los nuevos precios, a falta de acuerdo entre la Administración y el contratista.

Los convenios de ejecución tienen un importante campo de actuación en el Derecho urbanístico, y han sido ya regulados en la legislación autonómica como un tipo contractual diferente a los convenios de planeamiento (lo que avala la distinción de la que he partido en este epígrafe)²¹. En los convenios de ejecución se regula el cumplimiento de las diversas obliga-

²¹ *Vid. supra*, nota 17. La sentencia de 29 de noviembre de 1989 (Ar. 8371, Esteban Álamo) dice, de conformidad con esta idea, que «el Plan General concreta y define el interés público urbanístico, privando a la actividad administrativa de ejecución de toda independencia, convirtiéndola, como es lógico, en mero desarrollo de lo previamente definido, calificado, planeado y previsto». Este es el motivo en el que fundamenta la sentencia su decisión de anular parcialmente el Plan: «El Plan recurrido no constituye un instrumento de ordenación territorial (...), no definiendo claramente el estatuto o régimen de la superficie ordenada, marcando directrices, posibilidades o alternativas a precisar o definir en la fase de gestión o ejecución, con negociaciones entre la empresa recurrente y el Ayuntamiento de Castrillón».

ciones que actúan, una vez aprobado un Plan susceptible de ejecución directa (y agotado, por tanto, el margen de discrecionalidad de la Administración), como condición del otorgamiento de licencias de obra.

A estos convenios se aplica la definición que GARCÍA DE ENTERRÍA y FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ dan de los llamados «conciertos entre Administración y administrados»: «simple acuerdo sobre la medida de una obligación, o de una ventaja, típicas de una relación de sumisión jurídico-pública previamente establecida entre la Administración y la persona con quien ella conviene»²². Lo relevante es que se opera sobre una relación jurídica previa, y que el convenio es un procedimiento de fijación del contenido o del modo de cumplimiento de las obligaciones y de ejercicio de los derechos que la componen. Un procedimiento *alternativo* a la resolución administrativa (unilateral), que es el procedimiento que la Administración (como parte de su estatuto jurídico propio) tiene siempre a su disposición, con independencia de que en algunos casos la normativa aplicable prevea, también, la terminación convencional.

²² Vid. GARCÍA DE ENTERRÍA/FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, *Curso, cit.*, vol. I, pág. 667. Definición asumida literalmente por FERNÁNDEZ FARRERES en «Convenio (Derecho Administrativo)», *Enciclopedia Jurídica Básica Civitas*, pág. 1683. En ambas construcciones (singularmente, en la apuntada por FERNÁNDEZ FARRERES), la definición de convenio (o convenio de colaboración) que se reproduce en el texto pretende dar cabida a toda la actividad convencional de la Administración diferente de los contratos administrativos y de Derecho Privado. Para FERNÁNDEZ FARRERES, «junto a los convenios interadministrativos, cuando la relación se entabla entre la Administración y los particulares, es posible distinguir tres tipos suficientemente diferenciados: los contratos administrativos *stricto sensu*, los contratos de derecho privado y los llamados conciertos o convenios». Estos últimos son caracterizados con la definición más atrás entrecomillada. GARCÍA DE ENTERRÍA/FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, tras dar esa definición (que corresponde con el esquema causal de los contratos de fijación, añaden) dicen que «es la fórmula más extendida en este tipo de conciertos», remitiendo los demás supuestos a calificaciones jurídicas no contractuales, como la de actos necesitados de colaboración o la situación estatutaria (*Curso, cit.*, vol. I, pág. 674). El esquema propuesto en el texto presenta a los convenios de ejecución como *uno* de los tipos posibles de convenio, con características diferentes respecto a los acuerdos sobre el ejercicio de potestades discrecionales.

3. Tipología de los convenios de acuerdo con su contenido

En este epígrafe se van a dividir los acuerdos en razón del grado mayor o menor en que vinculen el ejercicio de la potestad o la producción del acto que constituya su objeto. Esa vinculación admite grados diversos, que influyen sobre la validez del acuerdo y sobre su régimen jurídico.

En primer lugar se encuentran los acuerdos no vinculantes desde el punto de vista jurídico²³. Ni puede obligarse a la otra parte a cumplir la prestación prometida, ni el incumplimiento da lugar a pretensión indemnizatoria alguna, ni de tipo contractual ni por *culpa in contrahendo*. Es el caso de la mayoría de lo que antes se ha designado como «acuerdos sobre el ejercicio de poderes que no se rigen por el Derecho Administrativo»: pactos de legislatura, coaliciones de Gobierno, negociaciones para la aprobación de una Ley. Aunque el acuerdo se formalice por escrito, nadie piensa seriamente en la posibilidad de exigir judicialmente su cumplimiento: la idea de que un grupo parlamentario pueda vincular contractualmente el ejercicio de su derecho de voto en las cámaras parlamentarias es inconcebible en el parlamentarismo moderno²⁴. El artículo 88 LAP recuerda que los acuerdos pueden «tener la consideración de finalizados de los procedimientos administrativos o insertarse en los

²³ Criterio de distinción utilizado también por GONZÁLEZ PÉREZ/GONZÁLEZ NAVARRO, *Comentarios, cit.*, vol. I, pág. 1493, y MENÉNDEZ REXACH, «Procedimientos administrativos: finalización y ejecución», *cit.*, pág. 262.

²⁴ Tal vinculación sería incompatible con la interdicción del mandato imperativo (art. 67.2 CE), como explica FERNÁNDEZ SEGADO, «Partidos políticos, representación parlamentaria e interdicción del mandato imperativo», *Revista de las Cortes Generales*, 32 (1994), págs. 35 y sigs., esp. págs. 54 y 70. La doctrina, sin poder negar que el acuerdo, como tal, no es exigible, ni en forma específica ni por equivalente, en vía judicial, y que su incumplimiento tampoco da lugar a pretensión indemnizatoria alguna, insiste en que tampoco se le puede calificar como jurídicamente irrelevante. Así, DI MARCO, *La negoziazione legislativa, cit.*; GIANNINI, *Diritto amministrativo, cit.*, vol. I, pág. 425. En España, *vid.* DELGADO PIQUERAS, *La terminación convencional, cit.*, pág. 111 (que afirma que «los acuerdos en ningún caso son irrelevantes desde el punto de vista jurídico y, desde luego, como cualquier actividad de los poderes públicos no puede considerarse al margen del Derecho ex art. 9.1 CE»), y SANTAMARÍA PASTOR, *Fundamentos, cit.*, pág. 308.

mismos con carácter previo, *vinculante o no*, a la resolución que les ponga fin».

La eficacia de estos acuerdos se apoya en razones puramente fácticas: la parte que incumpla un compromiso se verá sancionada, porque los demás sujetos se negarán a pactar con ella, y no podrá acudir a una técnica (el consenso) necesaria para su actividad²⁵. A causa de su carácter no vinculante, estos acuerdos sólo sirven como cauce jurídico de formas muy débiles de cooperación, aquellas en que las prestaciones de ambas partes pueden ejecutarse simultáneamente o ser fácilmente revocables, de modo que una parte pueda retirar la suya, sin sufrir perjuicios de consideración, en caso de que la otra parte del acuerdo incumpla sus compromisos. En cuanto el fin que se intenta conseguir requiera una cooperación de mayor entidad, con prestaciones patrimonialmente valiosas y de realización irreversible, será precisa la celebración de acuerdos jurídicamente vinculantes²⁶.

Los acuerdos informales se traducen en actos o negocios jurídicos que son los que, formalmente, producen los efectos buscados con el convenio. Así, los acuerdos para la resolución extrajudicial de conflictos o recursos que enfrentan al Estado y a las Comunidades Autónomas ante el Tribunal Constitucional, o a la Comisión y a un Estado ante el Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas, dan lugar al desistimiento por parte de quien ha planteado el recurso o el conflicto (o al archivo del procedimiento incoado por la Comisión). Se buscan instrumentos

²⁵ Se trataría de una especie de «autotutela». Se sanciona el incumplimiento del acuerdo, no mediante la imposición forzosa de su cumplimiento, sino a través de la exclusión de acuerdos futuros.

²⁶ Vid. FALCÓN, *Le convenzioni pubblicistiche*, cit., pág. 254, y BULLINGER, *Vertrag und Verwaltungsakt*, Stuttgart, 1962, pág. 167. Con relación al medio ambiente, la Comisión de las Comunidades Europeas, en su Comunicación al Consejo y al Parlamento Europeo relativa a los Acuerdos sobre Medio Ambiente [COM (96) 561 final], propone «que los acuerdos tengan carácter vinculante» (pág. 3). Un «problema crucial es la posibilidad de hacer cumplir un acuerdo. Si no existen los correspondientes mecanismos y sanciones, su incumplimiento resultará una opción atractiva. (...) En realidad los Estados miembros, tras algunas experiencias decepcionantes, han pasado recientemente a favorecer una mayor oficialización» (pág. 8). «En general, los acuerdos de carácter vinculante ofrecen mayores garantías» (pág. 11).

(como el desistimiento o el archivo de un procedimiento) que no cierran definitivamente el asunto, para permitir un nuevo planteamiento de la cuestión en caso de incumplimiento del acuerdo.

Recorriendo en sentido ascendente la «escala de la obligatoriedad» (*vincolatività*) de los acuerdos sobre actos y potestades administrativas, nos encontramos en segundo lugar con aquellos supuestos, extraordinariamente frecuentes en la práctica, en los cuales un particular se compromete a realizar determinada prestación siempre que la Administración dicte una resolución con el contenido determinado en el acuerdo, o (en general) ejerza (o se abstenga de ejercer) alguna de sus potestades en el sentido delimitado paccionadamente ²⁷.

La Administración *no* queda obligada, como consecuencia de la celebración del acuerdo, a dictar el acto con el contenido pactado o, en definitiva, a cumplir el evento que funciona como condición del cumplimiento por el particular de las prestaciones pactadas. El dictado del acto, el ejercicio (o no ejercicio) de la potestad objeto de convención son justamente eso, *condición* en sentido técnico de una obligación asumida por el particular. En caso de que dicte el acto convenido, la Administración podrá exigir al particular el cumplimiento de su obligación (pago de una cantidad de dinero, cesión de un bien inmueble...). El acuerdo servirá, por tanto, como *causa* de esa obligación del

²⁷ Sin ánimo de caer en reiteraciones, interesa recordar que la prestación prometida por el particular es en todo caso en favor de la Administración: es decir, descarto los supuestos patológicos en los que el titular de un órgano administrativo compromete su actuación en un asunto a cambio de una determinada prestación en beneficio propio (o de su partido político). Prestación «en favor de la Administración» significa dirigida a satisfacer un interés de la Administración. Como he razonado más arriba, ese interés puede tener diversos sentidos, y por ello tan en favor de la Administración es la obligación de abonar una suma de dinero, como la de instalar determinados sistemas de reducción de las emisiones contaminantes. BULLINGER, *Vertrag und Verwaltungsakt*, cit., pág. 199, aunque distingue ambos supuestos, afirma que ambos merecen la misma calificación negativa: «Hasta ahora, el Derecho penal sólo ha pensado en la corrupción derivada de la aceptación de regalos en beneficio privado del funcionario; sin embargo, no se ha pensado en las prestaciones no previstas en la ley a favor de la “caja pública”, que producen la misma impresión de “venalidad” de actuaciones administrativas y el mismo efecto destructivo de la moral administrativa».

particular (algo que, como se ha visto, es imposible en los convenios carentes de efecto vinculante). La prestación del particular no será, a pesar de las apariencias, una donación (ni, naturalmente, un acto abstracto), sino un acto de cumplimiento (*solvendi causa*)²⁸. También es posible que el acuerdo prevea la ejecución inmediata de la prestación del particular, de modo que el dictado del acto funcione como condición *resolutoria* de la misma, lo que no altera los principios del tipo que se estudia²⁹.

²⁸ Así, por ejemplo, la Gerencia de la Infraestructura de la Defensa celebra numerosos convenios con Ayuntamientos en los que se compromete a efectuar a favor del Ayuntamiento cesiones adicionales respecto a las exigidas por la legislación urbanística, al objeto de lograr la recalificación del resto de sus terrenos y así poder venderlos en mejores condiciones, a pesar de que el artículo 2.4 de la Ley 28/1984 (cuya vigencia ha sido prorrogada por la Ley 21/1993, de 29 de diciembre, de Presupuestos Generales del Estado para 1994, y la Ley 32/1994, de 19 de diciembre), dispone: «El Ministerio de Defensa pondrá (...) los bienes a disposición de la Gerencia de la Infraestructura de la Defensa para que se proceda a su enajenación *a título oneroso, sin que en ningún supuesto puedan cederse los bienes gratuitamente a ninguna persona física o jurídica, pública o privada, salvo las cesiones a que obligue la legislación urbanística*». Un ejemplo puede verse en el dictamen de la Dirección General del Servicio Jurídico del Estado de 19 de julio de 1993 (publicado en los *Anales de la Dirección General del Servicio Jurídico del Estado*, 1993, págs. 523 y sigs.; fueron ponentes SANZ GANDASEGUI y LLORENTE BRAGULAT): «La Gerencia se obliga a entregar al Ayuntamiento el dominio de aproximadamente el 70 por 100 de la superficie que ocupaba el Cuartel desafectado (antiguo Cuartel de la Misericordia), para que se destine a equipamiento comunitario; en contraprestación, el Ayuntamiento se obliga en el plazo de un año a partir de la aprobación del Convenio por el Consejo de Ministros a modificar el planeamiento vigente para reclasificar la superficie restante en uso residencial con un determinado volumen edificable» (pág. 528). Ciertamente, una enajenación como la prevista en un convenio de este tipo es una enajenación *a título oneroso*, al estar condicionada a que el cesionario dicte un acto favorable a los intereses del cedente, aunque normalmente los convenios hablan de cesión *gratuita*. Sólo si las enajenaciones pactadas se interpretan en el contexto del convenio, y por tanto como prestaciones enlazadas con otra u otras del Ayuntamiento, se comprueba su verdadera naturaleza de enajenaciones onerosas, y por tanto no opuestas al artículo 2.4 de la Ley 28/1984 (oposición no apreciada hasta ahora por la jurisprudencia).

²⁹ Un ejemplo de este tipo de convenios son, para DE MIGUEL [«Los convenios expropiatorios. Régimen jurídico. La colaboración entre la iniciativa privada y el interés público. Estudios de casos», *Curso de la Revista de Derecho Urbanístico sobre Gestión de las Dotaciones Públicas y Expropiación Urbanística*, 1996 (inédito), pág. 5], los convenios sobre planeamiento, que «tienen

Además, este tipo de convenios se incorporan a la motivación de los actos que la Administración dicta de acuerdo con los mismos. Si la Administración actúa de acuerdo con lo previsto en el convenio, el acto que emita no producirá sólo los efectos establecidos en las Leyes, sino que también permitirá a la Administración adquirir la prestación prometida por el particular. Como esa prestación habrá de ser útil para la satisfacción de los intereses públicos (puesto que sólo así se justifica la celebración del convenio), constituye una razón más para dictar el acto administrativo y para defender su validez ante una eventual impugnación ³⁰.

La Administración que es parte en el acuerdo no asume la obligación de dictar una resolución acorde con la prevista en el mismo. La producción del acto administrativo y la prestación del particular no están relacionadas entre sí como dos obligaciones sinalagmáticas, sino que la primera es condición de la eficacia de la segunda. La Administración puede dictar válidamente un acto distinto del previsto en el acuerdo. Además, el particular que es parte en el acuerdo no puede deducir del mismo pretensión indemnizatoria alguna derivada del mero hecho de su incumplimiento, es decir, de la no realización del evento elevado a condición de su obligación.

Ello no quiere decir que el acuerdo no vincule en absoluto la conducta de la Administración. El acuerdo se celebra, normalmente, antes de la iniciación del procedimiento previo al dictado de la resolución de que se trate (normalmente, antes incluso de que se den los presupuestos de su iniciación o al menos de su terminación) ³¹. El acuerdo, sin vincular en ningún caso el resultado

la naturaleza de actos preparatorios del planeamiento y, en cuanto tales, *carecen de obligatoriedad para la Administración*. Sus efectos para el particular consisten en la *aceptación "a priori" de la ordenación urbanística y de las cesiones, que serán objeto de reversión si no se aprueba la ordenación convenida*. (La cursiva es mía).

³⁰ El propio hecho de que el particular, habiendo suscrito el convenio, no va a impugnar el acto que se dicte en ejecución del mismo, puede ser tenido en cuenta como parte de su motivación. *Vid.* WÜRTEMBERGER, «Aceptación a través del procedimiento administrativo», *DA*, 235-236 (1993), pág. 332.

³¹ De hecho, como se explicará *infra*, § II.2, una de las causas que mueven a los particulares a buscar la conclusión de acuerdos con la Administración es

del procedimiento, puede obligar a quien lo ha celebrado a iniciar el procedimiento y a proponer dentro de él la solución prevista en el acuerdo ³². O bien puede haberse previsto que la no adopción del acto tal y como ha sido descrito en el acuerdo dará lugar a responsabilidad de la Administración, siempre que ese resultado (la no realización del evento puesto como condición) no se deba a causas ajenas a quien ha celebrado el acuerdo (como son, *v.gr.*, alegaciones presentadas por terceros en el procedimiento que pongan de manifiesto que el dictado del acto previsto en el acuerdo no sería adecuado para el interés público, o la denegación por otra Administración de la aprobación del acto) ³³.

la necesidad de los inversores de certeza en cuanto a las decisiones administrativas que afecten a la actividad objeto de inversión.

³² Así, la Ley navarra 10/1994, de 27 de junio, sobre Ordenación del Territorio y Urbanismo, en su artículo 140.5, párrafo 2.º (al que sigue literalmente la Ley madrileña 9/1995, de Medidas de Política Territorial, Ordenación del Territorio, Suelo y Urbanismo, en su artículo 74.5, párrafo 2.º), dispone: «Las estipulaciones previstas en la letra *b*) del núm. 3 anterior [convenios referidos directa o indirectamente a modificaciones del planeamiento en vigor] sólo tienen el efecto de vincular a las partes del convenio para la iniciativa y tramitación de los pertinentes procedimientos para la modificación del planeamiento sobre la base del acuerdo sobre la oportunidad, conveniencia y posibilidad de una nueva solución de ordenación. En ningún caso vincularán o condicionarán el ejercicio por la Administración pública, incluso la firmante del convenio, de la potestad de planeamiento». El órgano administrativo que celebra el contrato puede comprometerse a emplear todos los medios a su disposición para conseguir que el órgano competente para otorgar la aprobación del acto que es objeto del contrato, la otorgue, como ocurre, *v.gr.*, en el supuesto a que se refiere la sentencia del *BVerwG* de 1 de febrero de 1980, comentada por PAPIER, «Grund-erwerbsverträge mit "Bauplanungsabreden". *BVerwG*, *NJW* 1980, 2538», *JuS*, 21 (1981), págs. 498 y sigs., pág. 498.

³³ Así, la ya mencionada Ley valenciana 4/1992, de 5 de junio, sobre Suelo No Urbanizable, dispone en el apartado 3 de su Disposición Adicional 4.^a (que es la que regula los convenios urbanísticos): «Lo convenido se entenderá siempre sin perjuicio de la plenitud del ejercicio por la Administración de la potestad de planeamiento y sometido a la condición suspensiva de que el plan o instrumento definitivamente aprobado haga posible su cumplimiento. El no cumplimiento de esta condición no dará lugar, en ningún caso, a responsabilidad contractual de la Administración, salvo que el cambio de criterio que determinara la imposibilidad de cumplimiento le fuera imputable y no se justificara suficientemente en razones objetivas de interés público». Por tanto, lo relevante para determinar si la frustración de las expectativas del particular da lugar a la responsabilidad de la Administración es si esa frustración le es imputable.

Son posibles, por tanto, contenidos parcialmente diferentes del acuerdo, dentro de este *tipo* definido por el hecho de que el dictado de un acto (o el ejercicio en una determinada dirección de una potestad administrativa) no es una *obligación* que la Administración asuma *ex contractu*, sino un evento puesto como *condición* de la eficacia de una obligación asumida por el particular que es parte del acuerdo. Los recelos e inseguridades presentes en esta materia llevan a calificarlos con frecuencia como simples promesas unilaterales del particular (ignorando que son fruto de una negociación previa con la Administración, en la que ambas partes delimitan el contenido de los compromisos que el particular debe asumir para obtener un acto favorable, así como que muchas normas hablan de convenio y de terminación convencional). Sin embargo, además de que esta ficción no resulta el camino más adecuado para comprender adecuadamente el convenio, hay que recordar que, normalmente, la Administración sí queda de algún modo vinculada por el acuerdo (aunque no está obligada a dictar el acto que es condición de la obligación del particular). Además, su configuración como promesa unilateral suscita todos los problemas dogmáticos de la promesa unilateral como fuente de obligaciones ³⁴.

En la mayoría de los casos, parece más correcto calificar estos acuerdos como contratos sinalagmáticos. Lo que ocurre es que la obligación asumida *ex pacto* por la Administración no es una obligación de resultado consistente en el dictado de la resolución administrativa, sino una obligación de medios que admite, como se ha visto, configuraciones variables, pero que consiste, en líneas generales, en tramitar el procedimiento necesario para que esa resolución pueda ser dictada, en defender esa alternativa a lo largo del procedimiento, y en no apartarse de ella

³⁴ Aun sin descartar totalmente que un acto estrictamente unilateral (que no esté, por tanto, vocado a la aceptación por otro sujeto) pueda obligar jurídicamente a su autor, la doctrina dominante limita esa posibilidad a supuestos tasados, como la promesa pública de recompensa. *Vid.* por todos DÍEZ-PICAZO, *Fundamentos de Derecho Civil Patrimonial*, vol. II, Madrid, 1996 (5.ª ed.), págs. 142 y sigs., y CASTÁN TOBEÑAS, *Derecho Civil Español, Común y Foral*, tomo III, Reus, Madrid, 1967 (10.ª ed.), pág. 75; GALGANO, *Il negozio giuridico*, Milano, 1988, pág. 210 (el art. 1.322 del *Codice Civile* establece el principio del *numerus clausus* para las promesas unilaterales).

en la resolución, a no ser por razones de interés público, especialmente sobrevenidas o puestas de manifiesto por terceros en el procedimiento ³⁵.

Los convenios más vinculantes son aquellos en los que la Administración se obliga a dictar un acto administrativo o, lo que es lo mismo, a ejercer en un sentido determinado una de sus potestades. Frente al supuesto que se acaba de estudiar, aquí la Administración sí promete la producción de un acto administrativo. El particular puede asumir en el acuerdo otras obligaciones, pero la prestación característica es la que asume la Administración, consistente en dictar una determinada resolución. Si la Administración incumple el acuerdo y dicta un acto de contenido distinto al que se ha obligado a dictar, la otra parte en el contrato podrá impugnar ese acto, precisamente por apartarse del acuerdo. Además, y como sucedía en el caso anterior, el convenio se incorporará a la motivación del acto adoptado y servirá para justificarlo en caso de que sea impugnado en vía contencioso-administrativa.

Este tipo de acuerdos, que son los que más dudas pueden suscitar, al menos a primera vista, están incluidos en la amplia

³⁵ El supuesto es bien conocido en la práctica urbanística, y ha sido estudiado especialmente en Alemania. *Vid.* PAPIER, «Grunderwerbsverträge mit "Bauplanungsabreden"», *cit.*, págs. 498 y sigs. *In casu*, la Administración (un Ayuntamiento), en una permuta de terrenos, asumió, entre otros compromisos, el de «procurar con todos los medios a su disposición la autorización estatal necesaria» para una modificación del planeamiento favorable a los intereses de la otra parte contratante. En el mismo sentido, MUTIUS, «Zulässigkeit und Grenzen verwaltungsrechtlicher Verträge über kommunale Folgekosten», *Verw-Arch*, 65 (1974), págs. 201 y sigs., pág. 206.

En la sentencia del TSJ de Andalucía (Sala de Granada) de 6 de abril de 1992 (RGD, 1993, págs. 11187 y sigs., ponente Trujillo Masely) se examina la validez de un convenio urbanístico a través del cual se aprueba una actuación privada en suelo no urbanizable. La sentencia afirma que «el Ayuntamiento lo único [a] que se compromete en él es a informar favorablemente la solicitud, porque ni siquiera, en todo caso, el Ayuntamiento se compromete a conceder licencia de obras y de actividades y aperturas, sino subordinadas, en el primer caso, a las prescripciones de la Comisión Provincial de Urbanismo —la autorización para la instalación que ésta habrá de conceder— y a las Ordenanzas Generales, y en el segundo, de conformidad con el procedimiento legalmente establecido».

enumeración del artículo 88 LAP: los convenios que este precepto regula pueden «tener la consideración de finalizadores de los procedimientos administrativos o insertarse en los mismos con carácter previo, vinculante o no, a la resolución que les ponga fin», y tampoco son desconocidos en la jurisprudencia³⁶.

Otra posibilidad es la del convenio sustitutivo de un acto administrativo. Se trata de que la potestad administrativa de que se trate quede ejercida en el propio convenio, sin necesidad de un acto posterior de cumplimiento o ejecución del mismo³⁷. El

³⁶ Un ejemplo muy claro lo constituyen los convenios expropiatorios celebrados por el Ayuntamiento de San Sebastián para la construcción de la variante de la ciudad, sobre los que el Tribunal Supremo se ha pronunciado reiteradamente. La primera sentencia de que tengo noticia es la de 29 de marzo de 1984 (Ar. 1448, del Burgo y Marchán). Con posterioridad se han producido otras muchas, de distintos ponentes, insistiendo todas ellas en la misma doctrina. Así, las de 20 de enero de 1989 (Ar. 394, Barrio Iglesias), 16 de abril de 1990 (Ar. 3320, Sánchez de Andrade y Sal), 18 de junio de 1990 (Ar. 4709, Duret Abeleira), 18 de julio de 1990 (Ar. 5877, Duret Abeleira)..., hasta la más reciente de 7 de noviembre de 1991 (Ar. 8383, García Manzano).

El Ayuntamiento optó, en todos estos casos, por la misma solución. En lugar de pagar a los expropiados el justiprecio en metálico, ya fuese fijado su importe por el Jurado Provincial de Expropiación o mediante un acuerdo, concedió a los expropiados (previo convenio con cada uno de ellos) la misma edificabilidad que les correspondía en las fincas objeto de expropiación, pero materializada en otras fincas de su propiedad. El cumplimiento de estos acuerdos requería una modificación del planeamiento en vigor, que agrupase la edificabilidad para dar satisfacción a los expropiados. Transcurrido un largo período (tras la ocupación de los terrenos) sin que el Ayuntamiento mostrase su intención de cumplir el convenio, ni en forma específica ni por equivalente, los expropiados le solicitan el cumplimiento, y recurren en vía contenciosa ante la desestimación presunta de su solicitud. El Tribunal Supremo, aceptando que los convenios en cuestión eran vinculantes para la Administración, y que su cumplimiento exigía determinados actos y procedimientos administrativos cuya realización era de cuenta de ella, la condena a pagar a quienes había celebrado convenios con ella el equivalente económico de la edificabilidad que se había comprometido a reconocerles. Nótese que lo que el Tribunal hace no es obligar a la Administración a pagar el justiprecio (es decir, el valor de las fincas expropiadas), sino que respeta el acuerdo alcanzado (que obligaba a la Administración a modificar un plan urbanístico) y obliga a la Administración a cumplirlo mediante el pago de su equivalente en metálico. Sobre los problemas jurídicos que plantean estos acuerdos, *vid. infra*, el § II.4.

³⁷ Buscando un paralelo en Derecho privado, se encontraría en lo que se conoce en Alemania como *Verfügungsverträge*, o en nuestro sistema los con-

artículo 88 LAP incluye también este tipo de acuerdos ³⁸. Hay que distinguir el acuerdo sustitutivo de otros convenios que podemos denominar *alternativos*, que son contratos ordinarios por medio de los cuales la Administración alcanza los mismos efectos que con el ejercicio de una de sus potestades. El ejemplo más claro es la compra de un bien que hubiera podido ser obtenido también a través de su expropiación forzosa. Cuando esa compra se realiza antes de la iniciación de un eventual procedimiento de expropiación, nadie discute que se trata de un contrato de compraventa ordinario, que no está sujeto a los límites que el artículo 88 LAP impone a la terminación convencional.

Otro tipo de convenios que conviene distinguir de los acuerdos sustitutivos son aquellos acuerdos en los que la Administración se compromete a no dictar un acto administrativo o a no ejercer una de sus potestades ³⁹. Pensemos en un caso en que un

tratos que producen directamente la constitución o extinción de un derecho real, sin necesidad de un acto posterior, como los contratos constitutivos de derechos reales de garantía, o de servidumbres. *Vid.* WOLFF/BACHOF/STOBER, *Verwaltungsrecht*, vol. I, München, 1994 (10.^a ed.), pág. 797 (§ 54.18).

³⁸ La posibilidad de acuerdos sustitutivos está prevista en las diferentes Leyes que regulan la institución en nuestro entorno, siendo objeto en algunos casos de un régimen distinto al de los acuerdos que simplemente *vinculan* un acto futuro. Así ocurre en el artículo 11 de la Ley italiana 241/1990, que exige una habilitación específica para la celebración de acuerdos sustitutivos. *Vid. infra*, el § 4 de este capítulo.

³⁹ Un ejemplo de pacto para el «no ejercicio», en E. ALONSO GARCÍA, «Legislación sectorial de medio ambiente», *RAP*, 137 (1995), págs. 57 y sigs., pág. 82. Se propone, con apoyo en el Derecho comparado, el otorgamiento de potestades a la Administración que le permitan exigir el cumplimiento de *standards* rigurosos de protección ambiental, «pero no con la finalidad de ponerlo en ejecución, sino exclusivamente con la de utilizarlo como incentivo, por su dureza, para que los afectados por la misma se vean obligados a negociar un régimen jurídico distinto, pero voluntariamente aceptado». Múltiples ejemplos en GUSY, «Zulässigkeit gemeindlicher Verpflichtungen zum Erlaß oder zum Nichterlaß eines Bebauungsplans?», *BauR*, 12 (1981), págs. 164 y sigs., pág. 169; BULLING, «Kooperatives Verwaltungshandeln», *cit.*, y BROHM, «Rechtsgrundsätze für normersetzende Absprachen —Zur Substitution von Rechtsverordnungen, Satzungen und Gesetzen durch kooperatives Verwaltungshandeln—», *DöV*, 46 (1992), págs. 1025 y sigs. Se trata de la regularización de situaciones de ilegalidad (en materia ambiental, urbanística, de conductas anticoncurrenciales, etc.) o de la necesidad de implantar, en nombre de intereses públicos, una regulación más estricta en alguna actividad empresarial

particular que lleva a cabo una actividad empresarial sin cumplir las normas aplicables en materia de seguridad e higiene en el trabajo se compromete a instalar en un plazo determinado los sistemas de seguridad necesarios, y la Administración decide no iniciar un procedimiento sancionador por las irregularidades ya cometidas ⁴⁰. La diferencia con los convenios sustitutivos con-

(prohibición del empleo de algún producto contaminante antes aceptado, etc.). En muchos de esos casos, los particulares afectados prefieren pactar con la Administración el contenido de esa «regularización» y aplicarlo voluntariamente, a esperar a que la Administración apruebe (o haga aprobar al legislador) nuevas normas y las aplique de forma unilateral e imperativa. La comunicación de la Comisión sobre los acuerdos medioambientales (citada en la nota 6) se refiere también a este tipo de convenios: «Con frecuencia queda sobreentendido que no se propondrán medidas legislativas si el acuerdo funciona satisfactoriamente y en tanto persista esta situación. (...) A fin de darle esa seguridad, podría dejarse constancia explícita de que no se adoptarán disposiciones administrativas en el ámbito objeto de un acuerdo válido (...). Sin embargo, en la mayor parte de los casos no será necesario un compromiso oficial de este tipo, dado que la administración pública que firme un acuerdo sobre medio ambiente se contradiría a sí misma si adoptase medidas reguladoras siendo [así] que el acuerdo resulta eficaz» (pág. 11). Un Decreto de la región belga de Flandes regula la celebración de contratos medioambientales, y dispone que «mientras esté en vigor un acuerdo válido, la Región no puede establecer una reglamentación más estricta» (pág. 25).

⁴⁰ La Administración puede utilizar el margen de discrecionalidad de que indudablemente dispone al iniciar o no procedimientos sancionadores [*vid. NIETO, Derecho administrativo sancionador*, Madrid, 1994 (2.ª ed.), págs. 143 y sigs., así como mi trabajo «La discrecionalidad en la aplicación de potestades administrativas de gravamen: remedios jurídicos», *RAP*, 137 (1995), págs. 189 y sigs., esp. pág. 219), para escalonar en el tiempo, de acuerdo con los interesados, la imposición efectiva de la aplicación de las normas, facilitando así la adaptación a las mismas. En estos casos, aunque el convenio no sea vinculante, la Administración está suficientemente tutelada por la posibilidad de ejercer sus potestades (especialmente, la sancionadora) en el caso de que el particular no lo cumpla. Con independencia de la validez del convenio en cuanto tal, el particular que lo haya cumplido puede impugnar una eventual sanción dictada por la Administración, invocando el convenio, ya que en éste la Administración vincula el ejercicio de su discrecionalidad (al modo de un precedente), y no lo puede incumplir inmotivadamente sin faltar a la buena fe.

Este problema se ha planteado en el Derecho comunitario de la competencia. En el sector de la distribución de artículos de perfumería, la Comisión se había dirigido a varias empresas, sin iniciar formalmente un procedimiento según el Reglamento 17/1962, indicándoles los puntos en que, a su juicio, los contratos al uso vulneraban el artículo 85 del Tratado CE. Tras la correspondiente negociación, las empresas aceptaron modificar los contratos con los dis-

siste en que se produce un acuerdo sobre el no ejercicio de la potestad sancionadora, pero no un acuerdo que produzca los mismos efectos de una resolución sancionadora.

Una figura convencional muy importante es la adhesión a un acto administrativo (utilizando la terminología propuesta por GARCÍA DE ENTERRÍA a propósito de los acuerdos sobre el justiprecio expropiatorio)⁴¹. Consiste en que la Administración, durante el desarrollo del procedimiento administrativo, llega a un acuerdo con el particular sobre el contenido de la resolución, sobre una parte de la misma o sobre alguno de sus presupuestos de hecho⁴². En algunos casos, la normativa aplicable establece que el acuerdo con el particular permite prescindir de una parte del procedimiento, la fase destinada a acreditar la existencia del presupuesto que ha sido aceptado anticipadamente por el parti-

tribuidores, y la Comisión les remitió unas cartas (*comfort letters*) en las que les comunicaba que, tras las modificaciones introducidas, no entendía que hubiese vulneración del artículo 85 y por tanto no iba a actuar al respecto. Cuando, años después, las autoridades nacionales (francesas) iniciaron procedimientos contra esas empresas por entender que sus contratos de distribución sí vulneraban la normativa nacional sobre defensa de la competencia (cuyo contenido era sustancialmente equivalente a la comunitaria), éstas alegaron en su defensa las cartas de la Comisión. El TJCE, al que se había dirigido una cuestión preliminar, afirmó que dichas cartas no constituían actos administrativos de autorización de las conductas en cuestión, y que «cartas de este tipo, que se basan en los únicos elementos que la Comisión conoce, reflejan una valoración de la Comisión y ponen fin a un procedimiento de examen a cargo de los servicios de la Comisión, *no impiden a los jueces nacionales*, ante los que se someta la cuestión de la incompatibilidad de los acuerdos con el artículo 85, *valorar de forma distinta*, en función de los elementos de que dispongan, tales acuerdos. *Aun no siendo vinculantes para los jueces nacionales*, la opinión comunicada en esas cartas *constituye un elemento de hecho que los jueces nacionales pueden tener en cuenta* al examinar la conformidad con el art. 85 de los acuerdos o conductas de que se trate» (sentencia de 10 de julio de 1980, casos 253/78 y 1-3/79, Rec., pág. 2374). Vid. KOHRA, «Comfort Letters-Reflections on the Perfume Cases», *European Law Review*, 1981, págs. 14 y sigs.

⁴¹ En *Los principios de la nueva Ley de Expropiación Forzosa*, Madrid, 1956, pág. 127.

⁴² Así, cuando es expropiada una finca cuyo justiprecio ha sido fijado de mutuo acuerdo, el convenio se refiere a uno de los presupuestos del efecto jurídico expropiatorio. La sanción impuesta con posterioridad al reconocimiento de responsabilidad por el infractor (art. 8.1 RPPS) es un acto unilateral, pero la concurrencia de uno de sus presupuestos ha sido pactada con el particular.

cular ⁴³. A veces, el consentimiento del particular permite dar al acto un contenido determinado que sería imposible imponer al particular contra su voluntad ⁴⁴. Tampoco es infrecuente que la adhesión del particular al contenido del acto sea «premiada» con una mejora para sus intereses en el contenido de éste ⁴⁵. En todos estos casos, aunque en la práctica hay una negociación o al menos una manifestación de consentimiento del particular al acto administrativo, no se produce en sentido jurídico un contrato, sino un acto unilateral aceptado por el particular. Por tanto, el régimen aplicable será, en principio, el de los actos unilaterales, si bien las facultades de impugnación del acto por parte del particular que lo ha aceptado estarán limitadas.

⁴³ Esto es lo que sucede en el procedimiento sancionador y en el expropiatorio. En el primero, el reconocimiento de responsabilidad por el presunto infractor permite dictar la resolución inmediatamente (art. 8 RPPS). En el segundo, el acuerdo con el expropiado sobre la cuantía del justiprecio hace posible la sustitución del procedimiento ante el Jurado Provincial de Expropiación (arts. 26 y sigs. LEF) por los trámites (más sencillos) del artículo 25 REF. No siempre ocurre así, sin embargo. La necesidad de evitar que el acuerdo sirva para facilitar la gestión inmediata, pero con daño para los intereses públicos (peligro ya notado por GARCÍA DE ENTERRÍA, en *Los principios*, cit., pág. 126), hace que en ocasiones el mutuo acuerdo esté sometido a los mismos trámites que la resolución unilateral, como sucede en los procedimientos en materia de responsabilidad patrimonial (Reglamento aprobado por RD 429/1993, de 26 de marzo). Este reglamento admite la terminación convencional, en forma de acuerdo indemnizatorio (art. 8). El logro de un acuerdo durante la tramitación del procedimiento no permite simplificar éste, que continúa con las mismas fases.

⁴⁴ En materia de responsabilidad patrimonial de las Administraciones, «la indemnización procedente podrá sustituirse por una compensación en especie o ser abonada mediante pagos periódicos, cuando resulte más adecuado para lograr la reparación debida y convenga al interés público, siempre que exista acuerdo con el interesado» (art. 141.4 LAP). Se ha visto en la jurisprudencia recaída sobre la variante de San Sebastián cómo, sin un fundamento jurídico específico, el acuerdo con expropiado permite sustituir el justiprecio en metálico (aplicación del *Geldprinzip*) por otro tipo de bienes (reconocimiento de derechos de edificabilidad). En materia urbanística, se permite este pacto para el pago de los gastos de urbanización (art. 122.2 del TRLS de 1976) y del justiprecio expropiatorio (art. 37 de la LS de 1998).

⁴⁵ Algunas normas prevén esta posibilidad de tener en cuenta la adhesión del interesado al determinar el contenido del acto, como ocurre en materia sancionadora (en una traslación al Derecho Administrativo Sancionador del *patteggiamento* penal). Vid. *infra*, el § VIII.4.

La adhesión a una resolución administrativa es una de las fórmulas consensuales que pueden considerarse incluidas en la amplia redacción del artículo 88 LAP⁴⁶. La inclusión de un acuerdo específico en esta o en otra de las categorías hasta ahora enunciadas, habrá de hacerse a la vista de los elementos de su régimen que, en cada caso, se conozcan. La figura de la adhesión a un acto administrativo parece la calificación idónea de algunos de los supuestos de terminación convencional previstos en los reglamentos de adaptación a la LAP, especialmente en materia de responsabilidad patrimonial, subvenciones, autorizaciones y acuerdos de empresas privatizadas (además de su campo tradicional en la expropiación forzosa).

El último tipo de convenios sobre actos y potestades administrativas está constituido por los acuerdos de resolución de los conflictos derivados de un acto administrativo *ya dictado*. Mientras las categorías anteriores de acuerdos se conectan al artículo 88 LAP, los acuerdos posteriores a la adopción de una resolución administrativa están parcialmente contemplados en los acuerdos que regulan la transacción (art. 39 LGP), el desistimiento y allanamiento de la Administración (arts. 34, 35, 88 y 89 LJ), el arbitraje en litigios administrativos (art. 39 LGP) o los procedimientos alternativos a los recursos administrativos (art. 107.2 LAP). Se trata de una clase de acuerdos claramente diferenciados de los anteriores, en los que entran en juego problemas específicos, tanto de orden procesal como relativos a las potestades de revisión y revocación de oficio, lo que justifica un estudio separado⁴⁷. Sin perjuicio de que existan aspectos comunes, y de que por ello el artículo 88 LAP prohíbe que los acuerdos que regula «versen sobre materias no susceptibles de transacción»⁴⁸.

⁴⁶ Hasta el momento, ha sido estudiada por SÁNCHEZ MORÓN, «El régimen de los actos y los recursos administrativos», en AA.VV., *Ciudadanos y reforma administrativa*, cit., págs. 267 y sigs. y 315-316.

⁴⁷ Ese estudio se aborda en mi trabajo *Resolución extrajudicial de conflictos en Derecho administrativo*, de próxima aparición.

⁴⁸ Algunos autores optan, sin embargo, y de forma inexacta, a mi juicio, por calificar como transacción todo supuesto de terminación convencional del procedimiento. Así, con respecto al procedimiento de determinación de la responsabilidad civil derivada de una infracción administrativa, GONZÁLEZ CANO, «La exigencia de responsabilidad por daños y perjuicios derivados de la infrac-

4. La acogida de los convenios en la legislación de procedimiento administrativo de Alemania e Italia

Los legisladores alemán e italiano han regulado, en las Leyes sobre procedimiento administrativo, los contratos que la Administración puede celebrar con los particulares, bien para poner fin de forma consensual a un procedimiento administrativo ya iniciado, bien para regular una relación jurídico-pública al margen de un procedimiento concreto ⁴⁹. Lejos de cualquier pretensión comparatista, el objeto de este epígrafe es presentar brevemente las respectivas normas y situarlas en su contexto jurídico, permitiendo así hacer referencias a las mismas en los próximos capítulos. Por otra parte, el recurso a los modelos alemán e italiano es usual entre quienes han estudiado entre nosotros los convenios de la Administración ⁵⁰.

ción administrativa: exclusividad jurisdiccional y autotutela de la Administración», *REDA*, 85 (1995), págs. 62 y sigs.

⁴⁹ Me he estoy refiriendo, fundamentalmente, a la regulación del contrato de Derecho público (*öffentlichrechtlicher Vertrag*) en los §§ 54-62 de la *Verwaltungsverfahrensgesetz (VwVfG)* o Ley de Procedimiento Administrativo de 1976, y a los acuerdos regulados por el artículo 11 de la Ley (italiana) 241/1990, sobre procedimiento administrativo. Ambas han sido traducidas y publicadas en la *RAP*, en los núms. 83 (1977) (págs. 477 y sigs., por LINDE PANIAGUA) y 124 (1991) (págs. 461 y sigs., por FANLO LORAS). No sigo esas traducciones literalmente, en especial, en el caso de la *VwVfG*: no traduzco la palabra *Vertrag* que se utiliza en sus §§ 54 y sigs. por «convenio», sino por «contrato», pues ése es su significado usual en alemán y porque, con las explicaciones que se contienen en este epígrafe y en el capítulo III, no existe riesgo de confusión con nuestros contratos administrativos [que era la razón por la que NIETO, cuando tradujo el Proyecto de Ley, habló de «convenio», como explica en «Proyecto de Ley de Procedimiento administrativo en la República Federal Alemana», *RAP*, 47 (1965), págs. 483 y sigs., pág. 507, nota 69]. Hablar de convenios podría dar a entender que no son acuerdos dotados de la fuerza vinculante de un contrato. Tanto la normativa alemana como la italiana establecen un régimen jurídico peculiar para los contratos que regulan, del que es supletorio el régimen contractual común, y atribuyen a la jurisdicción administrativa el conocimiento de los litigios derivados de los mismos.

⁵⁰ Así han hecho DELGADO PIQUERAS (*La terminación convencional*, *cit.*, págs. 33-88), o PAREJO («La terminación convencional», *cit.*, págs. 163, 176 y sigs., etc.). Algunos autores han subrayado su influencia en la regulación que de la «terminación convencional» del procedimiento ha hecho la LAP, como PAREJO, *op. cit.*, págs. 157 y sigs.; MENÉNDEZ REXACH, «Procedimientos admi-

a) *El contrato de Derecho público (öffentlichrechtlicher Vertrag) y su ámbito de aplicación*

La *VwVfG* de 1976 regula en su parte cuarta (§§ 54-62) el contrato de Derecho público (*öffentlichrechtlicher Vertrag*)⁵¹. El

nistrativos: finalización y ejecución», *cit.*, pág. 263; SÁNCHEZ MORÓN, «El régimen de los actos y los recursos administrativos», *cit.*, pág. 268; GONZÁLEZ PÉREZ/GONZÁLEZ NAVARRO, *Comentarios*, *cit.*, vol. I, pág. 1491; PARADA, *Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común (Estudio, comentarios y texto de la Ley 30/92, de 26 de noviembre)*, Madrid, 1993, pág. 308.

⁵¹ Como antecedente de esta Ley (especialmente en lo que se refiere al contrato de Derecho público) debe mencionarse el Proyecto de un Código de Derecho Administrativo de Württemberg, de 1931 (en particular, los arts. 47 y sigs.). Sobre este proyecto, *vid. Verwaltungsrechtsordnung für Württemberg. Entwurf eines Gesetzes mit Begründung*, Stuttgart, 1931, y *Ergänzungsband zur Verwaltungsrechtsordnung für Württemberg. Entwurf eines Gesetzes mit Begründung*, Stuttgart, 1936. El impulso hacia una codificación del procedimiento administrativo de alcance general fue retomado a partir de la 43.^a reunión del *Deutscher Juristentag* (Munich, 1960), una de cuyas resoluciones fue considerar necesaria una regulación unitaria del procedimiento administrativo «y de las materias conexas de la parte general del Derecho administrativo», portillo que permitió la incorporación del contrato de Derecho público a la *VwVfG* (con la oposición de algunos autores, como BULLINGER, que argumenta su posición en «Zur Notwendigkeit funktionalen Umdenkens des öffentlichen und privaten Vertragsrechts im leistungsintensiven Gemeinwesen», *Gedächtnisschrift Hans Peters*, Berlin-Heidelberg-New York, 1967, págs. 667 y sigs., esp. págs. 669 y sigs.).

La regulación unitaria del procedimiento administrativo estaba condicionada por la distribución de competencias entre la Federación y los *Länder*. A diferencia de lo que dispone la CE (art. 149.1.18.^a), la *GG* no incluye al procedimiento administrativo como una materia en la que la Federación disponga de competencia legislativa exclusiva (art. 73) o compartida (art. 74). La Federación sólo puede regular, en principio, el procedimiento que aplica su propia Administración. Sólo puede regular el de las Administraciones de los *Länder* cuando éstas actúen en ejecución de una Ley federal y así lo disponga una Ley, que debe ser aprobada también por el *Bundesrat* (arts. 84.1 y 85.1). A fin de lograr una regulación unitaria, se recurrió a un procedimiento usual en Alemania, cual es el encargo de los trabajos preparatorios a una Comisión formada por representantes del Gobierno Federal y de los Gobiernos de los *Länder*. El resultado fue la aprobación de una Ley federal y de Leyes de los *Länder* que son literalmente iguales en su casi totalidad (en el tema concreto del contrato de Derecho público, sólo la Ley de Schleswig-Holstein, aprobada antes que la Ley federal, el 18 de abril de 1967, introduce una novedad de escasa relevancia), incluso con la misma numeración, lo que permite que las mismas referen-

§ 54 *VwVfG* define como públicos aquellos contratos cuyo efecto es la constitución, modificación o extinción de una relación jurídica de Derecho público. La calificación pública o privada del contrato queda conectada al problema más general de la distinción entre Derecho público y Derecho privado ⁵². Los que

sean válidas para todas las Leyes. La unidad en la aplicación de la legislación de procedimiento se asegura también mediante otro mecanismo. El § 97 *VwVfG* modificó el § 137 *VwGO* (la Ley de la Jurisdicción Administrativa), ampliando los motivos permiten interponer el recurso de revisión (nuestra casación). Ese recurso es admisible cuando la sentencia de apelación haya violado el Derecho federal «o un precepto de la *VwVfG* de un *Land*, que a juzgar por su tenor coincide con la *VwVfG* federal».

La Comisión mixta nombrada en 1960 elaboró dos proyectos (en 1963 y 1966), que fueron publicados con un amplio informe [*vid. Musterentwurf eines Verwaltungsverfahrensgesetzes (EVwVfG 1963). 2. Auflage, mit Anhang «Münchener Fassung», Köln-Berlín, 1968*]. La Comisión presentó el primer anteproyecto a los profesores BACHOF, FRÖHLER y ULE e incorporó algunas de sus sugerencias (una de las cuales era, precisamente, la regulación del contrato de Derecho público en la Ley de procedimiento). El Gobierno federal presentó el Proyecto al *Bundestag* en dos ocasiones, acompañado de un informe artículo por artículo: el 21 de septiembre de 1970 (*Verhandlungen des Deutschen Bundestags, 6. Wahlperiode, Band 142, Drucksache 6/1173*) y el 18 de julio de 1973 (*Verhandlungen des Deutschen Bundestags, 7. Wahlperiode, Band 178, Drucksache 7/910*). Ya se han hecho referencias *supra* a la Exposición de Motivos del Proyecto de 1973. Sobre el procedimiento de elaboración de la *VwVfG*, *vid.* MAURER, *Allgemeines Verwaltungsrecht*, München, 1994 (9.ª ed.), págs. 83 y sigs. (§ 5.2-5); KOPP, *VwVfG*, München, 1996 (6.ª ed.), págs. 1 y sigs. (Vorbem. § 1), y, entre nosotros, NIETO, «El procedimiento administrativo en la doctrina y la legislación alemanas», *RAP*, 32 (1960), págs. 75 y sigs.; «Proyecto de Ley», *cit.*, págs. 483 y sigs., y LINDE PANIAGUA, «La Ley de Procedimiento Administrativo», *cit.*

⁵² En este sentido, BONK en STELKENS/BONK/SACHS, *VwVfG, cit.*, pág. 1239 (§ 54.34); WOLFF/BACHOF/STOBER, *Verwaltungsrecht*, vol. I, *cit.*, pág. 796 (§ 54.17). Sin embargo, según SCHMIDT-ASSMANN/KREBS, *Rechtsfragen städtebaulicher Verträge, cit.*, pág. 164, tales criterios, útiles para calificar las normas como públicas o privadas, no serían adecuados para determinar el campo de pertenencia de cada contrato.

Es importante destacar que, como señala unánimemente la doctrina, hablar (como hace la *VwVfG*) de contratos de Derecho público es excesivo, puesto que en realidad la *VwVfG* se refiere a los contratos de Derecho administrativo. Quedan fuera, dicho sea en términos deliberadamente genéricos, los convenios regulados por el Derecho internacional, constitucional (especialmente los convenios entre el *Bund* y los *Länder* o de éstos entre sí) y eclesiástico. *Vid.* KNACK (hrsg.), *Verwaltungsverfahrensgesetz (VwVfG) Kommentar*, Köln-Berlín-Bonn-München, 1996 (5.ª ed.), pág. 853 (§ 54.3); MEYER en

he denominado contratos sobre actos y potestades administrativas son sin duda contratos de Derecho público, puesto que el § 54, a renglón seguido de la definición anterior, añade que «la autoridad puede, en particular, en lugar de dictar un acto administrativo, concluir un contrato de Derecho público con aquella persona a la que de otro modo dirigiría el acto administrativo»⁵³.

A este tipo de contratos se les aplican algunas reglas especiales, cuyo denominador común consiste en tener en cuenta, para determinar los límites y el contenido del contrato, el contenido que habría podido tener el acto sustituido o predeterminado en el contrato⁵⁴. Esta categoría de contratos recibe el nombre

MEYER/BORGS, *Kommentar zum Verwaltungsverfahrensgesetz*, Frankfurt am Main, 1982 (2.ª ed.), pág. 490 (§ 54.13-20); ACHTERBERG, *Allgemeines Verwaltungsrecht. Ein Lehrbuch*, Heidelberg, 1986 (2.ª ed.), pág. 484 (§ 21.234); ERICHSEN en ERICHSEN (hrsg.), *Allgemeines Verwaltungsrecht, cit.*, pág. 356 (§ 23.1); WOLFF/BACHOF/STOBER, *Verwaltungsrecht, cit.*, vol. I, pág. 796 (§ 54.16). De ahí que muchos autores alemanes hablen de contratos *administrativos* (*Verwaltungsverträge*), como en los Derechos francés y español: MAURER, *Allgemeines Verwaltungsrecht, cit.*, págs. 325 y sigs. (§ 14).

⁵³ Aunque el tenor literal del § 54.2 podría hacer pensar que se refiere sólo a los contratos *sustitutivos* de actos administrativos, se acepta con normalidad que ese precepto incluye también los llamados *Verpflichtungsverträge*, es decir, aquellos en los que la Administración se obliga a dictar un acto administrativo (de modo que es preciso un acto posterior de cumplimiento del contrato, lo que se llama en terminología privatística el *Erfüllungsgeschäft*). Por todos, *vid.* BULLINGER, «Leistungsstörungen beim öffentlich-rechtlichen Vertrag», *DöV*, 30 (1977), págs. 812 y sigs., pág. 813, notas 3 y 5, y HEBERLEIN, «Wider den öffentlich-rechtlichen Vertrag?», *cit.*, pág. 766.

⁵⁴ Con estas reglas se intenta evitar tanto la intimidación de la Administración al particular, con la amenaza del dictado o no de un acto favorable, como la violación, amparándose en el consentimiento del particular interesado, de las normas imperativas que imponen límites al contenido del acto. En este sentido, *vid.* ERICHSEN en ERICHSEN (hrsg.), *Allgemeines Verwaltungsrecht, cit.*, pág. 357 (§ 23.2); DOSSMANN, *Die Bebauungsplanzusage. Eine Untersuchung der kommunalen Selbstverpflichtung zur Aufstellung eines Bebauungsplanes durch einseitige und vertragliche Zusagen*, Diss. Münster, 1985, pág. 62; SCHIMPF, *Der verwaltungsrechtliche Vertrag unter besonderer Berücksichtigung seiner Rechtswidrigkeit*, Berlín, 1982, pág. 71; ULE/LAUBINGER, *Verwaltungsverfahrenrecht. Ein Studienbuch*, Köln-Berlin-Bonn-München, 1995 (4.ª ed.), pág. 753 (§ 68.9); KREBS, «Konsensuales Verwaltungshandeln im Städtebaurecht», *DöV*, 42 (1989), págs. 969 y sigs., pág. 975. El § 55 establece la posibilidad de transacciones (en el sentido de acuerdos anteriores al propio dictado del acto) entre la Administración y el interesado, cuando el coste de la ela-

(acuñado en la doctrina anterior a la *VwVfG*) de «contratos de subordinación», ya que en ellos la posición del particular es más débil, al tener la Administración la posibilidad de dirigirle un acto unilateral⁵⁵. Para que el contrato sea de subordinación basta con que la Administración pueda dirigir un acto unilateral a ese particular, sin que sea necesario que ese acto tenga exactamente el mismo contenido que el contrato: lo normal será que las partes aprovechen el contrato para ampliar el contenido del acto unilateral, incluyendo cláusulas que serían ilegales sin el consentimiento del particular⁵⁶.

boración y ejecución de una decisión unilateral (y dictada en desacuerdo con el interesado) sea desproporcionado. El § 56 limita los contratos en los que la Administración se hace prometer una prestación a cambio del dictado de un acto (admitiendo, sin embargo, y de forma limitada, esta posibilidad). El § 59.2, en fin, regula la invalidez del contrato en función del grado de invalidez de un acto hipotético que tuviese el mismo contenido. Las normas que se aplican a todo contrato de Derecho público (esté o no incluido en el § 54.2) son la exigencia de forma escrita (§ 57), el condicionamiento de su eficacia a la aprobación de los terceros a cuyos intereses afecte o de aquellas autoridades cuya participación en el procedimiento de elaboración del acto correspondiente estuviese legalmente prevista (§ 58), el reconocimiento a la Administración, además de las facultades resolutorias que el Derecho común concede a todo contratante, de un derecho especial y exclusivo de resolución cuando el contrato pueda poner gravemente en peligro el interés general (§ 60) y la aplicación supletoria del resto de los preceptos de la *VwVfG* y del *BGB* (§ 62).

⁵⁵ Sobre la distinción en la doctrina anterior a la *VwVfG*, *vid.* APELT, «Der verwaltungsrechtliche Vertrag», *AöR*, 84 (1959), págs. 249 y sigs., pág. 263, y STERN, «Zur Grundlegung einer Lehre des öffentlich-rechtlichen Vertrages», *VerwArch*, 49 (1958), págs. 106 y sigs., págs. 143-144, para quienes la coordinación y subordinación se refieren a la relación en que se encuentren entre sí las partes, por su *status* jurídico-público, con independencia de cuál sea la relación a que se refiera el contrato (subordinación entre una Administración y particulares; coordinación entre administraciones). *Vid.* también la Exposición de Motivos del Proyecto de *VwVfG* de 1973, *cit.*, pág. 79, y SCHMIDT-ASSMANN/KREBS, *Rechtsfragen städtebaulicher Verträge*, *cit.*, pág. 172. La utilización de ese par de conceptos ha sido criticada, porque supone aceptar implícitamente argumentos de MAYER (la superioridad esencial u ontológica de la Administración, al margen de las potestades de que sea titular en cada caso concreto), justo en el momento en que (contra la opinión por él defendida) se acepta la existencia de contratos de Derecho público. *Vid.* GUSY, «Öffentliche-rechtliche Verträge», *cit.*, pág. 1223; SCHMIDT-ASSMANN/KREBS, *op. cit.*, pág. 175, y BONK en STELKENS/BONK/SACHS, *VwVfG*, *cit.*, págs. 1233-1234, § 54.26.

⁵⁶ En este sentido, SCHMIDT-ASSMANN/KREBS, *Rechtsfragen städtebaulicher Verträge*, *cit.*, pág. 173; DOSSMANN, *Die Bebauungsplanzusage*, *cit.*, pág. 62.

De acuerdo con el tenor literal del § 54 VwVfG, la doctrina y la jurisprudencia mayoritarias entienden que lo determinante para la calificación del contrato es su objeto⁵⁷. Poniendo esto en relación con los criterios actualmente empleados para la distinción entre Derecho público y Derecho privado, resulta que un contrato, para ser de Derecho público, ha de referirse a la aplicación de normas cuyo único destinatario sea la Administración, es decir, que le atribuyan potestades de las que carezcan los demás sujetos⁵⁸.

Algunos autores, como ERICHSEN en ERICHSEN (hrsg.), *Allgemeines Verwaltungsrecht*, cit., pág. 357 (§ 23.2); MAURER, *Allgemeines Verwaltungsrecht*, cit., pág. 334, § 14.12; WOLFF/BACHOF/STOBER, *Verwaltungsrecht*, cit., vol. I, pág. 798 (§ 54.22); ACHTERBERG, *Allgemeines Verwaltungsrecht*, cit., pág. 485, § 21.237; PÜTTNER, «Wider den öffentlich-rechtlichen Vertrag», cit., pág. 123; KNACK, *VwVfG*, cit., pág. 855 (§ 54.4.2); BOSSE, *Der subordinationsrechtliche Verwaltungsvertrag als Handlungsform öffentlicher Verwaltung unter besonderer Berücksichtigung der Subordinationsverhältnisse*, Berlín, 1974, pág. 15; SCHIMPF, *Der verwaltungsrechtliche Vertrag*, cit., pág. 70; STERN, «Zur Grundlegung», cit., pág. 144, sostienen, a fin de proteger tanto al particular como a los intereses públicos, que todo contrato de Derecho público entre Administración y particulares debe ser considerado de «subordinación».

⁵⁷ En este sentido, ERICHSEN en ERICHSEN (hrsg.), *Allgemeines Verwaltungsrecht*, cit., pág. 358 (§ 24.2); KOPP, *VwVfG*, cit., pág. 1291 (§ 54.6); MAURER, *Allgemeines Verwaltungsrecht*, cit., pág. 330 (§ 14.10); ACHTERBERG, *Allgemeines Verwaltungsrecht*, cit., pág. 482 (§ 221.227), KNACK (hrsg.), *VwVfG*, cit., pág. 851 (§ 54.2); MEYER en MEYER/BORGS, *VwVfG*, cit., pág. 493 (§ 54.25), BONK en STELKENS/BONK/SACHS, *VwVfG*, cit., pág. 1239 (§ 54.35); BOSSE, *Der subordinationsrechtliche Vertrag*, cit., pág. 21, así como la Exposición de Motivos del Proyecto de *VwVfG* de 1973, cit., pág. 78.

⁵⁸ Se trata de una aplicación de la llamada *Sonderrechtstheorie*, dominante en la actualidad por la influencia de WOLFF (para ACHTERBERG, que defendía la llamada *Sachverwaltertheorie*, sólo son de Derecho público las normas que se refieren a la Administración en cuanto tuteladora del interés general). El criterio subjetivo (*Subjektstheorie*), aunque defendido por algún autor como PESTALOZZA («*Formenmißbrauch*» des Staates, München, 1973, pág. 181), está hoy abandonado [por todos, FABER, *Verwaltungsrecht*, Tübingen, 1995 (4.ª ed.), pág. 259]. Respecto al criterio de que el acto o contrato tenga por finalidad inmediata el cumplimiento de una función o tarea (*Aufgabe*) asignada a una Administración, es a su vez rechazado, puesto que también a través del Derecho privado se pueden realizar esas tareas [así, ERICHSEN en ERICHSEN (hrsg.), *Allgemeines Verwaltungsrecht*, cit., pág. 362 (§ 24.6); ACHTERBERG, *Allgemeines Verwaltungsrecht*, cit., pág. 483 (§ 21.227); KOPP, *VwVfG*, cit., pág. 1299 (§ 54.9)]. En cuanto a la tesis que califica como de Derecho público a aquellas relaciones jurídicas en las que se produce una «su-

La aplicación concreta de esta regla sigue siendo problemática⁵⁹. Parece claro que no basta con que la Administración celebre el contrato habilitada por una norma que le señala sus competencias o funciones, ya que en ese caso no existirían, prácticamente, los contratos privados de la Administración⁶⁰. Se consideran ine-

bordinación» del particular frente a la Administración, frente a la «coordinación» característica del Derecho privado (*Subjektionstheorie*), se señala su inadecuación para distinguir los contratos públicos y privados. *Vid.*, por todos, FORSTHOFF, *Lehrbuch des Verwaltungsrechts*, Beck, München, 1973 (10.ª ed.), pág. 107.

La tesis de que un contrato es de Derecho público cuando se refiere a un sector del ordenamiento que ha sido regulado por normas de Derecho público es absolutamente dominante en la doctrina y jurisprudencia alemanas. Así, SCHMIDT-ASSMANN/KREBS, *Rechtsfragen städtebaulicher Verträge*, cit., pág. 165; MAURER, *Allgemeines Verwaltungsrecht*, cit., pág. 42 (§ 3.25). En una expresión de origen jurisprudencial, hoy generalizada, «existe un contrato de Derecho administrativo siempre que a través de él se deba actuar sobre un asunto que el ordenamiento haya regulado mediante normas de Derecho público» («*liegt ein verwaltungsrechtlicher Vertrag immer dann vor, wenn durch ihn "auf von der gesetzlichen Ordnung öffentlich-rechtlich ...geregelte Sachverhalte" eingewirkt werden soll*»), como señala ERICHSEN en ERICHSEN (hrsg.), *Allgemeines Verwaltungsrecht*, cit., pág. 359 (§ 24.2). En el mismo sentido, y sin ánimo de exhaustividad, FABER, *Verwaltungsrecht*, cit., pág. 260; KOPP, *VwVfG*, cit., pág. 1292 (§ 54.7); KNACK, *VwVfG*, cit., pág. 852 (§ 54.2); MEYER, en MEYER/BORGS, *VwVfG*, cit., pág. 492 (§ 54.23); KIRCHHOF, *Verwalten durch "mittelbares" Einwirken*, cit., pág. 35, nota 166; LANGE, «Die Abgrenzung», cit., págs. 314 y sigs.

⁵⁹ A pesar de su importancia, ésta es una cuestión todavía abierta, como señala MEYER en MEYER/BORGS, *VwVfG*, cit., pág. 493 (§ 54.26). En el mismo sentido, EHLERS, *Verwaltung in Privatrechtsform*, Berlín, 1984, pág. 442. Para KONRAD, *Der öffentlich-rechtliche Vertrag. Institution oder Trugbild?*, Diss. Würzburg, 1975, pág. 34, remitir el problema de la naturaleza pública o privada del contrato a su objeto es una obviedad que no resuelve nada.

⁶⁰ En este sentido, KOPP, *VwVfG*, cit., pág. 1300 (§ 54.11); EHLERS, *Verwaltung in Privatrechtsform*, cit., pág. 196, y SCHMIDT-ASSMANN/KREBS, *Rechtsfragen städtebaulicher Verträge*, cit., pág. 170. Recientemente, BURMEISTER, «Verträge und Absprachen», cit., págs. 218 y sigs., ha vuelto a defender, como límite específico a la validez de los contratos, el ámbito competencial de la Administración actuante, ámbito que no podría ser ampliado o superado, ni siquiera en virtud del consentimiento de la otra parte contratante. Sin embargo, como recuerda SCHILLING, «Der "unfreiwillige" Vertrag», cit., pág. 204, «las competencias, al menos de las Administraciones territoriales, son tan amplias según el Derecho vigente, que la citada objeción no puede prácticamente cumplir ninguna función limitativa en el sentido de la teoría del *ultra vires*».

quívocamente de Derecho público aquellos contratos celebrados en virtud de una habilitación contenida en una norma jurídico-pública, y especialmente aquellos contratos que la Ley prevé como instrumento para que los particulares asuman la gestión de funciones públicas⁶¹. También son de Derecho público, sin discusión, los contratos que sustituyen a un acto administrativo o en los cuales la Administración se compromete a dictarlo⁶². O aquellos contratos a través de los cuales se pretende modificar el régimen de una determinada situación o relación jurídica, establecido por una norma de Derecho público⁶³. Aplicando los mismos criterios

⁶¹ Por lo que se refiere a los contratos concluidos en virtud de habilitaciones normativas, *vid.* SCHMIDT-ASSMANN/KREBS, *Rechtsfragen städtebaulicher Verträge*, *cit.*, pág. 169; ERICHSEN en ERICHSEN (hrsg.), *Allgemeines Verwaltungsrecht*, *cit.*, pág. 358 (§ 24.2); MAURER, *Allgemeines Verwaltungsrecht*, *cit.*, pág. 331 (§ 14.11); ACHTERBERG, *Allgemeines Verwaltungsrecht*, *cit.*, pág. 484 (§ 21.234).

Respecto a los contratos por los que se regula la colaboración de particulares en tareas materialmente administrativas, *vid.* PÜTTNER, «Wider den öffentlich-rechtlichen Vertrag», *cit.*, pág. 123; EHLERS, *Verwaltung in Privatrechtsform*, *cit.*, pág. 450; BURMEISTER, «Verträge und Absprachen», *cit.*, pág. 229.

⁶² La afirmación resulta suficientemente probada por el tenor literal del § 54, ya transcrito. En el mismo sentido, por todos, KOPP, *VwVfG*, *cit.*, pág. 1293 (§ 54.7). Lo dicho no debe hacer pensar que en el ordenamiento alemán no existe la distinción, ya aludida, entre contratos *sustitutivos* de un acto administrativo (que son contratos sobre actos administrativos) y contratos *alternativos* al dictado de un acto administrativo (que no lo son), distinción cuyo ejemplo más gráfico es la oposición entre adhesión a la expropiación (convenio *sustitutivo*) y cesión «amigable», contractual, del bien al margen del procedimiento expropiatorio (convenio *alternativo*). La distinción opera también en Alemania, y específicamente en materia expropiatoria, aunque existe alguna opinión contraria, que argumenta a partir de lo artificiosa que resulta la bipartición en algunas circunstancias concretas. Una exposición de la doctrina dominante y de la objeción, respectivamente, en SCHMIDT-ASSMANN/KREBS, *Rechtsfragen städtebaulicher Verträge*, *cit.*, págs. 21 y sigs., y O. GASSNER, *Der freihändige Grunderwerb der öffentlichen Hand*, München, 1983, págs. 143 y sigs. La sentencia del *BVerwG* de 6 de julio de 1984, *NJW*, 38 (1985), págs. 989 y sigs., califica como contrato de Derecho público aquel por el que un particular cede una parcela a la Administración a cambio de recibir otra, resultante de una operación de reparcelación (*Umlegung*), al considerar que dicho contrato servía a la Administración para llevar a cabo la reparcelación, lo mismo que el procedimiento administrativo (a base de actos unilaterales) al que habría tenido que recurrir en defecto de acuerdo.

⁶³ *Vid.* MEYER en MEYER/BORGS, *VwVfG*, *cit.*, pág. 493 (§ 54.27). Un ejemplo se encuentra en la sentencia del *BVerwG* de 1 de diciembre de 1989 [*DVB*],

puede llegar a calificarse como de Derecho público un contrato celebrado entre particulares (*v.gr.* un convenio expropiatorio cuando el beneficiario de la expropiación es un particular), aunque en estos casos se entiende que es precisa una habilitación normativa para poder celebrar el contrato ⁶⁴. El hecho de que a través del contrato la Administración busque directamente la satisfacción de un interés general no es suficiente para calificarlo como público, si el ordenamiento no le confiere potestades de Derecho público para perseguir esa finalidad ⁶⁵.

Con mucha frecuencia, la prestación que «tiñe» el contrato, determinando su naturaleza jurídico-pública, será sólo una de las prestaciones incluidas en el mismo. Así ocurre, *v.gr.*, cuando la Administración se obliga a dictar un acto y el particular realiza determinadas cesiones de terrenos. En estos casos, el contrato se considera de Derecho público en su totalidad, evitándose las poco prácticas consecuencias de la partición material y jurisdiccional que se produciría si se prefiriese otra solución. Con la salvedad, naturalmente, de que en un mismo documento se recojan prestaciones públicas y privadas que correspondan en realidad a relaciones jurídicas perfectamente separadas. En ese caso, la existencia de una prestación de Derecho público (así, el dictado

105 (1989), págs. 438 y sigs., con nota de GÖTZ], un típico «convenio de ejecución» urbanístico, en el que se concreta la cuantía y forma de pago de la contribución a los gastos de urbanización [*Beitragspflicht*], obligación legal antes regulada en el § 133 *BBauG* (y hoy en el § 133 *BauGB*).

⁶⁴ En el sentido del texto, ACHTERBERG, *Allgemeines Verwaltungsrecht*, cit., pág. 483 (§ 21.227); ERICHSEN en ERICHSEN, *Allgemeines Verwaltungsrecht*, cit., pág. 363 (§ 24.9); KOPP, *VwVfG*, cit., págs. 1299 y 1309 (§ 54.10 y 32); KNACK, *VwVfG*, cit., pág. 854 (§ 54.4.1); FORSTHOFF, *Lehrbuch*, cit., pág. 273; SCHIMPF, *Der verwaltungsrechtliche Vertrag*, cit., pág. 71.

⁶⁵ Esto se ve con claridad en la sentencia del *BVerwG* de 11 de febrero de 1993 (*BVerwGE*, 92, 56). Un Ayuntamiento se dedicaba sistemáticamente a vender parcelas de su propiedad a vecinos de la localidad, a un precio especial, con un derecho de readquisición preferente en caso de que el comprador quisiese vender la parcela a un sujeto que no fuese vecino (*Einheimische Modell*). A pesar de que la vinculación del contrato con un interés general va mucho más allá de la vinculación meramente instrumental de los contratos de suministro (en sentido amplio), la sentencia califica el contrato como privado (y, por tanto, no entra a conocer de las cuestiones de él derivadas, remitiendo a las partes a la jurisdicción ordinaria), porque la Administración no dispone de medios jurídico-públicos (es decir, de potestades) para perseguir esa finalidad.

de un acto administrativo) no convierte en público al contrato en su totalidad ⁶⁶.

Tampoco es necesario, para que se considere que una prestación de la Administración y otra de un particular forman un contrato de Derecho público, que estén ligadas sinalagmáticamente ⁶⁷. De hecho, como se ha comprobado en el epígrafe anterior, las partes suelen ocultar esa relación sinalagmática para evitar que conduzca a la invalidez del contrato ⁶⁸.

⁶⁶ En este sentido, KOPP, *VwVfG*, *cit.*, págs. 1294 y sigs. (§ 54.8); KNACK, *VwVfG*, *cit.*, pág. 856 (§ 54.4.3); ERICHSEN en ERICHSEN (hrsg.), *Allgemeines Verwaltungsrecht*, *cit.*, pág. 360 (§ 24.3); WOLFF/BACHOF, *Verwaltungsrecht*, *cit.*, vol. I (ed. de 1971), págs. 102 y 308 [§§ 22 III g) y 44 II]; BONK en STELKENS/BONK/SACHS, *VwVfG*, *cit.*, págs. 1240 y sigs. (§ 54.36); MEYER en MEYER/BORGS, *VwVfG*, *cit.*, pág. 495 (§ 54.10); SCHIMPF, *Der verwaltungsrechtliche Vertrag*, *cit.*, págs. 63 y sigs.; EHLERS, *Verwaltung in Privatrechtsform*, *cit.*, págs. 444 y 459; SCHMIDT-ASSMANN/KREBS, *Rechtsfragen städtebaulicher Verträge*, *cit.*, pág. 171. Si, como recuerda MEYER, *op. cit.*, págs. 493-495, preceptos como el § 56 *VwVfG* intentan evitar que la Administración pretenda obtener, a cambio del dictado de actos administrativos, contraprestaciones sin título jurídico alguno, es preciso contemplar como una unidad jurídica todo el contrato, con el compromiso de la Administración de dictar un acto y el compromiso del particular de realizar otra prestación, aunque ésta no esté regulada por el Derecho público. En aparente excepción a esta teoría, se subraya que un mismo documento puede incluir varios contratos, unidos sólo formalmente, y en ese caso nada impide que uno sea de Derecho privado y el otro de Derecho público: *vid.*, por todos, ERICHSEN, *op. cit.*, pág. 360, y MEYER, *op. cit.*, pág. 495.

⁶⁷ *Vid.* una clara explicación del funcionamiento de esta técnica en KOPP, *VwVfG*, *cit.*, pág. 1293 (§ 54.7). En el mismo sentido, EBSEN, «Der Bauplanungsgarantievertrag», *cit.*, pág. 63; FABER, *Verwaltungsrecht*, *cit.*, pág. 261; MEYER en MEYER/BORGS, *VwVfG*, *cit.*, págs. 493 (§ 54.25); ERICHSEN en ERICHSEN, *Allgemeines Verwaltungsrecht*, *cit.*, pág. 360 (§ 24.4); MAURER, *Allgemeines Verwaltungsrecht*, *cit.*, pág. 331 (§ 14.11: «Cuando un ciudadano se compromete al pago de una cantidad de dinero, para conseguir una determinada actuación de la Administración, se da un contrato administrativo, y ello no sólo cuando la actuación de la Administración es prometida o incluso ejecutada en el propio contrato, sino también cuando, sin ser mencionada expresamente en éste, es la base del negocio»); EHLERS, *Verwaltung in Privatrechtsform*, *cit.*, pág. 447; MUTIUS, «Zulässigkeit und Grenzen», *cit.*, pág. 204; KREBS, «Konsensuales Verwaltungshandeln im Städtebaurecht», *cit.*, pág. 973; KONRAD, *Der öffentlich-rechtliche Vertrag*, *cit.*, págs. 39 y 89; LANGE, «Die Abgrenzung», *cit.*, pág. 320.

⁶⁸ Esta ampliación del concepto de contrato de Derecho público a supuestos en los que las prestaciones de las partes no están ligadas sinalagmática-

De acuerdo con una regla muy arraigada en Derecho alemán, no son contratos de Derecho público los que la Administración celebra con particulares para adquirir los bienes y servicios que necesita para su funcionamiento y actividad (contratos de obras o suministros, *v.gr.*). Estos contratos «instrumentales» (llamados también *Hilfsgeschäfte* o *fiskalische Verträge*) se rigen por el Derecho privado, sin perjuicio de la aplicación a los mismos de las normas comunitarias sobre contratación pública, en materia de selección del contratista ⁶⁹.

Salta a la vista que aquí se encuentra la principal diferencia entre el ámbito de aplicación del contrato de Derecho público

mente tiene como finalidad la tutela del particular, evitando que aparezcan como contratos ordinarios (justificados por el dogma de la autonomía privada) auténticas imposiciones de la Administración, amparadas en el poder coactivo que le concede la titularidad de potestades administrativas, y por tanto la posibilidad de dictar actos unilaterales.

⁶⁹ En este sentido, KOPP, *VwVfG, cit.*, pág. 1300 (§ 54.12); EHLERS, *Verwaltung in Privatrechtsform, cit.*, pág. 201; KIRCHHOF, *Verwalten durch «mittelbares» Einwirken, cit.*, págs. 326-327; BOSSE, *Der subordinationrechtliche Vertrag, cit.*, pág. 25; BEINHARDT, «Der öffentlich-rechtliche Vertrag», *cit.*, págs. 248 y 263 («no existe motivo para incluir estos supuestos en el Derecho público, como ha ocurrido en Francia a través de la doctrina del contrato administrativo»); WOLFF/BACHOF/STOBER, *Verwaltungsrecht, cit.*, vol. I, pág. 233 (§ 23.19); EHLERS, en ERICHSEN (hrsg.), *Allgemeines Verwaltungsrecht, cit.*, pág. 60 (§ 2.76); ZEJSCHWITZ, «Rechtsstaatliche und prozessuale Probleme des Verwaltungsprivatrechts», *NJW*, 36 (1983), págs. 1873 y sigs.; MEYER en MEYER/BORGS (hrsg.), *VwVfG, cit.*, pág. 494 (§ 54.28); FABER, *Verwaltungsrecht, cit.*, pág. 159; GUSY, «Öffentliche-rechtliche Verträge», *cit.*, págs. 1223-1224. En contra, en una posición confesadamente minoritaria, BURMEISTER, «Verträge und Absprachen», *cit.*, pág. 279, quien sostiene que el ámbito «esencial» de aplicación del contrato de Derecho público es, junto a la actividad administrativa prestacional que se desarrolle a través de contratos, «la cobertura de necesidades (*Bedarfsdeckung*) de la Administración». Aunque ello se oponga «a la opinión dominante» (nota 91), este autor afirma que estos contratos, son, «por su naturaleza jurídica, contratos de Derecho público, que deben estar sometidos a los tribunales administrativos».

Un ejemplo práctico particularmente elocuente se encuentra en la sentencia de 10 de abril de 1986 de la Sala Común de los Tribunales Supremos Federales (*Gemeinsamer Senat der obersten Gerichtshöfe des Bundes*), publicada en *BVerwGE*, 74, 368 y sigs., y relativa a un contrato de suministro de material sanitario y ortopédico a una entidad prestadora del seguro de enfermedad. El Tribunal califica el contrato de jurídico-privado a pesar de que su finalidad era atender a una actividad prestacional regulada por normas de Derecho público.

alemán y el del contrato administrativo (en los países en que existe esta figura y, por supuesto, en España), ya que en esta categoría se incluyen algunos tipos que son evidentemente instrumentales, como ocurre en particular con el contrato de suministro. La diferencia en el ámbito de aplicación del contrato administrativo y del contrato de Derecho público es reconocida y admitida, en general, por quienes han realizado estudios de Derecho comparado al respecto, lo que confirma las conclusiones anteriores. Sin embargo, no deja de ser curioso que varias investigaciones hayan intentado aclarar aspectos del régimen del contrato de Derecho público mediante el estudio del contrato administrativo (en Francia) ⁷⁰.

⁷⁰ Así, BEINHARDT, «Der öffentlich-rechtliche Vertrag», *cit.*, pág. 211, dice que «el ámbito de aplicación del *contrat administratif* se encuentra, en esencia, en los negocios de suministro de la administración medial, que entre nosotros (en el ordenamiento alemán) se acostumbra a designar como *fiskalischen Hilfstätigkeiten*» (lo que implica su calificación jurídico-privada). Según MARZLIN, *Die Abgrenzung des öffentlich-rechtlichen Vertrages und des privatrechtlichen Vertrages der Verwaltung im französischen Recht unter vergleichender Berücksichtigung des deutschen Rechts*, Diss. Mainz, 1966, las dos principales diferencias entre el *contrat administratif* y el contrato de Derecho público son, por un lado, que los contratos de obra y suministros son administrativos en Francia y privados en Alemania (págs. 166-167) y, de otro lado, que los contratos sobre potestades y competencias administrativas (contratos públicos en Alemania), no están admitidos en Francia (pág. 180). En el mismo sentido, SPANOWSKY, *Grenzen des Verwaltungshandelns durch Verträge und Absprachen*, Berlín, 1994, pág. 483. KONRAD, *Der öffentlich-rechtliche Vertrag*, *cit.*, pág. 16, sostiene que ambas instituciones no tienen nada en común, lo que resta valor a las investigaciones comparatistas llevadas a cabo. JARASS, «Besonderheiten des französischen Verwaltungsrechts im Vergleich», *DöV*, 34 (1981), págs. 813 y sigs., pág. 820, subraya cómo, frente a lo que ocurre en Derecho alemán, la posibilidad de que la Administración celebre un contrato administrativo en una materia en la que puede actuar mediante un acto administrativo es discutida en Francia. Por lo que respecta a EFSTRATIOU, *Die Bestandskraft des öffentlichen Vertrags. Eine vergleichende Untersuchung zum griechischen, französischen und insbesondere deutschen Verwaltungsrecht*, Berlín, 1988, la conciencia de que *contrat administratif* y contrato de Derecho público son dos instituciones muy diferentes entre sí (págs. 103 y 125-126) no le impide recurrir al estudio de las potestades de que la Administración dispone (en el ordenamiento francés) para intervenir sobre el contrato administrativo ya celebrado, para intentar aclarar la misma cuestión respecto al contrato de Derecho público, lo que hace también GIACOMETTI, *Allgemeine Lehre*, *cit.*, pág. 447, nota 26. Con ello parece repetirse la situación de principios de

Tampoco son de Derecho público los contratos que la Administración celebra, en el ejercicio de su actividad prestacional, con los particulares beneficiarios o destinatarios de sus prestaciones. Estos contratos se rigen por el Derecho privado, completado con algunas reglas de origen jurídico-público (respeto a los derechos fundamentales, vigencia del principio de igualdad, obligación de contratar con todos los solicitantes) que forman el llamado Derecho privado administrativo o *Verwaltungsprivat-*

siglo, cuando MAYER (como se explicará en el capítulo III) resolvía la cuestión de la existencia o no de contratos de Derecho público (en el ordenamiento alemán) a la vista de las características del *contrat administratif*, a pesar que los supuestos de hecho respecto de los que él se planteaba su calificación o no como contratos de Derecho público eran otros diferentes de aquellos que en Francia se calificaban como *contrats administratifs*. En Suiza, situada entre las culturas jurídicas francesa y alemana, se han producido intentos curiosos como el de ZWAHLEN, *Le contrat de droit administratif*, Basel, 1958, obra en la que se intenta la introducción del *contrat administratif* en el ordenamiento suizo (que, en materia contractual, sigue al alemán, y por tanto califica como privados los contratos instrumentales). El *contrat de droit administratif* que ese trabajo [citado varias veces en el vol. II del *Tratado de Derecho Administrativo* de GARRIDO FALLA, Madrid, 1992 (10.^a ed.), Título IV, capítulo II, por cierto] pretende introducir abarca tanto el ámbito del contrato administrativo francés, como los contratos sobre actos y potestades administrativas (lo que supone un influjo germánico y una ampliación notoria sobre el ámbito original del *contrat administratif*), que él define así (pág. 611): «*Conventions transactionnelles*» y «*contrats libérant l'administré de la stricte application d'une réglementation de droit public*». Otra obra suiza de la misma época es la de IMBODEN, *Der verwaltungsrechtliche Vertrag*, Basel, 1958, que sí distingue claramente las características del *contrat administratif* y del contrato de Derecho público alemán: objeto del primero «puede ser el apoyo (*Unterstützung*) de un servicio público mediante el suministro de cosas o la entrega de prestaciones. En esa categoría se incluyen numerosos acuerdos, que según el Derecho suizo son típicamente privados» (pág. 20); a su vez, «la institución del contrato administrativo está claramente delimitada frente al ámbito de actuación de autoridad de la Administración. Allí donde la ley —como ocurre, v.g.r., en materia de funcionarios— ha ordenado las relaciones entre los particulares y el Estado, no queda margen alguno para las disposiciones de los interesados» (pág. 23).

La equiparación entre *contrat administratif* y contrato de Derecho público, o al menos una cierta ambigüedad al respecto, no es insólita. Así, en una obra tan brillante en este punto como el *Diritto amministrativo* de GIANNINI, *cit.*, vol. II, pág. 428, se dice, tras indicar que la creación de una categoría denominada «contrato de Derecho público» es una opción del Derecho positivo, que «según la doctrina francesa, y también belga y alemana, sus respectivos ordenamientos conocerían la figura del contrato de Derecho público (*contrat admi-*

*recht*⁷¹. Con un ejemplo gráfico, puede decirse que los contratos que celebra un Ayuntamiento con los usuarios de una piscina municipal son contratos a los que se aplica el *Verwaltungsprivatrecht*, mientras que los contratos mediante los cuales el Ayuntamiento adquiere los productos de limpieza de la piscina son contratos privados ordinarios (*Hilfsgeschäfte*).

b) *Los accordi procedimentali regulados en la Ley de Procedimiento Administrativo italiana*

La Ley italiana 241/1990, de 7 de agosto, que lleva por título «Nuevas normas en materia de procedimiento administrativo y de acceso a los documentos administrativos», permite a la Administración actuante en un procedimiento, según su artículo 11, «concluir (...) acuerdos con los interesados a fin de determinar el contenido discrecional del *provvedimento* final o, en los casos previstos por la ley, en sustitución de éste». A esos acuerdos se aplican, «salvo previsión distinta, los principios del Código Civil en materia de obligaciones y contratos en cuanto compatibles», y «las controversias en materia de formación,

nistratif), en la cual el *modulo contrattuale* recibiría profundas modificaciones, debido a que el objeto de la convención sería público y no privatístico (sería un objeto indisponible en las relaciones *inter privatos*): *l'autorità pubblica, in sostanza, si dice disporrebbe dell'oggetto di una propria potestà, pubblica, per addivenire ad un assetto di esso non autoritativo, bensì contrattuale*». Parece claro que esa caracterización, si puede ilustrar sobre los contratos de Derecho público alemanes (en cuanto incluyen los contratos sobre actos y potestades administrativas), no responde a la realidad de contratos típicamente administrativos como los de obras, suministros o consultoría y asistencia.

⁷¹ Sobre el *Verwaltungsprivatrecht*, *vid.* EHLERS, *Verwaltung in Privatrechtsform, cit., passim*, y «Rechtsstaatliche und prozessuale Probleme des Verwaltungsprivatrechts», *DVBl*, 98 (1983), págs. 422 y sigs.; ZEJSCHWITZ, «Rechtsstaatliche und prozessuale Probleme des Verwaltungsprivatrechts», *cit.*; RÖHL, «Verwaltung und Privatrecht-Verwaltungsprivatrecht?», *VerwArch*, 86 (1995), págs. 531 y sigs., además de los principales manuales, como WOLFF/BACHOF/STOBER, *Verwaltungsrecht, cit.*, págs. 238 y sigs. (§ 23.29-35), FABER, *Verwaltungsrecht, cit.*, págs. 146 y sigs.; EHLERS en ERICHSEN (dir.), *Allgemeines Verwaltungsrecht, cit.*, págs. 57 y sigs. (§ 2 IV); ACHTERBERG, *Allgemeines Verwaltungsrecht*, págs. 217 y sigs. (§ 12.19-29); MAURER, *Allgemeines Verwaltungsrecht, cit.*, págs. 33 y sigs. (§ 3.) y 401 (§ 17.1). En la bibliografía española, GONZÁLEZ-VARAS IBÁÑEZ, *El Derecho administrativo privado*, Madrid, 1996.

conclusión y ejecución de los acuerdos (...) están reservadas a la jurisdicción exclusiva del juez administrativo»⁷².

La Ley no utiliza el término «contrato», sino el de «acuerdo», aunque la remisión a los «principios del Código Civil en materia de obligaciones y contratos» hace que el resultado sea prácticamente el mismo, como no ha dejado de subrayar la doctrina que

⁷² Sobre la Ley 241/1990 (que es la primera Ley general sobre procedimiento administrativo aprobada en Italia, tras décadas de intentos), *vid.* ALBERTI *et al.*, *Lezioni sul procedimento amministrativo*, Torino, 1992; AA.VV., *Procedimento amministrativo e diritto di accesso (Legge 7 agosto 1990, n. 241)*, Napoli, 1991; CARTABIA, *La tutela dei diritti nel procedimento amministrativo. La legge n. 241 del 1990 alla luce dei principi comunitari*, Milano, 1991; CASTIELLO, *La legge 241/1990 sul procedimento amministrativo e le sue disposizioni di principio*, Roma, 1993; CORSO/TERESI, *Procedimento amministrativo e accesso ai documenti. Commento alla legge 7 agosto 1990, n. 241*, Rimini, 1991; FRANCO, *Il nuovo procedimento amministrativo*, Bologna, 1995 (3.^a ed.); ITALIA/BASSANI (a cura di), *Procedimento amministrativo e diritto di accesso ai documenti (Legge 7 agosto 1990, n. 241)*, Milano, 1991; NICOSIA, *Il procedimento amministrativo. Principi e materiali. Commento alla legge 241/1990 e alla sua attuazione con i D.P.R. 300 e 352/1992*, Napoli, 1992; PUBUSA, *L'attività amministrativa in trasformazione. Studi sulla l. 7 agosto 1990, n. 241*, Torino, 1993; STICCHI DAMIANI, *Attività amministrativa consensuale*, *cit.*; T. MIELE, *Il procedimento amministrativo e il diritto di accesso. Lo stato di attuazione della legge 7 agosto 1990, n. 241, con ampia rassegna di giurisprudenza*, Torino, 1995; ALBANESE, *Il procedimento amministrativo e la riforma delle autonomie locali*, Padova, 1993 (esp. págs. 115 y sigs.).

Todas estas obras dedican un capítulo a los acuerdos entre Administración y particulares, tema estudiado específicamente en AMIRANTE (a cura di), *La contrattualizzazione dell'azione amministrativa*, Torino, 1993; BARBAGALLO/FOLLIERI/VETTORI (a cura di), *Gli accordi fra privati e pubblica amministrazione e la disciplina generale del contratto*, Napoli, 1995, y AICARDI, «La disciplina generale e i principi degli accordi amministrativi: fondamento e caratteri», *RTDP*, XLVII (1997), págs. 1 y sigs. Son de interés los trabajos parlamentarios, publicados en el volumen *La riforma del procedimento amministrativo. I lavori preparatori della legge 7 agosto 1990, n. 241*, Roma, 1991.

El artículo 11 fue modificado por el artículo 3-*quinquies* del Decreto-Ley 163/1995, de 12 de mayo, convertido en la Ley 273/1995, de 11 de julio. La modificación es intrascendente, y consiste en añadir un apartado 1 *bis*, que dispone que «a fin de favorecer la celebración de los acuerdos a que se refiere el apartado 1, el responsable del procedimiento puede establecer un calendario de entrevistas en el que invite, separada o simultáneamente, al destinatario del acto y a los eventuales contrainterésados».

se ha ocupado del tema ⁷³. Sin embargo, las cautelas con que se lleva a cabo la remisión, así como la facultad resolutoria (con indemnización al particular) que se concede a la Administración, han hecho dudar a algunos autores de que se trate de verdaderos contratos ⁷⁴.

⁷³ Todos los autores (tanto civilistas como administrativistas) han subrayado la trascendencia de la remisión al Código Civil, en la que se ha visto la señal más clara de la voluntad del legislador de admitir y reconocer el ejercicio consensual de las potestades administrativas. *Vid.*, entre los primeros, VETTORI, «Accordi "amministrativi" e contratto», en BARBAGALLO/FOLLIERI/VETTORI (a cura di), *Gli accordi, cit.*, pág. 25; NUZZO, «Accordo privato e provvedimento amministrativo nell'art. 11 legge 7/8/1990, n. 241», en BARBAGALLO/FOLLIERI/VETTORI (a cura di), *Gli accordi, cit.*, pág. 37; FOLLIERI, «Gli accordi tra privati e Pubblica Amministrazione nella legge 7 agosto 1990 n. 241», en BARBAGALLO/FOLLIERI/VETTORI (a cura di), *Gli accordi, cit.*, pág. 59. Entre los segundos, FRANCO, *Il nuovo procedimento amministrativo, cit.*, pág. 188 (subrayando también los límites y cautelas de la remisión al Código); CORSO/TERESI, *Procedimento amministrativo, cit.*, pág. 75; CASTIELLO, *La legge 241/1990, cit.*, pág. 98; PERICU, «L'attività consensuale della pubblica amministrazione», en MAZZAROLLI *et. al.* (a cura di), *Diritto amministrativo*, Bologna, 1993, vol. II, págs. 1285 y sigs., pág. 1370.

⁷⁴ Tanto estas cautelas como la ambigüedad del término *indennizzo*, que es el derecho que el artículo 11 concede al particular frente a quien la Administración ejercita su facultad de desistimiento del acuerdo (término que se opone al de *risarcimento*), y que podría indicar una tutela reducida al interés contractual negativo (como en caso de nulidad del contrato), en lugar del interés positivo, que correspondería en caso de incumplimiento de un contrato válido, han inducido a autores como STICCHI DAMIANI, *Attività amministrativa consensuale, cit.*, págs. 67 y sigs., a afirmar que los acuerdos no son contratos, considerándolos, en cambio, como «actos bilaterales no negociales» (págs. 73 y sigs.). Con todo, se trata, a mi juicio, de una cuestión en gran medida terminológica. No es imposible ni infrecuente en la contratación privada que se reconozca a una de las partes de un contrato privado la facultad de desistir del mismo (*diritto di recesso*), lo que comporta, lógicamente, que su ejercicio va a recibir un tratamiento jurídico distinto del puro y simple incumplimiento del contrato (y que las obligaciones indemnizatorias serán, naturalmente, menores). La única diferencia respecto a este esquema institucional que se produce cuando el derecho de desistimiento se reconoce a la Administración es que su ejercicio no puede ser libre, sino condicionado a la concurrencia de razones de interés público (algo común al ejercicio de cualquier titularidad jurídica de la Administración). ¿Por qué, entonces, el reconocimiento de esa facultad es un obstáculo a la calificación contractual del acuerdo? Por otro lado, el «acuerdo no negocial» al que se refiere STICCHI DAMIANI es una categoría que incluye supuestos como el de un particular que se compromete a no impugnar un acto en caso de que la Administración lo dicte con un contenido determinado («la realidad muestra que una determinada actuación puede satisfacer tanto los inte-

La Ley 241/1990 regula la terminación convencional del procedimiento en sentido estricto, es decir, acuerdos que sirven para poner fin a un procedimiento ya iniciado. Ello deja fuera de su ámbito de aplicación a los contratos por los que la Administración se compromete a dictar actos administrativos en el futuro, o predetermina varios procedimientos aún no incoados⁷⁵. Lo que no está claro, ni puede estarlo todavía, dado que no existe aún jurisprudencia sobre la disposición en examen (y sólo entonces podrá comenzar a conocerse la relevancia que va a alcanzar en el tráfico administrativo), es si con el artículo 11 de la Ley 241/1990 se ha pretendido excluir que puedan ser válidos, como contratos, los acuerdos sobre el ejercicio de potestades administrativas que no sean simplemente preparatorios o sustitutivos de resoluciones concretas, o si, simplemente, la nueva ins-

reses públicos como los privados, por lo que resulta oportuno para los titulares de esos intereses “llegar a un acuerdo” sobre esa actuación para hacerla vinculante para las partes»). Parece que no hay ningún inconveniente en calificar ese acuerdo como un contrato, pues ya se ha mostrado en el § 3 que el simple hecho de que la Administración no se obligue a dictar un acto administrativo no excluye la naturaleza contractual de un convenio.

Lo mismo puede decirse, a mi juicio, a propósito de los razonamientos de DUGATO, en *Atipicità e funzionalizzazione nell'attività amministrativa per contratti*, Milano, 1996, que niega que los acuerdos puedan ser contratos con base en argumentos que, de ser atendibles, conducirían a negar naturaleza contractual también a nuestros contratos administrativos. Así, cuando se considera opuesta a la esencia del contrato la atribución a la jurisdicción administrativa de las cuestiones derivadas del acuerdo (págs. 174 y sigs.), o la facultad resolutoria por motivos de interés público, o la potestad de revisión de oficio del contrato (pág. 179). Vuelve a plantearse, en fin, el tema de la igualdad abstracta entre las partes como supuesto obstáculo a la verdadera naturaleza contractual del acuerdo (pág. 185, nota 21), argumento que parece entre nosotros superado respecto a los contratos administrativos y que tampoco es decisivo cuando la Administración contrata sobre el ejercicio de una potestad que le permitiría actuar unilateralmente.

⁷⁵ De ahí que, como afirma DUGATO, *Atipicità e funzionalizzazione, cit.*, pág. 194, pueda sostenerse que la Ley 241/1990 aplica el principio de tipicidad a los acuerdos: el contenido de cada acuerdo habrá de ajustarse a un tipo normativo concreto, que es el del acto al que sustituye o vincula. Entre nosotros, VELASCO CABALLERO, *Las cláusulas accesorias del acto administrativo*, Madrid, 1996, pág. 308, utiliza también esa distinción como clave interpretativa del artículo 88 LAP: «Los convenios de la LRJ-PAC son, más que contratos, terminación o instrucción convencional de un procedimiento en principio unilateral y resolutivo».

titución no es aplicable a ellos, debiendo determinarse su validez o nulidad con base en los principios generales aplicables antes de la aprobación de la Ley ⁷⁶.

Este limitado ámbito de aplicación de la Ley 241/1990 contrasta con los trabajos preparatorios, y en especial con el anteproyecto NIGRO que, en la línea de la *VwVfG*, pretendía reconocer validez y regular un tipo de contratos de las Administraciones caracterizado por ser su objeto el ejercicio de las potestades administrativas. En tal categoría se incluían los contratos sustitutos o preparatorios de un acto, pero en modo alguno se limitaba a ellos ⁷⁷. La limitación del alcance de los acuerdos obedece al dictamen del Consejo de Estado, que no sólo propuso la limitación de los acuerdos a los preparatorios o sustitutos de una resolución, sino que calificó tales acuerdos como meras renunciaciones del particular a recurrir el acto, renunciaciones que no podrían ser calificadas como contratos y que no vincularían a la Administración, y propuso la eliminación, en la remisión al Código Civil, de toda referencia a los contratos ⁷⁸.

⁷⁶ En favor de la primera tesis se pronuncia AICARDI, «La disciplina generale», *cit.*, pág. 25.

⁷⁷ CAVALLO, «Accordi e procedimento amministrativo», en AA.VV., *Procedimento amministrativo e diritto di accesso*, *cit.*, págs. 65 y sigs., pág. 70, habla del «proyecto iluminista elaborado por la Comisión, presidida por quien era ciertamente el más filogermánico de los administrativistas italianos». En el mismo sentido, CASTIELLO, «Gli accordi integrativi e sostitutivi di provvedimenti amministrativi», *Dir. proc. amm.*, XI (1993), págs. 124 y sigs., y págs. 134-135. El anteproyecto está publicado en CORSO/TERESI, *Procedimento amministrativo*, *cit.*, págs. 165-177.

⁷⁸ El Pleno (*Adunanza Generale*) del Consejo de Estado emitió su dictamen núm. 7/87, el 17 de febrero. El dictamen puede ser consultado en CORSO/TERESI, *Procedimento amministrativo*, *cit.*, págs. 177-207. El propio NIGRO, en las «Conclusioni», en AA.VV., *L'accordo nell'azione amministrativa*, Roma, 1988, pág. 84, comentaba: «Comprendo las razones de la supresión, pero la lamento. (...) En una situación en la que la Administración busca cada vez más el acuerdo con el particular, mientras el acto unilateral aparece como la exteriorización formal de un acuerdo de hecho, (...) hacer manifiesto el contrato significa, entre otras cosas, contribuir a la moralización de la Administración».

APROXIMACION A LAS CAUSAS Y FUNCIONES DE LA ACTUACION ADMINISTRATIVA CONVENCIONAL

1. El significado de los convenios entre la Administración y los particulares. Aproximación histórica

La proliferación de los convenios entre la Administración y los particulares no es en absoluto un acontecimiento neutral o intrascendente, del que no quepa sino levantar acta e intentar acomodarlo en una u otra categoría jurídica. Al contrario, la evolución de los convenios ha sido un claro indicador de las transformaciones del Derecho público, contemplado éste en el «ciclo largo» que comienza con el derrumbamiento del «Estado» romano y la progresiva reconstrucción del poder público llevada a cabo hasta nuestros días ¹. De ahí el interés de recordar esta evolución para obtener un nuevo elemento que permita explicar la reaparición o proliferación actual de los convenios, así como las consecuencias que puede producir.

¹ Ese ciclo largo ha sido asumido por SANTAMARÍA PASTOR para la exposición de las bases históricas del Derecho administrativo, en *Fundamentos, cit.*, pág. 71. No hay que confundir, por otro lado, el significado del contrato en la evolución del *Derecho público* (que es a lo que intento aproximarme en el texto) con el problema más general de la historia del contrato en el conjunto de las instituciones jurídicas. Es a esta segunda cuestión a la que se refirió SUMNER MAINE en *El Derecho antiguo (Parte especial)*, trad. esp. por A. GUERRA, Madrid, 1893 (hay una reimpresión de Civitas, Madrid, 1994), pág. 73: «Pocas proposiciones generales relativas a este siglo son de tan fácil aceptación como ésta: “la sociedad actual se distingue de las anteriores principalmente por el gran lugar que ocupa el contrato en ella”. (...) Fácil es observar que en todos aquellos casos en que el derecho antiguo fijaba irrevocablemente la posición de un hombre desde la cuna, el moderno le permite crearla él mismo por contratos; las raras excepciones que aún existen de esta regla se denuncian a diario con apasionada indignación».

Al contrato (o al pacto, como concepto más general y de perfiles más difusos) correspondió un papel muy relevante en la articulación jurídica del poder público (de los poderes de los diversos señores, y especialmente de los Monarcas y del Emperador) durante la Edad Media, especialmente en sus inicios, ya que los príncipes sólo disponían de aquellos poderes concretos que hubieran adquirido en virtud de títulos jurídico-privados (entre ellos, el contrato) ².

Por un lado, el pacto entre el Príncipe y la representación estamental (Cortes) permite la producción de normas ³. Por otro, el pacto es la forma habitual de articular las relaciones jurídicas bilaterales entre el Príncipe y los súbditos, y sirve como instrumento para encomendar a particulares el ejercicio de prerrogativas públicas: desde la enfeudación de territorios, o (en épocas más avanzadas) la venta de oficios, hasta la atribución de derechos a la utilización de bienes públicos, se disciplinan en todo caso mediante contratos.

A la utilización generalizada del pacto contribuyen diversos factores. En primer lugar, la pérdida, con la caída de la estruc-

² Una de las exposiciones más acabadas de este mecanismo es la de MAYER, *Deutsches Verwaltungsrecht* (se utiliza la traducción española, a cargo de HEREDIA y KROTOSCHIN, *Derecho administrativo alemán*, Buenos Aires, 1949, que lo es de la traducción francesa, realizada por el propio autor, París, 1903), vol. I, págs. 30 y sigs. «En la época de los derechos de supremacía del príncipe, los derechos adquiridos (...) son una verdadera barrera que se opone al poder público, cualquiera sea la forma bajo la cual éste aparezca (legislación, justicia o administración); aun en el ejercicio de sus prerrogativas, el príncipe no debe arrebatar a nadie sus derechos adquiridos. *Esta máxima se explica*, en primer lugar, de la manera más simple, *por el carácter de derecho privado que revisten las prerrogativas*. (...) por el efecto de los derechos adquiridos que pertenecen a los individuos, se afecta el desarrollo exterior de las prerrogativas. Así como las prerrogativas pueden adquirirse y acrecentarse por títulos especiales (concesión imperial, *convención*, prescripción), es lógico que ellas puedan ser restringidas en beneficio de los derechos que se les oponen» (págs. 36-37; la cursiva es mía). *Vid.* SANTAMARÍA PASTOR, *Fundamentos*, *cit.*, págs. 75 y 80.

³ Para esta clase de pactos ha quedado reservada, en la doctrina, la expresión «pactismo». *Vid.* el volumen colectivo (con participación, entre otros, de LEGAZ LACAMBRA, VALLET DE GOYTISOLO, LALINDE ABADÍA, GARCÍA-GALLO o SÁNCHEZ-AGESTA) *El pactismo en la historia de España*, Madrid, 1980.

tura política romana (que está estrechamente ligada, como es obvio, a la incapacidad para manejar el conjunto de técnicas intelectuales y sociales sobre las que aquella estructura se sustentaba), del arsenal de conceptos del Derecho romano, que había ido creando figuras institucionales para el manejo de las prerrogativas públicas: desaparecida esa finura jurídica, no quedan otras técnicas que las del Derecho privado (en el que se encuadra el contrato) para el manejo de cualesquiera objetos, sean éstos «públicos» o «privados»⁴. La pérdida del concepto de supremacía general del Príncipe sobre los súbditos hace que su poder deba basarse en títulos jurídicos concretos sometidos al mismo tráfico que los demás bienes.

El pactismo es, a su vez, un elemento característico del sistema de dominación patrimonial (una de cuyas variedades es el feudalismo), según la descripción clásica de Max WEBER⁵. Los límites del poder del Príncipe no vienen establecidos por normas generales, sino que son distintos para cada súbdito, en función de su capacidad de resistencia y de los privilegios obtenidos, lo que hace imprescindible el pacto como instrumento que permita el ajuste de las diferentes pretensiones.⁶ Como telón de fondo

⁴ Un ejemplo claro de este fenómeno se da en la teoría de los bienes públicos, donde, tras la diversidad de regímenes a que se había llegado en el Derecho Romano, se pierde la nitidez de esa distinción y la única forma de tutelar jurídicamente la vinculación de un bien a un destino público va a ser la atribución de su titularidad al Príncipe. Vid. PAREJO, «Dominio público: un ensayo de reconstrucción de su teoría general», *RAP*, 100-102 (1983), vol. III, págs. 2379 y sigs. (págs. 2388-2390), y VILLAR PALASÍ (dir.), *Derecho administrativo II*, Madrid, 1977, págs. 24 y sigs.

⁵ Vid. SANTAMARÍA PASTOR, *Fundamentos*, cit., págs. 75 y 80; WEBER, *Economía y sociedad* (se cita por la traducción española, a cargo de MEDINA ECHEVARRÍA y otros, México, 1964), pág. 759.

⁶ Vid. WEBER, *Economía y sociedad*, cit., págs. 758 y 784. Lo que caracteriza al feudalismo como versión más formalizada y estereotipada del sistema de dominación patrimonial es precisamente «el carácter rigurosamente jurídico de la posición ocupada por cada feudatario. El hecho de que el derecho del vasallo en los distritos clásicos del feudalismo se basara en un *contrato* distinto según los casos» (pág. 821). Como resultado, en palabras tantas veces citadas, «la organización política patrimonial vinculada en sentido prebendal y feudal es, en oposición al sistema de las “autoridades” o “magistraturas” reguladas por ordenamientos objetivos —con sus correspondientes deberes oficiales circunscritos—, un cosmos o, según los casos, un caos de privilegios y obligacio-

que explica en parte esta situación se encuentra la extrema debilidad de los Príncipes frente a los señores inferiores, debilidad derivada de la inexistencia de un Estado que les permitiera obtener ingresos regulares y dominar de forma efectiva su territorio.

De ahí que, a partir del momento en que la desestructuración política toca fondo, la reconstrucción del poder del Príncipe (hasta llegar a la aparición del Estado moderno) va a traer consigo el declive del convenio como instrumento técnico que articule las relaciones jurídicas de naturaleza propiamente pública entre el Príncipe y sus súbditos. El primer paso de este declive coincide con la recuperación de los conceptos políticos romanos. En palabras de GARCÍA DE ENTERRÍA, «esta recepción aporta la idea esencial de un poder político *absolutamente liberado de los compromisos y de los pactos en que la concepción feudal del poder basaba éste*, la idea del *imperium* concebido como un poder implantado *a priori* en una posición formal y abstracta de superioridad, no necesitado de títulos singulares de actuación, no reducido a un haz de regalías tasadas, a su vez condicionadas por los *iura quaesita* y los privilegios de los súbditos»⁷. Ese cambio no fue, sin embargo, inmediato y radical, sino que la actuación del Estado se legitimó, en unas ocasiones, en esa superioridad general proclamada por el Derecho romano (y que, a su vez, resultaba creíble y practicable por las renovadas fuerzas económicas y militares de los Príncipes), y en otras, en títulos de legitimación concretos, al modo tradicional⁸.

nes subjetivos determinados de un modo enteramente concreto y correspondientes al señor, al funcionario y al dominado (...). El poder que organiza y estructura esta acción comunitaria es, junto a la tradición, el privilegio, las costumbres y precedentes judiciales (...), el pacto según las circunstancias lo requieran entre los diferentes poderes, tal como resultó típico en el Estado estamental de occidente y constituyó justamente su esencia» (págs. 824-825).

⁷ Vid. GARCÍA DE ENTERRÍA, «La organización y sus agentes: revisión de estructuras», ahora en *La Administración española*, Madrid, 1985, págs. 105-106. Sobre el apoyo de la doctrina de los glosadores a las pretensiones políticas del Emperador y de los Monarcas nacionales, vid. KOSCHAKER, *Europa y el Derecho Romano*, Madrid, 1955, págs. 120 y sigs., y CALASSO, *I glossatori e la teoria della sovranità. Studio di diritto comune pubblico*, Milano, 1951.

⁸ Vid. MAYER, *Derecho administrativo alemán*, cit., vol. I, pág. 30, así como GARCÍA DE ENTERRÍA, *Dos estudios sobre la usucapión en Derecho*

MARAVALL ha puesto de manifiesto cómo la propia afirmación de la soberanía, máxima expresión del fortalecimiento del poder real, supone ya un primer límite de éste, que opera incluso frente a su titular, limitando sus posibilidades de disponer, mediante un pacto, del poder soberano⁹. Una clara manifestación de esta idea es el concepto de «regalías mayores», aquellas que el Rey no puede de ningún modo ceder a terceros, concepto capital en la evolución de las concesiones administrativas¹⁰.

El Derecho privado queda acantonado en un ámbito concreto, el de la regulación del tráfico de los bienes distintos del ejercicio del poder público (aunque su titular sea en algún caso el propio Rey), y dentro de ese ámbito se convierte en un límite efectivo al poder del Estado¹¹. Sin embargo, ese proceso de reducción del Derecho privado al ámbito estricto de las relaciones económicas, debido a la recuperación de instituciones jurídico-públicas, es un

administrativo, Madrid, 1974, pág. 92, nota 17, y MARAVALL, *Estado moderno y mentalidad social*, Madrid, 1972, vol. I, pág. 294.

⁹ Vid. MARAVALL, *Estado moderno y mentalidad social*, cit., vol. I, pág. 340: «La concepción de la objetividad del Estado y consiguientemente del poder soberano que se considera como una pieza del mecanismo estatal y no como una posesión personal del príncipe, lleva a despertar la conciencia de la diferenciación entre lo que es y lo que no es el poder; por tanto, a desarrollar la conciencia de límite y medida del mismo. Por esa vía, pues, la idea de la objetividad del Estado y del poder actúa como noción de medida, de límite. En tal sentido, todos los caracteres del poder que acabamos de exponer (que se encierran en la idea de soberanía), si, por un lado, de hecho enuncian aspectos positivos del mismo y fueron elaborados doctrinalmente al objeto de fortalecer y unificar el poder soberano, lo cierto es que, de otro lado, al dar determinación a su contenido y extensión, con la formulación de esos principios se le viene a señalar sus lindes al poder. La unidad, la indivisibilidad, la inalienabilidad, la imprescriptibilidad del poder, le señalan por de pronto un límite, en el sentido de que, al menos, no puede ir contra exigencias de su propia naturaleza».

¹⁰ Vid. VILLAR PALASÍ, «Concesiones administrativas», *NEJ*, págs. 688 y sigs.

¹¹ Vid. MARAVALL, *Estado moderno y mentalidad social*, cit., vol. I, pág. 345. Así se entiende que el máximo teórico del poder soberano (BODIN), que considera esencial a éste la revocabilidad de cualquier edicto, afirme en términos estrictos que «el príncipe es obligado a observar sus contratos». Vid. BODIN, *Los seis libros de la república* (publicado originalmente en 1575), libro I, capítulo VIII. Se cita por la traducción española de Gaspar DE AÑASTRO ISUNZA (publicada en 1590), reeditada por BERMEJO CABRERO, Madrid, 1992, 2 vols.

proceso limitado y al que se opone una tendencia contraria, que lleva a forzar la calificación jurídico-privada (al menos, parcialmente privada) de algunas instituciones inequívocamente públicas (como la expropiación), al objeto de otorgar alguna tutela judicial a los súbditos (tutela que no existía apenas frente al ejercicio del poder público), finalidad a la que sirve el concepto de Fisco ¹².

Por otra parte, el contrato decae necesariamente como instituto jurídico de regulación de las relaciones del Estado con los particulares, por su incompatibilidad con el sistema burocrático de dominación, que se impone a partir de esta época como el único que asegura eficazmente a los Reyes la obtención de rentas tributarias y la organización de un ejército ¹³. Si la esencia de ese tipo de dominación estriba precisamente en la generalidad y abstracción de las normas que establecen un sistema de competencias objetivas en virtud del cual, y sólo en virtud de él, se ejerce todo poder, mal se podrá aceptar en este orden de ideas que la medida del poder no dependa de una norma objetiva e igual para todos los casos, sino del acuerdo a que se haya llegado con cada sujeto, cuyo contenido dependerá de la respectiva posición de fuerza en la negociación.

El Estado constitucional surgido de la Revolución francesa no hace aquí (como en tantos otros aspectos) sino exacerbar las tendencias presentes en el Estado moderno desde su aparición. El propio fortalecimiento político del Estado le permite acentuar aún más su rechazo de cualquier tentación pactista en el ejercicio del poder público.

Por lo que respecta al pactismo normativo, queda excluido por el dogma de la voluntad general. Si la soberanía se atribuye a los representantes del pueblo, cuyas resoluciones son acuerdos unilaterales de un órgano colegiado, dejarán de existir normas que procedan de un pacto entre el Rey y los estamentos y que no puedan ser derogadas o alteradas mediante una resolución unilateral. La afirmación de que el soberano está desligado de todo

¹² Vid., por todos, la exposición clásica de MAYER, *Derecho administrativo alemán*, cit., vol. I, págs. 58 y 65.

¹³ En este sentido, WEBER, *Economía y sociedad*, cit., pág. 729.

compromiso previo es en ROUSSEAU aún más categórica que en BODIN ¹⁴. En este sentido, la afirmación del contrato como hipótesis fundante del orden político propugnado (*Contrato social*) contribuye justamente a expulsar al pacto del elenco de las fuentes del Derecho positivo, al crear un soberano que se expresa sólo mediante manifestaciones de voluntad unilaterales ¹⁵.

Incluso en aquellos regímenes que no siguen, durante gran parte del siglo XIX, el dogma de la voluntad general (dualismo monárquico), el nuevo dogma de la personalidad jurídica del Estado excluye la explicación pactista de las Leyes aprobadas por el Rey con las Cortes, al considerar a ambos como órganos del Estado-persona jurídica, y no como dos sujetos que concluyen un contrato. Esto es claro en uno de los primeros formuladores de la tesis de la personalidad jurídica del Estado, GERBER, en quien dicha construcción se dirigía polémicamente contra el concepto feudal de Estado ¹⁶, y pesará también en el concepto

¹⁴ En *El contrato social* (Libro segundo, capítulo I; pág. 25 de la traducción realizada por M.^a José VILLAVARDE, Madrid, 1995, 3.^a ed.), ROUSSEAU, a renglón seguido de la afirmación de que sólo en función del interés común debe ser gobernada la sociedad, sostiene que «no siendo la soberanía sino el ejercicio de la voluntad general, *no puede enajenarse nunca*, y el soberano, que no es sino un ser colectivo, no puede ser representado más que por sí mismo: el poder puede ser transmitido, pero no la voluntad. (...) Si el pueblo prometiese obedecer, se disolvería por ese acto y perdería su condición de pueblo; en el instante en que hay un amo ya no hay soberano, y desde ese momento el cuerpo político queda destruido». Ambas afirmaciones están enlazadas: si la voluntad general no encuentra límite alguno a sus manifestaciones, y el único móvil de sus actos ha de ser el interés común que a ella misma corresponde libremente valorar, cualquier compromiso que asumiera frente a otro sujeto carecería de toda garantía, salvo que supusiera una mutación constitucional que convirtiera a ese otro sujeto en soberano.

¹⁵ No sólo MARAVALL (en el texto citado anteriormente, págs. 287 y sigs. del vol. I de *Estado moderno y mentalidad social*) ha relativizado la importancia de que convivan en algunos momentos el pacto y la soberanía real como títulos legitimadores del ejercicio del poder. STEINVORTH, «Über die Rolle von Vertrag und Konsens in der politischen Theorie», *Archiv für Rechts- und Sozialphilosophie*, LXXII (1986), págs. 21 y sigs., ha subrayado la persistencia con la que el *topos* del contrato ha sido utilizado en la teoría política y la diversidad de significados que ha ido asumiendo (y de direcciones en las que ha sido invocado).

¹⁶ Me refiero al trabajo de GERBER, «Über öffentliche Rechte» (Tübingen, 1852), citado por la traducción italiana, de LUCCHINI, incluida en el volumen

doctrinal de acto complejo (*Vereinbarung, Gesamtakt*), que surge inicialmente para explicar, sin recurrir al contrato, el acuerdo entre el Rey y las Cortes del que surgían las Leyes ¹⁷.

En cuanto al pactismo en el ejercicio del poder público, en la aplicación de las normas, los principios del nuevo Estado burgués revolucionario van a prestar nuevo empuje a la lucha que se venía sosteniendo desde la aparición del Estado moderno para su eliminación ¹⁸. El empleo sistemático y exclusivo del acto administrativo (unilateral) como técnica de administrar se ve como el principal medio para garantizar la legalidad y la igualdad, ya que el contenido del acto viene determinado, de forma más o menos exhaustiva, por la ley (principio de tipicidad), y de ese modo se asegura también la igualdad, al no depender dicho contenido de la capacidad de negociación de cada uno de los administrados.

Diritto pubblico, Milano, 1971, que recoge diversos trabajos de GERBER. Citando el trabajo pionero de ALBRECHT (1837), dice que la esencia del nuevo Derecho público se encuentra en la personalidad jurídica del Estado (pág. 17), y que el sentido de ese cambio aparentemente sólo técnico se halla en la «desfeudalización» del Estado: «Del mismo modo que, antes, el Estado patrimonial se caracterizaba por la posición del señor propietario del territorio, así, a la inversa, el nuevo Estado debe distinguirse por el cambio que se ha producido en esta posición» (pág. 18). El fin es «colocar al Estado sobre una base objetiva, liberándolo del vínculo innatural que lo ata, en las formas del Derecho privado, a la persona del príncipe» (pág. 20). De ahí que se proponga constituir al Estado como una persona jurídica de Derecho público, porque así el Monarca queda reducido a un órgano de la misma (pág. 21). El entronque de esta idea con el pensamiento hegeliano queda claro si se acude a los *Grundlinien der Philosophie des Rechts* (se cita por la traducción española, de Carlos DÍAZ, *Fundamentos de filosofía del derecho*, Madrid, 1993), § 75 (págs. 288 y sigs.), donde HEGEL denuncia la confusión entre poder y contrato, típica de la época patrimonialista, en la que se había convertido al Estado en objeto de propiedad privada, y consecuentemente niega (§ 294, pág. 746) que la relación funcional pueda ser un contrato. Vid. también HENKE, «Allgemeine Fragen des öffentlichen Vertragsrechts», *cit.*, JZ, 1984, 441 y sigs., ahora en *Ausgewählte Aufsätze* (editados por GRÖSCHNER y SCHAPP), Tübingen, 1994, págs. 89 y sigs., esp. págs. 90 y sigs.

¹⁷ Aunque se volverá sobre esta cuestión *infra*, en el capítulo siguiente, *vid.*, con carácter general, FALCON, *Le convenzioni pubblicistiche*, *cit.*, págs. 71 y sigs.; SANDULLI, *Il procedimento amministrativo*, Milano, 1964, págs. 200 y sigs.

¹⁸ Vid. GARCÍA DE ENTERRÍA, «La organización y sus agentes», *cit.*, pág. 112.

No se trata sólo de un escrúpulo político o jurídico (es decir, de un tecnicismo), sino de las exigencias básicas del funcionamiento de la sociedad burguesa y capitalista que constituye el pilar del Estado revolucionario. Si su fundamento se ha visto en la separación entre la sociedad y el Estado, de modo que toda intervención de ésta sobre aquélla esté prevista y delimitada en una norma, entre otras cosas porque sólo así será posible el desarrollo económico de la empresa capitalista, basado en un riguroso cálculo de riesgos y costes (entre los que se incluyen las prestaciones o ventajas públicas), difícilmente se aceptará una técnica jurídica (el convenio) basada en la negociación (es decir, interpenetración) entre los individuos y el Estado, que además exige dedicar a esa negociación un esfuerzo que hay que retirar de las actividades que cada sujeto realiza en ejercicio de su libertad; una técnica que acentúa la dependencia de los ciudadanos respecto al Estado (al condicionar el contenido de sus relaciones al resultado de una negociación y no a la aplicación estricta de la Ley), y que limita la eficacia de la principal garantía de que se dispone frente a la Administración: la predecibilidad de su conducta mediante su vinculación a la Ley ¹⁹.

Por otro lado, si en el período inmediatamente anterior a la desaparición del Antiguo Régimen se habían sometido al Derecho privado (a través del concepto de Fisco) numerosas relaciones jurídico-públicas, en un intento de proteger a los particulares, la situación va a cambiar radicalmente a lo largo del siglo XIX, y ello privará al contrato del último de sus apoyos. En efecto, la nueva ciencia *jurídica* del Derecho público (la redundancia es sólo aparente), pone en pie con visible orgullo un sistema de conceptos cuya finalidad última es hacer innecesario el recurso al Derecho privado para explicar jurídicamente la actividad del Estado y para tutelar jurídicamente a los particulares frente a la misma ²⁰.

¹⁹ Sobre la incompatibilidad entre la actuación administrativa mediante convenios (que supone que los particulares participan de algún modo en la concreción del interés público) y la previsibilidad que necesita un sujeto cuyo fin es la obtención de ganancias, *vid.* RITTER, «Der kooperative Staat. Bemerkungen zum Verhältnis von Staat und Wirtschaft», *AöR*, 104 (1979), págs. 389 y sigs., esp. pág. 401.

²⁰ Es clara al respecto la obra de MAYER, en especial su *Derecho administrativo alemán*, *cit.*, vol. I, pág. 104: «Para que exista el derecho público es

El actual auge de las formas negociales de administración (que no afecta a la creación normativa, en la que el antiguo pactismo no tiene otros sucesores que los convenios colectivos) supone, claramente, un cambio de esa tendencia histórica ²¹. La pretensión de canalizar todo el tráfico jurídico-administrativo a través del acto unilateral, incluyendo entre sus presupuestos, cuando fuese necesario, el consentimiento de su destinatario, no ha sido el punto de llegada en que los publicistas de fines del XIX creían haberse instalado, sino que la complejidad de ese tráfico ha hecho de nuevo necesario recurrir a los convenios de todo tipo (en la práctica de la Administración y en su explicación doctrinal), que ya no encuentran la animadversión que provocaban a los iuspublicistas clásicos.

menester que el poder público pueda ser vinculado bajo formas jurídicas, sin desvirtuar por ello el poder soberano que constituye su naturaleza. La separación de los poderes es el medio para alcanzar este doble fin: el poder legislativo conserva la soberanía absoluta, y el poder ejecutivo representa al sector del Estado por el cual éste puede ser vinculado. *Es una idea semejante a la que inspiraba la antigua doctrina del fisco*; sólo que en lugar de una ficción artificial de dos personas jurídicas distintas, se coloca aquí una organización ingeniosa del poder del Estado único; en lugar de una extensión exagerada de las reglas del derecho civil, tenemos como resultado la creación de un derecho administrativo público». El acto unilateral no es ya sinónimo de ejercicio desnudo del poder, sino el instrumento que protege al particular, garantizando la sumisión de la Administración a la ley.

Para Italia, *vid.* GIANNINI, *Diritto amministrativo, cit.*, vol. II, págs. 343 y sigs.; S. ROMANO, *Corso di diritto amministrativo. Principii generali*, Padova, 1937 (3ª ed.), pág. 235. RANELLETTI, en «Concetto e natura delle autorizzazioni e concessioni amministrative», *Giurisprudenza amministrativa*, XLVI (1894), parte IV, cols. 7 y sigs., decía en 1894 que «el concepto de contrato, si aparece en alguna parte, se encuentra en las disposiciones más antiguas, efecto ciertamente del *concepto feudal del Estado*, todo de derecho privado, que por la inercia se había mantenido, mientras que el concepto de Estado del cual derivaba ya había cambiado» (col. 74; la cursiva es mía). En el mismo sentido, BERTI, «Dalla unilateralità alla consensualità nell'azione amministrativa», en AA.VV., *L'accordo nell'azione amministrativa, cit.*, págs. 25 y sigs., y CASSESE, *Le basi, cit.*, pág. 384.

Entre nosotros, ha estudiado este fenómeno MEILÁN GIL, «La actuación contractual de la Administración Pública española. Una perspectiva histórica», *RAP*, 99 (1982), págs. 7 y sigs.

²¹ *Vid.* los textos de CASSESE, GIANNINI y BASSI mencionados en la nota anterior.

Es inevitable preguntarse si la «vuelta» al pacto supone de algún modo una «vuelta atrás» en la línea evolutiva que había conducido a su práctica desaparición. Algunos autores han hablado de «refeudalización», si bien empleando la expresión, naturalmente, en un sentido deliberadamente inexacto ²². Sí se puede afirmar que la proliferación de pactos de todo género es consecuente con una de las notas distintivas de la etapa actual del Estado de Derecho, la ósmosis entre lo público y lo privado: el ascenso a la calificación como «públicos» de numerosos intereses sociales y aun privados (cuyo ajuste recíproco requiere necesariamente el pacto) ²³.

En todo caso, no es difícil constatar que la utilización de convenios hace más difícil controlar (sobre todo, en sede judicial) el cumplimiento de los principios de igualdad y legalidad ²⁴. La simple posibilidad de actuar mediante convenio incre-

²² A propósito de la «acción concertada» como sistema de ejecución de los planes de desarrollo, FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ ha dicho que estos acuerdos «contribuyeron a dibujar una especie de estructura económica de signo feudal, en la que sectores y grupos económicos privados ofrecían al Poder un vasallaje a cambio de protección como en los tiempos medievales» («Administración imperativa», *cit.*, pág. 59). Al *Refeudalisierungsprozeß* se ha referido (con abundante bibliografía) SCHNEIDER, «Kooperative Verwaltungsverfahren», *cit.*, págs. 45 y sigs., proponiendo como antídoto la igualdad en el acceso a la negociación con la Administración.

²³ *Vid.*, por todos, FORSTHOFF, *Rechtsfragen der leistenden Verwaltung* (se cita por la traducción española, a cargo de FERNÁNDEZ DE LA VEGA, *Sociedad industrial y Administración Pública*, Madrid, 1967), págs. 33 y sigs., GARCÍA-PELAYO, *Las transformaciones*, *cit.*, págs. 21 y sigs., y BOBBIO, *Stato, governo, società. Per una teoria generale della politica*, Torino, 1985, págs. 16-17.

²⁴ Esta observación es general. En Alemania, la sentencia de *BVerwG* de 4 de febrero de 1966 (*BVerwGE* 23, 213), auténtico *leading case* de la tesis de la validez de los contratos de Derecho público incluso en ausencia de una habilitación normativa, reconocía «las dificultades jurídicas de la revisión de la validez de la disciplina contractual de las relaciones de Derecho público». Para BULLINGER (*Vertrag und Verwaltungsakt*, *cit.*, pág. 17), en fin, «el contrato encierra en sí mismo un conflicto con los principios propios de la Administración del Estado de Derecho». *Vid.* también BURMEISTER, «Verträge und Absprachen», *cit.*, pág. 240; MUTIUS, «Zulässigkeit und Grenzen», *cit.*, págs. 201 y sigs., esp. pág. 215; KIRCHHOF, *Verwalten durch «mittelbares» Einwirken*, *cit.*, págs. 35-36; STERN, «Zur Grundlegung», *cit.*, págs. 106 y sigs. (pág. 146), o GIACOMETTI, *Allgemeine Lehre*, *cit.*, pág. 450, así como artículos recientes y dedicados al análisis de figuras contractuales concretas, como KUNIG, «Ver-

menta el poder de la Administración, al permitirle optar en cada caso entre la aplicación unilateral de las normas y la negociación con sus destinatarios, que lleva a una modulación de sus relaciones jurídicas. Todo ello incrementa el ámbito de discrecionalidad de la Administración, incluso en potestades inicialmente regladas. Tanto la celebración de un convenio (en lugar de un acto unilateral) como su contenido, se justifican frecuentemente por su mayor adecuación a los intereses públicos respecto a la «poco flexible» aplicación unilateral de las normas, incapaz de responder a las necesidades o peculiaridades de los casos concretos. No siempre un Tribunal contencioso va a poder verificar

träge und Absprachen», *cit.*, pág. 1198; KLOEPFER, «Zu den neuen umweltrechtlichen Handlungsformen», *cit.*, pág. 743; LÜDER, «“Triumph des Marktes im öffentlichen Sektor?” Einige Anmerkungen zur aktuellen Verwaltungsreformdiskussion», *DöV*, 49 (1996), págs. 93 y sigs., esp. pág. 97.

A esta conclusión llegan también, como no podía ser de otra manera, los autores españoles más entusiastas de la terminación convencional del procedimiento. Así, DELGADO PIQUERAS, en *La terminación convencional*, *cit.*, pág. 211, aunque niega que esta técnica esconda «ningún intento de “escapismo” o “fuga” del Derecho administrativo», reconoce que, a falta de normas específicas, la opción por el convenio «obliga a los Tribunales a hacer un juicio de la posible contradicción con el “interés público, con el ordenamiento jurídico, con los principios de buena administración”, etc., que puede prestarse a interpretaciones dogmáticas puramente subjetivas». PAREJO va más lejos, al relacionar este fenómeno con el proceso histórico anterior. Para el Derecho público clásico, «la voluntad estatal en modo alguno puede ser objeto de negociación o acuerdo, so pena de desnaturalización de su objetividad y ruptura del papel de la Ley» («La terminación convencional», *cit.*, pág. 165). El renovado auge de los convenios «produce desde luego desorientación en la dogmática, para la que la vinculación a la Ley y el Derecho y la actuación bajo formas pre-determinadas, en los términos bien establecidos por ella, son un acervo querido del Estado de Derecho, que puede estar en riesgo de perderse. Pero justamente porque —como esa misma dogmática establece— el Derecho no se agota en las normas escritas (componiéndose también de instituciones y principios), es preciso reconocer que, al igual que la empresa cuando actúa informalmente no se sitúa fuera del Derecho (y sí sólo fuera de las formas jurídicas típicas de la actuación de los sujetos privados o comunes), tampoco lo hace la Administración al actuar informalmente o fuera de las “formas” programadas normativamente. La única diferencia significativa entre uno y otro supuesto radica en la mayor parquedad del instrumentario disponible para organizar las distintas situaciones» (pág. 167). Se reconoce, por tanto, aunque se acepte a renglón seguido, que la actuación mediante convenio conlleva una disminución en el control jurídico de la actuación administrativa, que se hace más principal (y, por tanto, deja márgenes de discrecionalidad mayores a la Administración).

esa mayor adecuación a los intereses públicos, y ello reducirá la profundidad del control de la legalidad de la actuación administrativa, cuando nuestro ordenamiento sitúa claramente a dicha posibilidad de control por delante de una eventual eficacia administrativa a toda costa.

El riesgo es especialmente grave para el principio de igualdad.²⁵ Algunos autores han tratado de evitarlo limitando los convenios a la regulación de casos «atípicos», a los que sería claramente inadecuada la aplicación de un régimen normativo uniforme²⁶.

2. Los principios de participación y eficacia

Un argumento recurrente en defensa de los convenios es el de que los mismos suponen el paso de la supremacía a la igual-

²⁵ Vid. STERN, «Zur Grundlegung», *cit.*, pág. 146; PÜTTNER, «Wider den öffentlich-rechtlichen Vertrag», *cit.*, pág. 125; FORSTHOFF, *Lehrbuch*, *cit.*, pág. 276; BULLINGER, *Vertrag und Verwaltungsakt*, *cit.*, págs. 247 y sigs.; KLOEPFER, «Zu den neuen umweltrechtlichen Handlungsformen», *cit.*, pág. 743. Entre nosotros, también es una observación unánime: vid. GARCÍA DE ENTERRÍA/FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, *Curso*, *cit.*, vol. I, pág. 670; S. MARTÍN-RETORTILLO, *Derecho administrativo económico*, vol. I, Madrid, 1988, págs. 149-150; BASSOLS COMA, «Consideraciones sobre los convenios de colaboración de la Administración con los particulares para el fomento de actividades económicas privadas de interés público», *RAP*, 82 (1977), págs. 61 y sigs. (pág. 94); FERNÁNDEZ FARRES, *La subvención: concepto y régimen jurídico*, Madrid, 1983, págs. 396-397; ARIÑO ORTIZ, «Transparencia y participación en la Administración Pública española», *cit.*, pág. 102; PAREJO, «La terminación convencional», *cit.*, pág. 181; MENÉNDEZ REXACH, «Procedimientos administrativos», *cit.*, pág. 264.

²⁶ La Exposición de Motivos del Proyecto de *VwVfG* de 1973, *cit.*, pág. 77, dice, en este sentido, que «en favor del contrato de Derecho público —y, por tanto, de su regulación general por Ley— también hay necesidades insoslayables de la Administración y del particular. El acto administrativo, que sólo admite una respuesta del tipo sí o no, es con frecuencia demasiado rígido en la práctica. *El contrato de Derecho público puede ser más adecuado para tener en cuenta las especialidades de los casos atípicos, especialidades que la regulación normativa, que sólo piensa en los casos típicos, ignora*». (La cursiva es mía). Defienden la misma idea BONK, en STELKENS/BONK/SACHS, *VwVfG*, *cit.*, pág. 1247 (§ 54.44), o MAURER, «Der Verwaltungsvertrag: Probleme und Mög-

dad en las relaciones entre la Administración y los ciudadanos. El convenio estaría, según esta interpretación, en los antípodas de la Administración absolutista (aserto cuya corrección histórica es más que dudosa, a la vista del resultado del epígrafe anterior) y representaría para los derechos individuales un espaldarazo semejante al que supone la transformación de la justicia administrativa de instrumento de control objetivo de la Administración a proceso para la satisfacción de pretensiones subjetivas ²⁷.

lichkeiten», en HILL (hrsg.), *Verwaltungshandeln durch Verträge und Absprachen*, cit., págs. 15 y sigs., pág. 35.

²⁷ Este argumento ha sido utilizado con especial detenimiento en Alemania. La sentencia del *BVerwG* de 4 de febrero de 1966 (*BVerwGE*, 22, 213), que, diez años antes de la *VwVfG*, reconoció por primera vez de forma expresa y razonada la validez de los contratos de Derecho público, dice (pág. 216) que «de modo especial, el reconocimiento, en principio, de la validez de la actuación administrativa en forma de contratos de Derecho público tiene en cuenta la posición jurídica del ciudadano en el moderno Estado de Derecho, totalmente cambiada respecto al Estado absoluto en el que era considerado exclusivamente como objeto de la Administración». Subraya la misma idea la Exposición de Motivos del Proyecto de *VwVfG* de 1973, cit., pág. 76. Esta tesis había sido ya defendida por autores que parten de concepciones generales del Derecho más o menos utópicas, como el sociologista BUDEBERG, «Rechtssoziologie des öffentlich-rechtlichen Vertrages», *AöR*, 8 (1925), págs. 85 y sigs. También es defendida, sin embargo, por autores como HENKE, «Verwaltungshandeln durch Verträge und Absprachen», cit., págs. 118-120 (poniendo en relación este fenómeno con el reconocimiento de que el Derecho público no es exclusivamente objetivo, sino que constituye auténticas relaciones jurídicas entre Administración y ciudadano); MAURER, *Allgemeines Verwaltungsrecht*, cit., pág. 20 (§ 2.16), y «Der Verwaltungsvertrag: Probleme und Möglichkeiten», cit., pág. 20; BONK en STELKENS/BONK/SACHS, *VwVfG*, cit., pág. 1217 (§ 54.3); KIRCHHOF, *Verwalten durch «mittelbares» Einwirken*, cit., pág. 33.

La relación con el concepto de justicia administrativa que se defiende es afirmada por HENKE, «Allgemeine Fragen des öffentlichen Vertragsrechts», cit., pág. 92, nota 13, al decir, una vez indicados los límites de la actuación exclusivamente unilateral del Estado, que «también el Derecho del proceso administrativo sólo se entiende si se parte de que éste suspende la superioridad jurídica del Estado demandado o demandante con respecto al proceso judicial. *Esto es un auténtico proceso, frente a cualquier forma de control del superior sobre el inferior, que se da, en principio, en cualquier sistema*».

En Italia, MASUCCI, *Trasformazione dell'amministrazione*, cit., pág. 9, habla de «la transformación de la Administración Pública de (sujeto) *Persona superior* (respecto al particular) a «*soggetto paritario*» y la codificación de un instrumento [el convenio] que, innovando respecto a la dominante «lógica impera-

Pese a su reiteración, el argumento no parece especialmente convincente. La igualdad o subordinación de los ciudadanos a la Administración no deriva del modo (unilateral o convencional) en que ésta ejerza sus potestades, sino de que las tenga o no, y los convenios no significan, desde luego, que la Administración pierda su capacidad para imponer heterónomamente conductas a los ciudadanos ²⁸. La verdadera independencia del ciudadano frente a la Administración se encuentra en realidad, como ha recordado BURMEISTER, en ser acreedor de prestaciones que la Ley delimite completamente, y no en verse abocado a negociar con ella ²⁹.

El convenio supone para la Administración, según se indica frecuentemente, una nueva fuente de legitimación para su actividad ³⁰. Las habilitaciones normativas, aunque son suficientes

tiva" del *instrumentarium* administrativo, refleja el "nuevo papel" (paritario) de la Administración Pública en el Estado contemporáneo». Entre nosotros, *vid.* DELGADO PIQUERAS, *La terminación convencional*, *cit.*, págs. 157-158.

²⁸ En este sentido, *vid.* SCHMIDT-ASSMANN, «La doctrina de las formas jurídicas», *cit.*, pág. 25, GUSY; «Öffentliche-rechtliche Verträge zwischen Staat und Bürger», *DVBl*, 98 (1983), págs. 1222 y sigs., pág. 1225 (para este autor, no puede haber una diferencia esencial entre acto y contrato, cuando son perfectamente intercambiables entre sí en la práctica); RECKERS, *Gesetzwidrige und gesetzesabweichende Regelungen in Verwaltungsverträgen zwischen Bürger und Staat*, Diss. Tübingen, 1988, pág. 54.

²⁹ *Vid.* BURMEISTER, «Verträge und Absprachen», *cit.*, págs. 223-224. Hay que recordar que LABAND, uno de los primeros defensores del contrato de Derecho público, no se basaba en la igualdad entre Estado y ciudadano, sino, al contrario, en la soberanía del Estado, que le debería permitir, en su opinión, ponerse al nivel de los súbditos y confiar la disciplina de una relación jurídica «al acuerdo bilateral de los interesados» [*vid.* su recensión a la obra de WENZEL, *Zur Lehre der vertragsmäßigen Elemente der Reichsverfassung*, publicada en *AöR*, 26 (1910), pág. 366].

³⁰ GARCÍA DE ENTERRÍA/FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ han expuesto esta idea al decir, en su *Curso*, *cit.*, vol. I, pág. 668, que «todo el sentido y toda la intención de las técnicas negociales que, un tanto vagamente, ha puesto en circulación la planificación económica, se encuentra justamente en el deseo de abrir nuevos márgenes negociales a la Administración que permitan a ésta conseguir por vía de pacto nuevas adhesiones y colaboraciones voluntariamente prestadas». Para MUÑOZ MACHADO, «las decisiones administrativas, apoyadas hasta ahora en la cobertura inapelable de la Ley, van a precisar de la legitimación en el asentimiento directo de los ciudadanos destinatarios de las mismas, que, además, quieren asumir su control», en «Las concepciones del Derecho Administrativo

para dar cobertura jurídica a sus actos, no permiten a la Administración desarrollar con eficacia las tareas que se le encomiendan, y superar la resistencia de los ciudadanos y los grupos afectados por su actuación. La aceptación del particular, que implica su convencimiento de la conveniencia de lo pretendido por la Administración, asegura una fácil ejecución de la resolución adoptada. Pero esto no es algo específico de los convenios: el titular de cualquier poder que pretenda fortalecerlo tiende a reservar su ejercicio directo para los casos en que haya sido completamente imposible alcanzar un acuerdo ³¹. Además, este argumento, tomado en términos generales, tampoco resulta convincente: la aceptación del particular manifestada al suscribir un convenio con la Administración no significa necesariamente su adhesión a la actuación administrativa, sino que hay que presumir, más bien, lo contrario, ya que el particular sabe que, si no acepta, la Administración actuará unilateralmente.

y la idea de participación en la Administración», *RAP*, 84 (1977), págs. 519 y sigs., pág. 533. Esa búsqueda de nuevas fuentes de legitimación hace que se abandone progresivamente el modo unilateral de actuar, según SÁNCHEZ MORÓN, «Participación, neocorporativismo y Administración económica», en *Estudios sobre la Constitución Española. Homenaje al Profesor Eduardo García de Enterría*, Madrid, 1991, vol. V, págs. 3943 y sigs., pág. 3948. *Vid.* también, DELGADO PIQUERAS, *La terminación convencional*, *cit.*, págs. 158-159; BENZ, *Kooperative Verwaltung. Funktionen, Voraussetzungen und Folgen*, Baden-Baden, 1994, pág. 61; SCHNEIDER, «Kooperative Verwaltungsverfahren», *cit.*, pág. 47; CORSO, «Attività amministrativa informale», *Nuove autonomie*, 4 (1995/1), págs. 5 y sigs., pág. 17.

³¹ El mismo Javier DE BURGOS, en su celeberrima Instrucción a los Subdelegados de Fomento aneja al Real Decreto de 30 de noviembre de 1833, señalaba que «una Administración inteligente y activa debe emplear alternativamente el ruego, la exhortación, el ejemplo, la autoridad, las recompensas, todos los medios legítimos de que puede disponer para obtener en esta parte mejoras decisivas». Y, por poner otro ejemplo, un texto de la Novísima Recopilación sobre matrículas de mar (Ley 3, Título VII, Libro VI) dispone: «Es mi voluntad, que antes que las causas lleguen a empeñarse en la necesidad de seguirse por términos legales, procuren los Comandantes serenarlas y desvanecerlas, convocando a las partes a presencia de Auditor y Escribano, para persuadirles de sus ventajas en una amigable composición, lo que ha de constar en autos, concurriendo con eficacia a que no prevalezcan enemistades y discordias; y así no se dará curso a segundo pedimento en causas transigibles, sin constar por testimonio estar efectuadas las prevenciones antecedentes; de cuya omisión se hará un grave cargo al Escribano y al Auditor».

Concretando la idea del convenio como «fuente adicional de legitimación», puede plantearse si la actuación mediante acuerdos reduce la litigiosidad. Este efecto es indudable cuando se trata de acuerdos de carácter transaccional, que tienden a evitar o a poner fin a un pleito relativo a un acto *ya dictado*. También los convenios sobre el ejercicio de las potestades administrativas cumplen, según se afirma frecuentemente, una función pacificadora, que ayuda a evitar que la acción administrativa dé lugar a procesos de larga duración que produzcan incertidumbre sobre su eficacia final ³². A mi juicio, la celebración de convenios no produce necesariamente ese efecto de reducción de la litigiosidad. Pretender que el origen paccionado de un acto jurídico evita que dé lugar a litigios parece ignorar que todo el Derecho privado contractual se ocupa de los conflictos jurídicos (y, frecuentemente, judiciales) a que dan lugar los convenios entre particulares. Del mismo modo que ocurre en Derecho privado, dependerá de la actitud de las partes y de la perfección técnica del contrato, que del mismo se deriven pleitos o no ³³. Sin olvi-

³² Para DELGADO PIQUERAS, *La terminación convencional*, *cit.*, pág. 155, «la negociación y composición de la decisión administrativa con los destinatarios de la misma, plasmada en un acuerdo o contrato, tiene a primera vista importantes virtudes, (...) desde el mayor acierto en la decisión hasta la facilitación de su ejecución, sumando voluntades y esfuerzos y restando resistencias, que pueden redundar en una mayor eficacia administrativa». En el mismo sentido, PAREJO afirma, en «La terminación convencional», *cit.*, pág. 164; WÜRTEMBERGER, «Aceptación a través del procedimiento administrativo», *cit.*, pág. 319. De «efecto de pacificación» (*Befriedigungswirkung*) del contrato han hablado BAUER, «Informelles Verwaltungshandeln», *cit.*, pág. 252, y KIRCHHOF, *Verwalten durch «mittelbares» Einwirken*, *cit.*, pág. 34. Recuérdese, en relación con este tema, la polémica, reseñada *supra*, en el capítulo I, nota 5, entre PÜTTNER, STELKENS/BONK/SACHS y HEBERLEIN sobre el significado que debía darse al número relativamente escaso de sentencias dictadas sobre contratos de Derecho público.

³³ *Vid.* BOSSE, *Der subordinationsrechtliche Verwaltungsvertrag*, *cit.*, pág. 43, quien afirma que la litigiosidad mayor o menor del contrato respecto al acto unilateral depende de factores más psicológicos que jurídicos, como el superior sentimiento de participación que el particular experimenta cuando suscribe un convenio. Ello ocurrirá, me permito añadir, cuando el convenio sea efectivamente negociado por las partes y cuando (como ocurre con cierta frecuencia) éstas son conscientes de que están logrando una solución creativa que, yendo más allá de la prevista con carácter general y abstracto por la norma, es más satisfactoria para los intereses en presencia, pero no cuando (como tam-

dar que existen otras formas distintas de incorporar a los destinatarios de un acto a la elaboración del mismo y de reducir la sensación de alienación o de forzosidad producida por éste ³⁴.

Esta última idea nos lleva necesariamente a plantear la relación entre el convenio como técnica de actuación administrativa y el principio de participación de los ciudadanos en las funciones administrativas ³⁵. Múltiples autores han subrayado esa conexión, y utilizado el principio de participación (discutiblemente recogido en el art. 9.2 y 23.1 CE) para defender la validez, en principio, de los convenios de la Administración, incluso en ausencia de una norma expresa que ampare su celebración ³⁶. Si se quiere reconocer esa participación de forma efectiva, no se la limitará al trámite de audiencia, como un mero formalismo que inmune a

poco es insólito) el particular sienta que el convenio disfraza de acuerdo lo que no es sino imposición de la Administración, amparada en las potestades de que legítimamente es titular y en las ventajas (no tan legítimas) que le procura la autotutela en combinación con la lentitud de la jurisdicción contencioso-administrativa.

³⁴ A ello se refería en 1978 TORNOS MAS, «La ordenación administrativa de los precios privados (Análisis del ordenamiento italiano)», *RAP*, 86 (1978), págs. 237 y sigs., esp. pág. 247: «Frente a esta concreta técnica de administración (el convenio, en este caso sobre precios) que se defiende como alternativa válida al desbordamiento de funciones de la Administración se antepone aquí la necesidad de volver al acto unilateral de la Administración, lo que no significa, y esto debe quedar claro, que al decir esto se pretenda regresar a la solitaria voluntad de los órganos de la Administración».

³⁵ Vid. SÁNCHEZ MORÓN, *La participación del ciudadano en la Administración Pública*, Madrid, 1980, págs. 64 y sigs. Se emplea el concepto de participación en una acepción amplísima, que incluye tanto la participación *uti cives* (o participación en sentido estricto) como la participación *uti singulus*.

³⁶ DELGADO PIQUERAS, *La terminación convencional*, *cit.*, pág. 160, afirma que «es mérito de la doctrina italiana el haber puesto en conexión las ideas de participación ciudadana, procedimiento administrativo y módulos convencionales del procedimiento». (Con independencia de las aportaciones doctrinales, hay que destacar que el art. 11 de la Ley italiana 241/1990, que es el relativo a los acuerdos, se incluye en un capítulo dedicado a la «Participación en el procedimiento administrativo»). En el mismo sentido, PAREJO, «La terminación convencional», *cit.*, pág. 173; SÁNCHEZ MORÓN, «El régimen de los actos y los recursos administrativos», *cit.*, págs. 249 y sigs., pág. 268. Con independencia de la terminación convencional en sentido estricto, relacionan las ideas de «participación» y «concertación» GARCÍA DE ENTERRÍA/FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, *Curso*, *cit.*, vol. II, pág. 87.

la resolución frente a un recurso posterior, sino que incluirá la negociación con los ciudadanos del contenido de aquélla y la conclusión, cuando sea posible, de un acuerdo previo a su dictado³⁷. Dicho en términos más concretos, el mandato constitucional de participación (arts. 9.2 y 105) obligaría a la Administración a agotar de buena fe las posibilidades de alcanzar una solución negociada antes de dictar una resolución unilateral³⁸.

En todo caso, esta clase de argumentos encuentran el límite infranqueable de que participar no equivale a codecidir³⁹. Apo-

³⁷ En palabras de FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, «negociar las soluciones —y sacrificar, incluso, en ellas, si es preciso, una parte de los objetivos inicialmente contemplados para asegurar el resto— no es sólo conveniente, sino obligado, a la vista del papel que la Constitución ha decidido con acierto reservar a la participación de todos los ciudadanos y de los grupos en que se integran en la vida política, económica, cultural y social (art. 9.2), es decir, en todos los aspectos de la vida colectiva» («Administración imperativa», *cit.*, pág. 70).

³⁸ El TC ha rechazado esa tesis en su sentencia 27/1989, de 3 de febrero, sobre servicios mínimos en caso de huelga. Ante la queja de falta de neutralidad e imparcialidad en el acto administrativo de fijación de los mismos, el Tribunal afirma que «los servicios mínimos han de ser fijados por autoridad gubernativa, que ha de actuar imparcialmente y ha de atender a las circunstancias concretas de cada situación de huelga, al grado de afectación de los servicios esenciales, y a las ofertas de mantenimiento o preservación de los mismos (STC 26/1981), aunque la previa negociación, sin estar excluida, no es un requisito indispensable para la validez de la decisión administrativa desde el plano constitucional (STC 51/1986)».

Parece afirmar ese mandato PAREJO, «La terminación convencional», *cit.*, pág. 162, al decir que «aunque la conformidad a Derecho de una decisión administrativa no dependa en sentido estricto de su aceptación social, debe considerarse correcta la interpretación de la procura de esta última como un mandato constitucional implícito». En contra, KREBS, «Contratos y convenios», *cit.*, págs. 67-68.

³⁹ La distinción es expresada con nitidez por el artículo 69.2 LBRL: «Las formas, medios y procedimientos de participación que las Corporaciones establezcan en ejercicio de su potestad de autoorganización no podrán en ningún caso menoscabar las facultades de decisión que corresponden a los órganos representativos regulados por la Ley». En este sentido, SÁNCHEZ MORÓN, «Participación, neocorporativismo y Administración económica», *cit.*, págs. 3945 y 3948; BELTRÁN DE FELIPE, *Discrecionalidad administrativa y constitución*, Madrid, 1995, pág. 205, nota 42; FERNÁNDEZ FARRERES, *La subvención*, *cit.*, pág. 395, nota 128 («La unilateralidad del acto administrativo, pues, ni es ni tiene por qué ser incompatible con la participación y colaboración de los administrados»); F. SATTÀ, *Introduzione ad un corso di diritto amministrativo*, Padova, 1980, págs. 158-159.

derar a los interesados para participar en el procedimiento a través del cual la Administración ejerce sus potestades no priva a éstas de su carácter de tales, aunque a veces pueda resultar difícil saber dónde acaba la participación y empieza el convenio ⁴⁰. Como se viene denunciando desde MERKL, atribuir a la participación el significado de una *codecisión* del particular sobre el ejercicio de las potestades administrativas supone una ruptura del «orden jurídico que en la Ley tiene su expresión más alta y su fundamento» ⁴¹.

Sin olvidar que, a veces, lo que se esconde tras esa llamada a la participación es el simple intento de contentar a los posibles opositores a un acto para cubrir así el riesgo de impugnaciones y de una eventual sentencia anulatoria ⁴². El convenio es, por otra parte, un enemigo de la participación en las funciones administrativas, al conducir a que las decisiones se tomen por la Administración y *algunos* interesados en una negociación privada, predeterminando el resultado del procedimiento administrativo, y convirtiendo en una representación ritual los trámites que deberían asegurar esa participación (información pública, alegaciones).

A veces son las propias Leyes las que hacen casi imprescindible el convenio, cuando, a fin de eludir una decisión polémica, renuncian a resolver un determinado conflicto, remitiendo su

⁴⁰ Vid. KUNIG, «Verträge und Absprachen», *cit.*, pág. 1199.

⁴¹ Vid. GARCÍA DE ENTERRÍA/FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, *Curso*, *cit.*, vol. II, pág. 88, así como KUNIG, «Verträge und Absprachen», *cit.*, pág. 1202.

⁴² Un ejemplo paradigmático de este tipo de técnicas lo proporciona la sentencia del Tribunal Supremo Federal alemán (*BGH*) de 11 de diciembre de 1980, publicada en *DVBl*, 96 (1981), págs. 627 y sigs. Habiendo recurrido en vía administrativa los integrantes de una plataforma ciudadana la autorización concedida para la instalación de una central térmica (que utilizaba como combustible el carbón), la sociedad solicitante de la autorización, la Administración y los recurrentes llegaron a diversos contratos en los que, básicamente, se prometía a estos últimos el pago de una cantidad de dinero a cambio del desistimiento de los recursos interpuestos. Demandado en vía civil el cumplimiento del contrato, el *BGH* lo consideró válido y, en consecuencia, de obligado cumplimiento. Vid. un comentario en KNOTHE, «Die Rücknahme von Widersprüchen gegen Errichtungsgenehmigungen von Kraftwerken gegen Entgelt –BGHZ 79, 131», *JuS*, 23 (1983), págs. 18 y sigs.

regulación a la actividad administrativa de ejecución. Será la Administración, a través del correspondiente procedimiento, quien deba buscar el consenso que permita una disciplina de la situación que sea aceptable para los interesados, lo que conduce frecuentemente a la conclusión de acuerdos ⁴³.

El convenio sí es especialmente útil en supuestos complejos y atípicos. Cuando una determinada actividad o proyecto privado da lugar, como es frecuente, a múltiples procedimientos administrativos, tanto de policía como de fomento, y referidos a cuestiones tan variadas como el urbanismo, la tutela ambiental o la seguridad de instalaciones industriales, es conveniente para la eficacia administrativa, responde al propio mandato de interdicción de la arbitrariedad o proporcionalidad [piénsese en el art. 35.g) LAP], y es completamente lógico para las partes interesadas (incluida la Administración), que éstas se sienten a negociar y quede fijada la postura de la Administración respecto a esa actividad, postura a la que se condiciona la realización de ésta ⁴⁴. Lo mismo ocurre cuando el supuesto respecto al cual debe actuar la Administración no encaja exactamente en las previsiones normativas, o se intenta adaptar esa actuación a intereses no tutelados por la norma, pero de indudable trascendencia pública: la adhesión convencional de los interesados presta cobertura jurídica a una disciplina que resulte más adecuada a la situación y más eficaz en cuanto a satisfacción de los intereses públicos y privados que la aplicación, a veces demasiado rígida, de las normas mediante actos unilaterales ⁴⁵.

⁴³ Vid. SCHNEIDER, «Kooperative Verwaltungsverfahren», *cit.*, pág. 46, así como una explicación más general en PAREJO, *Crisis y renovación en el Derecho Público*, *cit.*, págs. 44 y sigs., y «La terminación convencional», *cit.*, pág. 162.

⁴⁴ Un convenio de estas características aparece en la sentencia de 4 de noviembre de 1995 (Ar. 8473, Rouanet Moscardó), suscrito entre el Ayuntamiento de Gijón y ENSIDESA, regulando los diferentes aspectos (licencias, tributos) relativos a la apertura de una nueva factoría de la empresa. Vid. la clara exposición de CORSO, «Attività amministrativa informale», *cit.*, págs. 9 y sigs.

⁴⁵ La regulación en exclusiva mediante actos unilaterales, basados en una alternativa estricta (estimación/desestimación), es con frecuencia demasiado rígida, como reconocía el Informe del Gobierno Federal sobre el Proyecto de *VwVfG*, *cit.*, págs. 77-79. Vid. también HEINZ, «Verwaltungshandeln durch Ver-

3. Los convenios y el repliegue de la intervención administrativa

Con frecuencia se ha visto una de las causas del creciente recurso a los convenios como técnica de actuación administrativa en el también creciente intervencionismo administrativo, entendido en un doble sentido: cada vez más actividades quedan sometidas a un control público ejercido por la Administración (lo que significa un incremento de la actividad tradicionalmente calificada como de policía y sancionadora), y además múltiples intereses privados pasan a ser considerados relevantes para el interés general y apoyados desde la Administración (con el consiguiente aumento de la actividad de fomento).

Ese aumento de la intervención administrativa condiciona favorablemente la celebración de convenios por varias causas. En primer lugar, porque el incremento cuantitativo significa, además, mayor complejidad de la actividad administrativa. Como ya se ha adelantado en el epígrafe anterior, múltiples proyectos y actividades de carácter privado resultan sometidos a una pluralidad de actuaciones administrativas establecidas por normas distintas, para tutelar intereses públicos diferentes entre sí y, con frecuencia, a cargo de Administraciones o Departamentos diversos. Esa complejidad sería prácticamente inmanejable si cada procedimiento se tramitase por su lado y la actividad proyectada estuviese de hecho supeditada a una serie de decisiones que se producen en momentos distintos, y tampoco parece que

träge und Absprachen», *cit.*, pág. 753; BOSSE, *Der subordinationsrechtliche Verwaltungsvertrag*, *cit.*, pág. 44; KONRAD, *Der öffentlich-rechtliche Vertrag*, *cit.*, pág. 61; IMBODEN, *Der verwaltungsrechtliche Vertrag*, *cit.*, pág. 38; RÜFNER, *Formen öffentlicher Verwaltung im Bereich der Wirtschaft. Untersuchungen zum Problem der leistenden Verwaltung*, Berlín, 1967, págs. 336-338; PÜTTNER, «Wider den öffentlich-rechtlichen Vertrag», *cit.*, pág. 125. Incluso un autor como PÜTTNER, crítico en general frente al contrato de Derecho público, lo que excluye es que éste sustituya al acto unilateral como figura que canalice la actuación administrativa con carácter general, pero no que se utilice para la regulación de casos atípicos. Sobre la falta de flexibilidad del acto, en comparación con el contrato, *vid.*, en la doctrina italiana, GIANNINI, *Diritto amministrativo*, *cit.*, vol. II, pág. 428; TUCCARI, «Appunti per una teoria sulla normazione negoziale», *RTDP*, XXXVI (1986), págs. 76 y sigs., esp. pág. 92.

normas como el meritorio artículo 39 LPA puedan solucionar completamente estos problemas ⁴⁶. Si se tiene en cuenta, junto a este estado de cosas, que normalmente las Administraciones implicadas no contemplan con indiferencia la suerte de la actividad o proyecto privado que se somete a su consideración, sino que desean positivamente favorecer su implantación para estimular así la creación de empleo, resulta enteramente lógico que se comience por la firma de un convenio con los particulares, algo que hoy se da casi por supuesto en proyectos de cierta relevancia (cuando no se opera mediante negociaciones y acuerdos informales, por existir una relación de confianza suficiente entre las partes) ⁴⁷.

⁴⁶ Una versión actualizada de este mecanismo, que tiene en cuenta el reparto de competencias entre las diversas Administraciones Públicas, son los convenios de gestión coordinada entre las mismas para establecer una autorización única en la que se integre el ejercicio de las distintas competencias sectoriales que inciden sobre un proyecto o actuación concretos. Uno de estos convenios se regula en el artículo 36 de la Ley aragonesa 11/1992, de 24 de noviembre, sobre ordenación territorial.

⁴⁷ Vid. PAREJO «La terminación convencional», *cit.*, pág. 163; GIANNINI, *L'attività amministrativa*, Roma, 1962, pág. 41; KREBS, «Contratos y convenios», *cit.*, pág. 58.

En Alemania, la progresiva complejidad y lentitud de los procedimientos de autorización o aprobación de grandes proyectos públicos o privados ha generado reformas legislativas (como la reciente Ley de 12 de septiembre de 1996, publicada en el *Bundesgesetzblatt*, I, págs. 1354 y sigs., que ha modificado la legislación del procedimiento y del proceso administrativos) y una amplia producción doctrinal, que estudia las diferentes soluciones posibles. Una de ellas es justamente la celebración de convenios que conviertan la participación en adhesión a la resolución final y cubran el riesgo de impugnaciones futuras. Vid. KREBS, «Konsensuales Verwaltungshandeln im Städtebaurecht», *cit.*, págs. 969 y sigs. y pág. 973, BULLINGER, «Procedimientos administrativos al ritmo de la economía y de la sociedad», *REDA*, 69 (1991), págs. 5 y sigs. (traducción de M. BACIGALUPO); BAUER, «Informelles Verwaltungshandeln», *cit.*, págs. 252-253; LADEUR, «Die Zukunft des Verwaltungsakts», *cit.*, pág. 521 (donde muestra otra forma de lograr la «aceleración»: la reducción de la eficacia invalidante de los vicios procedimentales), y BROHM, «Sobre la aceleración de los procedimientos administrativos: ¿Una mayor disciplina o una consensuación de la acción administrativa?», *DA*, 235-236 (1993), págs. 377 y sigs. (traducción de NICOLÁS MUÑIZ). Este autor lleva a cabo un minucioso análisis de las causas del problema y de las reformas emprendidas (que van en la línea, sobre todo, de reducir los plazos de los diferentes trámites procedimentales), y afirma que el «comedido balance de los efectos aceleratorios de las reformas

Por otro lado, a medida que el objetivo de la intervención administrativa, el interés general cuya procura se pretende, se va afinando, pretendiéndose de la Administración el logro de cotas superiores de bienestar o de reducción de conflictos, comienzan a resultar insuficientes los instrumentos de actuación unilaterales. Como GARCÍA DE ENTERRÍA y T.-R. FERNÁNDEZ han dicho, «el acto unilateral asegura eficazmente la sumisión, pero es incapaz de suscitar el entusiasmo y el deseo de colaboración»⁴⁸. Con frecuencia, la realidad o las expectativas sociales van por delante de la norma y la aplicación estricta de ésta no logra satisfacer esas expectativas, creando conflictos que las partes están dispuestas a evitar llegando a un acuerdo con la Administración. Piénsese que una de las causas que primero dieron lugar a la celebración de convenios urbanísticos fue la conveniencia de solucionar el realojo de los ciudadanos afectados por actuaciones urbanísticas de una manera más generosa que la prevista por la legislación vigente, o que en Alemania y Francia se han utilizado convenios para que las empresas se comprometieran a

de los procedimientos administrativos habituales nos lleva a la pregunta de si en lugar o junto a esas medidas no se debería encontrar nuevas vías para imprimir mayor celeridad cuya eficacia pudiera estribar, por ejemplo, en hacer superfluos, cuando menos en parte, los lentos y complicados procedimientos tradicionales. A la vista de los factores de retardo que hemos señalado habría que pensar a este respecto ante todo en soluciones “consensuales”» (pág. 387). En este sentido, *vid.* también BULLINGER, *op. cit.*, pág. 15. Conviene recordar que en nuestro ordenamiento este problema de la lentitud de los procedimientos y sus efectos negativos está planteado formalmente con relación al planeamiento urbanístico, y que la parcialmente derogada Ley 7/1997, de 14 de abril, adoptó respecto al mismo la solución clásica ensayada en Alemania: la reducción de plazos.

En Italia, la Ley 241/1990, además de regular el acuerdo con los interesados (art. 11), generaliza también la figura (ensayada en la legislación sectorial) de la *conferenza di servizi*, que permite lograr *uno actu* los diferentes consentimientos de órganos sectoriales o de diferentes Administraciones que se requieren para la resolución del procedimiento, supliendo mediante el desplazamiento de la competencia a un órgano superior o a través del silencio administrativo la ausencia o negativa de alguno de los órganos implicados.

⁴⁸ *Vid. Curso, cit.*, vol. I, pág. 668, así como DELGADO PIQUERAS, *La terminación convencional, cit.*, pág. 154; PAREJO, «La terminación convencional», *cit.*, pág. 164; MUÑOZ MACHADO, «Las concepciones del Derecho Administrativo», *cit.*, pág. 525; KREBS, «Konsensuales Verwaltungshandeln im Städtebau-recht», *cit.*, pág. 975.

reducir determinadas emisiones contaminantes o la utilización de algunos materiales nocivos más allá o antes de lo exigido por la normativa aplicable ⁴⁹.

Además, y frente a la situación constante a lo largo de la Historia, la Administración está hoy en disposición, merced al tamaño de los Presupuestos que maneja, de lograr mediante estímulos económicos que los particulares cumplan los objetivos que ella considera satisfactorios para los intereses públicos, sin necesidad de imponer como obligatorias esas conductas ⁵⁰. La forma de articular ese tipo de políticas será preferentemente el contrato, dada su esencial voluntariedad.

A la afirmación anterior puede objetarse fácilmente que, si el recurso al convenio está ligado, al menos parcialmente, a niveles altos de gasto público que permitan a la Administración influir en la sociedad (no sólo sobre la actividad empresarial en sentido estricto), es fácil augurar su decadencia en la coyuntura actual de reducción de los déficit públicos. Curiosamente, sin embargo, lo cierto es que los crecientes límites al poder de gasto de los Estados han producido el efecto contrario, ya que hacen que la Administración no pueda llevar a cabo por sí sola todas las actuaciones relevantes para el interés general, y deba recurrir con más frecuencia a la colaboración de particulares, articulada mediante convenios ⁵¹.

⁴⁹ Vid., sobre la primera cuestión, FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, *Manual de Derecho urbanístico*, Madrid, 1995 (11.ª ed.), pág. 194, y *El urbanismo heredado*, cit., págs. 3-6, y sobre la segunda; BULLING, «Kooperatives Verwaltungshandeln», cit.; HEINZ, «Verwaltungshandeln durch Verträge und Absprachen», cit., pág. 755; AUTEXIER, «Verträge und Absprachen zwischen der Verwaltung und Privaten in Frankreich», *VVDStRL*, 52 (1993), págs. 285 y sigs., esp. pág. 288.

⁵⁰ Vid. especialmente KIRCHHOF *Verwalten durch «mittelbares» Einwirken*, cit., pág. 106 y *passim*. En palabras de ARIÑO, el poder público «no necesita hoy, en muchos casos, acudir a sus potestades jurídicas de *imperium*: le basta con su poder económico» [según el trabajo manuscrito *Concepto de Administración pública y Derecho administrativo*, Madrid, 1988, págs. 50-51, cit. por LAGUNA DE PAZ, «La renuncia de la Administración pública al Derecho administrativo», *RAP*, 136 (1995), págs. 210 y sigs., en pág. 222, nota 57].

⁵¹ Vid. KREBS, «Contratos y convenios», cit., pág. 59; BENZ, *Kooperative Verwaltung*, cit., pág. 60; SPANOWSKY, *Grenzen*, cit., pág. 391.

Este nuevo aspecto de la cuestión nos muestra también una posible desviación, desgraciadamente frecuente, y de la que el convenio es una vez más el instrumento por excelencia: que la Administración obtenga financiación adicional a través de contraprestaciones obtenidas de los particulares que resultan favorecidos por sus actos. Esta derivación del problema obliga a analizar mínimamente las implicaciones económicas de los convenios sobre actos y potestades.

4. El convenio como fuente de financiación de las Administraciones Públicas

Si la Administración y los particulares celebran convenios de toda índole, tanto en España como en otros países, pese a carecer casi completamente de reconocimiento normativo, con la incertidumbre que ello provoca, no es sólo para incrementar la participación ciudadana en la actividad administrativa, sino porque de ese modo se satisfacen acuciantes necesidades económicas de ambas partes. El convenio aporta la seguridad jurídica que necesitan los particulares a la hora de realizar inversiones cuantiosas (que no pueden estar gravadas durante largos años con el riesgo de que sea denegada o anulada en vía judicial una cualquiera de las autorizaciones administrativas requeridas), y permite a la Administración, por otra parte, obtener de los particulares que lo firman (y que se aseguran de ese modo la producción de un acto favorable) prestaciones que no habría podido imponer como cláusula accesoria de un acto administrativo ⁵².

⁵² El mero enunciado de estas funciones del convenio causa inquietud, pues pueden fácilmente aludir a graves desviaciones respecto a principios fundamentales del ordenamiento jurídico-administrativo. Basta remitirse al § II.1 y recordar que la separación entre las fuentes de ingresos de la Administración y el resto de sus actividades (dirigidas a la satisfacción de intereses generales y no a la del mero interés «fiscal» de la Administración) ha sido uno de los pasos fundamentales en la evolución que conduce desde el Estado absoluto-patrimonial hasta el Estado de Derecho, y que alguna de las funciones económicas del convenio se opone radicalmente a esa separación.

Resulta claro que las inversiones privadas en proyectos de una magnitud considerable requieren, en el momento en que comienzan a realizarse, seguridad sobre la viabilidad final del proyecto, cuya puesta en marcha se producirá, normalmente, varios años más tarde. Cualquier inseguridad en este sentido supone un riesgo cuyo coste económico (perfectamente evaluable) reduce la rentabilidad de la inversión y puede disuadir finalmente a sus promotores de realizarla. Una de las fuentes principales de incertidumbre es la obtención de todas las decisiones administrativas requeridas, y se trata, además, de una fuente de incertidumbre que, al revés que otras, no se cotiza en el mercado y por tanto no puede ser neutralizada al modo habitual, es decir, pagando su precio.

De ahí que lo normal sea que los interesados y la Administración intenten llegar a un acuerdo en el que se examine el proyecto que se intenta llevar adelante, se introduzcan en él las correcciones correspondientes y se comprometa desde el principio y de una vez el otorgamiento al mismo de todas las autorizaciones necesarias, con lo que el particular obtiene la seguridad que necesita para llevar a cabo su proyecto y la Administración logra que éste se realice, en beneficio de la creación de empleo. Como ya se ha indicado antes, la firma de un convenio de este tipo se da hoy prácticamente por supuesta con anterioridad a cualquier instalación industrial o empresarial de grandes dimensiones o que carezca de precedentes inmediatos que indiquen cuál va a ser la actitud de la Administración, y su necesidad ha sido reconocida abrumadoramente por la doctrina que se ha ocupado del tema ⁵³.

⁵³ Los convenios de esta clase han sido estudiados con gran intensidad en la doctrina alemana. DOSSMANN, *Die Bebauungsplanzusage*, cit., pág. 100, cita la sentencia del BVerwG de 5 de julio de 1974 (BVerwGE, 45, 317), según la cual «cuanto más amplio y complicado sea un proyecto de planeamiento, más necesario es, según acreditan todas las experiencias, que el contenido de ese plan se fije teniendo en cuenta las posibilidades de que sea llevado a la práctica. Las conversaciones, negociaciones, promesas, contratos, etc., producidos con anterioridad al procedimiento del plan pueden ser, por tanto, imprescindibles». Vid. también SCHMIDT-ASSMANN/KREBS, *Rechtsfragen städtebaulicher Verträge*, cit., pág. 82; BAUER, «Informelles Verwaltungshandeln», cit., pág. 251; KUNIG, «Verträge und Absprachen», cit., pág. 1198; KREBS, «Konsen-

En estos casos, el convenio es, de hecho, la única forma de ejercicio de esas potestades administrativas, y no una renuncia o disposición ilegítima sobre ellas. Ello es así porque la alternativa (el ejercicio mediante el dictado de los diversos actos administrativos de los que depende el proyecto privado, sin ninguna conexión previa entre ellos) es impracticable, al acarrear que el proyecto no se realice ⁵⁴. Esta situación es relevante, a mi juicio, a la hora de determinar la validez o no de estos convenios, ya que los mismos son, literalmente, la única vía para proteger eficazmente intereses dignos de tutela jurídica, como es el interés en que se lleve a cabo una actividad privada que es conforme con las normas administrativas, pero no puede esperar años a que esa conformidad quede acreditada, al término de múltiples procedimientos. Hay que tener en cuenta, por otra parte, que el convenio sólo cumple adecuadamente esa función cuando es jurídicamente vinculante, no cuando es informal ⁵⁵.

El legislador tiene la posibilidad de cubrir esa necesidad de seguridad jurídica mediante otras técnicas, seguramente más respetuosas con el carácter unilateral del procedimiento, como la adaptación del plazo de resolución de éste a las necesidades de los inversores, la acumulación de las diversas autorizaciones en un solo acto o la inclusión en el procedimiento, en fases del mismo anteriores a la resolución, de actos que vinculen a la Administración respecto a las bases de la resolución futura, a la vista de los datos ya obrantes en el expediente ⁵⁶. La decisión

suales *Verwaltungshandeln im Städtebaurecht*», *cit.*, pág. 973; HEINZ, «*Verwaltungshandeln durch Verträge und Absprachen*», *cit.*, pág. 753; LADEUR, «*Die Zukunft des Verwaltungsakts*», *cit.*, pág. 522.

⁵⁴ Además de la sentencia citada por DOSSMANN en el texto transcrito en la nota anterior, *vid.* GUSY, «*Zulässigkeit gemeindlicher Verpflichtungen*», *cit.*, pág. 166.

⁵⁵ *Vid.* KREBS, «*Zulässigkeit und Wirksamkeit vertraglicher Bindungen kommunaler Bauleitplanung*», *VerwArch*, 72 (1981), págs. 49 y sigs., pág. 59, así como, en el mismo sentido, DOSSMANN, *Die Bebauungsplanzusage*, *cit.*, pág. 97.

⁵⁶ Solución apuntada *de lege ferenda* por SCHMIDT-ASSMANN/KREBS, *Rechtsfragen städtebaulicher Verträge*, *cit.*, pág. 91; KREBS, «*Konsensuales Verwaltungshandeln im Städtebaurecht*», *cit.*, pág. 973. Un ejemplo de esta técnica en nuestro ordenamiento es la consulta vinculante a la Administración prevista en el artículo 16 del Proyecto de Ley del Régimen del Suelo y Valora-

sobre la validez o invalidez del convenio deberá tener en cuenta, entre otras cosas, la existencia de esas previsiones, es decir, la necesidad o no del mismo para proporcionar la necesaria seguridad a la actividad sometida a autorización.

Normalmente, sin embargo, el problema de la previsibilidad de las inversiones y actividades privadas va unido al de la financiación de obras o servicios públicos mediante las contraprestaciones obtenidas en el convenio. Es un hecho que, con una u otra justificación, abierta o veladamente, las Administraciones (y, muy especialmente, las Corporaciones Locales) celebran convenios sobre el ejercicio futuro de sus potestades, sobre el dictado de actos administrativos, para obtener como contrapartida de los particulares favorecidos por esos actos la financiación necesaria para sus actividades en general o para una obra concreta, más o menos relacionada con el acto que es objeto del convenio ⁵⁷.

Con ello la Administración vulnera (al menos aparentemente) la Ley, al decidir si dicta o no un acto determinado en

ciones (*Boletín Oficial de las Cortes Generales, Congreso de los Diputados*, VI Legislatura, Serie A, núm. 66-1, 9 de junio de 1997), mediante la cual el propietario que desee transformar urbanísticamente el suelo urbanizable puede conocer la posición de la Administración antes de que se complete la tramitación del planeamiento de desarrollo. El artículo 16.2 de la LS de 1998 remite a la legislación autonómica la regulación de los efectos de la consulta.

⁵⁷ Esta técnica es especialmente frecuente en los convenios urbanísticos, como ha recordado CANO MURCIA, *Teoría y práctica del convenio urbanístico: doctrina, legislación, jurisprudencia y formularios*, Pamplona, 1996, pág. 23, y puede observarse en resoluciones como la sentencia del TSJ de Andalucía (Sala de Granada) de 6 de abril de 1992 [*RGD*, 589-590 (1993), págs. 11187 y sigs.; ponente: Trujillo Masely], relativa a un convenio para la autorización de una actuación en suelo no urbanizable. Para un estudio más detenido, *vid.* mi libro *Los convenios urbanísticos*, § III.2.

El asunto ha sido estudiado con detenimiento en Alemania, partiendo de la insuficiencia financiera de las Corporaciones Locales. *Vid.* KREBS, «Zulässigkeit und Wirksamkeit vertraglicher Bindungen», *cit.*, págs. 49-50; GRZIWOTZ, «Städtebauliche Verträge zu Lasten Dritter?», *NJW*, 48 (1995), págs. 1927 y sigs., pág. 1929; BROHM, «Sobre la aceleración», *cit.*, pág. 391; STICH, «Die heutige Bedeutung vertraglicher Regelungen zwischen Gemeinden und Investoren für die städtebauliche Entwicklung», *DVBl*, 112 (1997), págs. 317 y sigs., así como una completa explicación en M.-T. GASSNER, *Die Abwälzung kommunaler Folgekosten durch Folgekostenverträge*, München, 1982, págs. 114 y 124 y sigs.

función del «precio» ofrecido por su destinatario, cuando la Ley le ordena tomar esa decisión en función de la conveniencia del acto para un interés público concreto. El hecho de que esa contraprestación no se incorpore al contenido del acto, sino que sea pactada en un convenio previo, no cambia las cosas, puesto que sigue existiendo una vinculación recíproca entre acto y contraprestación. Los títulos jurídicos que permiten financiarse a la Administración están tasados por Ley, sin que quepa utilizar para este fin cualesquiera potestades administrativas de intervención sobre la actividad de los particulares ⁵⁸. La Administración no puede ocupar el papel del legislador y recaudar una parte de los beneficios que un acto produce a su destinatario, entre otras cosas porque esa presunta obtención parcial de los beneficios extraordinarios que sólo la Administración ha causado al dictar el acto, acaba trasladándose después, vía repercusión en los precios, a la generalidad de los ciudadanos, convirtiéndose en un tributo carente de todo respaldo legal ⁵⁹.

Otra cosa es, y aquí se encuentra a mi juicio la línea divisoria relevante a la hora de determinar la validez de esta clase de convenios, que, tratándose de actos discrecionales a cuya obtención el particular no tiene derecho alguno, la Administración indique a éste aquellas prestaciones cuya realización (al influir sobre el contexto en el que se debe tomar la decisión administrativa) haría que el acto fuese adecuado para los intereses públicos a cuyo servicio deba ser ordenado, y por tanto moverían a la Administración a dictarlo. La Administración no puede obligar al particular a realizar esas prestaciones, puesto que no están previstas por la Ley como cargas que graven la obtención del acto favorable pretendido por aquél, pero a su vez ese particular no puede obligar a la Administración a dictar el acto, pues ello dependerá de que se garantice su adecuación a los intereses

⁵⁸ Vid. SOLAS RAFECAS, *Contratos administrativos y contratos privados de la Administración*, Madrid, 1990, pág. 160.

⁵⁹ Sobre la repercusión final a los consumidores (vía aumento del precio de las viviendas) de las prestaciones obtenidas por la Administración en los convenios urbanísticos, vid. M.-T. GASSNER, *Die Abwälzung kommunaler Folgekosten*, cit., págs. 120 y sigs.; EBSSEN, «Der Bauplanungsgarantievertrag», cit., pág. 59, así como el § III.2 de *Los convenios urbanísticos*.

públicos, adecuación que sólo se producirá, a juicio de la Administración, si el particular lleva a cabo esas cargas adicionales. Si el particular sigue teniendo interés en la obtención del acto a pesar de tener que cumplir esos requisitos previos (que reducirán las ganancias esperadas), es razonable que se inicie una negociación y que un convenio recoja los resultados de ésta, normalmente en forma de una obligación asumida unilateralmente por el particular, cuya eficacia queda condicionada al dictado de un acto administrativo concreto, siempre que su contenido sea el pactado en el convenio.

En ese caso no se trata de prestaciones recíprocas en sentido estricto, pues la Administración no dicta el acto *para* obtener esa prestación del particular, sino para satisfacer un determinado interés público señalado por la Ley, y lo único que ocurre es que es justamente esa prestación del particular la mejor forma de tutelar ese interés. Por la misma razón, las prestaciones del particular deben estar relacionadas estrechamente con el interés público al que la Administración debe servir mediante la producción del acto de que se trate: no es posible (so pena de incurrir en desviación de poder) utilizar una potestad administrativa para la tutela de cualquier interés público, o para la financiación de las necesidades administrativas en general.

5. El convenio como cauce de fórmulas atípicas de indemnización a particulares

El ejercicio de potestades administrativas para la satisfacción de intereses generales produce en numerosas ocasiones un efecto extintivo o simplemente perjudicial sobre titularidades privadas, haciendo necesaria una indemnización, que la Administración fija ejecutoriamente. Así ocurre cuando se ejerce la potestad ablatoria por excelencia, la expropiatoria, pero también en otros casos (como el *factum principis* en los contratos administrativos). A su vez, el ejercicio de esas potestades beneficia a los particulares que actúan como colaboradores de la Administración (contratistas o concesionarios).

Si se unen los dos extremos de la operación, y se tienen en cuenta tanto las dificultades financieras de cualquier Administración como el interés (especialmente perceptible hoy día) por evitar el uso directo de los instrumentos de poder jurídico, de imposición unilateral sobre los particulares, surge la posibilidad de indemnizar al sujeto pasivo de la intervención administrativa permitiéndole convertirse en colaborador de la Administración y lucrarse con las operaciones derivadas del ejercicio de sus potestades. Tratándose de una técnica basada en el consenso de las partes, y que incluso lo busca deliberadamente frente a la utilización directa de la coacción, nada más natural que el recurso al convenio para articular la relación entre la Administración y el particular.

El convenio sustituye o afecta en estos casos a dos procedimientos administrativos: el procedimiento ablatorio por el que se impone un gravamen al particular y se fija el montante de la indemnización, y el procedimiento de selección del colaborador de la Administración. Desde el punto de vista económico, lo que se produce es una transferencia de renta: lo que iba a ganar el contratista o concesionario de la Administración (la empresa constructora o el empresario de la nueva línea de transporte que se autoriza) lo gana el particular perjudicado (al que se otorga directamente la condición de contratista o concesionario). Lo que la Administración gana por un lado (al ahorrarse el importe de la indemnización) lo pierde por otro, ya que al escoger como colaborador suyo al particular perjudicado pierde la oportunidad de obtener un mejor precio acudiendo a un procedimiento competitivo de selección del contratista. Y, naturalmente, como la atribución directa de la condición de colaborador al sujeto perjudicado implica que no se sigue procedimiento selectivo alguno, sólo será posible realizar esta operación cuando, o no haya una norma que exija la tramitación de un procedimiento abierto de selección, o bien exista una base normativa que la exima para ese caso concreto.

La Administración de nuestros días tiende a utilizar esta técnica, ya que sus medios económicos limitados no le permiten pagar grandes indemnizaciones y porque prefiere la vía del consenso, especialmente con administrados poderosos. Se evitan

conflictos, pero se pierde transparencia, puesto que es difícil calcular el coste que supone para los intereses públicos adjudicar un contrato o concesión a un particular determinado (para indemnizarle de este modo), en lugar de convocar un concurso y conocer cuál es la oferta más conveniente.

Así, se han otorgado directamente diversas concesiones de telefonía móvil a los actuales operadores (marginando la posibilidad de convocar un concurso y promover la competencia y la rebaja de precios a los usuarios), con el fin de «pagar» de ese modo la gigantesca deuda que el Estado contrajo con AIRTEL al cobrarle, de acuerdo con las condiciones de un concurso anterior, un canon que acabó revelándose incompatible con el Derecho comunitario ⁶⁰.

Al mismo instrumento ha recurrido el Estado en la Ley de Acompañamiento a los Presupuestos para 1997 para obtener una rebaja en los precios de los transportes o la realización gratuita de obras por los concesionarios de autopistas. Como esas medidas, en caso de ser impuestas obligatoriamente, romperían el equilibrio económico de las concesiones y obligarían a indemnizar, el Estado prefiere pactarlas con los concesionarios y prorrogarles, a cambio, y sin competencia alguna, el plazo de disfrute de su posición monopolística. Para ello era necesaria, lógicamente, una autorización normativa con rango de Ley ⁶¹.

⁶⁰ La norma que da eficacia al acuerdo alcanzado por la Administración y los operadores (con el visto bueno de la Comisión Europea) es el RD 1252/1997, de 24 de julio, «por el que se modifica el Reglamento técnico y de prestación del servicio de telecomunicación de valor añadido de telefonía móvil automática, aprobado por el Real Decreto 1486/1994, de 1 de julio, y se regula el régimen de prestación del servicio de comunicaciones móviles personales en su modalidad DCS-1800». Los problemas que han dado lugar a la aprobación de la norma se explican en LAVILLA RUBIRA, «La telefonía móvil y la ruptura del monopolio del servicio telefónico básico», *REDA*, 92 (1996), págs. 599 y sigs. Aunque sólo AIRTEL era acreedora de una indemnización, también se conceden licencias al otro operador (Telefónica), pues la indemnización a AIRTEL sale parcialmente de su patrimonio, al obligarla el Estado a rebajar considerablemente las tarifas que cobra a AIRTEL por las interconexiones.

⁶¹ La Ley 13/1996, de 30 de diciembre, da una nueva regulación a la prórroga de concesiones de autopistas de peaje (art. 157) y de servicios regulares permanentes de transporte de viajeros por carretera de uso general (art. 167). En ambos casos se trata de lograr mejoras en la prestación de los respectivos servicios públicos que son llevadas a cabo por el concesionario a su costa y a cambio de una prórroga del

También se recurre a esta técnica a un nivel económico más modesto. Un buen ejemplo es la Ley gallega 6/1996, de 9 de julio, de «Coordinación de los servicios de transportes urbanos e interurbanos por carretera de Galicia», que regula, entre otras cosas, la iniciativa municipal para «la ampliación o establecimiento de servicios de transporte colectivo urbano, cuando afecten a servicios interurbanos previamente establecidos» (arts. 4.1 y 5.1). Dicha ampliación o establecimiento puede llevar consigo el rescate, novación o modificación de concesiones ya otorgadas, lo que acarrea la necesidad de indemnizar al concesionario, bien por la extinción de la concesión, bien por la ruptura del equilibrio económico de la misma. Lo peculiar de la Ley es que prevé expresamente que la Administración y el concesionario lleguen a un acuerdo que haga innecesaria la indemnización, bien porque el concesionario acepte una modificación de la concesión de transporte interurbano que permita asumir la ampliación del transporte urbano pretendida por el Ayuntamiento, bien porque se le otorgue preferencia para la obtención de la nueva concesión de transporte urbano cuyo ejercicio perjudica a la primitiva concesión de que era titular ⁶².

La técnica urbanística de la liberación de expropiaciones, hoy en gran parte en desuso o de utilización polémica, es un ejemplo más de esta forma de actuación administrativa. El pro-

plazo concesional. El artículo 157 modifica la Ley 8/1972, de 10 de mayo, sobre Construcción, Conservación y Explotación de Autopistas en Régimen de Concesión. El nuevo artículo 25 *bis* establece, en su apartado 1, que «la compensación al concesionario con objeto de mantener el equilibrio económico-financiero de la concesión, en los supuestos de modificación o ampliación previstos en los artículos 24 y 25 de esta Ley, ya se produzcan a iniciativa de la Administración o de la sociedad concesionaria, podrá consistir, total o parcialmente, en la ampliación del plazo vigente de la concesión». Este precepto ha vuelto a ser retocado por la Disposición Adicional 54.^a de la Ley 66/1997, de 30 de diciembre. El artículo 167, por su parte, admite el otorgamiento al concesionario de una prórroga (prohibida por la Ley de Ordenación de los Transportes Terrestres) siempre que renuncie al incremento de tarifas durante dos años y se comprometa a modernizar el material móvil.

⁶² Artículos 4.1 y 10 de la Ley. Este último regula las compensaciones a los antiguos concesionarios, que pueden consistir en la asunción de las nuevas concesiones resultantes o en la participación en las sociedades municipales que gestionen los servicios de transporte ampliados, y dice que tales medidas «podrán ser objeto de convenio entre el Ayuntamiento y los concesionarios de servicios interurbanos. El Ayuntamiento incluirá el contenido del convenio en la redacción definitiva del plan, teniendo efectos vinculantes para los signatarios».

pietario evita la expropiación comprometiéndose a urbanizar y a edificar del modo que le indica la Administración, y ésta evita pagar un justiprecio. El problema es que, de ese modo, la plusvalía urbanística es adquirida por el propietario liberado, mientras que los propietarios no liberados perciben sólo un justiprecio, de modo que la plusvalía la asumen la Administración y la empresa urbanizadora y/o constructora, lo que plantea un evidente riesgo de tratamiento discriminatorio ⁶³.

Los convenios en los que la Administración y los particulares pactan estas formas atípicas de indemnización son convenios sobre actos y potestades, ya que en ellos la Administración compromete el sentido de actos futuros para pagar las deudas contraídas con particulares. Son convenios que se firman por sus ventajas económicas, pero que son innecesarios jurídicamente, pues la Administración dispone de potestades que le habrían permitido actuar unilateralmente (expropiando o modificando unilateralmente la concesión, etc.), sin otro requisito que el pago de una indemnización.

6. El ejercicio consensual de potestades como «supraconcepto» o institución de teoría general del Derecho

La Administración celebra convenios, como se ha visto, a pesar de que puede actuar unilateralmente, mediante el ejerci-

⁶³ La liberación de expropiaciones fue regulada inicialmente por el D. 2096/1959, de 26 de noviembre, carente de cobertura legal. El beneficio de la liberación, condicionado en todo caso a la aceptación de las condiciones fijadas por la Administración, se concedía discrecionalmente (art. 5, párr. 2.º) por el ministro de la Vivienda. Ese Decreto fue derogado por el D. 458/1972, de 24 de febrero, cuyo texto pasó en parte al TRLS de 1992. De los tres artículos que éste dedicaba a la liberación, el único que la STC 61/1997 no considera inconstitucional es el 176, que regula sólo un aspecto de la institución y por ello no puede ser aplicado aisladamente. Si la legislación autonómica no regula la figura, y la Administración expropiante desea recurrir a ella, deberá aplicar el D. de 1972, que no ha sido objeto de derogación expresa y sigue siendo aplicable como norma supletoria del TRLS, según GONZÁLEZ PÉREZ, *Comentarios a la Ley del Suelo (Texto Refundido de 1992)*, 3 vols., Madrid, 1993, (6.ª ed., con la colaboración de Pedro González Salinas), vol. II, pág. 1336.

cio de sus potestades. Lo que distingue a los convenios del resto de la contratación pública es precisamente esto: que el particular sabe que, si no llega a un acuerdo con la Administración, ésta actuará de todas formas, pero imponiéndose unilateralmente. Ello coloca a los convenios bajo sospecha, pues parece que ese estado de coacción en que se encuentra el particular es incompatible con la idea de contrato, basada en la autonomía privada. Sería incorrecto aplicar el régimen jurídico de los contratos (que se basa en que quien asume voluntariamente una obligación debe cumplirla) a instrumentos que reflejan la coacción ejercida por una de las partes ⁶⁴. Incluso

⁶⁴ Esta tesis ha sido expuesta, con gran contundencia, por GARCÍA-TREVIANO FOS, en su monografía *Los convenios expropiatorios*, Madrid, 1979, págs. 101 y sigs. En los convenios que se celebran después de la iniciación del expediente expropiatorio, «tanto si se trata de convenios formales o informales, sobre paso de titularidad o sobre el justiprecio, aquél (el expropiado) no manifiesta una voluntad constitutiva en virtud de la cual los derechos se transmiten o el precio se determina, porque detrás existe la amenaza de la coacción que como necesidad de derecho, y no de hecho, se eleva a causa determinante. Nadie puede sostener con seriedad que el voluntario en el servicio militar celebra un contrato con la Administración, pues lo que pretende es adelantar una obligación y esto priva de consentimiento puro y límpido a la voluntad. El contrato debe seguir manteniendo su pureza dentro del marco de las instituciones jurídicas. Es ejemplo típico de negocio jurídico bilateral con manifestación de voluntad constitutiva; esto significa que no se trata de una declaración de juicio ni de conocimiento, sino de voluntad constitutiva, en virtud de la cual se constituyen relaciones jurídicas entre las partes. ¿Puede decirse seriamente que se constituye una relación jurídica constitutiva entre expropiante y expropiado cuando convienen, existiendo la amenaza no ya latente, sino actualizada, de que los bienes o derechos van a ser expropiados? Decir que el convenio es un acto de fijación no es decir nada, puesto que no incide en su naturaleza jurídica. Es cierto que la Administración se encuentra más cómoda si actúa por persuasión que por coacción, pero ello no significa que el administrado manifieste una voluntad libre y espontánea en todos los casos». FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, «Administración imperativa», *cit.*, págs. 59 y sigs., explica el funcionamiento del mismo mecanismo en las fórmulas de «economía concertada» de los años sesenta.

GARCÍA DE ENTERRÍA/FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, *Curso, cit.*, vol. I, pág. 673, afirman que «la aplicación del esquema contractual a estas figuras se encuentra con algunos obstáculos de principio. Es relativamente habitual alegar, por de pronto, la ausencia de verdadera autonomía de la voluntad en el administrado que concierne y su desigualdad de base con la Administración. Pero esta objeción desaparece si se observa que se mantiene siempre un principio de libertad, el de aceptar o no aceptar el convenio. La no aceptación implica una opción en favor

cabría hablar de contratos anulables por intimidación (arts. 1.265 y sigs. CC) ⁶⁵.

Lo que se intenta mostrar en este epígrafe es que esa objeción no es válida, puesto que el Derecho privado conoce y acepta con normalidad este tipo de figuras. También en Derecho privado existen poderes unilaterales (facultades de configuración jurídica), que permiten a un sujeto imponer a otro la constitución, modificación o extinción de una determinada relación jurídica ⁶⁶, y cuando el sujeto pasivo se aviene a ello se admite

de la aplicación imperativa por la Administración del sistema legal objetivo; lo cual es cierto que constituye una coerción no común en la vida privada, pero que, sin embargo, encuentra su paralelismo en algunas situaciones privadas concretas (por ejemplo, una transacción, ejemplo no casual, como luego veremos) y que no viene a excluir la libertad de aceptación o denegación que es la básica».

⁶⁵ A esa crítica ha hecho frente DELGADO PIQUERAS, *La terminación convencional*, cit., págs. 175 y sigs., con unos argumentos que me parecen insuficientes, al decir: a) que el consentimiento contractual nunca es puro, ni siquiera en las relaciones de Derecho privado, debido a las relaciones de dependencia económica existentes entre los sujetos, y b) que la eventual amenaza de la Administración de ejercitar sus potestades en caso de que no se alcance un acuerdo no puede ser considerada como intimidación (vicio del consentimiento), al faltar el requisito de la ilicitud («la posibilidad de la puesta en marcha por la Administración de sus potestades de imperio, y que en el caso de tenerlas así conferidas por el ordenamiento conllevarían a la vez un mandato de ejercicio, difícilmente pueden reputarse “a priori” una amenaza antijurídica o injusta, sin negar que hipotéticamente pudieran serlo en algún supuesto. En todo caso, esta eventualidad es un ingrediente derivado del peculiar objeto sobre el que versaría esta contratación»). En cuanto a lo primero, no cabe confundir la dependencia económica que lleva, v.gr., a un empresario a contratar para obtener ganancias y sobrevivir en el mercado (dependencia que sólo afectará a la validez del contrato cuando se dé un abuso de posición dominante, según el art. 86 del Tratado Constitutivo de la Comunidad Europea y la Ley de Defensa de la Competencia), con la posibilidad jurídica de imponer a la otra parte, a falta de avenencia, la constitución obligatoria de la relación de que se trate. En cuanto al requisito de la ilicitud de la amenaza, más adelante se verá que el problema no es la validez o nulidad del acuerdo (que es a lo que nos lleva la discusión sobre si hay o no intimidación), sino si debe calificarse de contractual (aplicándole ese régimen jurídico) una relación que la Administración habría podido constituir mediante una resolución unilateral (con una simple declaración de voluntad suya), si el particular no se hubiese avenido a celebrar el acuerdo.

⁶⁶ Vid. Díez-PICAZO, «Los llamados contratos forzosos», *ADC*, IX (1956), págs. 85 y sigs. Uno de los ejemplos más característicos es el de las servidum-

con toda normalidad que esa relación se constituya mediante un acuerdo al que se reconoce sin discusión como un verdadero contrato ⁶⁷. A falta de acuerdo, el titular del poder tiene que recurrir a un proceso judicial, a fin de obtener una sentencia constitutiva ⁶⁸.

bres legales en interés de los particulares (art. 551 CC). En este supuesto, «la ley concede a una persona un derecho a exigir la constitución de la servidumbre y paralelamente impone a otra persona el deber de crearla». Lo mismo ocurre en las llamadas hipotecas legales (art. 158 de la Ley Hipotecaria), donde «la ley no establece directamente la hipoteca, sino que otorga a los favorecidos el derecho de exigir la constitución» (DÍEZ-PICAZO, *op. cit.*, pág. 93).

⁶⁷ Eso es lo que afirma expresamente, por lo que respecta a las servidumbres legales, el *Codice Civile* italiano (art. 1.032, primero de los dedicados a las *servitù coattive*): «*Modos de constitución.*—Cuando, con arreglo a la ley, el propietario de un predio tiene derecho a obtener del propietario de otro predio la constitución de una servidumbre, ésta, *a falta de contrato*, se constituye por sentencia. Puede también ser constituida por resolución de la autoridad administrativa, en los casos especiales determinados por la ley». Sobre este precepto, *vid.* GALGANO, *Diritto civile e commerciale*, vol. I (*Le categorie generali. Le persone. La proprietà*), Padova, 1990, págs. 482 y sigs.; PALAZZOLO, «*Servitù coattive*», *Enc. giur.*, vol. XXVIII (1992); BRANCA, *Servitù prediali* (en el Comentario al *Codice Civile* dirigido por SCIALOJA/BRANCA, *sub arts.* 1027-1029), Bologna, 1987 (6.ª ed.), págs. 77 y sigs.; CAFAGGI, comentario al artículo 1.032 en CENDON (dir.), *Commentario al codice civile*, vol. III, Torino, 1991, págs. 347 y sigs., y COMPORTE, «*Servitù (dir. priv.)*», *Enc. dir.*, vol. XLII (1990), págs. 274 y sigs. (esp. págs. 305 y sigs.).

En el Derecho español, la solución es la misma, aun en ausencia de un precepto análogo (el art. 551, pár. 2.º, CC, se refiere exclusivamente a los convenios *modificativos* de las servidumbres legales). *Vid.* GUILARTE GUTIÉRREZ, *La constitución voluntaria de servidumbres en el Derecho español*, Madrid, 1984, pág. 27; ROCA JUAN, en el tomo VII, vol. 2.º, de los *Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales* (dirigidos por ALBALADEJO), pág. 128; DÍEZ-PICAZO, «Los llamados contratos forzosos», *cit.*, págs. 92 (nota 29), 96 (nota 40), 109 y 112.

⁶⁸ En este sentido, DÍEZ-PICAZO, «Los llamados contratos forzosos», *cit.*, págs. 92 (nota 29) y 112. En algunos casos, el titular del derecho puede, a falta de acuerdo, acudir a un órgano administrativo en vez de a los Tribunales ordinarios, al objeto de obtener una resolución se imponga ejecutoriamente al sujeto pasivo. Así ocurre en materia de aguas (art. 46 de la Ley de Aguas y 18-40 del Reglamento del Dominio Público Hidráulico), de acceso a la red de telecomunicaciones por cable (art. 11.1 de la Ley 42/1995, de 22 de diciembre, de Telecomunicaciones por Cable, así como la DA 11.ª de esa Ley, añadida por el artículo 2.10 de la Ley 12/1997, de 24 de abril, de Liberalización de las Telecomunicaciones) o de interconexión de gasoductos (art. 5 del RD 1377/1996, de 7 de junio).

Como se puede comprobar, el supuesto no es muy distinto al de los contratos sobre el ejercicio de potestades administrativas. El particular, en un caso, y la Administración, en otro, son titulares de un poder jurídico que les permite exigir la constitución de una relación jurídica bilateral. Mientras que la Administración puede crear esa relación por su sola voluntad, mediante un acto administrativo, el particular, al no estar dotado del privilegio de autotutela, deberá solicitar al juez (o, en su caso, a la Administración), la constitución de esa relación. También son distintas ambas situaciones porque el particular, en principio, ejercerá ese poder en su propio interés (aunque no necesariamente), mientras que las potestades administrativas deben ser ejercitadas por la Administración al servicio de los intereses públicos y la adecuación a éstos puede ser objeto de control jurisdiccional. Pero la situación en la que se encuentra el sujeto que se aviene y llega a un acuerdo con el titular del poder no es distinta: sabe que, en caso de no aceptar, será ejercitado el poder y la relación será constituida sin su consentimiento ⁶⁹.

La doctrina privatística no añade mucho más sobre este tipo de contratos. Ello se debe, probablemente, a que su celebración no tiene nada de particular en un sector del Derecho dominado por el principio de autonomía privada, simplemente limitada por las normas imperativas, la moral y las buenas costumbres (art. 1.255 CC). De la doctrina y jurisprudencia civiles sobre este tipo de contratos sí se puede inducir una regla general, la de la separación entre la forma de constitución de la relación jurídica y el contenido (o régimen) de ésta. La avenencia del sujeto

⁶⁹ La práctica semejanza estructural entre los poderes privados y las potestades administrativas habría resultado más evidente si se hubiera recurrido, para identificar a los primeros, a la categoría de los derechos potestativos, en la que son encuadrados por un amplio sector doctrinal. Los derechos potestativos son, como es notorio, el género de poderes jurídicos a que pertenecen las potestades administrativas, según la teorización de Santi ROMANO («Poderes. Potestades», en *Fragmentos de un diccionario jurídico*, Buenos Aires, 1964, traducido por SENTÍS MELENDO y AYERRA REDÍN, págs. 302 y sigs.). Sin embargo, he preferido no utilizar esa categoría jurídica por no ser estrictamente necesaria y haber sido sometida a una crítica que ha motivado su revisión: *vid.* DíEZ-PICAZO/GULLÓN, *Sistema de Derecho Civil*, vol. I, Madrid, 1989 (7.ª ed.), págs. 441-442; DE CASTRO, *Derecho Civil de España*, tomo I, Madrid, 1949 (2.ª ed.), págs. 603 y sigs.

pasivo no significa que la relación deje de basarse en el ejercicio de un poder unilateral, y por tanto su contenido está sujeto a los límites de ese poder, como si se hubiese ejercido mediante un acto de poder (una sentencia constitutiva) ⁷⁰.

Se trata normalmente de contratos atípicos, cuya causa es lograr la constitución de la relación sin tener que tramitar los complejos y costosos procedimientos que son aplicables a falta de acuerdo ⁷¹. El efecto propio del contrato es constituir la relación jurídica, haciendo innecesario el procedimiento (judicial o administrativo) que finalizaría con su constitución heterónoma ⁷². Estos procedimientos, aunque no se apliquen cuando se

⁷⁰ Ejemplos de normas sobre el contenido de las relaciones jurídicas que son constituidas mediante el ejercicio de poderes unilaterales son los artículos 559-560 CC (servidumbre de acueducto), y 565 y 568 (servidumbre de paso).

Es muy expresiva en este sentido la sentencia de la Sala de lo Civil del Tribunal Supremo de 17 de noviembre de 1930 (Ar. 1265). Constituida mediante acuerdo entre las partes una servidumbre de paso forzosa (art. 567 CC), el titular del predio sirviente exigió la extinción de la servidumbre, al devenir ésta innecesaria (art. 568), a lo que el demandado (titular del predio dominante) objetó que el artículo 568 no se aplicaba a las servidumbres constituidas voluntariamente, como lo había sido la servidumbre litigiosa. A ello responde el Tribunal que «tal conformidad (la conformidad de las partes a la constitución de la hipoteca) en este caso no puede tener otro valor jurídico, que el de un justo, debido, y por ello, obligado acatamiento a un imperativo de la ley, que por ello carece de la espontaneidad y libre determinación de los que surge el vínculo contractual; pues una cosa es el libre acatamiento del deber y sumisión al mandato de la Ley, y otra muy distinta el reconocimiento espontáneo y libre de una servidumbre, que de todos modos, con la voluntad del dueño del predio sirviente o sin ella y aun contra ella se hubiera impuesto a instancia del dueño del predio dominante, por preceptuarlo así el artículo 564 del Código Civil (...). De todo lo que se desprende que tratándose de una servidumbre legal (...) ha de regirse por las disposiciones del Código que la regulan, a tenor de lo dispuesto en el artículo 551 del repetido Cuerpo legal, aun cuando sea aceptada, en atención a esas circunstancias, sin necesidad de procedimiento coactivo, por el dueño del predio sirviente, a menos que por el mismo se renuncie expresamente al derecho que le otorgan las prescripciones reguladoras de dichas servidumbres legales».

⁷¹ Dicha causa no encaja en ninguna de las que enumera el artículo 1.274 CC, pero esa enumeración no es exhaustiva, y no impide que surjan negocios atípicos no reducibles a ninguno de sus términos, como indica DE CASTRO, *El negocio jurídico*, Madrid, 1971, pág. 199.

⁷² A veces se ha planteado la posibilidad de incluir este tipo de contratos en la categoría de los negocios de fijación. Así, GARCÍA DE ENTERRÍA/FERNÁNDEZ

alcanza un acuerdo, son los que llevan a las partes a negociar, y los que determinan el contenido del acuerdo alcanzado, ya que lo normal es que cada parte defienda en la negociación lo que crea que habría podido obtener en vía judicial.

Los sujetos privados pueden renunciar a la aplicación judicial de las normas y optar por la constitución contractual de relaciones jurídicas derivadas de potestades o facultades de configuración jurídica, puesto que las normas aplicables sólo pretenden tutelar sus intereses particulares. El problema que limita la traslación de esta figura al Derecho administrativo (y por tanto la

RODRÍGUEZ, *Curso, cit.*, vol. I, pág. 674, han dicho, a propósito de los convenios expropiatorios y fiscales, que «se trata, sencillamente, de negocios de fijación, que concretan el alcance de obligaciones que proceden de otra fuente, pero que no las crean, que eliminan la incertidumbre sobre su extensión y régimen. La figura es conocida en el Derecho Privado de obligaciones, donde quizá la transacción ofrece el ejemplo más claro». GARCÍA-TREVIJANO FOS, *Los convenios expropiatorios, cit.*, pág. 102, afirma, sin embargo, que «decir que el convenio es un acto de fijación no es decir nada, puesto que no incide en su naturaleza jurídica». Sobre los negocios de fijación o *accertamento*, *vid.*, GULLÓN BALLESTEROS, *La transacción*, Madrid, 1964, págs. 61 y sigs. En Derecho italiano, *vid.* GALGANO, *Il negozio giuridico, cit.*, págs. 100 y sigs.; SACCO/DE NOVA, *Il contratto*, Torino, 1993, vol. I, págs. 661 y sigs.; FALZEA, «Accertamento (a) teoria generale», *Enc. dir.*, vol. I (1958), pág. 205 y sigs.; GIANNINI, «Accertamento (b) diritto costituzionale e amministrativo», *Enc., dir.*, vol. I (1958), págs. 219 y sigs.; GIORGIANNI, «Accertamento (negozio di)», *Enc. dir.*, vol. I (1958), págs. 227 y sigs. El aislamiento y estudio de la categoría de los negocios declarativos (o de fijación) tiene por objeto justificar la existencia de una específica causa negocial y, por tanto, afirmar la licitud de unos negocios que son atípicos y tampoco encajan en ninguno de los esquemas del artículo 1.274 CC. Los contratos que se estudian en este epígrafe tienen una causa similar, porque se trata en ambos casos de evitar un proceso judicial. Sin embargo, estos contratos se dirigen a la constitución de relaciones jurídicas nuevas (aunque existiese con anterioridad el poder jurídico con base en el cual un sujeto puede exigir su constitución forzosa), lo que se opone frontalmente al concepto de negocio *declarativo*.

Por otro lado, GULLÓN ha descartado de forma convincente que los acuerdos sobre el ejercicio de potestades sean contratos de transacción (a pesar de la semejanza existente entre ambos). La transacción presupone la existencia de un conflicto entre las partes, basado en una diferente interpretación jurídica de las pretensiones que corresponden a cada una. En cambio, los acuerdos sobre el ejercicio de potestades parten de un acuerdo sobre los presupuestos de una determinada relación jurídica, y simplemente formalizan esa constitución por una vía alternativa a la judicial (*vid. La transacción, cit.*, págs. 61 y sigs.).

posibilidad de ejercer las potestades administrativas mediante acuerdos con los particulares en todos los casos) es que el procedimiento administrativo y el acto unilateral no tutelan sólo intereses particulares de los participantes en el convenio, sino también el interés público. Es éste, y no la igualdad entre las partes, el principal obstáculo al convenio.

7. El convenio como instrumento necesario para la actuación de las Administraciones Públicas

El auge actual de los convenios entre Administración y particulares no es, según resulta del hilo argumental seguido hasta ahora, un fenómeno caprichoso o que carezca de otra causa que la simple desviación, más o menos irregular, respecto de los cauces establecidos por la Ley para el desarrollo de la actuación administrativa. Por el contrario, el recurso al convenio permite adaptar esa actuación a las necesidades reales, a necesidades de los particulares que también son merecedoras de tutela jurídica. Los convenios sirven para evitar los perjuicios que un rígido normativismo (o reglamentismo) causaría tanto a los intereses privados como a los públicos, y no son, por otro lado, una originalidad del Derecho administrativo o un hiriente abuso, por parte de la Administración, de la posición de supremacía que le depara la titularidad de potestades, sino una técnica normal en todas las ramas del Derecho, acorde con la tendencia a alcanzar acuerdos que sustituyan o arreglen los conflictos sin necesidad de recurrir en todo caso a los procedimientos formales que serán aplicables a falta de acuerdo.

En cuanto a los peligros que el convenio puede plantear para la observancia de principios capitales del ordenamiento jurídico-administrativo, peligros perfectamente explicables si se recuerda que el avance de éste ha sido paralelo al retroceso de las fórmulas convencionales en la actuación estrictamente jurídico-pública de la Administración, su solución no puede consistir en la exclusión absoluta de los convenios, que no produciría otro efecto que su informalización generalizada (privando así de

tutela a las partes, y especialmente al particular, que no puede protegerse poniendo en juego potestades unilaterales, como la Administración), sino estableciendo el régimen jurídico adecuado para los mismos. Lo que habrá que examinar a partir de ahora es si ese régimen puede conseguirse incluyendo los convenios en el ámbito de aplicación de alguna de las instituciones jurídico-administrativas conocidas hasta ahora, o bien es necesario aislar una figura específica, el convenio sobre actos y potestades, referida a este tipo de negocios jurídicos entre la Administración y los particulares.

SEGUNDA PARTE

**EL ANALISIS DE LOS CONVENIOS
DESDE EL INSTRUMENTARIO
JURIDICO-ADMINISTRATIVO
TRADICIONAL Y SUS INSUFICIENCIAS**

LA POLEMICA INICIAL SOBRE EL CONTRATO DE DERECHO PUBLICO Y EL ACTO UNILATERAL NECESITADO DE ACEPTACION

1. El sentido de la polémica entre LABAND, MAYER y KELSEN y su relación con el problema actual de los convenios entre Administraciones y particulares

Casi todas las investigaciones publicadas hasta la fecha sobre los contratos sobre actos y potestades administrativas se remontan a la polémica surgida a principios de siglo acerca del «contrato de Derecho público», primero en el área germánica, y después, con diversos matices, en Italia y España ¹. Esa polé-

¹ En este sentido, es muy frecuente, especialmente en Alemania e Italia, que los libros y artículos sobre los acuerdos o la consensualidad en la actividad administrativa comiencen con una exposición, más o menos pormenorizada (y no siempre directa) de la polémica sobre el contrato de Derecho público, dando por supuesto que las posiciones iniciales de LABAND y MAYER sobre dicha figura son aplicables a lo que el Derecho positivo alemán vigente conoce como contrato de Derecho público (figura que, con las debidas matizaciones, sí es equiparable al contrato sobre actos y potestades administrativas). Así, y por citar sólo los ejemplos más significativos, *vid.* SALZWEDEL, *Die Grenzen*, *cit.*, págs. 3 y sigs.; BAECHI, «Verwaltungsakt auf Unterwerfung, zweiseitiger Verwaltungsakt oder Vertrag?», *Zeitschrift für öffentliches Recht*, XIV (1934), págs. 62 y sigs.; IMBODEN, *Der verwaltungsrechtliche Vertrag*, *cit.*, págs. 9 y sigs.; BULLINGER, *Vertrag und Verwaltungsakt*, *cit.*, págs. 31 y sigs.; BURMEISTER, «Verträge und Absprachen», *cit.*, págs. 215 y sigs.; FALCON, *Le convenzioni pubblicistiche*, *cit.*, págs. 9 y sigs.; FERRARA, *Gli accordi*, *cit.*, págs. 24 y sigs.; STICCHI DAMIANI, *Attività amministrativa consensuale*, *cit.*, págs. 40 y sigs. Especialmente interesante el artículo de HENKE, «Allgemeine Fragen des öffentlichen Vertragsrechts», *cit.* En España, y sin perjuicio de la referencia específica en el § III.5, se manifiesta la misma tendencia en los (escasos) estudios publicados hasta ahora sobre la terminación convencional del procedimiento administrativo: *vid.* DELGADO PIQUERAS, *La terminación convencional*, *cit.*, págs. 40 y sigs., y PAREJO, «La terminación convencional», *cit.*, págs. 164 y sigs. Por el contrario, SCHIMPF, *Der verwaltungsrechtlicher Vertrag*, *cit.*, pág. 24, entiende superada la situación de que partía la doctrina anterior, y por tanto la considera inutilizable. En el mismo sentido, la nota 13 del artículo ya citado de HENKE.

mica es importante en la formación del Derecho administrativo por la autoridad de quienes participaron en ella (LABAND, MAYER, KORMANN, KELSEN o los dos JELLINEK), y porque algunas instituciones del sistema de Otto MAYER (que continúan siendo utilizadas en Alemania, Italia o España) se construyeron precisamente por oposición al contrato, como una explicación alternativa de determinadas relaciones jurídicas.

Sin embargo, el recurso al contrato de Derecho público (y a la polémica que generó) para explicar los acuerdos sobre actos y potestades administrativas sólo está justificado si existen elementos comunes entre ambas cuestiones, de modo que los argumentos defendidos en aquella polémica sirvan para abordar un problema actual (la legitimidad del acuerdo como modo de ejercicio de las potestades administrativas). Es este presupuesto el que debe ser objeto de revisión, como se intentará mostrar a lo largo del capítulo.

a) *La polémica original entre LABAND y MAYER*

LABAND califica como contratos de Derecho público tres supuestos aparentemente muy distintos entre sí: la fundación de la Confederación de la Alemania del Norte (en 1867) y del Imperio Alemán (en 1871), la relación funcional y la adquisición de la nacionalidad a consecuencia de un acto administrativo de concesión. No se trata en ninguno de estos casos (y ello es muy importante) de si el Derecho reconoce la validez de este tipo de acuerdos, que es lo que se debate a propósito de los contratos sobre actos y potestades administrativas. Se trata de distinguir si determinados actos jurídicos, cuya validez está fuera de toda discusión (casi siempre, porque han sido regulados expresamente) son contratos o bien otra cosa, que será, según las construcciones, un acto necesitado de aceptación o una unión (*Vereinbarung*).

LABAND retoma el concepto de *Vereinbarung* para explicar la naturaleza jurídica del Imperio Alemán, proclamado en Versalles en 1871 (sobre la base de los Tratados celebrados en 1870 entre los Estados alemanes). En su opinión, el Imperio es un verdadero Estado, aunque subsistan los Estados federados y el ori-

gen jurídico del Imperio se encuentre en un tratado concluido entre ellos. Si se afirmase que el tratado supone un simple contrato entre los diversos Estados alemanes, sería inevitable concluir que son éstos, y no el Imperio, quienes son verdaderos Estados. Es esta finalidad política (demostrar que el Imperio es un verdadero Estado) la que le impulsa a utilizar la distinción entre *Vertrag* (contrato) y *Vereinbarung* (unión), elaborada por BINDING en circunstancias similares, a propósito de la Confederación de la Alemania del Norte, constituida en 1867². El Impe-

² Se trata de la obra de BINDING, «Die Gründung des norddeutschen Bundes», en *Festgabe für B. Windscheid*, Leipzig, 1888. Sobre este importante trabajo, vid. FALCON, *Le convenzioni pubblicistiche*, cit., págs. 10-11, y APELT, *Der verwaltungsrechtliche Vertrag*, Leipzig, 1920, págs. 59 y sigs. Para BINDING, «todos los acuerdos de voluntad jurídicamente significativos se reducen a dos categorías, la del contrato (*Vertrag*) y la de la unión (*Vereinbarung*)» (pág. 69). Dos notas caracterizan a esta última. Por un lado, en ella se produce «el fundirse de dos voluntades diferentes con el mismo contenido» (pág. 70). Es decir (acudiendo de nuevo a la fundación de un Estado), todas las partes signatarias quieren la constitución de esa comunidad (y ahí se agota el contenido del acuerdo), mientras que en un contrato las diferentes voluntades declaradas no son *iguales* en su contenido, sino meramente congruentes (*korrespondierend*). Así ocurre, por ejemplo, en un contrato de compraventa, en que una de las partes se obliga a pagar un precio y la otra a entregar la cosa. La segunda nota distintiva de la *Vereinbarung* es la identidad de intereses entre las partes. En el contrato, cada parte ambiciona la prestación prometida por la otra, que es lo que satisface su interés (la adquisición de la cosa, para el comprador; el precio, para el vendedor), y sólo para obtener esa prestación promete la suya. Se trata de dos intereses contrapuestos que alcanzan satisfacción recíproca al haberse alcanzado un punto de equilibrio entre ellos. En la *Vereinbarung*, todas las partes persiguen el mismo interés: en el ejemplo inicial, el objetivo al que tienden todas ellas es la fundación de un Estado.

Esta segunda característica es notada especialmente por TRIEPEL, *Völkerrecht und Landesrecht*, Leipzig, 1899, págs. 49-62. Del mismo modo que, en la construcción de LABAND, el acento de la distinción entre contrato y unión (*Vereinbarung*) obedece a una finalidad metajurídica (dejar claro que el Imperio Alemán se encuentra en pie de igualdad jurídica con los Estados europeos más antiguos), lo mismo ocurre con TRIEPEL, que intenta fundar el Derecho Internacional (*Völkerrecht*) como disciplina jurídica plenamente autónoma. Lo que TRIEPEL persigue con la distinción entre contrato y *Vereinbarung* es independizar la fuente de producción jurídica más característica del Derecho Internacional (el tratado internacional) del contrato, anclado en la dogmática civilista. Vid. APELT, *op. cit.*, pág. 61.

Sobre la significación metajurídica de la distinción entre *Vereinbarung* y contrato, tal como la entienden BINDING y LABAND, vid. APELT, *op. cit.*, pág. 60.

rio no surge de un contrato, sino de una *Vereinbarung*, y por tanto no es un ente vinculado o subordinado a los Estados que acuerdan crearlo, sino que éstos se limitan a expresar su voluntad de ingresar en un ente superior³.

Cuando el concepto de *Vereinbarung* se aplique a figuras carentes de los perfiles políticos de la fundación de Estados (como ocurre, *v.gr.*, con el acto constitutivo de una sociedad mercantil), la doctrina analizará la distinción entre contrato y *Vereinbarung* preguntándose exclusivamente por su sentido jurídico, por las consecuencias de régimen que tiene la calificación de un acto en una u otra categoría, llegándose a un resultado negativo. *Vid.* GARRIGUES, *Curso de Derecho Mercantil*, tomo I, Madrid, 1982 (7.^a ed.), págs. 327 y sigs.; URÍA, *Derecho Mercantil*, Madrid, 1996 (23.^a ed.), pág. 167; GALGANO, *Il negozio giuridico*, *cit.*, págs. 179 y sigs.

³ El tema se encuentra en el vol. I, § 9 (págs. 149 y sigs.), del *Derecho Público del Imperio Alemán* de LABAND, del que se ha utilizado la traducción francesa de la tercera edición alemana (de 1895), publicada en cuatro volúmenes por GIARD y BRIÈRE en París, bajo el título *Le Droit Public de l'Empire Allemand* [las fechas de edición de cada volumen son: 1900 (vol. I), 1901 (vol. II), 1902 (vol. III), 1903 (vol. IV)]. «Después de haber establecido la idea general de la Confederación de Estados y del Estado federal, subgéneros de la de Estado de Estados, es necesario preguntarse a cuál de ellas responde el Imperio alemán según su organización jurídica positiva, concreta, es decir, si el Imperio es una persona jurídica de derecho público o una relación jurídica entre los Estados alemanes». Su respuesta es clara: «Entre los hechos que se producen en la fundación del Imperio Alemán, no hay ninguno que pueda ser invocado para sostener la existencia de relaciones contractuales entre los miembros del Imperio. Sin duda, los tratados de noviembre establecen, entre las partes, derechos y deberes de carácter contractual (*vertragsmaessig*), pero no se refieren, en el fondo, más que a la entrada y admisión de los Estados del Sur en la Confederación que existía ya entre los Estados de la Alemania del Norte. Una vez realizada esta adhesión, los derechos y deberes contractuales dejan de existir por el solo hecho de la ejecución de los tratados» (pág. 150). A su vez, se parte de la naturaleza estatal de la Confederación de la Alemania del Norte (pág. 151), que era la tesis sostenida por BINDING.

Además de la identidad material de las declaraciones de las partes y de la coincidencia de intereses entre ellas (notas típicas de la distinción entre contrato y *Vereinbarung*), LABAND cita en apoyo de su tesis de la naturaleza estatal del Imperio la existencia de órganos propios de éste (y por tanto de una voluntad del ente, distinta de la simple voluntad unánime de los Estados asociados), así como la posibilidad de que éste proceda a la ampliación de sus competencias (más allá de las competencias atribuidas por los tratados fundacionales), por decisión *mayoritaria* (no necesariamente unánime) de sus órganos, sin necesidad de un nuevo tratado (págs. 152 y sigs.). Compárese este mecanismo de autoatribución de competencias con el previsto por el artículo 235 del Tratado Constitutivo de la Comunidad Europea (otra organización creada por un

La fundación del Imperio es, en todo caso, un acto bi- o plurilateral. Por el contrario, en los otros dos supuestos que él califica como contratos de Derecho público (adquisición de la nacionalidad por concesión administrativa y acceso a la condición de funcionario) lo que se discute es si la relación jurídica surge de un contrato o de un acto unilateral del Estado ⁴.

Por lo que respecta a la adquisición de la nacionalidad por concesión estatal, la previa solicitud del particular significa, para LABAND, que se trata de un acto bilateral, más exactamente, de un contrato. Se trata de un contrato *de Derecho público*, sin que se dé una justificación específica de esta calificación. Es fácil suponer que esa naturaleza jurídico-pública se deriva de su objeto (la nacionalidad), núcleo mismo del Estado ⁵.

En cuanto al acceso a la condición de funcionario, y siendo necesario en todo caso el consentimiento del particular (nadie puede ser hecho funcionario a la fuerza), nada permite distin-

tratado internacional y que ejerce competencias de atribución), que sólo permite la autoatribución de competencias por unanimidad de los Estados en el seno del Consejo.

⁴ Se trata de dos supuestos bastante alejados entre sí. Sin embargo, LABAND afirma expresamente su analogía, por lo que se refiere a la naturaleza jurídica del acto que da lugar al nacimiento de la relación jurídica (*Le Droit Public, cit.*, vol. II, pág. 132).

⁵ La naturaleza jurídica del acto de adquisición de la nacionalidad se estudia en el § 18 (págs. 257 y sigs. del vol. I). La nacionalidad de cualquiera de los Estados integrados en el Imperio (que es la que determina la condición de nacional de éste y por tanto está regulada en una Ley imperial) puede ser adquirida de dos modos: como consecuencia de una situación jurídica de Derecho de familia (filiación de un nacional, etc.) o bien por un acto administrativo (llamado de «admisión» cuando el sujeto era nacional con anterioridad de otro Estado conferado, y de «naturalización» en los demás casos). Ese acto administrativo requiere en todo caso el consentimiento del particular afectado: sólo es dictado a instancia suya, y el particular debe además aceptarlo. «La concesión de la nacionalidad del Estado es un acto jurídico del Estado que exige la forma escrita, es decir, un documento emitido por la autoridad competente. *El acto jurídico es bilateral: es necesario que la nacionalidad sea aceptada por el ciudadano que la recibe*» (pág. 261; la cursiva es mía). En la nota 1 de la misma página se habla de este «contrato de derecho público». Una explicación contemporánea del mecanismo de adquisición de la nacionalidad (si bien desde una perspectiva no contractualista) puede encontrarse en ANSCHÜTZ, *Grundzüge des Deutschen Staatsrechts*, Leipzig, 1903, págs. 529-530.

guir este supuesto del nombramiento de un sujeto como empleado de una empresa privada, cuya naturaleza contractual nadie pone en duda ⁶. El hecho de que el funcionario ejerza competencias atribuidas al órgano administrativo no es un obstáculo a la tesis contractual, pues no se deriva, según LABAND, del contrato de acceso a la condición de funcionario, sino de su adscripción a un órgano, que el propio LABAND contempla como acto administrativo ⁷.

La base de la argumentación de LABAND es clara: si nadie discute que el Estado contrata con los particulares para la adquisición de bienes y servicios (contratos regidos en Alemania por el Derecho privado), ¿por qué la misma persona no puede recurrir al contrato *también* en Derecho público? Mejor dicho, ¿por qué no se puede llamar contrato a relaciones en las que se da la misma característica (es decir, que la producción de un efecto jurídico está condicionada a la voluntad de varias partes) sólo porque nos encontremos en el campo del Derecho público? ⁸.

La teoría sobre el contrato de Derecho público es de muy limitada utilidad para el estudio de los contratos sobre actos y potestades administrativas, pues no tiene relación alguna con ellos. En los tres casos examinados (que continuarán estando en el centro de la polémica, como vamos a ver), el problema no es que la Administración, pudiendo mandar unilateralmente, prefiera llegar a un acuerdo con el particular ⁹. Se trata de efectos

⁶ El tema se estudia en el § 45 (págs. 127 y sigs. del vol. II). Respecto a la necesidad de que el particular consienta al nombramiento como único requisito para calificarlo como contrato, se afirma en la pág. 130: «Lo único que tiene importancia para el concepto de contrato es saber si el libre consentimiento de los contratantes es necesario para la conclusión de un *affaire* jurídico; pero el contenido de la relación de Derecho creado por el acto puede estar fijado inmutablemente, como esteotipado».

⁷ *Vid. Le Droit Public, cit.*, vol. II, pág. 132.

⁸ *Vid.* la recensión de LABAND a la monografía de WENZEL, *Zur Lehre der vertragmäßigen Elemente der Reichsverfassung, cit.*, pág. 366.

⁹ Ese problema se plantea incidentalmente en la recensión de LABAND a la obra de MAYER, *Theorie des französischen Verwaltungsrechts* [publicada en *AöR*, 2 (1887), págs. 149 y sigs.]. Tras decir que el Estado *puede*, en ciertos casos, mandar unilateralmente, pero sin que ello implique en todo caso una superioridad respecto a los particulares que le impida celebrar contratos con ellos, dice que «del mismo modo que el particular, en lugar de usar el poder,

jurídicos (constitución de un nuevo Estado, adquisición de la nacionalidad, nombramiento de un funcionario) que sólo pueden producirse con el consentimiento de varios sujetos. Lo que se discute no es la validez o la relevancia jurídica de tales acuerdos, sino su calificación. Notas todas ellas que separan este problema del de los acuerdos sobre actos y potestades administrativas. Además, LABAND se apoya en un concepto amplísimo (y por ello criticable, como se verá) de contrato, equivalente a todo acuerdo de voluntades que sea necesario para la producción de un efecto jurídico, aunque de él no se derive una relación obligatoria entre las partes ¹⁰. Por otro lado, no hay que olvidar los presupuestos dogmáticos y metajurídicos de las tesis sostenidas por LABAND, que lastran gravemente la posibilidad de invocarlas actualmente: la distinción entre contrato y *Vereinbarung* persigue, como se ha visto, la homologación como Estado (concepto jurídico entonces en su apogeo) del recién surgido Imperio Alemán.

MAYER ha tenido una enorme influencia en el devenir del contrato de Derecho público. Se le cita siempre, e interpreta el papel, un tanto cargado de maniqueísmo, de negador de la cate-

incluso cuando le es posible, prefiere con frecuencia el camino del convenio y del acuerdo amistoso, *también el Estado, al constituir relaciones que podría hacer nacer mediante un acto unilateral de señorío, puede preferir dar al particular interesado una participación, un derecho de aprobación, obtener su aprobación»* (pág. 159). Se trata de una afirmación emitida incidentalmente, no justificada, y que, por su contexto, se refiere especialmente al legislador, que puede, en lugar de conferir al poder ejecutivo una potestad de actuación unilateral, condicionar esa posibilidad de actuación al consenso del particular interesado.

¹⁰ En la ya mencionada nota 1 de la pág. 261, se dice: «Hay en el dominio del derecho privado contratos análogos a este contrato de derecho público; no son, naturalmente, los contratos del derecho de obligaciones, sino los contratos del derecho de familia, en particular la adopción. (...) ¿Qué otra cosa hay, en la noción de contrato, sino el consentimiento al establecimiento (o a la modificación, a la supresión) de una relación jurídica?». A eso se reducen los «contratos de Derecho público» de LABAND, que no suponen el nacimiento, modificación o extinción de una relación jurídica entre las partes: de la adquisición de la nacionalidad no surge directamente ningún derecho u obligación entre las partes de ese supuesto contrato, sino únicamente la aplicación al particular de todas las normas cuyo supuesto de hecho se refiera a los nacionales. Esas normas (y, por consiguiente, los efectos jurídicos de la adquisición de la nacionalidad) pueden ser, además, modificadas con posterioridad al acto de adquisición.

goría del contrato de Derecho público. Tal postura se explicaría (es el razonamiento habitual) en virtud del autoritarismo del sistema de Derecho público en que vivió, y de su propio sistema dogmático ¹¹.

Como hemos visto antes con LABAND, el problema que se plantea a MAYER es el de aquellos efectos o relaciones jurídicas (como la adquisición de la condición de funcionario) cuya producción no puede decidir la Administración sin el consentimiento del particular al que éstos efectos se refieren. Se trata en muchos casos de relaciones jurídicas cuya estructura en nada se diferencia de otras análogas que se dan entre sujetos privados, y que el Derecho privado regula como contratos ¹². Dado que en Derecho civil la necesidad del consentimiento de varios sujetos para la producción de un efecto jurídico remite *frecuentemente* a la institución del contrato, es lógico explicar las relaciones dudosas como efectos de la celebración de contratos (de Derecho público, puesto que es éste quien regula esas relaciones). Este

¹¹ Uno de los méritos de la obra de MAYER es carácter sistemático. Por ello, sus tesis sobre el contrato de Derecho público no son afirmaciones aisladas, sino derivaciones de los postulados que asume como fundamentales de su sistema. De ahí que, junto a la exposición monográfica contenida en su artículo «Zur Lehre vom öffentlichrechtlichen Verträge» [AÖR, 3 (1888), págs. 3 y sigs.], haya que tener en cuenta su *Derecho administrativo alemán*, *cit.* Por otro lado, en la obra de MAYER hay cierta conexión (o confusión) entre el contrato administrativo francés y lo que en la doctrina alemana de su época se entendía por contrato de Derecho público, que ya hemos visto en LABAND que se refería a supuestos distintos. Por ello, MAYER estudia el tema por primera vez en su *Theorie des französischen Verwaltungsrechts* (1886), págs. 292 y siguientes.

La tendencia a ver anticipados en MAYER cuantos argumentos quepa invocar hoy en contra de la posibilidad de que la Administración negocie, en lugar de mandar unilateralmente, se comprueba en FORSTHOFF, *Lehrbuch*, *cit.*, pág. 275; WOLFF/BACHOF/STOBER, *Verwaltungsrecht*, *cit.*, vol. I, pág. 789 (§ 54.3); BULLINGER, *Vertrag und Verwaltungsakt*, *cit.*, pág. 241, y, entre nosotros, DELGADO PIQUERAS, *La terminación convencional*, *cit.*, págs. 33 y sigs., y PAREJO, «La terminación convencional», *cit.*, pág. 165.

¹² MAYER insiste en esta circunstancia al estudiar los dos ejemplos históricos que cita como precedentes: los contratos públicos en Roma y el contrato administrativo francés. *Vid.* «Zur Lehre von öffentlichrechtlichen Verträge», AÖR, 3 (1888), págs. 3 y sigs., esp. págs. 6 y 20, así como *Derecho administrativo alemán*, *cit.*, vol. I, pág. 130, nota 5.

era, por demás, el camino que había seguido gran parte de la doctrina (destacadamente, LABAND).

MAYER propone una explicación alternativa. Para él, el consentimiento del particular no es un consentimiento que, al unirse a la declaración de voluntad de la Administración, dé lugar al nacimiento de un contrato, sino que el consentimiento del particular simplemente sirve para que la Administración pueda dictar ese acto sin necesidad de habilitación legislativa, habilitación que, en ausencia de consentimiento del destinatario del acto y dado que éste afecta a su libertad, le habría sido exigible. Aquello a lo que el particular presta su consentimiento no es, pues, un contrato, sino un acto unilateral, si bien un acto que se dicta en virtud de ese consentimiento o «sumisión» (*Verwaltungsakt auf Unterwerfung*). La manifestación de voluntad del ciudadano no tiene el mismo valor que la de la Administración (como sucedería si ambas formasen un contrato), sino que es un mero elemento accidental (condición) de la misma ¹³.

¹³ Sobre la reserva de ley, *vid. Derecho administrativo alemán, cit.*, vol. I, págs. 97 y sigs. La posibilidad de sustituir la habilitación legislativa por el consentimiento del destinatario del acto aparece en el siguiente texto, cuya transcripción me parece necesaria: «Puede emitirse un acto que imponga cargas sin fundarse en la ley, en virtud del *consentimiento del interesado*. La reserva de la ley, tal como ella se formula en los así llamados derechos de libertad, se entiende en favor de los individuos y produce efectos para ellos: la violación de la reserva en su detrimento es una injusticia cometida en su perjuicio. Pero sería renegar de la libertad querer otorgarles esa protección aun contra su voluntad; el protegido es libre para someterse, en cierta medida, a cargas personales, obligaciones, etc. Debe, pues, sobreentenderse, en todas las reservas constitucionales que prohíben imponer a los individuos cargas no previstas en la ley, la cláusula tácita: a menos que la parte interesada dé su consentimiento. Es el caso de los *actos administrativos en virtud de sumisión*. Esta no hace más que reemplazar la autorización de la ley; hace desaparecer la barrera que sin ella habría opuesto la reserva constitucional. El acto administrativo, liberado así, produce entonces efecto por sí mismo» (*Derecho administrativo alemán, cit.*, vol. I, pág. 129). La misma idea que hemos visto expuesta con carácter general es utilizada varias veces en la parte especial: para explicar el consentimiento a la revocación de un permiso policial (II, pág. 81), los convenios de fijación objetiva de bases tributarias (II, pág. 254), o el nombramiento de un funcionario (IV, págs. 44-49). Un desarrollo completo de este último caso en «Zur Lehre», *cit.*, pág. 41.

La idea de que la reserva de Ley, y la consiguiente exigencia de habilitación legislativa previa, al entrar en juego cuando el acto o reglamento afectan a

La calificación unilateral viene exigida por la idea central del sistema de MAYER, la de «poder público». La presencia de poder público hace que una relación o institución jurídica pertenezca al Derecho público, y a su vez la naturaleza jurídico-pública de una relación implica reconocimiento a una de las partes de poder público¹⁴. El poder público (perteneciente en exclusiva al Estado, y que no tiene límite alguno) es idéntico en todas sus manifestaciones, es decir, sea legislativo o ejecutivo el órgano que lo ejerce. El concepto de «acto en virtud de sumisión» (*Verwaltungsakte auf Unterwerfung*) sirve para explicar como manifestaciones del poder público también aquellos actos que parecen justamente lo contrario, puesto que en ellos la Administración nada puede sin el consentimiento del particular¹⁵.

determinados derechos de los particulares, pueden ser enervadas cuando el particular titular del derecho de que se trate preste su consentimiento, responden a una visión (al menos parcialmente) superada de esta institución, que no sirve sólo para tutelar la libertad individual, sino también el principio democrático. Vid. DE OTTO, *Derecho constitucional. Sistema de fuentes*, Barcelona, 1987, págs. 152 y sigs.; BAÑO LEÓN, *Los límites constitucionales de la potestad reglamentaria (remisión normativa y reglamento independiente en la Constitución de 1978)*, Madrid, 1991, págs. 54 y sigs. y 91 y sigs.; LÓPEZ BENÍTEZ, *Naturaleza y presupuestos constitucionales de las relaciones especiales de sujeción*, Madrid, 1994, págs. 340-342; REBOLLO PUIG, «Juridicidad, legalidad y reserva de Ley como límites a la potestad reglamentaria del Gobierno», *RAP*, 125 (1991), págs. 7 y sigs., así como la distinción entre *legalità-garanzia* y *legalità-indirizzo* en MARZUOLI, *Principio di legalità e attività di diritto privato della pubblica amministrazione*, Milano, 1982, págs. 1-49, y el estudio que hace OSSENBUHL de la reserva en ISENSEE/KIRCHHOF (hrsg.), *Handbuch*, cit., vol. III, § 62, págs. 320 y sigs.

¹⁴ Frente a ello argumentó ya LABAND (en su recensión, ya citada, al libro de MAYER sobre el Derecho administrativo francés), que la calificación de «soberano» (*hoheitlich*), o se aplica a toda actividad del Estado (y entonces no significa nada, siendo una mera reiteración hablar de la «actividad administrativa soberana»), o se aplica sólo a aquellos actos con los que el Estado *manda*, es decir, produce consecuencias o efectos jurídicos sin necesidad de contar con el consentimiento del particular afectado.

¹⁵ La idea de que el poder público está presente en toda relación jurídico-pública, y que es igual a sí mismo cualquiera que sea el órgano que (dentro de sus competencias) lo ejerza, es un axioma del sistema de MAYER (repetido, por ello, enérgicamente). Así, en *Derecho administrativo alemán*, cit., vol. I, pág. 102: «El poder ejecutivo es, ante todo, poder público tanto como el legislativo; su voluntad es jurídicamente superior y obligatoria para el súbdito». La actividad del poder ejecutivo podrá estar necesitada, cuando afecte a la

MAYER también niega la calificación contractual de los supuestos discutidos porque en ellos (todos aquellos actos que sólo pueden ser dictados a instancia de parte) el efecto jurídico producido requiere una manifestación de voluntad concordante de la Administración y del particular, pero no hay un contrato porque no se crea una relación obligatoria entre ambos. La necesidad del consenso de varios sujetos para la producción de un efecto jurídico no implica la existencia de contrato ¹⁶.

Se ha dicho que el rechazo del contrato de Derecho en MAYER se basa en una supuesta diferencia ontológica entre el

libertad o propiedad de un súbdito, de una habilitación legislativa o del consentimiento del particular afectado, «mas, aun en este caso, conserva siempre su calidad general de ser el poder público, cuya voluntad es superior y obligatoria para el súbdito» (*ibíd.*, pág. 105). Ese dogma (que seguramente no podía dejar de proclamar, puesto que correspondía al Derecho vivido de su tiempo) le permite, por ejemplo, justificar los poderes de que era titular el Monarca en un régimen constitucional al margen de la representación nacional, y excluir la aplicación del concepto de contrato a las relaciones jurídico-públicas.

El énfasis en el concepto de poder público muestra, a su vez, que en la opción de MAYER contra el contrato de Derecho público pesa también su idea de la autonomía del Derecho público. Para intentar superar la inferioridad del Derecho administrativo, que consiste en que la doctrina (y, especialmente, los juristas prácticos que no tienen otra formación que la civilista) estudie cualquier tema jurídico-administrativo tomando en préstamo alguna institución de Derecho privado, es preciso dotar al Derecho administrativo de una base única, es decir, que lo distinga de otras ramas jurídicas y que esté presente en todas sus instituciones. Al final de su artículo sobre el contrato de Derecho público («Zur Lehre», *cit.*, pág. 86), concluye que tal base «ya ha sido encontrada en la fuerza especial de la voluntad del Estado, que vemos reconocida bajo nombres diferentes y con distintos grados de eficacia» («*Sie ist bereits gefunden in jener besonderen Kraft des Staatswillens, welche wir unter verschiedenen Namen und mit verschiedenem Wirkungskreis anerkannt sehen*»). El sentimiento de «inferioridad» del Derecho administrativo aparece al comienzo del artículo (pág. 3), así como en su *Derecho administrativo alemán*, *cit.*, vol. I, pág. 183, notas 2 y 3. Sobre la influencia del origen civilista del contrato (y, por tanto, extraño a la elaboración autárquica del Derecho administrativo) en el rechazo doctrinal del contrato de Derecho público, *vid.* SALZWEDEL, *Die Grenzen*, *cit.*, pág. 12, y APELT, «Der verwaltungsrechtliche Vertrag», *cit.*, pág. 265.

¹⁶ Así, en «Zur Lehre», *cit.*, págs. 40 y 45: «No es un contrato todo aquello que necesita para su eficacia la aceptación de aquel respecto al que va a producir efectos». «Si debieran ser consideradas contratos todas las resoluciones para las que es necesario un consentimiento, se iría más lejos de lo que pretende cualquier teoría. Cualquier permiso de policía sería un contrato».

Estado (*potentior persona*) y el particular, que impediría que se trabasen entre ambos sujetos relaciones jurídicas que, como el contrato, presuponen la igualdad ¹⁷. Sin embargo, no parece seguro que MAYER sostenga esa tesis si se tiene en cuenta que también acepta plenamente que el Estado contrate con los particulares cuando actúa en régimen de Derecho privado, y además que MAYER es uno de los primeros en negar que la actuación jurídico-privada del Estado tenga que ser imputada a una persona diferente, el Fisco ¹⁸.

Del examen llevado a cabo hasta ahora se deduce que el (polémico) contrato de Derecho público no se refiere al ejercicio consensuado del poder: no se trata de reconocer o no validez a los contratos que tengan por objeto el ejercicio de potestades que permiten a la Administración actuar unilateralmente, sino de determinar la naturaleza (unilateral o contractual) de ciertos actos, cuya validez nadie pone en duda (precisamente por estar reconocidas y reguladas detalladamente, por lo general) ¹⁹. Tanto

¹⁷ En 1888, decía MAYER: «Cuando el poder público actúa en la constitución de relaciones jurídicas, la colaboración del particular interesado no puede tener el mismo valor. Necesariamente, él es sólo la parte pasiva (*der leidende Theil*), sobre la que se actúa, y que simplemente debe prestarse para esa actuación; el efecto se deriva del acto administrativo» («Zur Lehre», *cit.*, pág. 23). Esa pretendida desigualdad ontológica dará pie no sólo a la crítica kelseniana, que estudiaremos en el próximo epígrafe, sino también a la interpretación del pensamiento de MAYER en clave del idealismo hegeliano, del que es ejemplo HENKE, en su trabajo, ya citado, «Allgemeine Fragen des öffentlichen Vertragsrechts».

¹⁸ La personificación del Fisco en la época del Estado de policía, recuperando un tecnicismo romano, era un artificio necesario antes de la aparición del Estado de Derecho. Sin embargo, una vez aceptada la sumisión del Derecho al Estado en toda su actividad, y cuando el único problema es la delimitación del ámbito de aplicación del Derecho público y privado, la doctrina del Fisco es ya inútil (*Derecho administrativo alemán, cit.*, vol. I, págs. 62 y 192).

¹⁹ A pesar de la frecuente mixtificación de la polémica sobre el contrato de Derecho público, no han faltado autores que hayan señalado claramente que la misma se refiere a otra cosa distinta de los convenios sobre actos y potestades. Así, STEIN, «Der Verwaltungsvertrag und die Gesetzmäßigkeit der Verwaltung», *AöR*, 86 (1961), págs. 320 y sigs., pág. 321, dice, oponiéndose a GIACOMETTI (quien sostenía la tesis de MAYER, es decir, la *imposibilidad* del contrato de Derecho público por ser contradictorio con el esencial principio de igualdad), que «con ello no se ha demostrado que contrato y relación de subordinación sean incompatibles. Esto último depende de si en una relación de subordinación la Administración está no sólo habilitada, sino también obligada, a

este dato como el hecho de que, al igual que habíamos notado en LABAND, las conclusiones de MAYER presuponen determinadas tesis dogmáticas o metajurídicas que hoy no deben guiar necesariamente la argumentación, contribuyen a restar validez a esas conclusiones en la discusión en torno a los contratos sobre actos y potestades administrativas ²⁰.

b) *El concepto amplio de contrato de KELSEN*

KELSEN terció en 1913 en la polémica sobre el contrato de Derecho público con un largo artículo que ha pasado casi inadvertido (inmerecidamente, a mi juicio) para la doctrina posterior ²¹. Este autor despeja el obstáculo que en la construcción de MAYER representa el concepto de «poder público» para que puedan ser calificadas como contractuales relaciones entre la Administración y un particular que estén regidas por el Derecho administrativo.

actuar unilateralmente, o bien si puede, en lugar de ello o de forma complementaria, hacer uso de la institución contractual. La admisibilidad de los contratos de Derecho público [que él llama abreviadamente «contratos administrativos», *Verwaltungsverträgen*; no confundir con el contrato administrativo español] depende del principio de legalidad de la Administración (Art. 20.3 GG). También RUPP, «Zum Anwendungsbereich des verwaltungsrechtlichen Vertrages», *JuS*, 1 (1961), págs. 59 y sigs., esp. págs. 59-61, distingue la posibilidad teórica del contrato de Derecho público (es decir, si es una figura contradictoria en sí misma), del problema de su legalidad, es decir, si la Administración puede celebrar un convenio sobre el ejercicio de una potestad administrativa sin estar habilitada expresamente para ello. Vid. HENKE, «Allgemeine Fragen des öffentlichen Vertragsrechts», *cit.*, pág. 92, nota 13.

²⁰ La prueba de la separación, en MAYER, entre el contrato de Derecho público y el ejercicio de potestades administrativas como objeto de contrato, está en que este último se estudia sin ninguna relación con el primero. Así ocurre con las promesas o compromisos de la Administración sobre el ejercicio futuro del poder público (*Derecho administrativo alemán, cit.*, vol. I, pág. 154), que considera revocables, salvo que la Ley establezca expresamente lo contrario.

²¹ «Zur Lehre vom öffentlichen Rechtsgeschäft», *AöR*, 31 (1913), págs. 53 y sigs. y 190 y sigs. Uno de los pocos autores que cita este trabajo es MASUCCI, *Trasformazione dell'amministrazione, cit.*, págs. 43 y sigs. Sin embargo, ha sido casi ignorado por la doctrina alemana, que se refiere constantemente a MAYER, pero no presta atención a la concienzuda crítica kelseniana, que no es ni siquiera mencionada en la detallada memoria de habilitación de BULLINGER (*Vertrag und Verwaltungsakt, cit.*).

Para KELSEN, en un Estado de Derecho ese poder público no es algo pre- o suprajurídico, sino el ejercicio de un apoderamiento otorgado por el Derecho ²². Unos mismos acontecimientos históricos, descritos en similares términos por ambos autores, desembocan para MAYER (que intenta justificar el dualismo monárquico) en un concepto único de poder público (sin perjuicio de su distribución entre la Ley y el Ejecutivo, colocados así al mismo nivel), y para KELSEN en la subordinación al ordenamiento jurídico de la Administración, que se limita a aplicar las normas incluidas en aquél ²³.

El Estado se convierte así en un sujeto de Derecho titular, como los demás, de posiciones activas y pasivas ²⁴. El hecho de que disponga de potestades de las que carecen los particulares es una circunstancia puramente material, irrelevante para el análisis jurídico. Una descripción de la posición jurídica del Estado podrá resumir el conjunto de sus potestades hablando de «supremacía» o de «poder», pero éstos serán términos puramente descriptivos, y en modo alguno podrán ser invocados como títulos que justifiquen la asunción de un apoderamiento que no se

²² La esencia del Estado de Derecho estaría en la inexistencia de poderes personales, es decir, poderes que no se reduzcan a la aplicación de normas (aunque sean normas que se limitan a conceder apoderamientos más o menos amplios a los sujetos), ya sea el titular de ese poder un sujeto privado (feudalismo en sentido genérico) o el Príncipe (o el Estado): «Acto del Estado y negocio jurídico del particular —en cuanto supuestos de hecho, a los cuales un mismo ordenamiento jurídico anuda efectos jurídicos— se apoyan en el mismo fundamento. No puede establecerse una distinción entre Derecho privado y público sobre la base de una relación de superioridad o de supremacía» («Zur Lehre», *cit.*, pág. 212). «La esencia del Estado de Derecho consiste exclusivamente en el dato fundamental de que el poder del Estado (Justicia y Administración) está tan sometido al ordenamiento jurídico, como el de cualquier otro sujeto de Derecho» (*ibidem*).

²³ *Vid.* KELSEN, «Zur Lehre», pág. 72.

²⁴ La posibilidad de que determinados actos del Estado sean obligatorios para un particular, sin necesidad alguna de que éste los consienta, no implica superioridad ontológica del Estado, puesto que los actos producen tal efecto en cuanto existe una habilitación (*Ermächtigung*) normativa en ese sentido («Zur Lehre», *cit.*, págs. 231-232). KELSEN remarca que la naturaleza discrecional de algunas potestades no elimina su carácter de poderes habilitados por el ordenamiento, explicables como aplicación de normas (pág. 241).

derive de una concreta norma vigente ²⁵. Partiendo de esta idea, la solución de KELSEN al problema del contrato de Derecho público es clara: siempre que la producción de un efecto jurídico esté subordinada a la concurrencia de varias manifestaciones de voluntad concordantes, estamos ante un contrato ²⁶.

El concepto de contrato de que se parte es, como en LABAND, muy amplio: cualquier acuerdo de voluntades del cual el ordenamiento haga depender la producción de algún efecto jurídico, sin que sea necesario que ese efecto consista precisamente en la constitución, modificación o extinción de una relación obligatoria ²⁷. Partiendo de esta base, y de la refutación del concepto de «poder público» como dogma que atribuya una naturaleza especial (y supraordenada) a la voluntad del Estado, es realmente difícil sostener que la voluntad del particular, siendo tan necesaria como la del Estado para que se produzca el efecto jurídico de que se trate, sea una mera condición de eficacia ²⁸. Como dice

²⁵ De este modo, la distinción weberiana (*Economía y sociedad, cit.*, pág. 499) entre relaciones de «señorío» (superioridad de unos sujetos sobre otros) y simple relación jurídica obligacional (con un deudor y un acreedor que están colocados en un plano de igualdad en el resto de sus relaciones jurídicas) es expulsada de la ciencia del Derecho, donde sólo van a existir relaciones del segundo tipo. «Naturalmente, el resultado es distinto si, abandonando el punto de vista jurídico-formal, se comprende como relación jurídica, no la forma o la cualidad jurídica de las relaciones, sino la sustancia de éstas, el contenido de la relación (...). Entonces se pueden dividir las relaciones jurídicas en las relaciones de supremacía (*Herrschaft*) y las demás. Pero debe quedar claro que esa división no tiene nada que ver con la forma jurídica» («Zur Lehre», *cit.*, pág. 89).

²⁶ *Vid.* «Zur Lehre», *cit.*, pág. 225.

²⁷ «Es contrato el acuerdo de voluntades exteriorizado de dos o más personas, al que el ordenamiento jurídico anuda los efectos jurídicos proyectados» «*Vertrag*» *die geäußerte Willensübereinstimmung zweier oder mehrerer Personen ist, an welche die Rechtsordnung die beabsichtigten Rechtswirkungen knüpft*» («Zur Lehre», *cit.*, pág. 240). En este concepto insiste en 1919, al recensionar la monografía de LAYER, *Zur Lehre vom öffentlich-rechtlichen Vertrag*, en *Zeitschrift für öffentliches Recht*, I (1919-1920), pp. 165-173, esp. pág. 171.

²⁸ *Vid.* «Zur Lehre», *cit.*, pág. 240. La distinción entre presupuesto y condición del efecto jurídico (*Voraussetzung/Bedingung*), con la que MAYER había explicado el diferente valor de la declaración de voluntad del particular en el contrato y en el acto administrativo necesitado de colaboración, carece de fundamento (*ibídem*).

expresivamente KELSEN, reduciendo al absurdo la tesis criticada, «de este modo se podría construir cada contrato de compraventa como una declaración de voluntad de una parte, eficaz por sí misma, pero cuya eficacia está condicionada a la aceptación de la otra parte»²⁹.

Es esta amplitud del concepto de contrato lo que (como veremos en el § III.7) no es enteramente aceptable en KELSEN. Es decir, de la negación de la tesis de MAYER (o, lo que es lo mismo, de la afirmación de que *es posible* que haya relaciones jurídico-públicas reguladas por un contrato), no se sigue necesariamente que toda relación jurídico-pública basada en el común consentimiento de la Administración y un particular tenga que ser necesariamente un contrato. En otras palabras: la imposibilidad del contrato (MAYER) y su necesidad (KELSEN) no son las únicas opciones. También es posible entender que determinados actos pueden ser contratos o actos unilaterales y que su naturaleza no viene determinada institucionalmente, sino que depende de su configuración normativa y puede variar.

Por último, es preciso recordar, frente a la invocación generalizada de MAYER (y, lógicamente, de sus contradictores) en «la discusión teórica sobre la contratabilidad del poder público» (DELGADO PIQUERAS), que los temas debatidos son distintos en uno y otro caso. No se trata de determinar si los eventuales contratos en los que la Administración se obliga a dictar un acto o a ejercer (o no ejercer) en cierto sentido una de sus potestades, son o no nulos, sino de averiguar si el régimen jurídico del contrato es aplicable a ciertas relaciones (funcionarios, nacionalidad) cuya validez no es puesta en duda, puesto que están reguladas por diversas normas.

2. Las aportaciones posteriores: evolución del contrato de Derecho público en Alemania

Los autores alemanes posteriores a LABAND, MAYER y KELSEN han continuado el estudio del contrato de Derecho público,

²⁹ «Zur Lehre», *cit.*, pág. 240.

pero el significado de la expresión ha variado. Cuando la doctrina y la *VwVfG* (como se ha visto en el § I.4) hablan hoy de «contrato de Derecho público» se refieren al problema del ejercicio consensual de potestades administrativas (a los límites y presupuestos de la validez de este tipo de acuerdos) y no sólo ni principalmente a la calificación contractual o unilateral de los actos que la Administración dicta con el consentimiento del particular. Pero la admisión de los contratos de Derecho público, y en consecuencia la refutación de la tesis de MAYER, no implica por sí sola la validez del ejercicio consensual de las potestades administrativas, sino que simplemente es una cuestión previa. La validez de los acuerdos sobre el ejercicio de potestades plantea, además, otros problemas que no aparecen en absoluto en la obra de MAYER, LABAND o KELSEN, pues éstos estudiaban sólo supuestos consensuales previstos por las leyes (mientras que el problema actual son, sobre todo, los convenios atípicos).

Estos problemas adicionales comienzan a aparecer en la obra de KORMANN. Para este autor, pueden existir contratos de Derecho público, aunque, debido al dogma de la igualdad entre las partes, sólo entre particulares o entre entes públicos³⁰. Para

³⁰ KORMANN, *System der rechtsgeschäftlichen Staatsakte*, Berlín, 1910, págs. 30 y 32. En este sentido, KORMANN sigue a MAYER: aunque la Administración no pueda producir un determinado efecto jurídico por su sola voluntad (sin obtener el consentimiento del particular), no por ello nos encontramos ante un contrato, sino que se tratará de un acto dictado en virtud de sumisión (*Verwaltungsakt auf Unterwerfung*). «El hecho de que el interesado pueda rechazar los efectos de un acto que le afecte, no convierte este acto en un contrato» (pág. 37); «se trata en todos estos casos, no de contrato, sino de acto unilateral, si bien éste sólo es admisible con aprobación del interesado» (pág. 38).

También la autonomía del Derecho administrativo juega a la hora de calificar los diferentes supuestos: se tiende a ampliar el ámbito del acto administrativo frente al del contrato (pág. 32), y el del Derecho público frente al del Derecho privado (pág. 35). No todo acuerdo de voluntades supone un contrato, sino sólo el caracterizado por «la igualdad de valor jurídico de las voluntades de las partes». «El contrato es algo diferente de un simple acuerdo de voluntades» (pág. 36), y después: «aquello que debe añadirse para convertir el acuerdo de voluntades en contrato es la igualdad de valor jurídico de las voluntades de las partes». Es curioso que, notándose en la misma página que ni siquiera en Derecho privado (donde el poder público, y por consiguiente la «desigualdad de valor jurídico», está ausente por definición) todo acuerdo de voluntades es considerado un contrato, se afirme después que es la naturaleza de «poder público»

que un contrato pueda modificar una obligación o una relación jurídica reguladas por el Derecho público (que es el supuesto de los contratos sobre actos y potestades administrativas), es preciso que la Ley le reconozca expresamente este efecto. Los contratos concluidos en ausencia de una norma que autorice a la Administración para su conclusión no vinculan a ésta, es decir, no la obligan a recoger su contenido en un acto administrativo³¹. Esto no significa que el contrato sea nulo, sino simplemente que carece de efectos jurídico-públicos y es un contrato privado.

Por esta vía se va a aceptar la validez, al margen (esto es lo importante) de todo «reconocimiento legislativo», de auténticos contratos sobre actos administrativos, si bien serán calificados como contratos de Derecho privado. El particular se compromete con la Administración al pago de una cantidad de dinero y a determinadas prestaciones en favor del interés general (no de la Administración en cuanto sujeto de Derecho), en caso de que se dicte determinado acto en su favor³². La calificación privada del contrato permite aceptar su validez a pesar de los dogmas proclamados anteriormente: que el contrato sólo puede ser celebrado entre sujetos situados en un plano de igualdad (aquí son partes un particular y una Administración) y que requiere en

de la voluntad de la Administración la que diferencia el contrato del simple acuerdo de voluntades.

³¹ Vid. KORMANN, *System, cit.*, pág. 30. Se trata del supuesto previsto en el artículo 36 LGT, que dispone: «La posición del sujeto pasivo y los demás elementos de la obligación tributaria no podrán ser alterados por actos o convenios de los particulares. Tales actos y convenios no surtirán efecto ante la Administración, sin perjuicio de sus consecuencias jurídico-privadas».

³² «En este sentido, un remedio al que se recurre con frecuencia en la práctica municipal, para repercutir (*abwälzen*) sobre los colindantes los costes que para el Ayuntamiento supone la construcción de vías públicas, consiste en establecer una prohibición de edificar en determinadas calles [lo que era autorizado por una ley que se cita], y hacer saber, a quienes solicitan a la autoridad de policía (que suele ser el mismo Ayuntamiento) una autorización para edificar, que el Ayuntamiento está dispuesto a hacer una excepción a la prohibición de edificar, si el particular que desea edificar se obliga a ceder gratuitamente al Ayuntamiento el terreno para la construcción de la calle, y a participar en una proporción determinada en el coste de la construcción de ésta, etc.; la jurisprudencia ha considerado admisible este procedimiento. Se trata únicamente, en cualquier caso, de un contrato de Derecho privado entre el Ayuntamiento y quien aspira a edificar» (*System, cit.*, pág. 34).

todo caso un «reconocimiento legislativo» (inexistente en este supuesto). Pero lo cierto es que la causa de la prestación del particular es el dictado de un acto administrativo, y por tanto se ha querido hacer depender la producción de un acto de una prestación del particular. Como se ha visto en el § I.4, este tipo de contratos se consideran hoy típicamente de Derecho público, aunque no exista una relación sinalagmática entre producción del acto y prestación del particular.

En 1916 se publica la primera monografía sobre el contrato de Derecho público, cuyo autor es LAYER y que se refiere al Derecho austríaco³³. Partiendo de las conclusiones de KELSEN, afirma que el Estado no siempre actúa mandando unilateralmente, puesto que su poder de mando le viene de potestades concretas y, fuera de ellas, sólo puede vincular la conducta de los particulares llegando a acuerdos con ellos, acuerdos que serán normalmente contratos de Derecho privado, pues la titularidad de potestades es un plus de capacidad para la Administración, que no le impide utilizar también los instrumentos jurídico-privados³⁴. Sin embargo, no todos los contratos de la Administración son de Derecho privado: en algunos de ellos, la Administración es titular de las mismas potestades que en su actuación jurídico-pública unilateral, y se atribuye a la jurisdicción administrativa el conocimiento de las cuestiones que se planteen. Nada impide, en esos casos, por tanto, hablar de contratos de Derecho público³⁵. Se repasan, con base en estas pre-

³³ LAYER, *Zur Lehre vom öffentlich-rechtlichen Vertrag*, cit.

³⁴ Vid. LAYER, *Zur Lehre*, cit., pág. 19. LAYER refuta el argumento de MAYER, de que la desigualdad entre el Estado y el particular hace imposible que existan contratos de Derecho público, observando que, «si ese argumento fuese cierto, entonces no sería posible ningún contrato con el Estado, y en aquellos casos en los que es innegable que se contrata con el Estado, habría que intercalar el Fisco, como persona separada del Estado» (*op. cit.*, pág. 17), que es justamente el resultado que MAYER quería evitar a toda costa.

³⁵ El criterio que permite calificar como públicas o privadas las relaciones jurídicas es, pues, formal: «Una relación jurídica es de Derecho público cuando los derechos y obligaciones a que se refiere no pertenecen al ordenamiento y al tráfico jurídico-privados, sino que están regulados por normas de Derecho público, (...) cuando las pretensiones que derivan de ella se hacen valer (incluso coactivamente) no a través de los tribunales ordinarios, sino de las autoridades administrativas, que utilizan los medios característicos del poder ejecutivo» (*Zur Lehre*, cit., pág. 19). O, como dice más adelante (*op. cit.*,

misas, una serie de acuerdos previstos en normas de Derecho público, para ver si se trata de contratos o de actos unilaterales necesitados de la colaboración del particular (y, en el primer caso, de contratos públicos o privados). Para saber si el acuerdo es un convenio o un acto unilateral, LAYER intenta determinar si los derechos y obligaciones que constituyen el contenido de la relación jurídica derivan de la manifestación de voluntad de la Administración, en cuyo caso la relación deriva de un acto y no de un contrato, a pesar de que la Administración necesitase el consentimiento del particular para constituirla ³⁶. La calificación de los convenios dependerá, lógicamente, del régimen jurídico que les haya dado el legislador, es decir, de que se reconozcan en ese régimen potestades administrativas de intervención sobre el contrato o para asegurar su cumplimiento, y se atribuya a la jurisdicción administrativa el conocimiento de las cuestiones derivadas del convenio. Algunos de los convenios analizados presentan notable analogía con supuestos estudiados en este trabajo, aunque lo que no se plantea el autor es si la Administración puede, sin habilitación normativa previa, vincular convencionalmente el ejercicio de sus potestades, puesto que se trata normalmente de contratos previstos en la legislación administrativa ³⁷.

pág. 68), en los contratos de Derecho público «el Estado-contratante incorpora al contrato, en virtud de su misión general de procura del interés público, los medios de poder que están a su disposición para la satisfacción del interés público».

³⁶ Vid. *Zur Lehre vom öffentlich-rechtlichen Vertrag*, cit., págs. 22-23. LAYER cita a HAURIOU para sostener que, en algunos casos, como el nombramiento de funcionarios, el consentimiento del particular, aun siendo necesario para que la relación quede constituida, es sólo una condición para que se aplique a ese particular un régimen estatutario, por lo que no hay, en realidad, un contrato. LAYER se aparta aquí claramente de la tesis de KELSEN, puesto que, siendo imprescindibles tanto la declaración de voluntad de la Administración como la del particular para la producción de los efectos jurídicos, las jerarquiza (hasta el extremo de considerar que la relación es unilateral) basándose en que es la Administración, exclusivamente, quien fija el contenido de la relación.

³⁷ En las págs. 30 y sigs. se estudian los convenios por los que los particulares obligados por ley a sufragar los gastos de determinadas obras públicas u operaciones administrativas (piénsese, por poner un ejemplo actual, en los gastos de urbanización) acuerdan con la Administración la medida de esa obligación. Cuando las normas que regulan esa obligación se dirigen simplemente a la tutela del particular, el consentimiento de éste permite llegar a un resultado

Georg JELLINEK admitía en 1919 al contrato entre los actos y hechos que pueden dar lugar a la constitución de relaciones jurídicas de Derecho público. Contrato y acto unilateral son dos supraconceptos que pueden aparecer tanto en Derecho público como privado, de modo que, cuando el Estado necesita el consentimiento de un particular para la producción de un efecto jurídico, no es necesario negar que haya un contrato (MAYER), o considerar que se trata de una relación jurídico-privada (KORMANN)³⁸. Si el Estado quiere obtener de los particulares prestaciones que no puede imponerles unilateralmente, puesto que no tiene una habilitación normativa para ello, no tendrá más remedio que recurrir al contrato para obtenerlas³⁹. Esto, que era pacíficamente admitido respecto de las situaciones en que el Estado contrata la realización de obras o la prestación de servicios con empresarios privados, lo extiende JELLINEK a los supuestos en los cuales lo que Estado pretende es la integración de un sujeto en una situación estatutaria en la que se reconocen a aquél poderes de mando unilaterales, que no puede ejercer frente a sujetos no integrados en dicha relación, como ocurre en el caso de los funcionarios. El contrato de Derecho público, en consecuencia, es un contrato de sometimiento (*Subjektionsvertrag, contratto di assoggettamento*)⁴⁰. Como MAYER y otros autores, G. JELLINEK

distinto (algo que la Administración no habría podido realizar unilateralmente). Se niega que estos convenios sean transacciones (pág. 38). También mediante un contrato de Derecho público, un sujeto puede comprometerse a realizar una prestación a que no está obligado, a fin de conseguir que la Administración dicte un acto en el que tiene interés (pág. 35).

³⁸ G. JELLINEK, *System der subjektiven öffentlichen Rechte*, Tübingen, 1919 (2.^a ed.; se cita por la 2.^a reimpr., Aalen, 1979), págs. 203 y sigs.: «En Derecho público debe reconocerse al contrato entre el Estado y el individuo como la forma necesaria para la constitución de relaciones que, según el ordenamiento jurídico vigente, no pueden surgir de un acto unilateral de voluntad del Estado» (pág. 209). Como dice JELLINEK (pág. 223, nota 2), quien primero afirmó que el contrato es una categoría general, y por tanto común al Derecho público y privado, fue SAVIGNY [*System des heutigen römischen Rechts* (8 vols. e índice), Berlín, 1840, vol. III, págs. 309 y sigs.].

³⁹ La objeción de la desigualdad entre las partes (MAYER, KORMANN) no es pertinente, desde el momento en que se reconocen a los particulares derechos garantizados frente al Estado (*System, cit.*, pág. 210).

⁴⁰ *Vid.* G. JELLINEK, *System, cit.*, pág. 212. Los ejemplos de contrato de Derecho público que estudia G. JELLINEK suponen en algunas ocasiones la con-

comprueba que no todo acuerdo de voluntades constituye un contrato, y al desechar la tesis mayeriana que excluye el contrato de Derecho público, busca un criterio que permita distinguir el contrato del acto unilateral dictado con el consentimiento de su destinatario. Hay contrato «cuando el Estado constituye una relación de poder que no se deriva de su *imperium*»⁴¹.

En 1920, APELT⁴² caracteriza el contrato de Derecho público por afectar directa e inmediatamente al interés público⁴³. El objetivo principal de APELT no es determinar los límites dentro de los cuales la Administración puede llegar a acuerdos en el ejercicio de sus potestades, sino dotar de un régimen especial, jurídico-administrativo, a los contratos relacionados directa-

versión de los poderes y derechos jurídico-públicos en objeto de contrato, como ocurre en el arrendamiento y prenda de la recaudación de tributos (*vid.* págs. 62 y 65). La considera un resto de las formas antiguas de regular las relaciones entre el Estado y los particulares.

⁴¹ *Vid.* G. JELLINEK, *System, cit.*, pág. 218. Es decir, cuando el contrato es la base de ciertos poderes de mando sobre quien es parte en él, poderes de los que el Estado no dispone respecto de los demás sujetos. Ciertamente no se puede equiparar el otorgamiento de una licencia (aunque no pueda efectuarse de oficio) a un contrato (de compraventa o de gestión de servicios públicos), y detrás de esta distinción está el concepto (amplio o restringido) de contrato que se tenga, como he venido indicando en epígrafes anteriores.

⁴² A esta obra ya se ha hecho referencia en las páginas anteriores. Es interesante la recensión que de la misma hizo MAYER, directamente aludido en ella [*AöR*, 40-41 (1921-1922), págs. 244 y sigs.]. MAYER acusa al autor de «haberse guiado por la intención de no permitir que se rebajara la importancia debida a su instituto jurídico, incluso cayendo en el peligro de concederle demasiada» (pág. 245). APELT publicó en 1959 un artículo sobre el mismo tema («*Der verwaltungsrechtliche Vertrag*», *cit.*), en el que analizaba las repercusiones de su obra y las siguientes sobre el contrato de Derecho público.

⁴³ APELT, *Der verwaltungsrechtliche Vertrag, cit.*, pág. 130. Se trata, como es obvio, de un criterio de calificación superado (desde el momento, por ejemplo, en que no se escapan a nadie las repercusiones que, para el interés público, tiene, o puede alcanzar, la actividad jurídico-privada de la Administración), y de cuyas limitaciones es consciente el propio autor. El interés público es *afectado* por el contrato (y por ello es un criterio de calificación de éste) y a la vez determina el régimen jurídico de éste. Por este motivo, se incluyen tanto contratos que la Administración concluye a pesar de poder actuar unilateralmente, como los que se celebran con motivo de la prestación de servicios públicos (ya sea en relación con las empresas o Administraciones que los suministran, o con los usuarios): *vid.* pág. 139.

mente con ese interés ⁴⁴. Por ello, su mayor preocupación es delimitar estos contratos frente a los contratos privados y al acto administrativo ⁴⁵.

El contrato de Derecho público tal como lo estudia APELT sí sirve, en parte, como cauce jurídico de los convenios estudiados en este trabajo, es decir, los que tienen por objeto el ejercicio de potestades administrativas. Son aquellos en que el ordenamiento apodera a la Administración para actuar unilateralmente, «salvo acuerdo en contrario» con el particular, como en las normas dispositivas de Derecho privado ⁴⁶. Como antes hacía KORMANN, APELT se plantea si la Administración necesita una habilitación expresa para poder recurrir al convenio, y defiende una tesis intermedia: sin exigir que una norma prevea cada tipo de conve-

⁴⁴ En este sentido, lo que intenta APELT es trasladar a Alemania la distinción entre contratos administrativos y contratos de Derecho privado, como hicieron algunos autores, sobre todo suizos, según se ha visto en el § I.4 (nota 70). Al contrario que ellos, APELT, por el contrario, no maneja la bibliografía francesa (que era conocida en Alemania, sobre todo, a través de los trabajos de MAYER), aunque (como se ha visto en la nota anterior) llega a calificar de jurídico-públicos algunos contratos típicamente administrativos (por ejemplo, los relativos a la prestación de servicios públicos).

⁴⁵ Por tanto, APELT rechaza la tesis mayeriana de la imposibilidad del contrato de Derecho público. A su vez, y frente a KELSEN, el hecho de que la Administración necesite el consentimiento del particular para la constitución de una relación jurídica no implica que nos hallemos ante un contrato. La calificación de cada supuesto depende de las circunstancias del caso (*Der verwaltungsrechtliche Vertrag*, cit., págs. 55-56). Tampoco supone un contrato, aunque sea necesario el consentimiento del particular, la integración de éste en el ámbito de aplicación de un régimen establecido íntegramente por una norma, y que puede variar (como consecuencia de la modificación de la norma) sin el consentimiento del particular integrado (status): «En la relación contractual está absolutamente excluido que una parte pueda modificar el contenido de la relación contra la voluntad de la otra, como ocurre con frecuencia en las relaciones estatutarias» (*op. cit.*, pág. 106).

⁴⁶ APELT, *Der verwaltungsrechtliche Vertrag*, cit., págs. 13 y 163. La diferencia entre este tipo de contratos de Derecho público y el funcionamiento ordinario de las normas dispositivas es que, en el primer caso, «como se trata de relaciones materiales en las que es imprescindible que se dicte una regulación jurídica en atención al interés público (aquí está la conexión con el criterio de distinción utilizado), existe con frecuencia una norma subsidiaria, que establece que la regulación exigida será establecida mediante un acto administrativo unilateral, cuando los interesados no intenten alcanzar un acuerdo, o

nio ni considerar que la Administración puede celebrar convenios, salvo prohibición expresa, considera que la solución va a depender de la interpretación de la norma atributiva de la potestad en cada caso, lo que incrementa la inseguridad jurídica ⁴⁷.

Aun en los casos en que es posible el recurso al convenio, APELT acepta que un contrato sustituya al acto, pero no que la Administración asuma en un contrato la obligación de dictar un acto administrativo ⁴⁸. Por otro lado, y frente a la tesis de KORMANN de calificar como privados los contratos carentes de habilitación legal, sostiene que aunque en un contrato no se haga ninguna referencia a un acto o potestad administrativa, debe ser considerado de Derecho público cuando del análisis de su contenido y circunstancias se desprenda que su causa ha sido la elu-

cuando éste no llegue a producirse por alguna razón» (pág. 164). APELT dice que, en estos casos, «el acuerdo de las partes tiene lugar realmente bajo la presión de la voluntad de la ley que, en caso de que no se celebre un contrato entre los interesados, prevé, de forma ineludible, la regulación del supuesto de otro modo, en particular mediante un acto administrativo. Sin embargo, el acuerdo surge de la libre voluntad de las partes, y la necesidad (establecida por la ley) de que se regule, de uno u otro modo, el supuesto de hecho, puede ser considerada sólo como motivo de la declaración de voluntad» (pág. 24).

⁴⁷ Vid. APELT, *Der verwaltungsrechtliche Vertrag*, cit., pág. 161. Como ya se ha expuesto en el § I.4, la *VwVfG* ha hecho suya esta tesis, al admitir el contrato en ausencia de una prohibición expresa o implícita, es decir, de una norma que obligue a utilizar el acto unilateral como vehículo para la constitución, modificación o extinción de una relación jurídica.

⁴⁸ Se llega a esta conclusión a través del estudio de un peculiar convenio urbanístico del Derecho prusiano (*Der verwaltungsrechtliche Vertrag*, cit., pág. 139). Dado que el Derecho de ese territorio no permitía a los Ayuntamientos imponer a los solicitantes de licencias de edificación, como condición de éstas, la obligación de urbanizar los terrenos, aquéllos sometían (a través de un *Ortsstatut* o reglamento municipal) la edificación a una prohibición con reserva de autorización. Quien deseaba obtener una autorización debía celebrar antes un contrato (unilateral) en que se comprometía a realizar las obras de urbanización, respetar un límite de altura en la edificación, realizar determinadas cesiones de terreno, es decir, aquellas prestaciones que, aunque son las únicas que aseguran la compatibilidad con los intereses generales de la actividad para la que se solicita una autorización, no es posible imponer como condición de un acto unilateral. «El Ayuntamiento puede conceder la autorización para edificar, cuando considere (en ejercicio de su discrecionalidad) que se dan los presupuestos para ello, pero debe considerarse inadmisibles que se comprometa a esa decisión de antemano y en un negocio jurídico-privado» (*op. cit.*, pág. 141).

sión o la obtención de un determinado acto administrativo ⁴⁹. Por último, distingue el ejercicio consensual de una potestad administrativa de la celebración de acuerdos para regular aspectos patrimoniales o secundarios del ejercicio de la potestad, que considera admisible en todo caso ⁵⁰.

Dentro de los manuales de la época, FLEINER distinguía, dentro de la expresión «contrato de Derecho público», los dos problemas a que he venido haciendo referencia. Por un lado, la calificación (acto administrativo necesitado de colaboración o contrato) del acto constitutivo de ciertas relaciones jurídicas, en las que la Administración necesita el consentimiento del particular, y por otro, la posibilidad de que la Administración constituya o modifique relaciones jurídico-públicas mediante un contrato (que sería por ello de Derecho público). Respecto a lo primero, sigue los argumentos de MAYER: salvo disposición expresa de la ley, se trata de un acto unilateral, aunque el contenido de la relación sea idéntico al de otras típicamente contractuales, y aplica la misma solución a supuestos tan dispares como la adquisición de la nacionalidad (integración de un sujeto en el ámbito de aplicación de múltiples normas, modificables sin su consentimiento) y el rescate de concesiones con el consentimiento del concesionario (donde se modifica una relación patrimonial entre la Administración y el concesionario) ⁵¹.

En cuanto a la posibilidad de que la Administración recurra al contrato para constituir o modificar una relación jurídico-pública, requiere una habilitación normativa ⁵². La razón de que

⁴⁹ En este sentido, y en relación con el mismo supuesto del convenio urbanístico, se opone a la tesis de HEDEMANN, según el cual se trata de un contrato privado (donación) cuyo presupuesto es la autorización pretendida por el particular (pág. 140).

⁵⁰ Vid. APELT, *Der verwaltungsrechtliche Vertrag*, cit., págs. 107-108.

⁵¹ Vid. FLEINER, *Instituciones de Derecho Administrativo* (trad. de la 8.ª ed. alemana, Tübingen, 1928, por ÁLVAREZ-GENDÍN), Barcelona-Madrid-Buenos Aires, 1933, pág. 154. En caso de que el acto administrativo necesitado del consentimiento del particular (en cualquiera de sus múltiples formas: solicitud, aceptación, etc.) sea dictado sin cumplir ese requisito, será nulo (lo que equivale, en la sistemática de FLEINER, a la inexistencia): vid. *Instituciones*, cit., pág. 164, nota 72.

⁵² Vid. FLEINER, *Instituciones*, cit., pág. 169: «Si la autoridad llega a concluir un contrato sin autorización legal, entonces toda su ordenación es nula».

el contrato sea sometido a esta «prohibición con reserva de permiso» es que «puede ser un peligro para la igualdad jurídica»⁵³. Además, considera que la fuerza vinculante *inter partes* del contrato puede impedir a la Administración atender los intereses generales, cuando hayan cambiado las circunstancias desde su celebración y su cumplimiento no sea compatible con la atención de aquéllos⁵⁴.

En 1931, Walter JELLINEK, retomando una tesis de KORMANN, considera de Derecho privado los contratos en los que, sin que una norma lo prevea, la Administración se comprometa a dictar un acto o a no ejercer alguna de sus potestades contra un particular determinado, a cambio de que éste se obligue a realizar determinadas prestaciones en favor de la Administración⁵⁵. De este modo, aunque la obligación de dictar un acto administrativo se considera inadmisibles e incoercible, W. JELLINEK considera que las partes pueden lograr el mismo objeto (es decir, hacer depender la producción de un acto de una contraprestación del particular) mediante un contrato (privado) unilateral, en el que el particular se comprometa a realizar determinadas prestaciones, siempre que (condición resolutoria) la Administración no ejerza la potestad de que se trate contra el particular, o no revise un acto favorable, o siempre que (condición suspensiva) dicte determinado acto a que aspira el particular⁵⁶. De este modo, si bien la Administración es libre para dictar o no el acto de que se trate, o para ejercer o no la potestad mencionada en el contrato, sabe que esos actos van a producir un coste económico (la renuncia a las prestaciones que el particular ha prometido o incluso ha comenzado a ejecutar). Esto se justificaría, según JELLINEK, cuando exista una causa digna de aprobación, es decir (utilizando la terminología actual), cuando la prestación del particular contribuya a la satisfacción del interés público que la ley

⁵³ Vid. FLEINER, *Instituciones*, cit., pág. 171.

⁵⁴ Vid. FLEINER, *Instituciones*, cit., pág. 171.

⁵⁵ Vid. W. JELLINEK, *Verwaltungsrecht*, Berlín, 1931 (3.^a ed.), pág. 26.

⁵⁶ «Se puede encontrar una forma jurídica que, siendo coherente con la voluntad de las partes, sea jurídicamente aceptable y produzca efectos económicos semejantes, aunque de eficacia más débil que el acuerdo sobre el acto administrativo mismo» (*Verwaltungsrecht*, cit., pág. 26).

configura como fin de la potestad o del acto de que se trate ⁵⁷. Además de esa exigencia, opera como límite de este tipo de contratos el concepto de buenas costumbres ⁵⁸. El contrato de Derecho privado así definido tiene como causa (para el particular) la obtención de un acto administrativo. Al contrario que APELT, W. JELLINEK no entiende que ello transforme el contrato en uno de Derecho público.

Respecto al segundo de los problemas relacionados con el contrato de Derecho público, es decir, la polémica sobre la calificación contractual o unilateral de supuestos como la adquisición de la nacionalidad o de la cualidad de funcionario, W. JELLINEK añade una categoría intermedia entre el acto necesitado de sumisión y el contrato de Derecho público: el acto administrativo bilateral (*zweiseitiger Verwaltungsakt*), que ha sido abandonado por la doctrina y la legislación posteriores ⁵⁹.

⁵⁷ Vid. W. JELLINEK, *Verwaltungsrecht*, cit., pág. 26.

⁵⁸ Vid. W. JELLINEK, *Verwaltungsrecht*, cit., pág. 26.

⁵⁹ Además del ya citado *Verwaltungsrecht* (págs. 249 y sigs.), vid. su artículo «Zweiseitiger Verwaltungsakt und Verwaltungsakt auf Unterwerfung», en el *Festgabe zur Feier des fünfzigjährigen Bestehens des Preußischen Oberverwaltungsgerichts*, Berlín, 1925, págs. 84 y sigs., donde fueron expuestas por primera vez estas ideas. Para MAYER, los supuestos discutidos se explican como actos unilaterales dictados en virtud de la sumisión del particular, y la hipotética ausencia o ineficacia de dicha solicitud da lugar simplemente a la antijuridicidad del acto, que es inmediatamente eficaz y que deviene inatacable para el particular en cuanto transcurre el plazo de interposición de los recursos. El concepto de acto administrativo bilateral intenta evitar esa consecuencia, de modo que la colaboración del particular (mediante solicitud, aceptación o cualquier otra forma prevista por la normativa aplicable) sea condición de existencia del acto, y no simplemente de validez o de eficacia. A este mismo resultado habían llegado autores como FLEINER en 1928 sin necesidad de crear una categoría nueva, que rompe además con una característica tan arraigada del acto administrativo como la unilateralidad (*Instituciones*, cit., pág. 164, nota 72). En España, y para aquellos casos en que el dictado del acto esté sometido a la previa solicitud por parte de un particular, es posible sostener su nulidad de pleno derecho al amparo del artículo 62.1.b) LAP por inexistencia de un presupuesto fáctico (vid. GARCÍA DE ENTERRÍA/FERNÁNDEZ, *Curso*, cit., vol. I, págs. 625 y sigs.).

Sobre el rechazo de esta nueva categoría en la doctrina posterior, vid. WOLFF/BACHOF/STOBER (*Verwaltungsrecht*, cit., vol. I, pág. 655, § 46.32), para quienes «el concepto de acto administrativo bilateral, que utiliza W. JELLINEK, debería ser evitado, pues hace borrosa la distinción con el contrato de Derecho

El problema recibe un tratamiento completamente diferente en la doctrina de la segunda posguerra, a partir de la primera edición del *Lehrbuch* de FORSTHOFF (1950). El acto administrativo necesitado de colaboración se convierte en una institución jurídico-administrativa pacíficamente aceptada, a la que se dedica un epígrafe en cada manual, sin que ello signifique la negación del contrato de Derecho público, que también es unánimemente reconocido (algunas décadas antes de que la *VwVfG* lo regule) y estudiado en los manuales.

Queda claro a partir de este momento (y, por supuesto, en la doctrina actual) algo en lo que he venido insistiendo desde el principio del capítulo, y que no siempre es justamente valorado en los estudios actuales dedicados al contrato sobre actos y potestades administrativas que se retrotraen a MAYER y a la polémica sobre el contrato de Derecho público: la heterogeneidad que existe entre el problema del acto necesitado de colaboración (y su problemática distinción respecto al contrato), que es lo que estudiaba MAYER, y la posibilidad de celebrar contratos sobre actos y potestades administrativas, tema al que se refiere el contrato de Derecho público actualmente en el sistema alemán, y que desde FORSTHOFF se estudia sin relación alguna con el otro problema ⁶⁰.

administrativo», así como ERICHSEN, en ERICHSEN (hrsg.), *Allgemeines Verwaltungsrecht*, cit., pág. 244, nota 14. El actual § 35 de la *VwVfG* define al acto como «toda disposición, decisión (...) que adopte la autoridad para regular un supuesto individual».

⁶⁰ El supuesto al que se refiere el acto necesitado de colaboración (*mitwirkungsbedürftiger Verwaltungsakt*) es descrito por FORSTHOFF (*Lehrbuch*, cit., pág. 211) del siguiente modo: «Para determinadas clases de actos administrativos las leyes prescriben que sólo podrán ser dictados a solicitud del interesado». Los contratos de Derecho público, en cambio, «carecen en no pocas ocasiones de apoyo legislativo» (pág. 274). Por ello, en este segundo caso los problemas centrales van a ser la necesidad o no de una habilitación normativa expresa para celebrar estos contratos, el límite que a los mismos supone el principio de legalidad, la posibilidad de que el acuerdo con el ciudadano permita superar los límites que la norma impondría a un acto unilateral, etc., problemas todos ellos inexistentes en el caso anterior (puesto que es la norma la que reconoce el supuesto y lo regula), lo que hace que no deban mezclarse una y otra figura jurídica. Vid. BEINHARDT, «Der öffentlich-rechtliche Vertrag», cit., pág. 212.

La polémica sobre el carácter unilateral o contractual de los actos que la Administración dicta con el consentimiento del particular no se ha extinguido porque se hayan impuesto los argumentos de una de las partes, sino porque han cambiado los presupuestos de la discusión, de modo que ésta ya no tiene sentido. Las posturas extremas de KELSEN y MAYER tienen en común el ver al contrato y al acto administrativo necesitado de colaboración como dos instituciones jurídicas excluyentes entre sí. De tener razón MAYER, la mera noción de un verdadero contrato de Derecho público sería jurídicamente imposible («*eine juristische Liebhaberei*»). Para KELSEN, no sólo existe el contrato de Derecho público, sino que es la única calificación posible para los supuestos en los que la producción de un efecto jurídico no depende sólo de la voluntad de la Administración, sino también del consentimiento del particular, lo que descarta la existencia del acto necesitado de colaboración ⁶¹.

La postura prácticamente unánime en la doctrina actual (que no es contradicha ni por la jurisprudencia ni por la legislación de procedimiento administrativo) supone el abandono de ambas hipótesis extremas: los argumentos desarrollados por MAYER y sus seguidores no demuestran que el contrato de Derecho público sea imposible, pero la admisión de éste tampoco implica que cualquier acuerdo entre la Administración y un particular que sea presupuesto necesario de la producción de un efecto jurídico deba ser un contrato, por lo que no conduce a la eliminación del acto necesitado de colaboración ⁶². Algunos

⁶¹ Esta sería «la tesis de KELSEN, que existe un contrato en todos los casos en los que el presupuesto de hecho al que la norma une consecuencias jurídicas es una declaración unánime de voluntades de dos personas (con intereses opuestos)», según SCHMIDT-SALZER, «Tatsächlich ausgehandelter Verwaltungsakt, zweiseitiger Verwaltungsakt und verwaltungsrechtlicher Vertrag», *Verw-Arch*, 62 (1971), págs. 135 y sigs., pág. 135.

⁶² Por esta razón, debo manifestar mi desacuerdo con aquellas posiciones doctrinales, indicadas en nota al comienzo de este capítulo, que sostienen que la admisión y regulación del contrato de Derecho público en la *VwVfG* supone la «desautorización» de MAYER y el triunfo de quienes, oponiéndose a él, defendían la existencia de esta figura. Como he ido indicando, se trata de cuestiones distintas, y de ello es prueba el hecho de que los dos principales actos cuya naturaleza contractual negaba MAYER (acto administrativo de concesión de la nacionalidad y nombramiento de funcionario) siguen siendo considerados

autores consideran necesario justificar este resultado, en lo que tiene de contradictorio con las tesis de la doctrina antigua, pero la mayoría lo consideran un dato de pacífica aceptación⁶³. Por otro lado, al haber regulado la *VwVfG* el contrato de Derecho

como unilaterales, a pesar de la admisión del contrato de Derecho público. Lo que ha ocurrido es que ha surgido (por las razones examinadas en el capítulo II) una tendencia hacia la actividad consensual de la Administración en nuevos sectores o con una intensidad no sospechada por MAYER, que la consideraba un resto del modo de administrar previo al Estado de Derecho, y se ha canalizado este problema jurídico a través de la misma institución, el contrato de Derecho público. Por otro lado, como se verá en el capítulo VI, los argumentos debatidos para sostener o criticar su admisión legislativa son completamente distintos de los empleados por MAYER o KELSEN en la polémica que he estudiado hasta ahora. Baste comparar, para comprobar este aserto, la argumentación de MAYER con la de BULLINGER, en *Vertrag und Verwaltungsakt, cit., passim*.

⁶³ Entre los primeros, destacaré dos posiciones, que en cierto modo representan un resto del antiguo modo de razonar. SCHMIDT-SALZER, que es uno de los pocos autores que reconoce a KELSEN como el auténtico opositor a MAYER (puesto que LABAND, más que construir o defender el contrato de Derecho público, lo importaba acriticamente del Derecho privado), se hace cuestión del principio, defendido por KELSEN, de que «existe un contrato en todos los casos en los que el presupuesto de hecho al que la norma une consecuencias jurídicas es una declaración unánime de voluntades de dos personas (con intereses opuestos)» («Tatsächlich ausgehandelter Verwaltungsakt», pág. 135). A lo que responde que «la historia y la comparación jurídicas muestran, sin embargo, que el contrato es quizá la institución más adecuada para la comprensión jurídica de las prescripciones consensuadas (*die rechtliche Erfassung der einverständlichen Regelungen*), pero es sólo una de las instituciones posibles» (pág. 137). El acto administrativo bilateral (*zweiseitiger Verwaltungsakt*, pág. 138, utilizando la vieja terminología de W. JELLINEK) es otra prueba de que no todo acuerdo productor de efectos jurídicos debe ser considerado como un contrato, y de que, por tanto, el contrato sólo será efectivamente aplicable para calificar ese tipo de supuestos «cuando un ordenamiento concreto (o un sector de él) lo haya admitido» (pág. 138), lo que se opone a su vez a la tesis de MAYER, para quien el contrato de Derecho público era *a priori* imposible.

Por otro lado, HENKE (en *Das Recht der Wirtschaftssubventionen als öffentliches Vertragsrecht*, Tübingen, 1979, págs. 20 y sigs., y en su trabajo, más reciente, «Verwaltungshandeln durch Verträge und Absprachen», *cit.*, págs. 115 y sigs.) se opone a la indiferencia entre el acto y el contrato en el ámbito de las subvenciones: «Es cierto que se puede hacer encajar cualquier cosa para calificarla como acto administrativo (...) pero la vestidura adecuada y que se adapta bien a la concesión de subvenciones es el contrato» (pág. 123). HENKE sostiene que, en aplicación del principio *iura novit curia*, los Tribunales deberían calificar la relación como contractual aunque las normas aplicables partan de que se trata de un acto necesitado de colaboración (pág. 122). En el

público, se admite con normalidad que, en los casos dudosos, uno de los criterios para decidir la naturaleza unilateral o contractual de la relación sea la voluntad de la Administración (aceptándose, por supuesto, la calificación normativa, en caso de que exista). La razón es que la alternativa no se da entre una institución jurídico-pública y una de Derecho privado (lo que implicaría la posibilidad de eludir determinadas garantías mediante la «huida al Derecho privado»), sino entre dos figuras de Derecho administrativo (el acto y el contrato *de Derecho público*), por lo que se trata de una elección indiferente desde el punto de vista del sometimiento de la Administración a su régimen jurídico específico ⁶⁴.

mismo sentido, GITZINGER, *Verwaltungsakt auf Unterwerfung, Antragsbedingter Verwaltungsakt oder Öffentlicher Vertrag. Ein Beitrag zur Systematik mitwirkungsbedürftiger Staatsakte*, Diss. Saarland, 1963, pág. 12.

⁶⁴ La tesis que negaba al legislador (o a las partes) la posibilidad de calificar el supuesto como acto o como contrato porque ello implicaría la elusión de las garantías jurídico-públicas fue defendida en 1925 por BUDDEBERG, «Rechtssoziologie des öffentlich-rechtlichen Vertrages», *cit.*, pág. 96.

En la doctrina más reciente, KONRAD (*Der öffentlich-rechtliche Vertrag*, *cit.*, págs. 66-67) defiende la libertad del legislador para configurar un supuesto como acto necesitado de colaboración o como contrato. En el mismo sentido, MAURER (*Allgemeines Verwaltungsrecht*, *cit.*, pág. 339, § 14.19); WOLFF/BACHOF/STOBER, *Verwaltungsrecht*, *cit.*, vol. I, pág. 795 (§ 54.14); ULE/LAUBINGER, *Verwaltungsverfahrenrecht*, *cit.*, pág. 746 (§ 68.3); KOPP, *VwVfG*, *cit.*, pág. 1301 (§ 54.14); BONK en STELKENS/BONK/SACHS, *VwVfG*, *cit.*, pág. 1226 (§ 54.17).

En cuanto a la influencia de la *VwVfG*, algunos autores han propuesto el abandono de la categoría del acto necesitado de colaboración, debido a que, ahora, al haber un contrato de Derecho público, ya no es necesario calificar «artificialmente» el acuerdo como acto unilateral si se quiere evitar que se rijan por el Derecho privado. Así, GUSY, «Öffentlich-rechtliche Verträge zwischen Staat und Bürgern», *cit.*, pág. 1227; MAURER, «Der Verwaltungsvertrag: Probleme und Möglichkeiten», *cit.*, pág. 37; FLUCK, *Die Erfüllung des öffentlich-rechtlichen Verpflichtungsvertrages durch Verwaltungsakt*, Berlín, 1985, pág. 42; RÜFNER, *Formen öffentlicher Verwaltung*, *cit.*, pág. 327, y GÖTZ, «Hauptprobleme des verwaltungsrechtlichen Vertrages», *JuS*, 10 (1970), pág. 1. Sin embargo, esta idea no parece haberse abierto camino, y la naturaleza unilateral o contractual de las relaciones dudosas (subvenciones, utilización de servicios públicos) dependerá en cada caso de la calificación normativa, como dicen ERICHSEN, en ERICHSEN (hrsg.), *Allgemeines Verwaltungsrecht*, *cit.*, pág. 361, y KONRAD, *Der öffentlich-rechtliche Vertrag*, *cit.*, pág. 66.

Aunque la mayoría de los autores no se pronuncian claramente, parece que los actos administrativos necesitados de colaboración han de ser previstos expresamente por una norma ⁶⁵. Aunque existe una pluralidad de denominaciones, he optado por la de «actos necesitados de colaboración», por ser la más extendida y porque las diversas distinciones terminológicas no tienen consecuencias claras respecto al régimen jurídico aplicable ⁶⁶. La

⁶⁵ FORSTHOFF deja claro que los supuestos de actos necesitados de colaboración son todos de configuración normativa, al presentar la figura: «Para determinadas clases de actos administrativos las leyes prescriben que sólo pueden ser dictados a solicitud del interesado» (*Lehrbuch, cit.*, pág. 211). Como se ha recordado *supra* (nota 13), hoy ya no es aceptable la tesis mayeriana, según la cual la habilitación normativa que se exige a la Administración en virtud del principio de reserva de Ley puede ser sustituida por el consentimiento del particular a un acto concreto. *Vid.* ERICHSEN, en ERICHSEN (hrsg.), *Allgemeines Verwaltungsrecht, cit.*, pág. 252, § 12.19, con abundante bibliografía y jurisprudencia; WOLFF/BACHOF/STOBER, *Verwaltungsrecht, cit.*, vol. I, pág. 662, § 46.52; RENCK, «Verwaltungsakt und verwaltungsrechtlicher Vertrag. BVerwG, NJW 1969, 809», *JuS*, 11 (1971), págs. 77 y sigs., pág. 79.

⁶⁶ SCHMIDT-SALZER coloca en una «escala» todos los actos administrativos afectados por alguna «forma de participación» (*Beteiligungsform*) del particular («Tatsächlich ausgehandelter Verwaltungsakt», *cit.*, pág. 143). En esa escala se encuentran, como «formas de participación», tanto el trámite de audiencia como el principio de rogación o la necesidad de que el destinatario del acto lo acepte para que éste comience a producir efectos. En el mismo sentido, MAURER, *Allgemeines Verwaltungsrecht, cit.*, pág. 177 (§ 9.25), para quien habría que calificar también como «acto necesitado de colaboración» cualquier acto en cuya elaboración fuese necesario conceder audiencia a su destinatario.

La categoría «acto dictado en virtud de sumisión» (*Verwaltungsakt auf Unterwerfung*) sigue siendo utilizada, bien con carácter general (así en RENCK, «Verwaltungsakt und verwaltungsrechtlicher Vertrag», *cit.*, y la jurisprudencia allí comentada), bien para referirse a un tipo concreto de actos necesitados de colaboración, aquellos que imponen determinadas obligaciones al particular, que no podrían serle impuestas sin su consentimiento [así en WOLFF/BACHOF/STOBER, *Verwaltungsrecht, cit.*, vol. I, pág. 662, § 46.51 aquellos actos de los que resulta limitada (*eingeschränkt*) la situación jurídica del particular; ERICHSEN en ERICHSEN (hrsg.), *Allgemeines Verwaltungsrecht, cit.*, pág. 252, § 12.19]. FORSTHOFF identifica esta categoría de actos dentro del género de los actos necesitados de colaboración (*Lehrbuch, cit.*, pág. 211), pero sin recoger la expresión mayeriana «actos dictados en virtud de sumisión» [de hecho es FORSTHOFF quien comienza a utilizar la expresión genérica, hoy generalizada, «actos necesitados de colaboración» (*mitwirkungsbedürftige Verwaltungsakte*)]. Serían los supuestos clásicos de la adquisición de la nacionalidad y de la constitución de la relación funcional (FORSTHOFF, *op. cit.*,

doctrina dominante entiende que el acto dictado sin la solicitud preceptiva del particular es nulo, y por tanto no produce efectos ⁶⁷.

En cuanto a los criterios defendidos hoy en la doctrina alemana para distinguir entre contrato y acto necesitado de colaboración, en aquellos casos en que las normas no califiquen claramente el supuesto, la situación no es excesivamente satisfactoria ⁶⁸. La aceptación de la figura de los actos necesitados de colaboración

pág. 211). Los actos favorables en cuyo otorgamiento rige el principio de rogación han sido calificados como «actos necesitados de solicitud» (*antragsbedürftige Verwaltungsakte*) a partir de la tesis doctoral de GITZINGER, *Verwaltungsakt auf Unterwerfung*, cit., en 1963, aunque la denominación no se ha impuesto. Sería el caso de las autorizaciones de policía (en sus tres versiones: *Erlaubnis*, *Verleihung/Konzession*, *Ausnahmebewilligung*), según WOLFF/BACHOF/STOBER (op. cit., pág. 656, § 46.36), que las denominan «actos necesitados de aprobación» (*zustimmungsbedürftige Verwaltungsakte*). También MAURER utiliza esta categoría (*Allgemeines Verwaltungsrecht*, cit., pág. 177, § 9.25). Lo cierto es que el principal problema de régimen jurídico planteado, es decir, la condición jurídica del acto dictado sin el consentimiento del particular, se resuelve con carácter general para los diversos «actos necesitados de colaboración», categoría que es recogida, entre otros, por FORSTHOFF, WOLFF/BACHOF/STOBER, y que he venido utilizando.

⁶⁷ En este sentido, FORSTHOFF, *Lehrbuch*, cit., pág. 213; MAURER, *Allgemeines Verwaltungsrecht*, cit., pág. 177, § 9.27 (en defecto de norma que disponga lo contrario); ERICHSEN, en ERICHSEN (hrsg.), *Allgemeines Verwaltungsrecht*, cit., pág. 453 (§ 36.8). Se intenta evitar que (sobre todo en los casos de actos dictados en virtud de sumisión en sentido estricto), al particular puedan imponerse obligaciones no aceptadas, simplemente porque ha dejado pasar el plazo de impugnación del acto, lo que GITZINGER, *Verwaltungsakt auf Unterwerfung*, cit., págs. 31-32, reputa contrario al derecho fundamental al libre desarrollo de la personalidad. Sin embargo, para WOLFF/BACHOF/STOBER, *Verwaltungsrecht*, cit., vol. I, pág. 656 (§ 46.35) y 662 (§ 46.51), la omisión del consentimiento del particular sólo ocasiona la ineficacia del acto en las autorizaciones de policía, no así en los actos dictados en virtud de sumisión (nombramiento de funcionario, por ejemplo), que la Administración podrá ejecutar, y que deben ser impugnados por el particular en el plazo de recurso. Para estos casos, el § 45.1.1 *VwVfG* prevé la posibilidad de subsanación mediante la presentación *a posteriori* de la solicitud del acto.

⁶⁸ Vid. SCHMIDT-SALZER, «Tatsächlich ausgehandelter Verwaltungsakt», cit., pág. 136; GITZINGER, *Verwaltungsakt auf Unterwerfung*, cit., pág. 11. El problema se centra, desde el punto de vista práctico, en las medidas de fomento, puesto que la legislación ha aclarado ya la naturaleza unilateral de las autorizaciones de policía, relación funcional y adquisición de la nacionalidad. Vid., además de las obras ya citadas de HENKE, vid. RENCK, «Verwaltungsakt und verwaltungsrechtlicher Vertrag», cit.

supone que la necesidad de que el particular preste su consentimiento para la producción de un efecto jurídico no determina por sí misma la existencia de un contrato. Partiendo de esta premisa, varios autores mantienen que la participación del particular en la elaboración de un acto jurídico convierte a éste en un contrato cuando el particular no sólo presta su consentimiento, sino que colabora en la determinación del contenido del acto ⁶⁹. Este criterio no ha dejado de recibir críticas, aunque sigue siendo sostenido como uno de los más válidos por importantes autores ⁷⁰. Al criterio de la voluntad de las partes (en defecto de calificación legislativa) ya me he referido antes. La idea de GITZINGER, para quien el contrato crea una relación jurídica entre las partes, mientras que la función del acto administrativo (aunque necesite para su eficacia el consentimiento de un particular) es ejecutar una norma, ha pasado, sin embargo, inadvertida ⁷¹.

⁶⁹ Según WOLFF/BACHOF/STOBER, *Verwaltungsrecht, cit.*, vol. I, pág. 795 (§ 54.14), «no es decisivo el que las partes tengan o no la misma capacidad de influencia sobre la producción de un efecto jurídico (*die Wirksamkeit einer Regelung*). Eso puede suceder también en un acto necesitado de colaboración. Lo esencial es más bien si los deberes y derechos que han sido creados, es decir, el contenido del negocio jurídico, se basa en su voluntad común. Aquí se encuentra la diferencia con el acto necesitado de colaboración, en el que el particular sólo puede influir en la producción del acto. En el contrato administrativo se trata de que el particular participe también en la determinación del contenido de la relación jurídica». En el mismo sentido, MAURER, *Allgemeines Verwaltungsrecht, cit.*, págs. 177 y 339 (§ 14.19); KOPP, *VwVfG, cit.*, pág. 1301 (§ 54.14), y BOSSE, *Der subordinationsrechtliche Verwaltungsvertrag, cit.*, pág. 35.

⁷⁰ Especialmente críticos, RÜFNER, *Formen öffentlicher Verwaltung, cit.*, pág. 336; HENKE (*Subventionsrecht, cit.*, págs. 28-29, y «Verwaltungshandeln durch Verträge und Absprachen», *cit.*, pág. 122); RENCK, «Verwaltungsakt und verwaltungsrechtlicher Vertrag», *cit.*, pág. 78; WOLFF/BACHOF/STOBER, *Verwaltungsrecht, cit.*, vol. I, pág. 795 (§ 54.14).

Por otro lado, se reconoce sin dificultades que el contenido de un acto unilateral puede haber sido, de hecho, negociado con un particular, sin que ello altere su naturaleza y régimen jurídico: *vid.* KOPP, *VwVfG, cit.*, pág. 1301 (§ 54.15); RECKERS, *Gesetzwidrige und gesetzesabweichende Regelungen, cit.*, págs. 58-60; SCHMIDT-SALZER, «Tatsächlich ausgehandelter Verwaltungsakt», *cit.* (pág. 142: «El acto administrativo fácticamente negociado es, por tanto, y a pesar del acuerdo alcanzado de hecho, exclusivamente imputable a la Administración»), y J. MARTENS, *Die Praxis des Verwaltungsverfahrens, cit.*, págs. 154-155.

⁷¹ *Vid.* GITZINGER, *Verwaltungsakt auf Unterwerfung, cit.*, pág. 40.

3. El concepto de «acto-condición» en DUGUIT y su escuela: relación con las teorías negadoras del contrato de Derecho público

La teoría de las situaciones objetivas y del «acto-condición» de DUGUIT tiene en común con la tesis mayeriana sobre el contrato de Derecho público el que también pretende negar la naturaleza contractual (y la aplicación del régimen jurídico del contrato) a relaciones jurídicas para cuya constitución es necesario, además de un acto de la Administración, el consentimiento o la aceptación del particular ⁷². Además (y como se estudiará en el siguiente epígrafe) la teoría de DUGUIT se ha «fundido» en España con la de los actos dictados en virtud de sumisión (*Verwaltungsakte auf Unterwerfung*) y ambas sirven para proporcionar una explicación alternativa (alternativa a la contractual) de este tipo de relaciones jurídicas.

El punto de partida de DUGUIT, en la misma línea positivista de KELSEN, es la negación de la existencia de poderes jurídicos personales, y por consiguiente del dogma de la voluntad. La coacción estatal no puede ponerse al servicio de ningún sujeto privado ⁷³. Los particulares pueden, con sus actos, causar efectos

⁷² Sobre las relaciones entre las construcciones de DUGUIT y MAYER, *vid.* FLOGAÏTIS, «Contrat et acte administratif unilatéral», en *L'État de Droit: mélanges en l'honneur de Guy Braibant*, París, 1996, págs. 229 y sigs.

⁷³ DUGUIT, *Traité de Droit Constitutionnel*, vol. I, París, 1921 (2.ª ed.), pág. 245: «No se debe perder de vista que el elemento esencial de toda situación jurídica es la apertura de una vía de derecho, la posibilidad de poner en movimiento la coacción social cuando se produzca una violación que lleve a esta situación. Ahora bien, es inconcebible que una voluntad individual pueda crear esta posibilidad, pueda desencadenar (*déclencher*) la coacción social. Sólo el derecho objetivo puede hacerlo; la voluntad individual no es capaz de ello». Otro mecanismo a través del cual se asegura que el reconocimiento de la autonomía privada no implica poner la coacción jurídica al servicio de intereses particulares que puedan resultar contradictorios con los valores defendidos por el ordenamiento es el control de la causa de los negocios jurídicos: *vid.* DE CASTRO, *El negocio jurídico, cit.*, págs. 12 y 164, y GALGANO, *Il negozio giuridico, cit.*, págs. 87 y sigs.

La idea de que la voluntad de ciertos sujetos (titulares de derechos subjetivos) sea capaz de producir directamente, y no en virtud de la ley, efectos jurídicos, le parece a DUGUIT «un simple producto del espíritu que no corresponde a

en el orden físico, pero la producción de efectos jurídicos está reservada a la ley. Un acto de voluntad privada (un contrato, por ejemplo) sólo tendrá relevancia jurídica en cuanto la ley lo haya configurado como supuesto de hecho de la aplicación de una norma ⁷⁴.

Como es sabido, para DUGUIT existen situaciones subjetivas (cuyo contenido es el establecido por las partes, sin que pueda ser modificado, salvo a través de un nuevo acuerdo) y objetivas (cuyo contenido es determinado por la ley, que puede modificarlo sin necesidad del consentimiento de los sujetos afectados) ⁷⁵. Sin embargo, e importa subrayar esto para evitar simplificaciones engañosas, esta distinción no es equivalente (frente a lo que pudiera hacer creer una fácil equiparación con la teoría alemana del contrato de Derecho público) a la distinción entre contrato y acto unilateral. Es obvio que una situación subjetiva sólo puede nacer de un acuerdo entre las partes (no necesariamente un contrato), pero una situación objetiva no se deriva necesariamente de un acto unilateral (condicionado o no al consentimiento o sumisión del particular), sino que puede surgir también de un acuerdo. En la terminología de DUGUIT, el acto-condición que determina la adquisición por el sujeto de un *status*, de un conjunto de derechos, deberes y situaciones de sujeción «que no afectan a todos los miembros del cuerpo social», puede ser uni- o plurilateral ⁷⁶.

nada en la realidad, un mito, una ficción, una entidad, producto de la imaginación metafísica del hombre, supervivencia de las entidades sustanciales de la teología escolástica», en unos términos que recuerdan la influencia de COMTE en su pensamiento.

⁷⁴ Vid. DUGUIT, *Traité, cit.*, vol. I, págs. 228 y sigs.

⁷⁵ «Una ley nueva puede modificar siempre, en más o en menos, el contenido de una situación objetiva nacida como consecuencia de un acto jurídico producido con anterioridad a su promulgación. En caso de un acto subjetivo, la ley nueva no puede modificar su contenido ni las modalidades de la situación tal como la ha determinado el espíritu del declarante» (DUGUIT, *Traité, cit.*, vol. I, pág. 246).

⁷⁶ «El acto condición, normalmente, es un acto unilateral de alcance individual o general, pero puede ser también un acuerdo de voluntades» (MADIOT, *Aux frontières du contrat et de l'acte administratif unilatéral: recherches sur la notion d'acte mixte en droit public français*, París, 1971, pág. 233).

Lo que interesa destacar en este momento (más allá de un simple recordatorio de las tesis más elementales del sistema de DUGUIT) es que no se puede calificar un acto como contrato o como «acto-condición» por el simple hecho de que su contenido no haya sido negociado por las partes, sino impuesto por una de ellas o por la Ley (y esto es lo que pretenden quienes excluyen que una relación jurídica determinada sea un contrato, diciendo que la voluntad de las partes no regula esa relación, sino que es sólo el presupuesto de la aplicación de un régimen jurídico normativo). Lo que diferencia a uno y a otro no es el supuesto de hecho, sino el régimen jurídico: en el caso de las situaciones objetivas, su contenido puede ser variado como consecuencia de modificaciones normativas, sin que sea necesario el consentimiento de los interesados o un nuevo acuerdo de los sujetos que hubieran constituido la relación (en el caso de que el acto-condición fuera un acuerdo plurilateral). Ello no ocurre en el caso del contrato, cuyo contenido no puede ser modificado, salvo por un nuevo acuerdo entre las partes (sin perjuicio de figuras como la cláusula *rebus sic stantibus* o la desaparición de la base del negocio). Entre el contrato normado (cuyo contenido también está predeterminado) y la situación objetiva existe una diferencia que no se refiere al supuesto de hecho de uno u otra, al tipo de acuerdo que da lugar a uno y otro tipo de relación, sino al régimen jurídico de ésta. Por tanto, a la vista de una relación jurídica surgida a través del acuerdo de varios sujetos, no será posible calificarla como situación objetiva o contractual sin conocer su régimen jurídico, y especialmente la posibilidad o no de modificar su contenido mediante cambios normativos, sin necesidad de un nuevo acuerdo ⁷⁷.

⁷⁷ La referencia al concepto de acto-condición en obras dedicadas al contrato de Derecho público y temas conexos a los contratos sobre actos y potestades administrativas es frecuente, sobre todo en autores suizos, que reciben tanto la tradición alemana como la francesa. Vid. ZWAHLEN, *Le contrat de droit administratif*, cit., págs. 515 y sigs., y BAECHI, «Verwaltungsakt auf Unterwerfung», cit., págs. 67 y sigs. Para ZWAHLEN, la imposibilidad de modificación unilateral del contenido de la relación es un elemento determinante del concepto de contrato. En cambio, BAECHI define el acto-condición como aquel acto cuyo contenido es determinado exclusivamente por una de las partes, sin fijarse en que existen contratos cuyo contenido es fijado por una de las partes, y en que lo que caracteriza a la relación surgida de un acto-condición es la posi-

4. La recepción de la polémica sobre el contrato de Derecho público en Italia: rasgos específicos

El concepto «contrato de Derecho público» ha sido polémico en Italia desde finales del siglo pasado ⁷⁸. Con frecuencia, se ha visto en ese debate doctrinal uno de los antecedentes del actual artículo 11 de la Ley 241/90, ya citada, sobre el procedimiento administrativo, que permite a la Administración concluir acuerdos con los interesados que determinen el contenido discrecional de la resolución o la sustituyan ⁷⁹. Entre nosotros, DELGADO PIQUERAS ha colocado la polémica sobre el contrato de Derecho público en «el debate sobre el procedimiento administrativo y la negociación del poder en la doctrina italiana». Las tesis contrarias a esta categoría contractual serían, en consecuen-

bilidad de modificación del contenido de la relación sin el consentimiento del particular interesado (pág. 69).

⁷⁸ El debate comienza con los artículos de RANELLETTI, «Concetto e natura», *cit.*; CAMMEO, «La volontà individuale e i rapporti di diritto pubblico», *Giurisprudenza Italiana*, LII (1900), parte IV, cols. 1 y sigs., y FORTI, «Natura giuridica», *cit.*, donde se exponen casi todos los argumentos en los que se ha venido insistiendo con posterioridad. El artículo de RANELLETTI continúa siendo una referencia clásica sobre la distinción entre autorizaciones y concesiones administrativas. *Vid.* GARCÍA DE ENTERRÍA/FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, *Curso, cit.*, vol. II, pág. 137; SORACE/MARZUOLI, «Concessioni amministrative», *Digesto delle discipline pubblicistiche*, vol. VI (1991), págs. 178 y sigs., y CORSO, «Autorizzazione amministrativa», *Dig. dis. pubbl.*, vol. I, págs. 58 y sigs. Pueden encontrarse referencias a este debate en las obras de FALCON, *Le convenzioni pubblicistiche, cit.*, págs. 71 y sigs.; D'ALBERTI, *Le concessioni amministrative. Aspetti della contrattualità delle pubbliche amministrazioni*, Napoli, 1981, págs. 3 y sigs., y MASUCCI, *Trasformazione dell'amministrazione, cit.*, pág. 10, nota 19. Entre los manuales, el que repasa con mayor detalle la bibliografía es ALESSI, *Principi di diritto amministrativo*, Milano, 1974 (3.^a ed.), vol. I, págs. 319 y sigs. En esta polémica es patente la influencia de algunos de los autores alemanes estudiados en el epígrafe anterior (MAYER, LABAND y G. JELLINEK), cuyas obras son continuamente citadas. También se cita la doctrina francesa (especialmente BATBIE, DUCROQ, DUFOUR o AUCOC), aunque la discusión se ciñe al marco establecido por MAYER y LABAND.

⁷⁹ Las obras de FALCON y de MASUCCI citadas en la nota anterior son una prueba de ello, ya que repasan la polémica sobre el contrato de Derecho público como un primer capítulo del estudio de los contratos sobre actos y potestades administrativas.

cia, el punto de partida de un proceso que iría «de la negación mimética de la contractualidad del poder a la modulación convencional del Procedimiento Administrativo»⁸⁰.

La unión del estudio de ambos asuntos (el contrato de Derecho público en sentido italiano y los acuerdos sobre el ejercicio de potestades administrativas) me parece poco conveniente, puesto que los problemas objeto de examen son diferentes. Sólo se puede comprender el sentido de la polémica italiana sobre el contrato de Derecho público si se tiene en cuenta el contexto en que los diversos autores se manifestaban a favor o en contra de dicha figura. Y ese contexto no era otro que el debate sobre la naturaleza jurídica (contrato o acto necesitado de colaboración) de ciertas figuras reconocidas y reguladas (más o menos exhaustivamente) en la legislación administrativa: las concesiones, el empleo público, y (en menor medida) los acuerdos expropiatorios, los concordatos tributarios y la transacción⁸¹. Las escasas

⁸⁰ Las expresiones entrecomilladas corresponden a DELGADO PIQUERAS, *La terminación convencional*, cit., pág. 63, y son los títulos, respectivamente, del capítulo II y del epígrafe en que se estudia la evolución de la doctrina italiana desde RANELLETTI (cuyo artículo aparece fechado en 1884) hasta las vísperas de la aprobación de la Ley 241/90. Una vez mencionadas las tesis de quienes negaban la categoría del contrato de Derecho público, así como la construcción de GIANNINI sobre los contratos de la Administración, concluye: «Para la doctrina italiana actual, los dogmas de la indisponibilidad y la no negociabilidad del poder administrativo [que es lo que supuestamente se achaca a RANELLETTI y sus seguidores hasta VIRGA, únicos autores mencionados como opositores a la «negociabilidad» del poder público] se desvanecen a la luz de la legislación y la praxis administrativa. Las resistencias teóricas al reconocimiento de una capacidad negocial de la Administración pública tenían su explicación en el contexto del Estado autoritario y abstencionista y sólo por una inercia dogmática prevalecerán por algún tiempo más, saltando por los aires cuando la Administración se convierte en protagonista del cambio social y económico y disputa seriamente al mercado la ordenación de la vida social» (pág. 67).

⁸¹ Esto es bastante claro en los artículos citados de RANELLETTI y FORTI, cuyo título se refiere a las autorizaciones y concesiones administrativas. CAMMEO, *Corso di diritto amministrativo*, Padova, 1960, pág. 529, describe el supuesto de hecho al que se refiere la polémica como aquellos «numerósísimos casos en los que determinados efectos jurídicos no se producen a no ser que exista, de un lado, la declaración de voluntad de la administración, y del otro la del particular, coincidente en su objeto y en su finalidad, en forma de solicitud previa o de aceptación posterior, o incluso de ambas formas». Lo cual se aplica

veces en que el problema de la disponibilidad negocial del ejercicio de potestades administrativas aparece en el debate, se resuelve con base en argumentos diferentes, lo que muestra la desconexión entre ambas cuestiones ⁸².

«a todas las autorizaciones o concesiones que confieren derechos al particular (por ej., licencia de utilización de armas, concesiones de uso de bienes demaniales, permisos de edificación, etc.), o respecto a todas aquellas relaciones que confieren derechos e imponen obligaciones (nombramiento para empleos públicos, elecciones a cargos públicos, enrolamiento voluntario, admisión en establecimientos públicos, concesiones de ciudadanía, etc.)», que a su vez «no constituyen una regla general, sino una serie, ciertamente amplia y uniforme en sus rasgos típicos, de casos especiales enumerados taxativamente». Del mismo modo, ZANOBINI, *Corso di diritto amministrativo*, vol. I, Milano, 1958 (8.ª ed.), pág. 231, sostiene que «la cuestión se ha discutido respecto al nombramiento de empleados públicos (de los que prestan servicio retribuido), a la concesión de servicios públicos y a la del uso de bienes demaniales». VIRGA, *Il provvedimento amministrativo*, Milano, 1972 (4.ª ed.), pág. 139, considera como uno de los obstáculos más graves para la admisión de la figura «que el contenido de los supuestos contratos de Derecho público está casi íntegramente regulado por la ley», lo que no tiene sentido, obviamente, si lo que se discute es la posibilidad de que la Administración celebre acuerdos o contratos no previstos o regulados por norma alguna. En las páginas 140-141 cita a MAYER, FLEINER y KORMANN, entre otros, y acepta expresamente el concepto de acto dictado en virtud de sumisión (*Verwaltungsakt auf Unterwerfung*), utilizándolo para explicar los supuestos clásicos previstos en la legislación: nombramiento de funcionario, concesiones, acuerdos expropiatorios, concordatos tributarios (este autor había expuesto en las mismas ideas, en su voz «Contratto di diritto pubblico» de la *Enc. dir.*). GUICCIARDI, en «Le transazioni degli enti pubblici», *Arch. dir. pubbl.*, vol. I (1936), págs. 64 y sigs. y 205 y sigs., pág. 224, texto y nota 1, nota cómo la polémica sobre el contrato jurídico-público, pese a la generalidad aparente de la figura, se limita «a los pocos casos previstos por las leyes especiales». Los ejemplos de contrato de Derecho público (en su versión administrativa) a que se refiere CARNELUTTI, «Contratto e diritto pubblico», en *Studi in onore di A. Ascoli*, Mesina, 1931, págs. 7 y sigs., pág. 9, son las concesiones de dominio público y la relación funcional. Para GALLO, «Contratto di diritto pubblico», *Novissimo Digesto Italiano*, vol. IV, págs. 644 y sigs., esp. págs. 648 y sigs., los principales supuestos de contrato de Derecho público (en el caso de que se aceptase tal categoría) serían las concesiones y la relación de empleo público. En el mismo sentido, ALESSI, *Principi*, cit., vol. I, pág. 330, nota 37, y, recientemente, S. BUSCEMA/A. BUSCEMA, *I contratti della pubblica amministrazione*, Padova, 1994 (2.ª ed.), pág. 56.

⁸² Dicha desconexión es patente en el artículo citado de GUICCIARDI, «Le transazioni», cit. El autor estudia (págs. 118 y sigs.) la posibilidad de que la Administración transija, con los problemas que ello conlleva desde el punto de vista de la «negociabilidad» del poder (puesto que la Administración puede lle-

Los autores italianos utilizan los argumentos alemanes (de MAYER o G. JELLINEK) para pronunciarse sobre la naturaleza jurídica de las concesiones administrativas (tanto de bienes como de servicios públicos), siendo así que los autores alemanes no habían pensado para nada en ellas sino en relaciones jurídicas (funcionarios, nacionalidad) totalmente diferentes ⁸³. A los argu-

gar a comprometerse a realizar alguna prestación en favor de un particular para que éste no impugne un acto de dudosa legalidad). Una vez resuelta esta cuestión, examina la naturaleza unilateral o contractual de la transacción (págs. 222 y sigs.). El primer problema (que es el que guarda semejanza con el relativo a los acuerdos y contratos sobre actos y potestades administrativas) se aborda no sólo de forma separada, sino recurriendo a elementos (el principio de legalidad, especialmente) completamente diferentes del segundo, que es donde aparecen los clásicos argumentos favorables y contrarios al contrato de Derecho público. CAMMEO, *Corso, cit.*, pág. 530, dice que «si el Estado necesita del ciudadano una prestación de obra o de mercancías y cosas, que no tiene medio para reclamar *iure publico*, puede conseguirla igualmente en régimen jurídico-privado con un contrato». Parece que se quiere separar las potestades administrativas (que deberían ejercerse dentro de los límites y por los cauces previstos normativamente) del contrato jurídico-privado, completamente igual al que se da entre particulares. Ello excluiría la negociación contractual sobre el ejercicio de potestades para obtener del particular prestaciones no previstas en norma alguna: lo que interesa destacar en este momento es que el problema es resuelto (apodícticamente) al margen de la argumentación sobre el contrato de Derecho público (lo mismo ocurre en la col. 13 de su artículo «La volontà individuale e i rapporti di diritto pubblico», *cit.*).

⁸³ Lo que es confirmado directamente por los títulos de los artículos ya citados de RANELLETTI y FORTI. Los propios autores se hacen cuestión de esa variación del objeto de la categoría «contrato de Derecho público». Así, en RANELLETTI, «Concetto e natura», *cit.*, col. 43, o FORTI, «Natura giuridica», *cit.*, col. 424, quien observa que «la doctrina alemana, a la que se debe la paternidad del contrato de derecho público, no ha considerado nunca como tal ninguna categoría de concesiones», lo que él achaca a que la mayoría de servicios objeto de concesión en Italia son gestionados directamente por el Estado en Alemania.

Por otro lado, la discusión sobre la naturaleza del contrato se basa en una peculiaridad de ese ordenamiento jurídico-administrativo (la distribución entre las jurisdicciones ordinaria y administrativa de la competencia para conocer de los litigios con la Administración, basada en la distinción entre derechos subjetivos e intereses legítimos), totalmente ajena al nuestro, lo que debe tenerse en cuenta a la hora de utilizar argumentos de los autores italianos. En el caso de las concesiones, como dice D'ALBERTI en *Le concessioni amministrative, cit.*, pág. 190, «la inserción de un contrato privado en el acto administrativo de concesión (una de las teorías sobre la naturaleza jurídica de ésta, aceptada por la jurisprudencia) sirvió, fundamentalmente, para justificar la titularidad de

mentos alemanes se añaden también los de autores franceses sobre la naturaleza del *contrat administratif*, referido a unos contratos (suministros, obras, gestión de servicios) totalmente diferentes de los estudiados en Alemania y en Italia⁸⁴. De modo que dos instituciones diferentes, en cuanto pensadas para regular distintas relaciones sociales (el contrato de Derecho público alemán y el *contrat administratif*), acaban siendo confundidas por quienes intentaban averiguar si debía desaparecer o no de los

derechos subjetivos perfectos por las partes de la relación: en particular, por el concesionario. A éste, por el contrario, con base en las anteriores construcciones unilateralistas, se le reconocía exclusivamente la titularidad de meros intereses legítimos». Ello tendrá una consecuencia inmediata (págs. 191 y sigs.) en relación a los requisitos y a la indemnización en caso de *revoca* (rescate) de la concesión. Sobre ello influye la modificación que en ese esquema ha producido el artículo 5 de la Ley 1034/1971 (de 6 de diciembre), de creación de los Tribunales Administrativos Regionales (TAR), que ha calificado las cuestiones relativas a las concesiones de bienes y servicios (con excepción, precisamente, de las relativas a «indemnizaciones, cánones y otras contraprestaciones») como de la exclusiva competencia de la jurisdicción administrativa, con independencia de que se trate de intereses legítimos o de derechos subjetivos. *Vid.* para una explicación más extensa, MASUCCI, *Trasformazione dell'amministrazione*, pág. 20, y SORACE-MARZUOLI, «Concessioni amministrative», *cit.*. No sólo nos es ajena la partición jurisdiccional sobre la base de la distinción entre derechos subjetivos e intereses legítimos, sino que los problemas indemnizatorios en el caso de ejercicio de potestades administrativas que incidan sobre el equilibrio de contratos administrativos tienen en nuestro ordenamiento un régimen que obedece a planteamientos y a influencias completamente diferentes a los de la *revoca* italiana.

⁸⁴ Así, VITTA, *Diritto amministrativo*, Torino, 1962 (5.ª ed.), págs. 396-397, hace un elenco de los autores contractualistas y unilateralistas, contando entre los primeros a LABAND, G. JELLINEK, FORTI (junto a otros autores italianos), HAURIOU, DUGUIT y JÉZE, y entre los segundos a O. MAYER y RANELLETTI. Es evidente que los autores alemanes que negaban el contrato de Derecho público lo hacían con referencia al empleo público y a la adquisición de la nacionalidad, mientras que los franceses, al aceptar el contrato administrativo, no pensaban en la adquisición de la nacionalidad, sino en unos supuestos (obras públicas, servicios públicos), cuya naturaleza contractual reconocía perfectamente MAYER (considerándolos contratos privados). GALLO, en la bibliografía de la voz «Contratto di diritto pubblico», *cit.*, pág. 644, también incluye (entre los autores extranjeros) tanto a los alemanes como a los teóricos franceses del *contrat administratif* (y, por extensión, a la obra de FERNÁNDEZ DE VELASCO, *Los contratos administrativos*).

En el texto se emplea a veces la expresión *contrat administratif*, sin traducir, para evitar su confusión con el contrato de Derecho público.

manuales un epígrafe dedicado al *contratto di diritto pubblico*⁸⁵. Todo ello sin olvidar que una construcción unitaria de la categoría «concesiones administrativas», que prescindiera de los diversos regímenes jurídicos y de la distinción entre concesiones demaniales y de servicio público, puede acabar siendo demasiado genérica y escasamente útil, como señala la doctrina actual⁸⁶.

No tendría sentido referir aquí detalladamente esta polémica, una vez aclarada su relación con el tema de los acuerdos sobre actos y potestades administrativas. La mayoría de los argumentos empleados en ella, o bien son una reiteración de los ya propuestos por la doctrina alemana, o bien han sido ya manifiestamente superados por la teoría contractual general o por las aportaciones producidas en las últimas décadas sobre los contratos administrativos (así, el problema de la igualdad de las partes, de la determinación del contenido del contrato por una sola de ellas, de que la Administración sea titular de potestades que le permiten intervenir unilateralmente durante la ejecución del contrato, etc.)⁸⁷. De ahí que, para S. ROMANO o ZANOBINI, entre

⁸⁵ La radical heterogeneidad entre el (discutido) concepto de contrato de Derecho público alemán, y el *contrat administratif* (en cuanto resultado del debate producido en Francia sobre los contratos de la Administración) no ofrece dudas, como se ha mostrado *supra*, en el § I.4 (nota 70). Entre nosotros S. MARTÍN-RETORTILLO decía en 1959 que «en modo alguno es posible establecer una correspondencia entre ambas figuras» [«La institución contractual en el Derecho Administrativo; en torno al problema de la igualdad de las partes», *RAP*, 29 (1959), págs. 59 y sigs., ahora también en *El Derecho civil en la génesis del Derecho administrativo y sus instituciones*, págs. 69 y sigs., pág. 66]. También NIETO, al traducir en 1965 el entonces proyecto de Ley de Procedimiento Administrativo alemán, hablaba de *convenio* y no de *contrato* de Derecho público, «para evitar los equívocos que pudieran surgir al asimilar el *öffentlich-rechtlicher Vertrag* alemán con el contrato administrativo español, con el que (...) tiene muy poco de común» («Proyecto de Ley», *cit.*, págs. 483 y sigs., pág. 507, nota 69). En el mismo sentido, GARCÍA-TREVIJANO FOS, *Los convenios expropiatorios*, *cit.*, pág. 95.

⁸⁶ Por todos, *vid.* D'ALBERTI, *Le concessioni amministrative*, *cit.*, pág. 293, y PERICU, «L'attività consensuale», *cit.*, pág. 1389.

⁸⁷ A alguna de esas objeciones ya me he referido en apartados anteriores del trabajo. Así, CAMMEO insiste (*Corso*, *cit.*, pág. 531, y «La volontà individuale», *cit.*, col. 12) en que la Administración no puede celebrar contratos de Derecho público porque ella tiene el monopolio de este tipo de relaciones jurídicas, y no existe la mínima libertad necesaria para que se pueda hablar de con-

otros, la existencia de contratos Derecho público depende exclusivamente de que el Derecho positivo los regule, sin que exista ningún obstáculo institucional para ello ⁸⁸.

trato. El argumento se adapta mal a los supuestos a los que él lo aplica, puesto que nadie puede ser hecho funcionario o concesionario contra su voluntad, pero sí es pertinente respecto de los contratos sobre actos y potestades administrativas. En éstos, la Administración celebra un acuerdo para conseguir nada más que lo que podría lograr unilateralmente, con el ejercicio de una de sus potestades (ejercicio al que puede recurrir si el particular se niega a prestar su consentimiento), lo que ha permitido sostener que no existe un verdadero acuerdo, y que la calificación contractual sería desfavorable al ciudadano, al ocultar la verdadera sustancia imperativa de la relación. Vuelve a plantearse aquí la objeción estudiada *supra*, § II.6, y que se resuelve recordando que el Derecho privado conoce este tipo de situaciones, en las que el titular de un derecho potestativo o facultad de configuración jurídica cuyo contenido es la constitución de una determinada relación jurídica llega a un acuerdo con el otro sujeto de esa relación y la misma se constituye mediante un contrato, sin necesidad del ejercicio de una acción judicial para obtener una sentencia constitutiva. Es también CAMMEO quien dice que un acto no puede ser un contrato si éste comienza a producir efectos a partir de la declaración de voluntad de una sola de las partes, o cuando, una vez emitidas ambas declaraciones de voluntad, los efectos del acuerdo se retrotraen al momento de producción de la primera (*op. cit.*, pág. 522). Sin embargo, es claro que la determinación del momento en que el contrato comienza a producir efectos pertenece a la autonomía de las partes. Además, el *Codice Civile* vigente de 1942 dispone en su artículo 1.327, p. 1.º, que «siempre que, a instancia del ofertante o por la naturaleza del negocio o según los usos, la prestación deba ejecutarse sin una respuesta previa, se considera que el contrato se celebra en el momento y lugar en que se produce la ejecución». Sobre las novedades que el nuevo *Codice Civile* introduce en el concepto de contrato, y su influencia en la polémica sobre el contrato de Derecho público, *vid.* MUTI, *Introduzione allo studio delle convenzioni amministrative*, Napoli, 1984, págs. 33 y sigs.

También excluiría la naturaleza contractual de una relación jurídica el hecho de que la Administración la constituyera, no para obtener la prestación prometida por el particular, sino para lograr un fin de naturaleza extrapatrimonial (*vid.* CAMMEO, «La volontà individuale», *cit.*, col. 13, y RANELLETTI, «Concetto e natura», *cit.*, cols. 60-62). Sin embargo, lo cierto es que también los particulares persiguen a veces objetivos de interés general (fundaciones, etc.), y nadie discute que lo hacen a través de contratos.

⁸⁸ En el *Corso*, *cit.*, vol. I, ZANOBINI explica que «el problema del contrato de derecho público no es un problema abstracto, sino exclusivamente de derecho positivo; por otra parte, su relevancia es puramente formal, porque, dado el carácter público de los poderes de que dispone la administración cuando actúa en el campo del derecho público, la forma unilateral o contractual de los actos de los que se vale no tiene influencia sobre los efectos producidos, que en todo

Otra de las peculiaridades del debate italiano, que es preciso tener en cuenta al valorar sus conclusiones, y que limita seriamente la utilidad de éstas en nuestro ordenamiento, son las dificultades que la técnica de los actos separables encuentra para su aceptación en ese sistema. Ni esa aceptación es pacífica, ni lo es la solución de los principales problemas prácticos de aplicación de esa técnica (resueltos en España por el art. 66.1 LCAP, y antes por el art. 47 RGCE)⁸⁹. Por esta razón, no tienen dema-

caso se derivan del carácter público del negocio jurídico y son los que normalmente tiene el acto administrativo unilateral» (pág. 236). Ya S. ROMANO, tras haber refutado la tesis que veía en la «diversidad ontológica» entre la Administración y el particular un obstáculo para la existencia de contratos entre ambos, añadía: «No se niega que tal diversidad pueda ser tenida en cuenta por el derecho positivo para dar carácter unilateral, en lugar de contractual, a ciertos actos, pero se trata de una simple posibilidad, no de una necesidad, y por tanto se debe demostrar efectivamente que la ley haya extraído esa consecuencia» (*Corso, cit.*, pág. 235). En el mismo sentido, VITTA, *Diritto amministrativo, cit.*, pág. 401; SANDULLI, *Manuale di diritto amministrativo* (2 vols.), Napoli, 1989 (15.ª ed.), vol. I, pág. 601; FALCON, *Le convenzioni pubblicistiche, cit.*, págs. 212 y 259. Según PERICU, «L'attività consensuale», *cit.*, pág. 1309, «La problemática de la admisibilidad del contrato de derecho público es claramente conceptista. Se ocupa de la reconstrucción abstracta de categorías jurídicas, con la consecuencia obvia de que, según como se proceda a tal reconstrucción, se puedan considerar admisibles o no las más diversas hipótesis. Sin embargo, el problema es de orden estrictamente normativo». (*vid.* también, con especial referencia a las concesiones, las págs. 1377-1378 y 1389). El problema no es tanto la calificación que el legislador dé al supuesto, como su régimen (FALCON, *op. cit.*, pág. 211).

⁸⁹ Como es sabido, en el ordenamiento italiano, y respecto a los contratos ordinarios o instrumentales de la Administración (regidos por el Derecho privado), se considera que existen actos administrativos previos (que deciden la celebración y el contenido del contrato, así como la selección del contratista) en los contratos *ad evidenza pubblica*, categoría cuya delimitación es llevada a cabo por diversas normas con criterios variables (de modo que algunos contratos de gran relevancia económica se encuentran fuera de ella, y viceversa), y en la que el procedimiento de contratación está regulado de manera más pormenorizada y se aísla un acto unilateral que le pone fin. La jurisprudencia ha intentado aplicar esta misma técnica a supuestos en que la legislación no la prevé (de modo que ha tenido que «inventar» un acto separable, lo que ha dado lugar a discusiones doctrinales). Las cuestiones de régimen jurídico de estos actos, en particular la legitimación para impugnarlos (si alcanza o no a los licitantes que no seleccionados), y los efectos de su anulación (si afecta o no al contrato en proceso de ejecución o ya ejecutado) tampoco están claras. Exposiciones recientes y detalladas del estado de la cuestión en GIANNINI, *Diritto amminis-*

siada utilidad en nuestro ordenamiento tesis que resuelven los problemas del contrato de Derecho público (y, eventualmente, de los contratos sobre actos y potestades administrativas), anteponiéndole un acto administrativo, u objeciones a esta categoría que se resolverían si existiese un acto separable (dado que éste existe en España en todo caso) ⁹⁰.

trativo, cit., vol. II, págs. 363 y sigs.; BRUTI LIBERATI, *Consenso e funzione nei contratti di diritto pubblico tra amministrazioni e privati*, Milano, 1996; PERICU, «L'attività consensuale», *cit.*, págs. 1295 y sigs., y S. BUSCEMA-A. BUSCEMA, *I contratti, cit.*, págs. 63 y sigs. Las tendencias a la huida del modelo de la *evidenza pubblica* (autorizando a determinados entes o respecto de las obras con una cierta finalidad la contratación por procedimientos «simplificados» en cuanto a la redacción del proyecto y la selección del contratista) han sido criticadas por facilitar las prácticas de corrupción: GIANNINI, *Diritto amministrativo, cit.*, vol. II, pág. 447.

⁹⁰ MASUCCI expone el planteamiento tradicional del problema, al decir: «Hoy ya no se discute que la administración no sólo puede, sino que debe perseguir el interés público, también cuando actúa mediante poderes negociales. (...) Lo que distingue a esta actividad de la jurídico-pública es el tipo de "conexión", de "legamen" entre la actividad de la administración y el interés público perseguido: en caso de actividad llevada a cabo con medios jurídico-privados, la necesidad de perseguir un interés público no se traduce, normalmente, en reglas que incidan formalmente sobre la definición de la voluntad contractual de la administración pública y sobre la validez del acto contractual: la coherencia del acto con esa finalidad, y la propia legitimidad del acto, deben ser valoradas, en realidad, según reglas jurídico-privadas» (*Trasformazione dell'amministrazione, cit.*, pág. 25, nota 52). En nuestro ordenamiento, por el contrario, los actos separables son justamente la institución que permite que los principios que vinculan a la actividad administrativa (el servicio a los intereses generales, la interdicción de la arbitrariedad) repercutan sobre el régimen y validez del contrato. En Italia, como se desprende de las palabras de MASUCCI, los actos separables (el régimen de la *evidenza pubblica*) son una excepción (*ope legis*) a la calificación y tratamiento exclusivamente jurídico-privados de los contratos de la Administración.

FALCON estudió en 1984 las *convenzioni pubblicistiche* (no limitándose a las concesiones, sino planteándose la legitimidad del pacto como forma de actividad administrativa) para llegar a la conclusión de que los intereses públicos y el sometimiento a Derecho de la Administración son preservados siempre que a la convención preceda un acto administrativo, por el que la Administración decide convenir con un particular, y que es enjuiciable con las técnicas del *eccesso di potere* aplicables al control del ejercicio de la discrecionalidad: *vid. Le convenzioni pubblicistiche, passim*, y esp. pág. 259. El autor expone en este lugar el núcleo de su argumentación: a) «El acto con el que la administración expresa de forma vinculante para ella su adhesión a la relación paccionada

En aquellos casos en que la conjunción entre actos y contratos es innegable, se tiende a mantener, como figuras «puras», el contrato (de Derecho privado) y el acto, más que a crear instituciones «híbridas», como el contrato administrativo o el contrato de Derecho público. Esta es una posición que hoy día sólo Italia mantiene entre los ordenamientos continentales⁹¹. A su vez, al

tiene carácter de acto *administrativo* (...). En cuanto acto administrativo, está sujeto a las reglas propias de la categoría, por lo que respecta a los supuestos de ilegitimidad y el régimen de anulación»; *b*) «que la adhesión de la Administración se entienda como acto administrativo y no como acto negocial constituye una garantía para el interés público, pero también, al propio tiempo, una garantía para los *terceros* respecto a la relación bilateral», y *c*) el hecho de que la declaración de voluntad de cada una de las partes esté sometida a un régimen jurídico diferente (la del particular, al Derecho privado; la de la Administración, al Derecho administrativo), no es obstáculo a su fusión en un contrato. Salta a la vista que las tres afirmaciones (que han necesitado, para ser sostenidas en Italia, el fundamento de un grueso volumen) son moneda corriente en nuestro ordenamiento, no sólo para los contratos sobre actos y potestades administrativas, sino para cualquier contrato instrumental (un simple suministro) de la Administración.

A la misma conclusión se llega si repasamos las tesis más recientes sobre las concesiones administrativas (después de un siglo de discusión doctrinal), representadas por PERICU, «L'attività consensuale», *cit.*, págs. 1377 y sigs., y SORACE-MARZUOLI, «Concessioni amministrative», *cit.*, págs. 281 y sigs. Las diversas soluciones que, como superadoras del debate, se proponen, están ya vigentes en España: la necesidad de atender a la configuración que el legislador dé a cada supuesto concesional (entre nosotros, se admite la diversa configuración de las concesiones demaniales y de servicio público), la posibilidad de calificar la concesión como un contrato (de la que parte la regulación de la LCAP), la existencia de un acto administrativo previo a la celebración del contrato (el acto separable), así como que la regulación del servicio concedido no se contenga íntegra en el contrato, sino también en normas previas e independientes de él (algo que resulta obligatorio en nuestro ordenamiento, en virtud del artículo 156.2 LCAP).

⁹¹ Así, para GIANNINI, dentro de los contratos de la Administración están aquellos regidos por el Derecho privado (ordinario o especial), y otra categoría «constituida por los contratos *ad oggetto pubblico, detti da alcuni di diritto pubblico*» (*Diritto amministrativo*, *cit.*, vol. II, pág. 356). También se han pronunciado a favor de la integración en el Derecho privado de los contratos cuyo objeto se relaciona estrechamente con un acto administrativo otros autores, como DI RENZO, *I contratti della Pubblica Amministrazione*, Milano, 1969, págs. 9 y sigs.; ALESSI, *Principi*, *cit.*, vol. I, pág. 332 (este autor, aunque admite que el contrato deba ser calificado como «de Derecho público» cuando se relaciona de algún modo con una materia jurídico-pública, reduce de tal modo su

estudiar los actos administrativos necesitados de colaboración se han distinguido los que *también* podrían ser un contrato (si el legislador los hubiese configurado como tales) de aquellos otros respecto de los cuales no se plantea el problema ⁹².

Es necesaria una última reflexión, para concluir este epígrafe, teniendo presente en todo caso que su finalidad principal es determinar la medida en que la elaboración del contrato de Derecho público en el ordenamiento italiano puede suministrar-nos elementos de interés para el encaje en nuestro propio Derecho de los contratos y acuerdos sobre actos y potestades administrativas. El estudio de los acuerdos integrativos o sustitutivos de actos administrativos, regulados por el artículo 11 de la Ley 241/1990, se realiza completamente al margen de la polémica sobre el contrato de Derecho público, que es referida, en todo caso, como antecedente ⁹³. La construcción de esta nueva figura

ámbito, que no sólo no incluye lo que en Francia o España se calificaría como contratos administrativos, sino tampoco ninguna relación entre Administración y particulares); SANDULLI, *Manuale, cit.*, vol. I, pág. 605, o FALCON, *Le convenzioni pubblicistiche, cit.*, pág. 206.

⁹² Tanto ROMANO como VITTA afirman que, respecto de algunos de los actos necesitados de colaboración, nadie pensaría en un contrato. El primero recuerda que «hay actos administrativos que implican una cierta voluntad de los particulares y que, sin embargo, son sin duda unilaterales, ya que tal voluntad es sólo una consecuencia o un antecedente de la voluntad que constituye el acto. Una licencia de uso de armas presupone que alguien la haya solicitado, y una naturalización, o que haya sido solicitada, o que sea aceptada a continuación» (*Corso, cit.*, pág. 235). Para VITTA, «todos reconocen que en materia de autorizaciones sería absurdo hablar de contrato» (*Diritto amministrativo, cit.*, pág. 395).

⁹³ FALCON, en *Le convenzioni pubblicistiche, cit.*, tras repasar la polémica sobre el contrato de Derecho público, construye la figura de las convenciones al margen de tal polémica, operando con los conceptos de acto y potestad administrativa. MASUCCI estudia los problemas de la disponibilidad o negociabilidad de las potestades administrativas al margen del contrato de Derecho público (*Trasformazione dell'amministrazione, cit.*, pág. 12, nota 20), y lo que propone, como conclusión de su trabajo, es que la regulación alemana del contrato de Derecho público sirva como modelo en Italia (págs. 159 y sigs.). La separación entre ambas perspectivas es clara también en FERRARA, *Gli accordi, cit.*, donde lo que se estudia son los acuerdos que *no* tienen por objeto el interés público o el ejercicio de potestades administrativas (págs. 131 y sigs.). Las obras posteriores a la Ley no sólo estudian ésta al margen del contrato de Derecho público, sino que subrayan a veces la heterogeneidad de ambos temas. *Vid.*, por todos, STICCHI DAMIANI, *Attività amministrativa consensuale, cit.*, pág. 72.

se realiza sobre el propio tenor de la norma (o sobre el régimen de acuerdos regulados anteriormente por la legislación sectorial) o, en su caso, tomando como referencia el contrato de Derecho público en la regulación de la *VwVfG*⁹⁴.

5. El planteamiento actual del problema en el Derecho español

La doctrina española anterior (hablando en términos convencionales) a la «generación de la *RAP*» se hizo eco, al tratar el tema de los contratos de la Administración, de las elaboraciones alemanas, italianas y francesas⁹⁵. Los autores, al exponer el

⁹⁴ Otra cosa es que haya autores que, precisamente por preferir el mantenimiento de figuras «puras» (contrato de Derecho privado y acto administrativo) a la creación de híbridos (contrato administrativo y contrato de Derecho público), sigan estudiando conjuntamente todos los supuestos en que se da una conjunción mayor o menor entre acto y contrato. Aquí se incluirían desde el contrato precedido por un acto (los supuestos de aplicación en Italia de la doctrina de los actos separables), hasta el contrato que pretende vincular el dictado de un acto futuro, y sería posible, al menos teóricamente, aplicar normas pensadas para una de esas categorías, a las demás, como hace PERICU («L'attività consensuale», *cit.*, pág. 1388), que pretende solucionar el problema de la *revoca* de las concesiones administrativas aplicando el artículo 11.4 de la Ley 241/1990, que prevé la resolución unilateral de los convenios que determinan el contenido de un acto administrativo futuro. Sobre esta forma de plantear el problema, defendida en cierto modo por GIANNINI con su categoría de los *contratti ad oggetto pubblico*, volveré *infra*, en el capítulo VI.

⁹⁵ Sirva de ejemplo, en época relativamente tardía, el Dictamen del Consejo de Estado de 30 de noviembre de 1949 (núm. 5278), en que se utiliza la terminología de KORMANN a propósito de una concesión demanial, que es calificada como «acto administrativo negocial o negocio jurídico de Derecho público, [lo que] implica que los efectos jurídicos que directamente ha de producir son los que de modo expreso señala el contenido de su propia declaración negocial». Concepción abandonada cuando la dogmática del acto administrativo se elabora sobre bases jurídico-públicas propias, al margen de la teoría del negocio jurídico. (En contra, GALLEGO ANABITARTE, «La acción concertada: nuevas y viejas técnicas jurídicas de la Administración», en *Libro Homenaje al Prof. Juan Galvañ Escutia*, Valencia, 1980, págs. 191 y sigs., esp. pág. 224, texto y nota 1). ALVAREZ GENDÍN, *Los contratos públicos*, Madrid, 1934, defiende esa calificación para los actuales contratos administrativos, llamando

Derecho español vigente (que establecía un régimen específico para determinados contratos de la Administración, los contratos administrativos, sin que dejasen de ser contratos), explicaban los argumentos dirigidos en Alemania e Italia contra el contrato de Derecho público, a veces sin advertir que tales argumentos se oponían, sí, al contrato de Derecho público, pero aplicando tal denominación a una figura jurídica que poco o nada tenía que ver con el contrato administrativo, puesto que el único supuesto en común que existía entre ambas era el de las concesiones administrativas, y esto no directamente, sino a través de la derivación italiana, como ya nos consta ⁹⁶. FERNÁNDEZ DE VELASCO,

«contratos administrativos» al conjunto de contratos de la Administración, págs. 37 y sigs. (postura defendida también por ALBI, *Los contratos municipales*, Valencia, 1944, pág. 12, para quien «contratos administrativos, en general, son aquellos en que interviene la Administración pública, en cualquiera de sus esferas»). También en Francia la relación funcional fue calificada durante un tiempo como «contrato de Derecho público». Además de lo que se dice en la nota siguiente sobre los «contratos administrativos por naturaleza» de LAFERRIÈRE, *vid. JÈZE, Principios generales del Derecho Administrativo*, vol. III, Buenos Aires, 1949 (traducción de SAN MILLÁN ALMAGRO), pág. 447.

⁹⁶ Este es el caso de ALVAREZ GENDÍN, quien, tras afirmar que «Fleiner, Kelsen, Kormann, como Layer, Laband, Jellinek y otros juristas alemanes y austriacos, conciben las relaciones contractuales de Derecho público no sólo entre sujetos de igual orden, sino entre los de distinta categoría; *verbigracia*, entre el súbdito y el Estado», añade: «En Francia también autores modernos conciben el contrato de Derecho público», pasando a exponer la doctrina de JÈZE (*Los contratos administrativos, cit.*, pág. 29). Los supuestos que se incluían en Alemania en la categoría «contrato de Derecho público» (en la polémica que estamos estudiando, no en la *VwVfG*, naturalmente) son considerados en Francia actos administrativos, y por ello la equiparación de ambos conceptos (o la «defensa» del contrato administrativo contra los argumentos opuestos en su día al contrato de Derecho público) supone una especie de «diálogo de sordos» jurídico. El equivalente a lo que los autores alemanes de finales del XIX entendían por «contratos de Derecho público» no es el contrato administrativo, sino otra categoría aludida por LAFERRIÈRE, en su *Traité de la Jurisdiction administrative*, t. I, París-Nancy, 1896 (2.ª ed.), págs. 486, 588, 604 y sigs., y puesta de manifiesto en Francia por LAMARQUE, *Recherches sur l'application du droit privé aux services publics administratifs*, París, 1960, págs. 23-24, y entre nosotros por GARCÍA DE ENTERRÍA, «La figura del contrato administrativo», *RAP*, 41 (1963), págs. 99 y sigs., pág. 104. Antes de que se impusiese el criterio del servicio público para definir el Derecho administrativo, y diferenciar los contratos administrativos de los privados, el criterio utilizado era la distinción entre actos de autoridad y actos de gestión. En esa

tras examinar las diversas figuras propuestas por la doctrina, no se plantea su relación en términos excluyentes (o contrato o acto, como MAYER o KELSEN), sino que sostiene que una misma relación puede ser calificada de una u otra forma, según el modo concreto en que sea configurada: «aun siendo bilaterales las relaciones producidas o creadas en los denominados contratos administrativos, *pueden*, sin embargo, no ser contratos, sino institución bilateral y consensual, que responda a otro tipo distinto»⁹⁷.

época se inscribe la obra de LAFERRIÈRE. Los contratos de la Administración, en cuanto actos de gestión, se regían por el Derecho privado, y de los litigios de ellos resultantes conocían los tribunales (y no el Consejo de Estado), salvo que una Ley dispusiese lo contrario. Justamente el grueso de la contratación pública estaba atribuido al Consejo de Estado en virtud de dos excepciones legislativas: la Ley de 28 de Pluvioso del año VIII, para las obras públicas, y el Decreto de 11 de junio de 1806, para los contratos de suministro. LAFERRIÈRE atribuye igualmente a la jurisdicción administrativa el conocimiento de los litigios derivados de otros contratos: ciertas concesiones de dominio público, las afectaciones de dominio hechas por el Estado en beneficio de un Departamento, Municipio o establecimiento público personificado, nombramiento de funcionarios y enganche de voluntarios en el Ejército. LAFERRIÈRE los llama contratos administrativos «por naturaleza», porque deben ser atribuidos a la jurisdicción administrativa aunque ninguna norma lo disponga, y ello porque son contratos sólo en apariencia: «el acuerdo de voluntad, en cierto modo, no es sino un complemento o una condición del acto administrativo al que acompaña». LAMARQUE dice que tales supuestos no son considerados hoy como contratos, ni siquiera aparentes (*op. cit.*, pág. 24), y GARCÍA DE ENTERRÍA recuerda que «son casi estos mismos ejemplos, precisamente, los que la doctrina alemana calificó primeramente de “actos administrativos de sumisión”» (*op. cit.*, pág. 104), es decir, aquellos a los que se refería la polémica sobre el contrato de Derecho público en su versión inicial.

⁹⁷ FERNÁNDEZ DE VELASCO, *Los contratos administrativos*, Madrid, 1945 (2.^a ed.), pág. 47. Del mismo autor, *vid.* también «Relaciones jurídicas bilaterales de origen no contractual», *RGLJ*, 144 (1924), págs. 566 y sigs. (art. incluido también en *Variaciones de Derecho y política*, Barcelona, 1932, págs. 34 y sigs.). En este artículo no se plantea exactamente la alternativa acto administrativo/contrato de Derecho público, sino más bien los conceptos alternativos al de contrato: *Vereinbarung*, *Gesamtakt*, operación de procedimiento (*vid.* HAURIUO, *Principes de droit public*, París, 1910, págs. 143 y sigs.). Para el régimen funcional, opta por la teoría estatutaria. En cuanto a las concesiones, se plantea la distinción, dentro de un documento único, entre cláusulas atinentes exclusivamente a la relación jurídica patrimonial entre la Administración y el concesionario (de las que se podrían derivar acciones de plena jurisdicción, en el sistema francés que le sirve de referencia), y cláusulas reguladoras del servicio (que los usuarios podrían impugnar mediante un recurso objetivo o por exceso de poder), en la línea que estudiará después MADIOT, en *Aux frontières*, *cit.*

El problema se plantea de un modo diferente en las obras aparecidas alrededor de la publicación del texto originario de la LCE (Texto Articulado de 8 de abril de 1965). A diferencia de lo que ocurre en el período anterior, en éste la doctrina construye una teoría bastante acabada de los contratos de la Administración (sin perjuicio de discrepancias sobre aspectos concretos), que ha pasado también a la LCAP⁹⁸. En todos estos casos, al examen de la distinción entre contratos administrativos y contratos privados de la Administración precede siempre la justificación del carácter realmente contractual de los contratos de la Administración. En esa justificación son examinados (y refutados) los distintos argumentos esgrimidos en Alemania e Italia contra el contrato de Derecho público⁹⁹. Sin embargo, no se cae en ninguna confusión, puesto que los distintos autores aclaran que la polémica sobre el contrato de Derecho público se refiere a supuestos diferentes a los que son calificados como contratos administrativos¹⁰⁰.

La polémica sobre el «contrato de Derecho público» vuelve a plantearse posteriormente a propósito de la calificación como actos o como contratos de las técnicas empleadas en la actividad

⁹⁸ Vid. GARCÍA DE ENTERRÍA, «Dos regulaciones orgánicas de la contratación administrativa», *RAP*, 10 (1953), págs. 241 y sigs.; «La figura del contrato administrativo», *cit.*; GARCÍA-TREVIJANO FOS, «Principios sobre los contratos de la Administración con especial referencia a la esfera local», *REVL*, 87 (1956), págs. 301 y sigs.; ENTRENA CUESTA, «Consideraciones sobre la teoría general de los contratos de la Administración», *RAP*, 24 (1957), págs. 39 y sigs.; S. MARTÍN-RETORTILLO BAQUER, «La institución contractual», *cit.*; PARADA VÁZQUEZ, *Los orígenes del contrato administrativo en el Derecho español*, Sevilla, 1963; GARRIDO FALLA, «Sustancia y forma del contrato administrativo en Derecho español», en *Studi in memoria di G. Zanobini*, Milano, 1965, vol. I, págs. 525 y sigs., y VILLAR PALASÍ, *Lecciones sobre contratación administrativa*, Madrid, 1969.

⁹⁹ GARRIDO FALLA dice que «frente a la construcción dogmática francesa del “contrato administrativo”», se oponen los recelos de las doctrinas alemana e italiana («Sustancia y forma del contrato administrativo», *cit.*, págs. 528 y sigs.). Vid. también ENTRENA CUESTA, «Consideraciones», *cit.*, págs. 42 y sigs. En sentido inverso, repasa la polémica sobre el contrato de Derecho público para afirmar que las concesiones administrativas son actos unilaterales VILLAR PALASÍ, «Concesiones administrativas», *cit.*, págs. 702-704.

¹⁰⁰ Así, GARCÍA DE ENTERRÍA, *cit.*, «La figura del contrato administrativo», pág. 104.

administrativa de fomento, a partir de los años sesenta. La naturaleza jurídica (y, por consiguiente, el régimen aplicable) de las relaciones jurídico-administrativas cuya constitución exige el consentimiento del particular ha dado siempre lugar a la polémica, aunque el objeto de ésta ha ido variando. Una vez consolidada a todos los efectos la concepción estatutaria de la relación funcional (confirmada, si cabe, por el surgimiento a su lado, como contraste, del empleo público laboral/contractual), y resuelta legislativamente la cuestión de la naturaleza de las concesiones de servicio público, se reproduce la misma discusión en el momento en que la actividad de fomento de la Administración, además de aumentar notablemente en importancia, es envuelta en una retórica contractual. Más allá del dato técnico de la necesaria solicitud o aceptación del particular, presente en la Administración de fomento en todas las épocas, se habla de «concertos» y «convenios», y además, dada la dimensión de los intereses en presencia, se producen verdaderas negociaciones ¹⁰¹.

No tiene sentido en este momento entrar en ese debate, por lo demás ampliamente superado ¹⁰². Aunque en él se ha querido ver un antecedente del problema de los contratos o acuerdos sobre actos y potestades administrativas, o de la «negociabilidad

¹⁰¹ Exponentes de este debate son los trabajos de PAREJO GÁMIR, «Contratos administrativos atípicos», *RAP*, 55 (1968), págs. 383 y sigs. (esp. pág. 410); SALAS HERNÁNDEZ, «El régimen de acción concertada», *RAP*, 56 (1968), págs. 435 y sigs.; BASSOLS COMA, «Consideraciones», *cit.*; GALLEGO ANABITARTE, «La acción concertada», *cit.*; ALBIÑANA GARCÍA-QUINTANA, «Los convenios como tercera categoría de los contratos del Estado», en *Homenaje a José Antonio García-Trevijano Fos*, Madrid, 1982, págs. 451 y sigs.; FERNÁNDEZ FARRERES, *La subvención*, *cit.*, págs. 355 y sigs.; DÍAZ LEMA, *Subvenciones*, *cit.*, págs. 147 y sigs., y MALARET I GARCÍA, *El régimen jurídico de la reconversión industrial*, Madrid, 1991, págs. 352 y sigs. Sobre los orígenes y las ideas que están en la base de la utilización de una terminología contractual o convencional para la actividad administrativa, además de lo ya indicado *supra* en el capítulo II, *vid.* FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, *El urbanismo concertado y la reforma de la Ley del Suelo*, Madrid, 1974, págs. 15 y sigs. y «Administración imperativa», *cit.*

¹⁰² Para FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, «el intento de explicar las relaciones entre la Administración y los particulares en la vida económica a través del contrato no pasó de ser nunca otra cosa que un simple intento, de valor más metafórico y simbólico que otra cosa, ligado a la mitología que la mística planificadora se esforzó en difundir» («Administración», *cit.*, pág. 61).

del Poder»¹⁰³, lo cierto es que de la naturaleza contractual de una subvención (que es lo que se discutía en ese debate) no se deduce que la Administración pueda, *v.gr.*, celebrar convenios sobre el ejercicio de sus potestades en materia ambiental al margen de cualquier habilitación normativa.

Dicho esto, se puede añadir que la distinción entre acto administrativo y contrato ha perdido en nuestro Derecho la virulencia de otras épocas (la virulencia de la discusión entre MAYER y KELSEN), del mismo modo que ha ocurrido en Alemania e Italia. El problema sigue siendo la calificación como acto administrativo o como contrato de una determinada relación jurídica, y ello al objeto de determinar el régimen aplicable¹⁰⁴.

La solución «mayeriana» a este problema consiste en negar la posibilidad de que existan contratos entre la Administración y el particular, en todo caso¹⁰⁵. Para llegar a esa conclusión se alegan diversos argumentos que hoy son inservibles, y que en su mayoría fueron ya refutados en el momento de la construcción teórica de los contratos administrativos y privados de la Administración. Ideas como la desigualdad de las partes o la determinación total del contenido de la relación jurídica por la Administración no son válidas para demostrar que la Administración y el particular no pueden celebrar contratos.

¹⁰³ Vid. DELGADO PIQUERAS, *La terminación convencional*, *cit.*, págs. 133 y sigs.

¹⁰⁴ Por poner dos ejemplos reales, la cuestión planteada puede ser la aplicabilidad del régimen de la LCE sobre intereses moratorios (Dict. de 24 de abril de 1975, núm. 39744), o bien si la responsabilidad de la Administración es contractual o extracontractual (Dict. de 21 de marzo de 1974, núm. 38966).

¹⁰⁵ Cualquier teoría, por unilateralista que sea, se enfrenta a la evidencia de que la Administración celebra múltiples contratos con particulares (todos los relativos a las obras públicas o a las necesidades de funcionamiento de la Administración), y que en todos estos casos ni se puede dudar que hay un contrato, ni ello plantea problema alguno. El contrato es posible, dirán MAYER y sus seguidores para solucionar esta dificultad, en la actividad administrativa regida por el Derecho privado. En aquellos ordenamientos, como el español, en que esos supuestos indudablemente contractuales (obra, suministro) son regidos por el Derecho administrativo, habrá que matizar el argumento: sólo es posible el contrato entre Administración y particular cuando se trate de un intercambio patrimonial entre ambos o, para describir el supuesto en palabras de GARCÍA DE ENTERRÍA/FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, cuando «la Administración actúa (...) como “cliente” de los empresarios privados» (*Curso*, *cit.*, vol. I, pág. 666).

No se trata de negar que puedan existir contratos entre la Administración y particulares (ya se ha visto que sería imposible), sino de atender al régimen jurídico, a la configuración normativa, del supuesto de que se trate ¹⁰⁶. Las repercusiones prácticas de una u otra calificación se han reducido mucho ¹⁰⁷. Al

¹⁰⁶ Se trata de una conclusión prácticamente unánime. GARCÍA DE ENTERRÍA/FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, *Curso*, vol. I, pág. 664, tras exponer la distinción entre contrato y acto necesitado de colaboración, añaden: «Es de notar que la diferenciación entre una y otra forma de expresar una conformidad de voluntades es, en la práctica, circunstancial. Fórmulas que en un momento se articulan como actos unilaterales de otorgamiento pasan más tarde a expresarse a través de convenios formales; por ejemplo, la concesión de servicios públicos antes y después de la LCE; la concesión demanial continúa hoy instrumentada a través de un acto administrativo unilateral necesitado de aceptación. (...) En cualquier caso, la articulación a través de una u otra técnica comporta consecuencias sustantivas de régimen». En el mismo sentido, GARRIDO FALLA, *Tratado*, cit., vol. II, pág. 65; VILLAR PALASÍ/VILLAR EZCURRA, *Principios de Derecho Administrativo*, t. III, Madrid, 1983, pág. 21; con anterioridad, en *Lecciones sobre contratación administrativa*, cit., pág. 27, y ya antes BALLBÉ, en «Actos administrativos», *NEJ*. Quien con más vehemencia ha defendido, en la doctrina reciente, la tesis unilateralista, GALLEGO ANABITARTE, lo hace *en atención al régimen jurídico específico* de la acción concertada de los Planes de Desarrollo (vid. «La acción concertada», cit., págs. 195 y sigs.), y admitiendo la naturaleza contractual de algunos supuestos de actividad de fomento que aparecen configurados como contratos (págs. 220 y 254, nota 8). Nótese (la aclaración es casi obvia) que lo relevante es el modo en que el supuesto en cuestión aparezca regulado, y no la *calificación* que le dé una norma. De ahí que GALLEGO (*op. cit.*, pág. 259) considere irrelevante que una Orden Ministerial califique abiertamente como contrato un supuesto específico de acción concertada, puesto que su régimen es el ordinario de esta categoría (unilateral, a su juicio).

¹⁰⁷ En este sentido, VILLAR PALASÍ, *Lecciones sobre contratación administrativa*, cit., pág. 27, y FERNÁNDEZ FARRERES, *La subvención*, cit., pág. 381, quien afirma que «de la calificación que al TS le merece la subvención otorgada, como paccionada o contractual, van a deducirse una serie de consecuencias jurídicas ulteriores que (...) igualmente podían haberse derivado de la calificación de acto administrativo». En el mismo sentido, ARIÑO, *Teoría del equivalente económico en los contratos administrativos*, Madrid, 1968, pág. 228. Las afirmaciones que sobre la naturaleza jurídica unilateral o contractual de determinadas relaciones se hacen en la jurisprudencia, no son en ocasiones sino *obiter dicta* irrelevantes, puesto que se aplica, por ejemplo, la regulación sobre el reintegro de una subvención por incumplimiento de condiciones, prevista en la propia convocatoria de la subvención de que se trate, sin extraer consecuencia alguna de la calificación. Así, por ej., en las sentencias de 27 de mayo (Ar. 3967, García Estartús) y 9 de junio de 1988 (Ar. 5324, Martín del Burgo), que afirman la naturaleza contractual de la relación al único objeto

existir un régimen estricto de revocación de los actos declarativos de derechos, no es necesario calificar como contractuales los compromisos de la Administración para dar seguridad a la posición del particular ¹⁰⁸. En nuestro sistema, además, la calificación contractual de una relación jurídico-administrativa no impide considerar como acto administrativo (y enjuiciarlo con los parámetros de éstos) la decisión administrativa de celebrar el convenio ¹⁰⁹.

de justificar la resolución unilateral y la exigencia de reintegro de los fondos en caso de incumplimiento de las condiciones para las que fueron concedidos, conclusión a la que se habría podido llegar igualmente partiendo del carácter unilateral de la relación. Del mismo modo en la sentencia de 12 de diciembre de 1983 (Ar. 6223, Espín Cánovas), que anula un artículo de un Real Decreto que había subido el tipo de interés de algunas especies de crédito oficial, por entender que lesionaba «derechos adquiridos» en virtud de contrato. Es evidente que un acto declarativo de derechos no es, en nuestro Derecho, menos irrevocable que un contrato.

¹⁰⁸ MALARET (*Régimen jurídico-administrativo*, cit., pág. 352, nota 126) sostiene que la creencia de que el particular sólo estaba protegido frente a eventuales cambios de opinión de la Administración si sus relaciones con ésta eran calificadas como contratos era un presupuesto de las tesis contractualistas, hoy superado.

¹⁰⁹ Algún ejemplo, entresacado de la normativa reciente, puede ilustrar la relativa indiferencia práctica de la calificación unilateral o contractual. El RD 677/1993, de 7 de mayo, regula el procedimiento para la concesión de créditos de apoyo oficial a la exportación mediante convenios de ajuste recíproco de intereses. La Administración, a través del Instituto de Crédito Oficial, garantiza a la entidad de crédito que financia la exportación la percepción de la diferencia entre el tipo de interés de mercado y el que aplica al exportador (que viene fijado según otros criterios y será normalmente inferior). Como esa diferencia no puede ser fijada de antemano, se celebra un convenio entre el ICO y la entidad de crédito, en virtud del cual se efectuarán liquidaciones periódicas y pagos de la diferencia resultante entre los dos tipos de interés. Ese convenio sólo se firma si la Dirección General de Política Comercial concede una autorización previa, a instancia de la entidad de crédito. (Naturalmente, existe un tercer elemento: el contrato de préstamo o de apertura de crédito entre la entidad de crédito y el exportador). En realidad, la separación entre esa resolución administrativa y el convenio de ajuste recíproco de intereses obedece al problema orgánico de articular las relaciones entre la Administración del Estado (en este caso, la Dirección General de Política Comercial) y el ICO, y probablemente no existiría si el crédito fuese concedido por un órgano administrativo y no por un ente personalizado. ¿Qué diferencia existe entre este supuesto (resolución más contrato) y la articulación de toda la relación mediante un contrato? Prácticamente, ninguna, puesto que, si la norma hubiese previsto simple-

Por tanto, los argumentos de la polémica sobre el contrato de Derecho público, que se han manejado en diversas ocasiones en nuestra doctrina, no resuelven (ni positiva ni negativamente) los problemas relativos al contrato sobre actos y potestades administrativas.

6. En especial, las medidas de fomento en forma contractual

En este epígrafe se va a estudiar la articulación entre acto unilateral y contrato en la actividad administrativa de fomento. Ello nos permitirá, además, examinar la figura de los convenios de colaboración con particulares, recogida en la legislación de contratos de la Administración y que ha venido siendo considerada por la doctrina como una de las escasas normas que reconocen el ejercicio consensual de potestades administrativas ¹¹⁰.

mente la celebración de un contrato, existiría un acto separable (la decisión administrativa de celebrarlo o no), susceptible de enjuiciamiento contencioso. Es más: estaría regulado el problema de los efectos que produce sobre el contrato la eventual anulación del acto administrativo previo, aplicando analógicamente el artículo 66.1 LCAP (art. 47 RGCE), cuestión que ahora no está regulada por el RD 677/1993.

¹¹⁰ El artículo 3.1 LCAP, que enumera los «negocios y contratos» excluidos del ámbito de aplicación de la Ley, se refiere, en su apartado *d*), a «los convenios de colaboración que, con arreglo a las normas específicas que los regulan, celebre la Administración con personas físicas o jurídicas sujetas al derecho privado, siempre que su objeto no esté comprendido en los contratos regulados en esta Ley o en normas administrativas especiales». La norma, ciertamente de no fácil comprensión (como destacaremos más adelante), trae causa del apartado 7 del artículo 2 de la LCE, que fue introducido por la Ley 5/1973, de 17 de marzo, y que, con la misma función que el precepto actual (excluir ese supuesto del ámbito de aplicación de la Ley), hablaba de «los convenios de colaboración que, en virtud de autorización del Gobierno, celebre la Administración con particulares y que tengan por objeto fomentar la realización de actividades económicas privadas de interés público». Idéntica redacción se dio al artículo 2.7 del Reglamento General de Contratación del Estado.

La Ley 37/1988, de 28 de diciembre, de Presupuestos Generales del Estado para 1989, introduce, en su artículo 12, una modificación a la LCE, limitada al artículo 2.7, al que da la siguiente redacción: «Los convenios de colabora-

Parece claro que la actividad administrativa de fomento, aunque puede ser estudiada de forma unitaria desde el punto de vista político, sociológico o de ciencia de la Administración, no se realiza en todos los casos a través de la misma figura jurídica. Situándonos en esta última perspectiva, el fomento puede ser conseguido a través de diversas técnicas (en plural), que se presentan como equivalentes o intercambiables tanto para la Administración como para el particular que es destinatario de ellas ¹¹¹.

Si nos centramos en el fomento a través de estímulos económicos (marginando la utilización de medios honoríficos o jurídicos) y exclusivamente en aquellas medidas que pretenden impulsar la realización de determinada actividad privada (frente a las medidas que premian una actividad *a posteriori*), nos encontramos en todos los casos con un mismo equilibrio o conflicto de intereses, que recibe respuestas institucionales diversas. Para «fomentar una actividad de utilidad o interés social o para promover la consecución de un fin público» [art. 81.2.a) LGP], la Administración se compromete a otorgar una ayuda económica, que le supone un empobrecimiento. Por su parte, el particular se obliga a realizar la actividad de que se trate (o a modularla en el sentido pretendido por la Administración, a fin de que

ción que, con arreglo a las normas específicas que los regulen, celebre la Administración con personas físicas o jurídicas de derecho privado, siempre que su objeto no esté comprendido en los contratos regulados en esta Ley o en normas especiales». De esta reforma procede (con alguna alteración gramatical) el precepto actual.

A este precepto se refieren, en relación con la terminación convencional del procedimiento o los contratos sobre potestades administrativas, GARCÍA DE ENTERRÍA/FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, *Curso, cit.*, vol. I, pág. 666; DELGADO PIQUERAS, *La terminación convencional, cit.*, págs. 135 y sigs., y PAREJO ALFONSO, «La terminación convencional», *cit.*, pág. 156.

Hay que hablar en este caso de convenios de colaboración *con particulares* (o con «personas físicas o jurídicas de derecho privado», en la nueva y más alambicada redacción), pues la expresión convenios de colaboración ha adquirido carta de naturaleza en las Leyes para designar los acuerdos interadministrativos [art. 3.1.c) LCAP, 6 LAP, etc.].

¹¹¹ Por todos, *vid.* VILLAR PALASÍ, «Las técnicas administrativas de fomento y de apoyo al precio político», *RAP*, 14 (1954), págs. 11 y sigs., págs. 58 y sigs., y S. MARTÍN-RETORTILLO, *Derecho Administrativo Económico, cit.*, vol. I, págs. 442-443 (remarcando para la actividad de fomento esta característica que lo es de todo el Derecho administrativo económico, págs. 62 y sigs.).

una actividad en otro caso neutra pase a colaborar a la satisfacción de un interés general) ¹¹². Se supone que la realización o modulación de la actividad de que se trate no favorecen los intereses del particular o no podría ser llevada cabo sin la ayuda pública (pues de otro modo ésta carecería de justificación) ¹¹³. La concesión de la ayuda supone un empobrecimiento para la Administración, pero se justifica porque, aunque no implica para ella la adquisición del derecho a ninguna prestación que se integre en su patrimonio, sí consigue la promoción de un interés (general), cuya persecución le ha sido encomendada por el ordenamiento ¹¹⁴. Si el destinatario de la ayuda no realiza la actividad fomentada, se produce el reintegro de la ayuda percibida (sin perjuicio de otras formas de responsabilidad del particular).

La subvención es una de las instituciones jurídicas que pueden regular una relación de este tipo, pero no la única. No hay inconveniente en aceptar la calificación de la subvención como acto administrativo (como coinciden en sostener FERNÁNDEZ FARRERES y DÍAZ LEMA), pero sí es necesario recordar que pueden existir (y existen) medidas de fomento en forma contractual ¹¹⁵. La subvención es una especie del género «ayuda», en el

¹¹² De acuerdo con PARADA, es necesaria la «afectación inicial de la atribución patrimonial al desarrollo de una actividad del beneficiario» [*Derecho Administrativo*, vol. I, Madrid, 1995 (7.ª ed.), pág. 456]. *Vid.* también FERNÁNDEZ FARRERES, *La subvención, cit.*, págs. 230 y sigs.

¹¹³ En este sentido, BASSOLS, «Consideraciones», *cit.*, pág. 77. Las situaciones son, a este respecto muy variadas. En el caso de una beca o de una línea de crédito a la exportación (últimamente, véase la regulación contenida en el RD 677/1993, de 7 de mayo), la realización de la actividad subvencionada favorece los intereses del sujeto subvencionado, que simplemente no podría llevarla a cabo sin esa ayuda. Por el contrario, cuando se otorgan subvenciones a un empresario para la contratación de trabajadores (supuesto contemplado en la sentencia de 27 de mayo de 1988, Ar. 3967, García Estartús, sobre caducidad de la subvención por incumplimiento de sus condiciones), o para la adopción de sistemas de prevención de la contaminación no obligatorios, se está fomentando una actividad que no se corresponde con los intereses (al menos, a corto plazo) del particular destinatario de la medida.

¹¹⁴ *Vid.* BALLBÉ, «Derecho Administrativo», *NEJ*, pág. 59, nota 15.

¹¹⁵ La calificación unilateral de las subvenciones, en FERNÁNDEZ FARRERES, *La subvención, cit.*, págs. 409 y sigs.; DÍAZ LEMA, *Subvenciones, cit.*, págs. 152 y sigs.; S. MARTÍN-RETORTILLO, *Derecho Administrativo Económico, cit.*, vol. I, págs. 482-483.

que se engloban diversas figuras (incluidas, por lo que interesa ahora, figuras contractuales) equivalentes desde el punto de vista teleológico ¹¹⁶.

Algunos ejemplos de medidas de fomento a través de contratos pueden ser útiles. A la hora de contribuir desde la Administración a la edición de un libro, idéntico resultado se consigue aportando una suma de dinero (subvención, inequívocamente), o comprando un número de ejemplares. Lo mismo ocurre si se ayuda al estreno de un espectáculo mediante la compra de entradas, y no otorgando una subvención. Como reconocimiento reciente de la posibilidad del fomento en forma contractual, puede citarse el artículo 36.1 de la Ley gallega 11/1995, de 28 de diciembre, de Presupuestos de la Comunidad Autónoma para 1996, que admite que se concedan subvenciones «que se deriven de convenios entre la Comunidad Autónoma y entes públicos o privados para la prestación de servicios públicos o para la adquisición de bienes de interés público». O el artículo 96.1 de la Ley andaluza 1/1991, de 3 de julio, sobre Patrimonio Histórico Andaluz, que regula los convenios por los que se establezcan ayudas a los propietarios de bienes de interés cultural. Una Orden del Ministerio de Trabajo de 26 de marzo de 1997 regula los convenios de colaboración dirigidos al «fomento de la acción de los sujetos privados», aunque sólo desde la perspectiva procedimental.

¹¹⁶ Para S. MARTÍN-RETORTILLO, y de conformidad con lo afirmado en el texto, la subvención «ofrece unos perfiles definidos y concretos (...) que la diferencian con toda claridad de las otras medidas de fomento de carácter económico, como pueden ser un crédito, una exención, una bonificación fiscal o un aval. La común ordenación teleológica de carácter material, concurrente en estas medidas de fomento, no permite desdibujar sus rasgos institucionales dándoles a todos ellos un tratamiento unitario: jurídicamente son instituciones del todo distintas y, por ello mismo, no pueden reconducirse a un único concepto» (*Derecho Administrativo Económico, cit.*, vol. I, pág. 451). Vid. también GARRIDO FALLA *Tratado, cit.*, vol. II, págs. 311 y 315, y MENÉNDEZ REXACH, «Procedimientos administrativos», *cit.*, pág. 266.

Un reconocimiento de que las medidas de fomento pueden llevarse a cabo no sólo mediante actos unilaterales, sino también mediante contratos, lo proporciona la Ley federal suiza sobre subvenciones (*Loi fédérale sur les aides financières et les indemnités*), de 5 de octubre de 1990. El artículo 16, que lleva la rúbrica «forma jurídica», dispone:

«1. Las ayudas y reembolsos (*indemnités*) serán concedidos, en principio, mediante decisión (unilateral).

2. Podrán ser otorgados en virtud de un contrato de Derecho público cuando la autoridad competente disponga de un amplio margen de apreciación y el destinatario no pueda renunciar unilateralmente al cumplimiento de sus compromisos».

En caso de que la subvención se otorgue mediante un contrato, la sanción en caso de que el beneficiario no lleve a cabo la actividad subvencionada no es, como en los actos unilaterales, la revocación, sino la resolución del contrato

La primera prueba de la anterior afirmación está constituida por las medidas de fomento llevadas a cabo por particulares. A diferencia de otras técnicas jurídico-administrativas (las incluidas en la actividad de limitación, por ejemplo), que son en sí mismas ejercicio de poder público, y que por ello sólo pueden ser empleadas por la Administración o por sujetos que actúen «por delegación o como meros agentes o mandatarios de ella», el fomento se define por la voluntariedad, y por ello puede ser ejercido también por sujetos privados (otra cosa es que, cuando quien «fomenta» es una Administración en régimen jurídico-público, pueda utilizar sus privilegios posicionales, pero se trata de una cuestión formal o procesal). La propia realidad muestra la existencia y el crecimiento de la acción privada de fomento, a la que recientemente se ha dado apoyo desde el Estado a través de la Ley 30/1994, de 24 de noviembre, de Fundaciones y de «incentivos fiscales a la participación privada en actividades de interés general».

Es obvio que el fomento realizado por particulares deberá ser incluido en alguna de las instituciones jurídicas que regulan las relaciones *inter privatos*, es decir, normalmente, como contrato ¹¹⁷. La idea es confirmada expresamente por el artículo 19.1 de la citada Ley de Fundaciones, que se refiere a las «donaciones o subvenciones» que realice la fundación en cumplimiento de sus fines ¹¹⁸.

(art. 31). Sobre el tema, *vid.* GIACOMINI, *Verwaltungsrechtlicher Vertrag und Verfügung im Subventionsverhältnis «Staat-Privater»*, Freiburg Schweiz, 1992. Sobre la práctica francesa de concesión de subvenciones en forma convencional, *vid.* CLAVAGNIER, *Subventions et associations*, Lyon-París, 1993, págs. 47 y sigs.

¹¹⁷ Sin que tenga importancia, en este momento, determinar si ha de ser necesariamente una donación o caben otras posibilidades.

¹¹⁸ El artículo 19.1 dispone: «La enajenación o gravamen de los bienes y derechos que formen parte de la dotación, o estén directamente vinculados al cumplimiento de los fines fundacionales, o representen un valor superior al 20 por 100 del activo de la fundación que resulte del último balance anual, requerirá la previa autorización del Protectorado, quien podrá exigir que se le acrediten las condiciones y circunstancias concurrentes. *Tal autorización no será necesaria en el caso de los actos de disposición de donaciones o subvenciones conforme a los fines establecidos por el donante o por la correspondiente norma*». Se trata de distinguir, desde una óptica tutelar del patrimonio funda-

Por otro lado, la existencia de medidas de fomento a través de contratos ha sido plenamente aceptada en Derecho comunitario. El artículo 92 del Tratado Constitutivo de la Comunidad Europea establece que «salvo que el presente Tratado disponga otra cosa, serán incompatibles con el mercado común, en la medida en que afecten a los intercambios comerciales entre Estados miembros, las ayudas otorgadas por los Estados o mediante fondos estatales, *bajo cualquier forma*, que falseen o amenacen falsear la competencia, favoreciendo a determinadas empresas o producciones». Precisamente para evitar el fraude a la norma, se emplea un concepto material (ayuda), y no otros formales como el de subvención, a fin de excluir (en expresión de GARCÍA DE ENTERRÍA/FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ) «cualquier camuflaje convencional autodecidido»¹¹⁹. En la aplicación de este precepto se reconoce con normalidad la existencia de ayudas públicas en forma contractual¹²⁰.

cional, entre aquellos actos de disposición que (por ser gratuitos) pueden suponer un peligro para la supervivencia de la fundación, y aquellos otros cuya realización constituye precisamente la finalidad de ésta (piénsese en una fundación cuyo objeto principal o accesorio sea la concesión de becas). En el mismo sentido, el RD 2225/1993, de 17 de diciembre, aprueba el Reglamento del procedimiento para la concesión de ayudas y subvenciones *públicas*, lo que implica la existencia simultánea de las *privadas*.

También cabe destacar, en esta misma línea, la Ley 6/1996, de 15 de enero, reguladora del Voluntariado Social, por lo que respecta a las relaciones entre el voluntario y la organización con la que éste colabora. Aunque la Ley no hace, naturalmente, calificaciones técnico-jurídicas, su artículo 19 establece que «la incorporación de los voluntarios a las organizaciones se formalizará por escrito mediante el correspondiente *acuerdo o compromiso*» en el que deberán figurar, entre otras, las estipulaciones relativas al «conjunto de derechos y deberes que corresponden a ambas partes», y a «la duración del compromiso y las causas y formas de desvinculación por ambas partes». El hecho de que ninguna de las partes persiga la satisfacción de un interés patrimonial propio no impide, por tanto, la constitución de auténticas relaciones contractuales.

¹¹⁹ La expresión es utilizada en el *Curso, cit.*, vol. I, pág. 396, a propósito del sometimiento al Derecho privado de entidades jurídico-públicas o que ejercen potestades administrativas (el concepto material sería en este caso el de «poder público»).

¹²⁰ Véase, por todos, FERNÁNDEZ FARRERES, *El régimen de las ayudas estatales en la Comunidad Europea*, Madrid, 1993, págs. 25-29. La definición de ayudas estatales que (siguiendo a A. BERCOVITZ) se da es lo suficientemente amplia: «Cualesquiera atribuciones de ventajas patrimoniales a favor de

En la jurisprudencia, y dejando al margen las decisiones que parten de la naturaleza contractual de las subvenciones, se encuentran resoluciones, como la sentencia de 11 de diciembre de 1978 (Ar. 134 de 1979, Fernández Tejedor), en que, derivándose las pretensiones litigiosas de un contrato, se dice que la finalidad de éste es «la “actividad de fomento”, típicamente administrativa»¹²¹.

La Administración tendría así dos técnicas jurídicas a su disposición para establecer medidas de fomento. Por un lado, otorgar subvenciones u otro tipo de ayudas de carácter unilateral (desgravaciones o exenciones fiscales, por ejemplo), siempre que una norma lo autorice (sin entrar en el problema de si esa norma habilitante debe tener o no rango de Ley, lo que depende del tipo de medida). Por otro lado, concluir contratos de muy diversos tipos (no hay que pensar sólo ni primariamente en la donación) que persigan la misma finalidad.

Para la celebración de estos contratos «de fomento» (intentaremos precisar esta nota más adelante), la Administración no necesita, en principio, una norma habilitante, bastán-

empresas determinadas, individualmente o de forma global, realizadas directa o indirectamente con cargo a fondos públicos en condiciones distintas a las que serían normales en el mercado». Se citan varios supuestos de ayudas (tomados de la jurisprudencia) que implican la celebración de contratos: préstamos en condiciones favorables, suministros preferentes de bienes, renuncia a la remuneración del capital en casos de accionariado público, participaciones públicas en el capital de las empresas, etc.

¹²¹ En el asunto resuelto por la sentencia citada en el texto, el Ayuntamiento de Pamplona había vendido a un industrial unos terrenos de propios dentro (como resulta de diversos acuerdos municipales anteriores) de «un sistema de auxilio y beneficio a las Empresas que con carácter estable instalasen sus industrias en el término municipal». Una cláusula contractual establecía la reversión de los terrenos al Ayuntamiento en caso de incumplimiento de la obligación de subsistencia de la empresa durante un plazo de doce años. En el pleito se había discutido si se trataba de la cláusula de reversión a que se refería el artículo 97 del Reglamento de Bienes de las Entidades Locales de 1956 (art. 111.I del vigente Reglamento de Bienes) en los casos de cesión gratuita de bienes patrimoniales, o de una cláusula contractual ordinaria en un contrato administrativo, tesis que mantuvieron tanto la Sala de instancia como el Tribunal Supremo.

dole con su capacidad contractual ¹²². Como confirmación de este principio fundamental en nuestro ordenamiento puede citarse, además del artículo 38 CC (al que se refieren GARCÍA DE ENTERRÍA y FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ), los artículos 1.255 CC y 4 LCAP ¹²³. Este es un dato de indudables consecuencias prácticas y que con seguridad ha sido en muchas ocasiones el motivo de que la Administración «fomente» a través de contratos y no mediante el otorgamiento de subvenciones. Una de las técnicas de control jurídico de la actividad de fomento que más auge han experimentado en los últimos años consiste, según S. MARTÍN-RETORTILLO, en su integración en el proceso de ejecución de planes (es decir, normas), lo que ayuda a objetivar y a enjuiciar la decisión de su otorgamiento ¹²⁴. Aunque la celebración de contratos pueda estar prevista como forma de ejecución de un plan, es cierto que la técnica contractual, al no exigir una habilitación normativa previa, se presenta como el instrumento más adecuado para la acción de fomento aislada, independiente de la ejecución de un plan, tipo de acción que hoy es, como hemos visto, residual, y en todo caso de más difícil control judicial.

Las medidas de fomento en forma contractual estaban excluidas de la aplicación (directa) de la LCE en virtud de su artículo 2.7 (a partir, como hemos visto, de la reforma de 1973). Ello ha sido sostenido por toda la doctrina y se deriva claramente de su tenor literal, que se refería a «los convenios de colaboración que, en virtud de autorización del Gobierno, celebre la Administración con particulares y que tengan por objeto fomentar la realización de actividades económicas privadas, de inte-

¹²² Según GARCÍA DE ENTERRÍA/FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, *Curso, cit.*, vol. I, pág. 417. *Vid. infra*, el § VI.1.

¹²³ Aunque los convenios de colaboración están excluidos del ámbito de aplicación de la LCAP (art. 3), el artículo 4 sí es uno de los principios de la Ley que sirve para «resolver las dudas y lagunas que pudieran presentarse» (art. 3.2 *in fine*).

¹²⁴ «La actividad administrativa de fomento en el ámbito económico (...) abandona así su consideración más o menos individualizada e independiente, y se presenta como un auténtico conjunto de técnicas instrumentales establecidas con el fin de incentivar la puesta en práctica de un determinado plan» (*Derecho Administrativo Económico, cit.*, vol. I, pág. 453).

rés público»¹²⁵. Este precepto partía además de que la conclusión de convenios de colaboración se basaba en la capacidad jurídico-privada de la Administración, sin necesidad de habilitación normativa alguna, puesto que se limitaba a exigir para su celebración una autorización del Gobierno.

Como es sabido, la Ley de Presupuestos Generales del Estado para 1989 dio una nueva redacción a este precepto, redacción que ha pasado prácticamente íntegra al actual artículo 3.1.d) LCAP, y que no parece haber alterado su ámbito de aplicación (o en todo caso no ha excluido del mismo a los convenios de fomento)¹²⁶.

¹²⁵ En este sentido, GARCÍA DE ENTERRÍA/FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, *Curso, cit.*, vol. I; VILLAR PALASÍ/VILLAR EZCURRA, *Principios, cit.*, vol. III, pág. 52. Según PARADA, *Derecho Administrativo, cit.*, vol. I, pág. 457, la concepción contractual (según la definición que de convenio de colaboración daba el art. 2.7 LCE) es alternativa a la unilateral. Se confirma así la tesis mantenida en el texto, según la cual el artículo 2.7 se refiere a las medidas de fomento en forma contractual. Sin embargo, a nuestro juicio la función del artículo 2.7 LCE no era la calificación como contractuales de las subvenciones (puesto que no se refería a ellas), sino la regulación (excluyéndolas de la LCE) de las medidas de fomento en forma contractual.

La tramitación de la Ley de reforma de la LCE de 1973 en las Cortes de la época, estudiada por BASSOLS («Consideraciones», *cit.*, pág. 63), confirma la tesis de que se trataba de encauzar la actividad convencional de fomento. Por cierto que el representante de la Administración ante la Comisión de Hacienda de las Cortes afirmó que el texto proyectado, respecto de los convenios del artículo 2.7, «dice que no son contratos» (BASSOLS, *op. cit.*, pág. 64). Además de que tal declaración no es un criterio interpretativo decisivo, hay que recordar que ni el texto fue aprobado tal como venía redactado en el Proyecto, ni tiene sentido alguno sostener que el artículo 2.7 determine la calificación unilateral o contractual de las técnicas administrativas de fomento (campo este en el que se aplica con más intensidad el principio de intercambiabilidad de las técnicas administrativas). Lo que se sostiene en el texto es que, siendo *posible* fomentar mediante contratos, tales contratos encontraron su primera regulación (mayor o menor) en el artículo 2.7 LCE. Ni siquiera GALLEGO ANABITARTE, máximo opositor entre nosotros de la «euforia contractualista», parece oponerse a esa tesis, puesto que admite que el fomento administrativo se articula *en ocasiones* a través de contratos (*vid.* «La acción concertada», *cit.*, págs. 220 y 254, nota 8) y, por lo que respecta al artículo 2.7 LCE, lo que él sostiene es que tal precepto no se refiere *exclusivamente* a contratos, amparándose en la posibilidad de configurar algunos actos administrativos como negocios jurídicos (pág. 223).

¹²⁶ DELGADO PIQUERAS se hace eco de esta modificación normativa en *La terminación convencional, cit.*, pág. 137, esp. nota 229. Dentro de un epígrafe

Una simple interpretación literal no aclara el sentido del precepto. El supuesto de hecho exige que el objeto del convenio «no esté comprendido en los contratos regulados en esta Ley o en normas administrativas especiales». Parece referirse a los contratos innominados, que estarían excluidos del ámbito de aplicación de la legislación general. Pero tanto la LCE como la LCAP admiten que la Administración celebre contratos innominados (es decir, que no estén regulados en la Ley ni en normas especiales), que quedan sometidos a ella [arts. 4, 5.2.b) y 8 LCAP]. Por otro lado, es contradictorio exigir que el objeto del convenio no esté comprendido ni en la LCAP ni «en normas administrativas especiales», y a la vez decir que los convenios se podrán celebrar «con arreglo a las normas específicas que los regulan». Se exige a la vez tipicidad y atipicidad.

La clave para interpretar esta disposición se debe encontrar, además de en la redacción originaria del artículo 2.7 LCE (de la que inequívocamente procede), en la expresión «convenios de colaboración». En rigor, cualquier contrato es un convenio o acuerdo de voluntades que articula la colaboración patrimonial entre varios sujetos ¹²⁷. Lo que el legislador quiere expresar es, a mi juicio, que en los contratos de fomento, a diferencia de lo que ocurre en los contratos ordinarios regulados en la LCAP, la Administración no persigue un interés contrario al del contratista, enriqueciéndose a costa de la prestación de éste, sino que colabora en una actividad del particular, favoreciendo su realización, y apoyando en este caso un interés particular precisamente porque coincide en ciertas condiciones con la dirección del interés general.

Se recurre a los viejos esquemas conceptuales, ya arrumbados por el Derecho privado, que servían de fundamento a la antigua distinción entre contrato y *Vereinbarung*, basada en la coincidencia u oposición de los intereses de las partes. En realidad, y

denominado «convenios de fomento de la economía», se dice: «Esta novedad, que ha pasado desapercibida para muchos autores, tiene sin duda su importancia, pues le da un carácter mucho más amplio al precepto ya que habla de convenios de colaboración en general, sin limitarse a los de fomento de actividades empresariales privadas».

¹²⁷ Por todos, *vid.* DíEZ-PICAZO, *Fundamentos, cit.*, vol. I, pág. 39.

como se ha mostrado al describir el supuesto de hecho de la actividad de fomento, en ésta hay también un trasfondo de oposición de intereses entre la Administración y el particular, cada uno de los cuales persigue intereses propios, por más que, en el caso de la Administración (como persona jurídica), estos intereses sean ajenos a su organización y a su patrimonio (que más bien son servidores de tales intereses) ¹²⁸.

Aclarado el ámbito de aplicación del artículo 3.1.d) LCAP (es decir, que incluye los supuestos a que se refería el art. 2.7 LCE en la redacción de 1973, sin entrar ahora en la cuestión de si se han incluido otros supuestos distintos de los contratos de fomento), hay que determinar si la nueva redacción ha cambiado en algo su régimen jurídico. Si antes se decía que los convenios deberían ser celebrados «en virtud de autorización del Gobierno», ahora se dice que lo serán «con arreglo a las normas específicas que los regulan». Con esta modificación ha pasado a exigirse, para los contratos de fomento, una habilitación normativa expresa, frente a lo que sucede en el común de los contratos de la Administración (art. 4 LCAP) y (hasta ahora) en los contratos de fomento, en que bastaba con su capacidad jurídico-privada o de Derecho Común.

En efecto, una cosa es la autorización del Gobierno (en este caso, lo que hace la norma es determinar el órgano competente para decidir la celebración del contrato, o un trámite previo a la misma) y otra es establecer que la celebración de convenios de colaboración con particulares sólo podrá producirse «con arreglo a las normas específicas que los regulan», y no en el marco de la genérica libertad contractual del artículo 38 CC. Nótese que esta exigencia de una regulación normativa previa sólo se establece para los convenios de colaboración *con particulares*, y

¹²⁸ Para HENKE, se otorga una subvención «cuando el interés del Estado en determinada conducta económica y el interés de un empresario en una financiación más favorable de cierta actividad se cruzan, es decir, en cierto modo como en el mercado» («Verwaltungshandeln durch Verträge und Absprachen», *cit.*, pág. 122; una explicación más amplia en su monografía *Das Recht der Wirtschaftssubventionen*, *cit.*, págs. 26 y sigs.). *Vid.* también MENGER, «Zu den Handlungsformen bei der Vergabe von Subventionen», *VerwArch*, 69 (1978), págs. 93 y sigs.

no para los convenios de colaboración interadministrativos [art. 3.1.c) LCAP].

Otros dos argumentos refuerzan tal interpretación. En primer lugar, el artículo 14.1 *in fine* LCAP, que dispone: «En todo caso los órganos de contratación cuidarán de que el precio de los contratos sea el adecuado al mercado». Un elemento esencial de los contratos de fomento es justamente el apartarse de los principios de valoración y de asignación de recursos del mercado. La acción de fomento en su totalidad viene a corregir al mercado, permitiendo que puedan realizarse actividades que el mercado no estimula o no remunera (al menos, a corto plazo). El precepto transcrito implica que la acción contractual de fomento no cabe en el régimen general (Título I, Capítulo III: «Disposiciones comunes a los contratos de las Administraciones Públicas»), y por ello debe encajarse en el artículo 3.1.d), en el que se exige una norma específica que regule el convenio.

Por otro lado, esta interpretación es coherente con la nueva redacción que al artículo 81 de la Ley General Presupuestaria (LGP) dio la Ley 31/1990, de 27 de diciembre, de Presupuestos Generales del Estado para 1991 ¹²⁹. El supuesto de hecho de esta norma está descrito (como el art. 92 del Tratado CE) en términos materiales, y por tanto abarca cualquier medida de fomento económico. El régimen jurídico desarrollado en los diversos apartados del artículo 81 LGP se basa en la consideración de la ayuda

¹²⁹ El citado precepto es aplicable «en defecto de normas especiales: (...) a) A toda disposición gratuita de fondos públicos realizada por el Estado o sus Organismos autónomos a favor de personas o Entidades públicas o privadas, para fomentar una actividad de utilidad o interés social o para promover la consecución de un fin público; b) A cualquier tipo de ayuda que se otorgue con cargo al Presupuesto del Estado o de sus Organismos Autónomos y a las subvenciones o ayudas, financiadas, en todo o en parte, con fondos de la Comunidad Económica Europea». Los apartados 4, 5 y 6 de este artículo han sido reformados por el artículo 135 de la Ley 13/1996, de 30 de diciembre, de Medidas Fiscales, Administrativas y del Orden Social, sin que la reforma afecte a la forma de otorgamiento de la subvención o ayuda. *Vid.* ALCALDE HERNÁNDEZ, «La nueva regulación de la gestión de las subvenciones», *Presupuesto y Gasto Público*, 4 (1991), págs. 87 y sigs.; LAFUENTE BENACHES, «Régimen jurídico de las subvenciones estatales en la Ley de Presupuestos 31/1990, de 27 de diciembre», *RVAP*, 30 (1991), págs. 239 y sigs.

como un acto administrativo, no como un contrato ¹³⁰. Cualquier contrato de fomento, al estar incluido en el concepto material de «ayuda pública», deberá someterse al régimen del artículo 81 (que normalmente irá más allá, en sus exigencias de publicidad y concurrencia para la selección del contratista, de lo que habría sido exigible tratándose de un contrato ordinario, sinalagmático en sentido estricto), a no ser que se base en una «norma especial», de las que se mencionan en el artículo 81.2. Se llega, por tanto, a la misma conclusión que a partir de la interpretación del artículo 3.1.d): la mera capacidad jurídica no basta (ahora) para celebrar contratos de fomento, siendo necesaria una norma expresa habilitante o la tramitación de un procedimiento especial que tenga en cuenta la peculiaridad del contrato, es decir, el hecho de que su finalidad no es la adquisición de bienes o servicios en el mercado, sino la ayuda a una actividad privada por ser de interés público ¹³¹. Aunque el sentido de ambos preceptos sea el mismo, la inclusión en la LCAP (además, como norma básica) implica que vincula a todas las Administraciones Públicas (en los términos del art. 1), de modo que su alcance es superior al del artículo 81 LGP.

¹³⁰ Todo lo más, puede decirse que a los efectos del artículo 81 es indiferente la forma en que se constituya la relación jurídica a través de la cual se lleve a cabo el fomento, pues ese precepto regula el procedimiento de formación del acto unilateral por el que la Administración decide otorgar una ayuda a otro sujeto, y ese procedimiento sirve, tanto si la ayuda se concede y regula por ese acto unilateral, como si la ayuda va a basarse en un contrato entre la Administración y el beneficiario y el acto unilateral es el acto separable por el que la Administración decide celebrar el contrato, determina su contenido y selecciona al beneficiario.

¹³¹ El artículo 81 LGP ha sido desarrollado, en cuanto al procedimiento de concesión de las ayudas y subvenciones, por el reglamento aprobado por RD 2225/1993, de 17 de diciembre, ya mencionado con anterioridad. Este reglamento no introduce novedad alguna de interés en el tema que nos ocupa, reiterando en su artículo 1.2 la definición de la LGP. Su artículo 7 prevé la posibilidad de terminación convencional del procedimiento «cuando las normas reguladoras de la subvención así lo prevean», convirtiendo así en reenvío de segundo grado el contenido en el artículo 88 LAP. El supuesto será abordado más adelante, en el § VIII.1, pero en todo caso, una cosa es un contrato de fomento, y otra cosa es un acuerdo alcanzado a lo largo del procedimiento de concesión de una subvención (procedimiento dirigido a la producción de un acto unilateral).

De modo que, en el sector concreto de la actividad administrativa de fomento económico, el legislador ha establecido (por Ley) un cauce jurídico unilateral, a través de actos administrativos, que sólo podrá ser excepcionado (actuando mediante contratos de fomento) en virtud de una habilitación normativa expresa ¹³².

7. El concepto de contrato y los convenios administrativos

A lo largo de este capítulo se ha repasado la discusión dogmática sobre la posibilidad de que relaciones jurídico-públicas entre la Administración y los particulares sean constituidas (o reguladas, modificadas o extinguidas) mediante contratos. Hasta ahora se han extraído dos conclusiones básicas: los argumentos utilizados desde antiguo para negar esa posibilidad están totalmente superados (por lo que hoy se admite normalmente que múltiples relaciones jurídicas pueden canalizarse, alternativamente, mediante contratos o mediante actos administrativos consentidos por su destinatario), pero la superación de esos argumentos no implica por sí sola la validez del ejercicio consensual de potestades (que es la suposición que se desliza a veces cuando se estudia esta vieja polémica como un antecedente de la «negociabilidad del poder público»). En este epígrafe final se intenta apurar esta línea de investigación, para determinar en qué medida (o con qué límites) se pueden regular o constituir relaciones jurídico-públicas entre la Administración y los particulares mediante contrato. Ello es una condición necesaria (aunque no suficiente) de la validez del ejercicio consensual de potestades, y por tanto un presupuesto de la construcción que se abordará en los próximos capítulos.

Con frecuencia se afirma que el contrato sólo sirve para disciplinar jurídicamente el intercambio patrimonial, la colabora-

¹³² Como la contenida, *v.gr.*, en el ya citado artículo 36.1 de la Ley (gallega) 11/1995, de 28 de diciembre, de Presupuestos Generales para 1996 (*vid. supra*, nota 115).

ción intersubjetiva para la satisfacción mutua de intereses egoístas enfrentados. De ahí que sea inaplicable cuando la Administración colabora con un particular en la realización de una actividad de éste que es de interés general, pero que no proporciona a la Administración enriquecimiento patrimonial alguno ¹³³. Como la Administración persigue intereses públicos, y no intereses egoístas, no puede contratar con los particulares (salvo, naturalmente, en los casos en que sí persigue intereses estrictamente económicos y actúa como «cliente» de los empresarios particulares). Sin embargo, hay que recordar que los intereses públicos en sentido estricto, a pesar de no ser intereses «egoístas» de la Administración, también le han sido encomendados (y además como algo preferente respecto a sus propios

¹³³ Creo que se justifica, a pesar de su extensión, la siguiente cita del *Curso* de GARCÍA DE ENTERRÍA/FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, en la que se alude al argumento enunciado en el texto: «El elemento causal resulta difícilmente aprehensible en supuestos como los convenios de precios y aun las acciones concertadas. Puede dudarse que haya aquí la constitución de una verdadera relación patrimonial entre los sujetos. El sector industrial o la empresa que se compromete a no exceder una determinada subida de precios, no parecen obligarse a ninguna prestación determinada respecto a la Administración o respecto a un tercero —esto último si pretendiese explicarse el mecanismo a través de la fórmula del contrato en favor de terceros—. ¿Y la empresa que asume obligaciones de inversión o de amortización en una acción concertada? ¿Puede entenderse que tales obligaciones tienen un valor patrimonial activo para la Administración?» (vol. I, pág. 673). Parece que el problema no estaría sólo en la dificultad de cuantificar las prestaciones del particular, sino en que éstas no suponen un enriquecimiento de la Administración, no satisfacen un interés patrimonial de ésta. Para FERNÁNDEZ FARRERES, «los convenios son, más que un mecanismo jurídico determinante del intercambio de prestaciones patrimoniales, una técnica de administrar, (...) dado que la Administración no persigue tanto la provisión de bienes y servicios como sencillamente la [finalidad] de administrar a través del acuerdo y de la colaboración» [*vid.* «Convenio (D.º Administrativo)», *cit.*, pág. 1683]. Y añade que la calificación contractual de estos convenios, si bien no es discutible con base en la supuesta desigualdad de las partes o en la falta de libertad del particular, «encuentra una objeción sustancial en la constatación de que el nexo causal de las prestaciones mutuas característico de la institución contractual no se da como regla en estos convenios». El argumento no es nuevo: recuérdese cómo CAMMEO decía que las concesiones no son contratos, porque la Administración las otorga, no para obtener el canon del concesionario, sino para que el bien demanial sea utilizado de la forma más conforme al interés público, de modo que no existe una oposición de intereses entre ambas partes.

intereses como organización), y por tanto está interesada en la satisfacción de los mismos y en las prestaciones que la procuran (que pueden ser prestaciones pactadas con terceros en un contrato). Por tanto, un contrato en el que un tercero se compromete, frente a la Administración, a realizar conductas en favor de un interés público no es un contrato carente de causa para la Administración, aunque esas prestaciones no le supongan un enriquecimiento patrimonial¹³⁴. Por otro lado, los particulares celebran ordinariamente contratos para la promoción de intereses generales (actividades de mecenazgo), que les son más ajenos aún que a la Administración, sin que ello haya planteado ningún problema jurídico.

A lo largo de los epígrafes anteriores se ha hablado también del «concepto amplio de contrato». Para algunos autores (LABAND, KELSEN), si se dejan a un lado los argumentos basados en la desigualdad entre la Administración y el particular, y se admite la posibilidad de contratos entre ambos, hay que admitir que existe un contrato siempre que la producción de un efecto jurídico esté condicionada al consentimiento de ambos sujetos. Sin embargo, como también recordaba MAYER, «si fuesen consideradas contratos todas aquellas resoluciones para las que se exige un consentimiento, se llegaría más lejos de lo que quiere cualquier teoría. *Toda autorización de policía sería un contrato*»¹³⁵. Tampoco ha sido infrecuente el ejemplo del testa-

¹³⁴ Sobre la relación entre los intereses patrimoniales de la Administración («intereses fiscales») y los intereses generales, *vid.* NIETO, «La Administración sirve con objetividad los intereses generales» (en *Estudios sobre la Constitución Española. Homenaje al Profesor Eduardo García de Enterría, cit.*, vol. III, págs. 2185 y sigs.), págs. 2197 y sigs. Sobre el tema, en relación con los convenios sobre actos y potestades, *vid.* STICCHI DAMINI, «Gli accordi amministrativi», en AMIRANTE (dir.), *La contrattualizzazione dell'azione amministrativa, cit.*, págs. 23-49, págs. 28-29.

¹³⁵ MAYER, «Zur Lehre», *cit.*, pág. 45 (la cursiva es mía). Sin embargo, MAYER no emplea este argumento para negar que puedan ser calificados como contratos de Derecho público aquellos supuestos que van más allá del concepto de contrato de Derecho común, tal vez porque, con las premisas de las que él partía, era mucho más sencillo excluir en absoluto la posibilidad del contrato sobre relaciones jurídico-públicas, añadiendo a mayor abundamiento que, en caso contrario, habría que calificar como contractuales relaciones que surgen, según opinión unánime, de un acto administrativo. Quien sí parece aceptar que

mento y la aceptación del heredero, para mostrar cómo la necesidad del consentimiento de dos sujetos para la producción de un efecto jurídico no implica necesariamente un contrato, ni siquiera en Derecho privado ¹³⁶.

Parece que los argumentos tradicionales que excluían la naturaleza contractual de ciertas relaciones jurídicas no son válidos, pero sigue habiendo relaciones jurídicas que no pueden ser contractuales. Es en el concepto de contrato (y no en el de poder público o en el principio de legalidad) donde hay que buscar el límite, como han sostenido GARCÍA DE ENTERRÍA/FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ ¹³⁷.

cualquier acuerdo de voluntades puede ser configurado como un contrato es BULLINGER, en *Vertrag und Verwaltungsakt*, *cit.*, pág. 19: «Desde un punto de vista puramente conceptual, se podría, por ejemplo, considerar como un contrato cualquier acto administrativo favorable supeditado a la solicitud del particular (...), pues sin gran esfuerzo se pueden encontrar en esa relación dos «declaraciones de voluntad» que se corresponden entre sí y se dirigen a la producción de un efecto jurídico». Otra cosa es que, materialmente (pág. 18) o desde el punto de vista del Derecho inglés (págs. 21-22), el contrato se utilice normalmente para articular el intercambio sinalagmático de prestaciones.

¹³⁶ Es el caso de RANELLETTI, «Concetto e natura», *cit.*, col. 72: «Ha sido sostenido por ilustres autores que el testamento y la aceptación de la herencia dan lugar a un contrato, pero hoy, con alguna excepción, se consideran dos actos, cada uno de ellos distinto y con vida independiente, pues no es posible un *consensus* entre dos voluntades, de las cuales una, la del heredero instituido, se manifiesta cuando el sujeto de la otra ha desaparecido y ya no puede querer». Sobre el tema, véase GALGANO, *Il negozio giuridico*, *cit.*, pág. 513.

¹³⁷ Estos autores, después de distinguir la actividad contractual de los actos necesitados de colaboración, afirman: «Genéricamente podría intentar calificarse —y así lo ha hecho en nuestra doctrina ENTRENA— ese tipo de actividad como una actividad contractual de la Administración. Se utilizaría un concepto puramente formal de contrato, como acuerdo de dos o más voluntades en vista de la creación de un vínculo jurídico, concepto que es el del iusnaturalismo del siglo XVIII, aunque cuestionado antes y después de esa doctrina singular, especialmente desde la perspectiva de la doctrina de la causa, considerada ésta como elemento esencial de la relación contractual» (*Curso*, *cit.*, vol. I, pág. 646). Un poco más adelante (pág. 655), añaden: «Una conclusión general (sobre la naturaleza contractual o no de figuras de acuerdo entre Administración y ciudadano como los acuerdos expropiatorios) no resulta fácil, y remite en realidad a una determinada idea de la institución contractual. Si como tal se entendiese *el cuadro meramente formal de la creación de un vínculo jurídico determinado entre dos o más partes a través de una declaración de voluntad común*, no cabe duda que los conciertos de administración serían siempre ver-

EISENMANN ha sostenido, en esta línea, que el dato decisivo para calificar un acto como unilateral o contractual no es el número de los sujetos que participan en su producción (sus «autores»), sino el que esos sujetos sean a su vez los únicos a los que se refiere el acto en cuestión, en lugar de que ese acto regule la situación jurídica de terceros, de sujetos que no han partici-

daderos contratos. Si se exige como elemento del concepto, de manera más concreta, que ese vínculo se articule a través de un mecanismo de enlace causalizado de prestaciones obligacionales, precisamente, la cuestión puede hacerse problemática en algunos supuestos, no en todos». (La cursiva es mía; nótese que no se puede hablar de «enlace causalizado de prestaciones» en todos los contratos, sino sólo en los sinalagmáticos).

La alusión a ENTRENA debe entenderse referida a su artículo «Consideraciones», *cit.*, págs. 39 y sigs. Lo que pretendía este autor era incluir entre los contratos de la Administración los contratos interadministrativos («hasta el momento presente la doctrina ha prescindido de las relaciones jurídicas bilaterales que se establecen entre los entes públicos», pág. 41). Los contratos de la Administración se dividirían (pág. 73) en contratos públicos en sentido amplio, «aquellos cuyo objeto inmediato y directo sea el servicio público», y contratos privados. Los primeros podrían celebrarse con particulares (que serían simples «colaboradores» de la prestación del servicio), o con otra Administración (y entonces ambos sujetos cooperarían en dicha prestación). El tema no es, por tanto, la distinción respecto a la actividad unilateral de la Administración.

Respecto a la teoría del iusnaturalismo racionalista sobre el contrato, *vid.* WIEACKER, *Privatrechtsgeschichte der Neuzeit*, Göttingen, 1967 (2.^a ed.), págs. 293 y sigs., y Díez-PICAZO, *Fundamentos*, *cit.*, vol. I, págs. 120-121. Este último, tras exponer dicha teoría (así como otros movimientos que apuntan en la misma dirección, como el Derecho canónico o la vertiente voluntarista de la escolástica tardía), concluye: «Se llega de esta manera a la concepción moderna del contrato. Contrato es todo acuerdo de voluntades por medio del cual los interesados se obligan» (pág. 121). En el mismo sentido se manifiestan SACCO/DE NOVA, *Il contratto*, *cit.*, pág. 23: «La generosa ilusión del derecho natural pudo hacer creer que el contrato se redujese al acuerdo, es decir, a la concordancia entre dos voluntades individuales, soberanas en la esfera jurídica sometida a cada una de ellas; y, desinteresándose de la naturaleza específica de esta “voluntad”, pudo dejar entender que esa fuese la intención —en sentido psicológico— de producir determinado efecto jurídico». A primera vista, lo que parece decirse es que todo acuerdo de voluntades productor de efectos jurídicos tiende a ser considerado como un contrato, de modo que cualquiera de los supuestos que hoy calificamos como acto administrativo necesitado de colaboración no podría ser distinguido de un contrato *partiendo exclusivamente del concepto de contrato*. Sin embargo, se trataría, en mi opinión, de una conclusión equivocada. Lo que pretendían GROCIO o PUFENDORF (que son los autores a quienes se refiere Díez-PICAZO) no era configurar como contratos

pado en su producción ¹³⁸. O, lo que es lo mismo, son actos unilaterales aquellos que se dictan sin necesidad del consentimiento de su destinatario, de modo que su eventual aceptación es indife-

supuestos como el asentimiento del tutor a un acto del sometido a tutela, por utilizar un ejemplo de Derecho privado. Lo que ellos pretendían [y lograron, pues su doctrina ha pasado a las codificaciones, como afirman DÍEZ-PICAZO (pág. 121) y WIEACKER] era dar alcance general al contrato, de modo que el acuerdo de dos o más sujetos pudiese crear obligaciones entre ellos en todo caso, y no sólo cuando se encontrase en el catálogo de causas que, en número tasado, reconocía el Derecho romano (según el consabido principio *ex nudo pacto actio non nascitur*). Otra innovación del iusnaturalismo racionalista (ésta abandonada por las codificaciones, que vuelven a la construcción romana), fue la exigencia de *aequalitas* entre las prestaciones de las partes, como subraya WIEACKER (*op. cit.*, pág. 482) y ha destacado entre nosotros S. MARTÍN-RETORTILLO («La institución contractual», *cit.*, págs. 97 y sigs.).

¹³⁸ La aporía que intenta resolver EISENMANN (puesto que los anteriores intentos de solución le parecen, como se irá viendo, inadecuados) consiste en que múltiples actos, «que no pueden producirse a no ser con el consentimiento de al menos dos sujetos, no son actos bi- o plurilaterales; algunos son unilaterales, según la opinión casi unánime» (*Cours de Droit Administratif*, París, 1983, vol. II, pág. 689). La solución al problema consiste en cambiar el criterio de clasificación de los actos en unilaterales y bilaterales (expresión que para este autor equivale a contratos), de modo que no sea el número de sujetos que participan en su producción: «Las relaciones obligación-derecho subjetivo creadas por las convenciones o contratos se refieren a las partes mismas; son ellas los sujetos, una el sujeto pasivo, la otra el sujeto activo, pudiendo ser distinta esta cualidad en cada una de las relaciones creadas por el acto, cuando éste crea varias. Por tanto, la convención o el contrato se caracterizan por este dato que se refiere a su *contenido*, al fondo; las normas creadas regulan las relaciones de las partes, su conducta recíproca, prescribiendo ciertos actos o ciertas abstenciones a una o a ambas, o permitiendo a una o a ambas ciertas conductas, es decir, imponiendo obligaciones o confiriendo derechos *a las partes*» (pág. 689; la primera cursiva está en el original). Más adelante, añade: «*Los actos plurilaterales* (bilaterales o multilaterales) son los actos que crean normas que rigen las relaciones mutuas de sus autores, es decir, que establecen obligaciones y derechos subjetivos de unos frente a otros; en otras palabras: los actos que crean normas que tienen por sujeto a sus mismos creadores» (pág. 690). Por el contrario (continúa diciendo), «*los actos unilaterales son*: o bien los actos de un solo individuo, o bien los actos de dos o más individuos que no crean normas destinadas a regular sus relaciones». En el mismo sentido, DUPUIS, «Définition de l'acte unilatéral», *Recueil d'études en hommage a Charles Eisenmann*, París, 1975, pág. 211: «En el contrato, los autores del acto son a la vez sus sujetos, mientras que, en el caso de un acto unilateral, los sujetos no son autores del acto».

rente para su régimen jurídico ¹³⁹. Se rechaza un criterio meramente cuantitativo, pues entonces habría que calificar, se dice, como actos plurilaterales las decisiones de un órgano colegiado o todas aquellas que deban tomarse con el acuerdo de otro órgano o de un particular ¹⁴⁰. Y todo ello porque, con un planteamiento muy kelseniano, considera que, siempre que el consentimiento de un sujeto sea necesario para la producción de un efecto jurídico, ese sujeto debe ser considerado autor del acto, sin que la denominación (solicitud, asentimiento, etc.) o la colocación procedimental de ese consentimiento alteren su calificación jurídica o permitan asignar distinto valor a los diversos consentimientos necesarios para la producción del acto ¹⁴¹.

¹³⁹ Es el punto de partida de DUPUIS, «La définition», *cit.*: «*El acto unilateral es una decisión cuyo valor jurídico es independiente del consentimiento de sus destinatarios. En otros términos (lo más sencillos que se pueda imaginar), el acto unilateral atribuye derechos o impone obligaciones a sus sujetos, activos o pasivos, independientemente de su consentimiento*» (pág. 207; en cursiva en el original); «el acto unilateral es aquel que emana de la administración y que se impone a sus destinatarios, es decir, a los administrados» (pág. 213). Su argumentación intenta hacer compatible esta afirmación con el hecho, también notado por EISENMANN, de que a la producción de numerosos actos unilaterales colaboran varios sujetos. [Tanto DUPUIS como EISENMANN emplean con frecuencia la palabra «sujetos» (*sujets*) para referirse a los destinatarios del acto, a las personas que deben cumplir la obligación por él establecida o que resultan titulares de los derechos declarados o constituidos por el acto. Es un uso tal vez extraño para el lector español, que identificaría el sujeto del acto con su autor, pero posible dado que sujeto equivale también a «sometido»].

¹⁴⁰ Así, para DUPUIS, «según la doctrina habitual, el acto plurilateral y el acto unilateral se distinguen por el número de sus autores (...). Pero el interés de esta clasificación fundada sobre un criterio puramente cuantitativo es ciertamente muy débil y probablemente nulo» («La définition», *cit.*, pág. 209). En opinión de EISENMANN, «la distinción de los dos tipos respondería a un dato cuantitativo, incluso numérico, relativo a los autores» (*Cours, cit.*, vol. II, pág. 686).

¹⁴¹ EISENMANN critica las tesis que intentan hacer compatible la definición del acto unilateral como acto dictado por un solo autor, con la calificación unilateral de actos como las deliberaciones de órganos colegiados (que tampoco él está dispuesto a cambiar). Ante propuestas que intentan mantener la vieja definición de acto unilateral hablando de una «voluntad colectiva», etc., dice: «Este argumento me parece carente de valor: no es sino una interpretación ideológica y *a posteriori*, que no corresponde a la realidad de los hechos tal como aparece a quien analiza la operación, por observación directa, en su realidad inmediata: las voluntades pueden oponerse, una puede paralizar a la otra; es necesario el acuerdo y el consentimiento, la “conformidad”, que es la única

Este criterio de distinción entre el contrato y otros actos basados en el consentimiento de varios sujetos puede entenderse incluido en el concepto de contrato vigente entre nosotros ¹⁴².

que "unificará". No hay que hablar, por tanto, de voluntad única; cuando se considera la realidad de las operaciones jurídicas, salta a los ojos que esa voluntad no responde para nada a ella» (*Cours, cit.*, vol. II, pág. 688). No se trata, naturalmente, de que EISENMANN pretenda calificar como contratos los acuerdos de órganos colegiados, sino que quiere dar una justificación más lógica de su naturaleza unilateral que el recurso a una fantasmagórica «voluntad colectiva». Una autorizada crítica actual a ese mismo concepto se contiene en GALGANO, *Il negozio giuridico, cit.*, págs. 218 y sigs. Díez-PICAZO, *Fundamentos, cit.*, vol. I, págs. 77-78, tampoco se basa en el criterio del número de autores o en la identidad o divergencia de intereses para distinguir entre acuerdos (*Beschlüsse*) y contratos. LARENZ, *Allgemeiner Teil des deutschen Bürgerlichen Rechts. Ein Lehrbuch*, München, 1977 (4.^a ed.), pág. 278, afirma, en la misma línea de EISENMANN (aunque refiriéndose exclusivamente a supuestos de Derecho privado), que «la diferencia entre la decisión [*Beschluß*]; es el supuesto análogo a las resoluciones administrativas, aunque LARENZ se refiere a las resoluciones de órganos de sociedades o asociaciones, basadas en los poderes que les atribuyen los estatutos y no en potestades otorgadas por el ordenamiento] y contrato consiste en que la decisión, en virtud del contrato de sociedad o de los estatutos de la corporación, si se adopta con las formalidades prescritas, también vincula a aquellos miembros que no la han aprobado». No es necesario aclarar que no intento defender ninguna tesis sobre la naturaleza de los acuerdos de órganos colegiados (en el supuesto de que ello fuese hoy de alguna utilidad), sino utilizar la construcción de EISENMANN y DUPUIS para determinar, de entre todos los actos administrativos necesitados de colaboración, cuáles de ellos *podrían* ser construidos como contratos.

La influencia kelseniana en EISENMANN es puesta de relieve por LAUBADÈRE/MODERNE/DELVOLVÉ, *Traité des contrats administratifs*, vol. I, París, 1983 (2.^a ed.), pág. 56, nota 6. También KELSEN, como se ha visto con anterioridad, se negaba a aceptar que el consentimiento de un sujeto que es condición necesaria de la producción de un efecto jurídico fuese considerado de importancia menor que otro de los presupuestos de ese mismo efecto. Por otra parte, el modo de razonar de EISENMANN y DUPUIS ante la distinción tradicional entre actos uni- y plurilaterales recuerda a la reacción de DUGUIT ante los conceptos aceptados por la doctrina de su época, reacción calificada más arriba como positivista en un sentido *comtiano* más que jurídico.

¹⁴² Para Díez-PICAZO, contrato es «todo negocio jurídico bilateral cuyos efectos consisten en constituir, modificar o extinguir una relación jurídica de naturaleza patrimonial» (*Fundamentos, cit.*, vol. I, pág. 76). Según el artículo 1.321 del *Codice Civile* italiano, «*il contratto è l'accordo di due o più parti per costituire, regolare o estinguere tra loro un rapporto giuridico patrimoniale*». En cuanto a que la relación jurídica constituida, modificada o extinguida por el contrato deba tener como partes precisamente a las que lo son del

También en el de SAVIGNY (determinante por su influencia en el contrato de Derecho público alemán actual)¹⁴³, pero no en el de KELSEN, que desliga totalmente el contrato de la autonomía privada, lo que explica su concepto amplio¹⁴⁴.

contrato, es algo que se deriva de que el contrato es un acto de *autonomía privada*. Al definir el negocio jurídico patrimonial (una de cuyas especies sería el contrato), DIEZ-PICAZO dice que «es un acto de autonomía privada que reglamenta *para sus autores* una determinada relación o una determinada situación jurídica. El efecto inmediato de todo negocio jurídico consiste en constituir, modificar o extinguir *entre las partes* una relación o una situación jurídica y establecer la regla de conducta o el precepto por el cual deben regirse los recíprocos derechos y obligaciones que en virtud de esta relación recaen *sobre las partes*» (*op. cit.*, pág. 73; la cursiva es mía). «Del concepto mismo de contrato deriva una natural consecuencia en orden a sus efectos. Si el contrato se considera como una manifestación de voluntad privada, tal manifestación de voluntad no puede producir sus efectos más que en relación con las personas que han realizado dicha manifestación. Si el contrato se considera como una manifestación de la autonomía privada, en orden a la reglamentación de los propios intereses, resulta claro que dicha reglamentación ha de afectar, en línea de principio, tan sólo a la esfera jurídica de sus autores, porque sólo respecto de ellos por hipótesis la autonomía existe» (pág. 419).

¹⁴³ Este define el contrato como «la unión de varios en una declaración de voluntad concordante, a través de la cual son determinadas *sus relaciones jurídicas*». (El subrayado es mío). *Vid. SAVIGNY, System des heutigen römischen Rechts, cit.*, vol. III, pág. 309 («*Vertrag ist die Vereinigung Mehrerer zu einer übereinstimmenden Willenserklärung, wodurch ihre Rechtsverhältnisse bestimmt werden*»). Es interesante notar cómo SAVIGNY anticipa, en las explicaciones previas a la definición que acabo de citar, el criterio de distinción entre actos uni- y plurilaterales sostenido desde los años cincuenta por EISENMANN y sus discípulos, y al que me he referido páginas atrás. «Cuando los miembros de un tribunal, tras largos debates, se ponen de acuerdo sobre una sentencia, se dan todas las características del contrato que se han descrito, incluso el fin de la resolución es una relación jurídica, y sin embargo no existe ningún contrato. La razón es que la relación jurídica (a la que se refiere la sentencia) les es ajena, mientras que en el contrato de compraventa es propia de ellos» (*op. cit.*, pág. 309).

¹⁴⁴ Al inicio de *El contrato y el tratado analizados desde el punto de vista de la teoría pura del Derecho*, México, 1943 (traducción del original francés, no publicado hasta entonces, por GARCÍA MÁYNEZ), *cit.*, KELSEN afirma que «de acuerdo con la definición tradicional, convención es la concordancia de voluntades de dos o varios sujetos, tendente a producir un efecto jurídico, es decir, a crear o extinguir una obligación y el derecho subjetivo correspondiente» (pág. 3). A su vez, se destacan «dos tipos ideales, dos posibles métodos de creación de normas: heteronomía y autonomía, según que el individuo sujeto a la norma participe o no participe en su formulación» (pág. 114). Si se

En consecuencia, la única forma de explicar convincentemente por qué una subvención o la prestación de un servicio público pueden ser configuradas normativamente como un contrato o como un acto necesitado de aceptación, mientras que, por el contrario, una autorización es necesariamente un acto unilateral, es partir de que un contrato sólo puede constituir, modificar o extinguir relaciones jurídicas entre quienes son partes en el mismo ¹⁴⁵.

tiene en cuenta que, para KELSEN, no existe diferencia entre creación y aplicación de normas, por lo que los contratos son también fuente de creación de normas, su distinción entre heteronomía y autonomía se corresponde con la formulada por EISENMANN y DUPUIS entre actos uni- y plurilaterales. Lo relevante es que KELSEN, al contrario que Díez-PICAZO, no establece ninguna relación entre autonomía y contrato. Tras describir como verdaderos contratos los convenios colectivos laborales con eficacia normativa o *erga omnes*, dice: «La oposición entre creación de normas por la ley y creación de normas por convención no es absoluta, sino relativa, tanto en lo que se refiere al carácter de heteronomía como al carácter de autonomía de la creación de las mismas normas. (...) La categoría de la convención no es absolutamente incompatible ni con la creación de normas generales ni con la creación de normas heterónomas» (pág. 150). Todo lo más, «es posible preguntar si las restricciones que afectan el principio de la autonomía permiten hablar aún de convención y si no estaría indicado, desde el punto de vista terminológico, reservar el término “convención” a ese método de creación del derecho en el cual el principio de la autonomía (en el sentido de la identidad de los sujetos que crean la norma y aquellos que se encuentran sometidos a la misma) es respetado, cuando menos en lo esencial» (pág. 156). Es imprescindible tener en cuenta esta diferencia entre el concepto de contrato de KELSEN y el aceptado en nuestro Derecho, a la hora de valorar su construcción sobre el contrato de Derecho público.

¹⁴⁵ El objeto principal de una autorización administrativa no es establecer una relación obligacional entre la Administración y un particular, sino sólo levantar la prohibición preventiva que pesa sobre una determinada actividad. La autorización produce efectos *erga omnes* (obligando a todos, sin perjuicio de la tutela jurídico-privada de sus derechos, a soportar la realización de la actividad autorizada). Por tanto, no es un contrato. La razón es esa, y no que el contenido de la autorización sea establecido unilateralmente por la Administración. Un contrato normado (como el de inquilinato) sigue siendo contrato aunque las partes no puedan negociar gran parte de su contenido, pues éste se refiere a obligaciones de las partes. En cambio, si una Ley concede una desgravación al arrendatario, la misma no forma parte del contenido del contrato, pues no se refiere a las relaciones obligatorias entre las partes, y ello aunque la aplicación de esa desgravación esté condicionada, como todo el resto del contrato, a que se produzca un acuerdo entre las partes.

CONTRATOS SOBRE ACTOS Y POTESTADES ADMINISTRATIVAS Y CONTROL DE LA DISCRECIONALIDAD

1. Eficacia indirecta de los convenios administrativos

Ya se ha visto en el capítulo II que la posibilidad de que la Administración vincule contractualmente el ejercicio de sus potestades es en sí misma peligrosa en un Estado de Derecho porque aumenta la discrecionalidad y el riesgo de un tratamiento discriminatorio. Por ello, sólo se podrá admitir la validez de estos convenios en caso de que no exista otra institución jurídica a través de la cual se pueda dar satisfacción a aquellos intereses dignos de tutela que las partes intentan salvaguardar mediante la celebración del convenio ¹. Si esta búsqueda tuviese éxito, el convenio sería eficaz sólo de forma indirecta. Sería nulo como convenio, pero operaría como supuesto de hecho de otras normas o figuras jurídicas que darían una cierta satisfacción a lo pretendido por las partes. Esta búsqueda de vías alternativas sólo será necesaria, lógicamente, en ausencia de una norma que habilite a la Administración para la celebración de convenios (como las que existen en los Derechos alemán e italiano).

Una vez probado en el capítulo III que la superación de los argumentos tradicionales en contra del contrato de Derecho

¹ De hecho, se ha dirigido a la construcción de los contratos sobre actos y potestades administrativas la acusación de ser innecesaria, o de existir sólo como categoría sociológica, resolviéndose jurídicamente tales «contratos» en simples actos administrativos negociados previamente, o necesitados de colaboración, o a los que se hubiesen añadido cláusulas accidentales, o en supuestos de responsabilidad patrimonial de la Administración, etc. *Vid.* FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, «Administración imperativa», *cit.*, pág. 61; BULLINGER, *Vertrag und Verwaltungsakt*, *cit.*, págs. 246 y sigs. (defendiendo las ventajas de calificar como acto cualquier convenio); BURMEISTER, «Verträge und Absprachen», *cit.*, pág. 227.

público no soluciona el problema del ejercicio consensual de potestades, pues se trata de una cuestión distinta o al menos previa, en este capítulo se trata de averiguar si el control de la discrecionalidad administrativa permite a las partes (en especial, a los particulares) obtener los mismos objetivos que persiguen al celebrar el convenio, y por tanto hace innecesario reconocer a éste eficacia contractual.

2. La pretensión del particular a que la Administración motive el incumplimiento del convenio

Cuando la Administración se compromete a dictar un acto administrativo discrecional, está mostrando su disposición a orientar en una determinada dirección la discrecionalidad de que dispone, es decir, está concretando en una sola la multiplicidad de opciones por las que puede, lícitamente, decidirse². Si se parte de que el convenio no vincula directamente a la Administración, ésta podrá apartarse del mismo y dictar un acto distinto (o no dictar ningún acto). El hecho de que el acto suponga un incumplimiento del convenio no lo convierte en inválido o ilegal. Pero la Administración, al motivar el acto [algo a lo que está obligada en virtud del art. 54.1.f) LAP], no sólo deberá probar que es adecuado a los intereses públicos a los que debe servir, sino también que es más adecuado a esos intereses que la alternativa consistente en cumplir el convenio (y obtener, en consecuencia, las prestaciones comprometidas por el particular).

Lo que se trata de sostener es que la Administración tiene el deber de motivar el acto *comparativamente*, es decir, que no le basta con justificarlo invocando la potestad de que deriva, sino que debe probar también la superioridad de ese acto sobre las demás alternativas que se hayan propuesto por los interesados en el curso del procedimiento (incluyendo la alternativa consistente

² Lo mismo ocurre, tal y como se ha explicado en el § I.3, cuando la Administración acepta el compromiso de un particular de realizar una prestación en caso de que la primera dicte un determinado acto.

en cumplir el convenio). Lógicamente, en la medida en que la potestad de que se trate contenga elementos discrecionales, la motivación será relativamente inmune al control de los Tribunales, que sólo podrán exigirle coherencia y razonabilidad. El deber de la Administración de motivar comparativamente el acto se convierte para los interesados en el cumplimiento del convenio en un derecho a obtener, a través del recurso contencioso-administrativo, la anulación del acto que se aparte arbitrariamente del mismo.

El deber de motivar comparativamente el acto se deduce tanto de la exigencia de que la discrecionalidad esté sometida a un control judicial efectivo (derivada a su vez del art. 24.1 CE y de la cláusula de Estado de Derecho), como de una interpretación sistemática de las normas que regulan la participación en el procedimiento administrativo.

Cuando se habilita a la Administración para dictar un acto que incluye elementos discrecionales, se le está concediendo la facultad de elegir entre un conjunto de opciones, facultad cuyo ejercicio difícilmente va a ser posible revisar en sede jurisdiccional, precisamente porque el Derecho, único criterio en virtud del cual puede actuar el juez, lo reconoce como ámbito de decisión concedido o reservado a la Administración. Para que la discrecionalidad no degenera en arbitrariedad, es preciso que en su ejercicio la Administración respete algunas normas, cuyo cumplimiento sí pueda ser verificado por el juez, y cuya violación determine la anulación del acto dictado. Se trata, sobre todo, de las normas de procedimiento y de la obligación de motivar la resolución, normas cuyo cumplimiento debe ser exigido con un rigor directamente proporcional al margen de discrecionalidad concedido por el ordenamiento a la Administración en cada sector de su actividad ³.

³ En Alemania, con abundante bibliografía, *vid.* SCHNEIDER, «Kooperative Verwaltungsverfahren», *cit.*, pág. 47; GUSY, «Zulässigkeit gemeindlicher Verpflichtungen», *cit.*, pág. 166; KREBS, «Zulässigkeit und Wirksamkeit vertraglicher Bindungen», *cit.*, pág. 53. En Italia se insiste, sobre todo en los estudios sobre la Ley 241/1990, en que, tras la generalización del *obbligo di motivazione dei provvedimenti*, el centro de gravedad del procedimiento ha pasado de la resolución a la instrucción (*istruttoria*), hasta el punto de que la resolución sería sólo la terminación del mismo (y ni siquiera la única forma de termina-

El procedimiento administrativo puede cumplir distintas funciones, pero si es un presupuesto del ejercicio válido de la discrecionalidad es porque garantiza que la decisión se toma teniendo en cuenta todos los datos, fácticos y jurídicos, relevantes, y todos los intereses que puedan ser afectados o que deban ser perseguidos a través de ella. Este objetivo se logra a través de técnicas jurídicas diversas, pero que pueden ordenarse en dos fases: asegurar que tales datos e intereses se hagan presentes a quien debe adoptar la resolución, y garantizar que son tenidos en cuenta en ella.

Lo primero se logra obligando a la Administración a dotarse de toda la información pertinente (art. 80.2 LAP) y a solicitar los dictámenes preceptivos (art. 82.1 LAP), y permitiendo a los interesados la presentación de alegaciones [arts. 35.e) y 79 LAP]⁴. Pero, además, de poco valdría el procedimiento como garantía de racionalidad en el ejercicio de potestades discrecionales, si tales alegaciones e informes no produjeran otro efecto que su mera constancia en el expediente, es decir, si no estrecharan el

ción, una vez que se admite la convencional): *esito non essenziale del procedimento* [vid. CASTIELLO, «Procedimenti ed accordi amministrativi: dagli "accordi ufficiosi" agli accordi codificati», en AMIRANTE (ed.), *La contrattualizzazione dell'azione amministrativa*, cit., págs. 51 y sigs., pág. 54]. Entre nosotros, la motivación o fundamentación del acto es considerada una de las técnicas más relevantes para el control del ejercicio de potestades discrecionales: vid., por todos, FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, *Arbitrariedad y discrecionalidad*, Madrid, 1991, pág. 112, así como BACIGALUPO, *La discrecionalidad administrativa*, Madrid, 1997, págs. 233 y sigs.

⁴ En este sentido, BASSI, «Autorità e consenso», *RTDP*, XLII (1992), págs. 744 y sigs., pág. 748, afirma que la participación de los particulares en el procedimiento les permite «proponer soluciones que, siendo compatibles con la satisfacción del interés público primario, conlleven el menor perjuicio posible al interés privado». Según STICCHI DAMIANI, *Attività amministrativa consensuale*, cit., pág. 76, en el procedimiento «las partes objetivamente superan el carácter limitado de su perspectiva de intereses para ofrecer a la autoridad competente para decidir alternativas que permitan reducir la indeterminación inicial de los presupuestos y que sean idóneas para satisfacer, junto al interés individual, el interés público ligado a la potestad». Vid. también ANDREANI, «Funzione amministrativa, procedimento, partecipazione nella legge 241/1990 (quaranta anni dopo la prolusione di F. Benvenuti)», *Dir. proc. amm.*, X (1992), págs. 655 y sigs., pág. 660, y FRANCO, «La legge n. 241 del 1990 nell'attuale contesto ordinamentale», *TAR*, XVII (1991), II, págs. 233 y sigs., pág. 237.

margen decisonal que a la Administración concede la norma (o el conjunto normativo) que la habilita para dictar un acto con elementos discrecionales.

El modo concreto en que se garantiza que la Administración no sólo tiene a la vista todos los datos relevantes, sino también que éstos influyen en el razonamiento que conduce a su decisión, es la obligación de motivar el acto, no sólo en relación con los hechos y las normas que le sirven de fundamento, sino también con las alegaciones de los interesados ⁵. Lo que hacen los interesados es presentar a la Administración propuestas, es decir, contenidos posibles del acto administrativo cuyo procedimiento se está tramitando. Cada alegación mostrará la forma en que la Administración puede satisfacer el interés público con el mínimo perjuicio o el máximo beneficio para el interés particular de quien presenta la alegación ⁶. Cuando el propietario de un terreno situado en el trazado de una autovía en proyecto comparece en el trámite de información pública, lo que hará normalmente no será proponer que no se construya la autovía (que es,

⁵ De esta forma, los informes preceptivos y las alegaciones incorporadas por los interesados al procedimiento estrechan el margen decisonal de la Administración, contribuyendo a la objetividad y posibilidad de control de la resolución final, sin llegar a suplantar la competencia de la Administración para decidir.

⁶ Vid. NIGRO, *Giustizia amministrativa*, Bologna, 1994 (4.ª ed.), págs. 92 y sigs. Al elaborar el concepto de interés legítimo, NIGRO estudia el grado y las formas de protección otorgados por el ordenamiento a los intereses afectados por el ejercicio de una potestad administrativa. «La protección tiene que consistir necesariamente en la posibilidad atribuida al titular del interés de influir sobre el ejercicio de la potestad, colaborando a la corrección de ese ejercicio e interviniendo para corregir sus desviaciones» (pág. 95). Esa intervención no se reduce a su faceta judicial, la más llamativa, la facultad de pedir la anulación del acto dictado, sino que aparece «antes, mediante la facultad de participación en el mismo procedimiento administrativo (es decir, antes de la formación del acto) (...). Por tanto, se puede decir que el interés legítimo consiste finalmente en la (posible) *participación* del particular en la actualización de la función administrativa, participación que, sea cual sea la forma que asuma, se manifiesta sustancialmente en todo caso en *presentar* (esta feliz interpretación del fenómeno procede de BERTI) *a la autoridad administrativa*, y en justificar desde el punto de vista fáctico o jurídico, *proyectos de acto administrativo* que el interesado desearía que la autoridad administrativa adoptase» (la cursiva es mía). En el mismo sentido, los textos de BASSI y STICCHI DAMIANI citados en la nota 4.

probablemente, lo que conviene a su condición de propietario, condición que es la que le confiere la calificación de interesado), pues entonces su alegación estará destinada al fracaso, ya que la Ley ya ha decidido que el interés público en la construcción de autovías prevalece sobre el interés privado de los propietarios afectados, legitimando las correspondientes expropiaciones. Lo que hará el compareciente será alegar que existe otra forma de satisfacer el interés público primario (es decir, otro posible trazado de la autovía) que es más adecuada para la tutela del resto de los intereses afectados (incluyendo su interés de propietario) ⁷.

Estas propuestas no vinculan, obviamente, a la Administración, ni siquiera cuando quien las formula es un órgano consultivo u otro órgano administrativo que interviene tutelando un interés público distinto y específico (el interés ambiental, o el de un municipio afectado). Pero sí reducen el margen de discrecionalidad, ya que la Administración, al motivar su resolución, deberá justificar no sólo que es una de las decisiones incluidas en el margen (o hueco) más o menos amplio concedido por las normas habilitadoras de la potestad, sino también que, desde el punto de vista del servicio a los intereses públicos y de la ponderación de todos los intereses afectados, es una opción racionalmente preferible a cualquiera de las propuestas presentadas en el procedimiento. Sólo así se puede garantizar un control judicial efectivo de la discrecionalidad administrativa (al que los interesados tienen derecho, en virtud del art. 24 CE), y se da sentido tanto al derecho de los interesados a la presentación de alegaciones, como a la obligación administrativa de tenerlas en cuenta en la resolución final.

No es difícil encontrar el fundamento normativo de esta exigencia de motivación comparativa de las decisiones discrecio-

⁷ Como recuerda GIANNINI (*Il potere discrezionale della pubblica amministrazione. Concetto e problemi*, Milano, 1939, págs. 74 y sigs.), el órgano administrativo que ejerce una potestad discrecional pondera los diversos intereses en presencia, tanto el interés público que es el fin de esa potestad (y que debe serlo también de los actos que se dicten en su ejercicio), como los intereses afectados por el ejercicio de la potestad (intereses secundarios), que pueden ser tanto públicos como privados. *Vid.* también su *Diritto amministrativo*, cit., vol. II, págs. 45 y sigs.

nales. En primer lugar, éstas deben ser necesariamente motivadas [art. 54.1.f) LAP]. Sabemos, además, que la ley impone la motivación de aquellas resoluciones que se apartan de una propuesta razonada, es decir, las que «se separen (...) del dictamen de órganos consultivos» [art. 54.1.c) LAP], exigiendo, por tanto, un razonamiento que no sólo justifique abstractamente el acto, sino que muestre el criterio por el que se desoye el razonamiento alternativo contenido en el dictamen. Por otro lado, el artículo 35.e) LAP concede a los ciudadanos, «en sus relaciones con las Administraciones Públicas», el derecho «a formular alegaciones y a aportar documentos en cualquier fase del procedimiento anterior al trámite de audiencia, *que deberán ser tenidos en cuenta por el órgano competente* al redactar la propuesta de resolución», fórmula reiterada en el artículo 79.1 *in fine* a propósito de las alegaciones. En el mismo sentido, los comparecientes en el trámite de información pública «tienen derecho a obtener de la Administración una respuesta razonada» (art. 86.3). Parece claro que la forma de «tener en cuenta» las alegaciones no puede ser otra que justificar en la motivación del acto, en los casos en que se decida no seguirlas, la razón por la que se hace ⁸. Tratándose de actos con elementos discrecionales, esa razón podrá ser una opción política del órgano competente, es decir, un criterio discutible que no es necesario que sea aceptado por el particular ni por otro órgano administrativo o jurisdiccional, pero al menos debe tratarse de un criterio mínimamente lógico y objetivable, susceptible, por ejemplo, de ser aplicado a casos análogos.

⁸ La exigencia de motivación comparativa es especialmente clara en la legislación urbanística, como se ha encargado de recordar DELGADO BARRIO, en *El control de la discrecionalidad del planeamiento urbanístico*, Madrid, 1993, págs. 46-47. El artículo 38 del Reglamento de Planeamiento (en adelante, RP), que desarrolla el artículo 72 del TRLS de 1992, establece el contenido y funciones de la Memoria del Plan General, que «analizará las distintas alternativas posibles y justificará el modelo elegido». Entre la información que debe contener se encuentra el «resultado del trámite de participación pública en el proceso de elaboración del Plan» [ap. 2.º, a)], y debe referirse, entre otros, al «examen y análisis ponderado de las diferentes alternativas contempladas» (ap. 4.º), y «justificación del modelo de desarrollo elegido y descripción de la ordenación propuesta» (ap. 5.º).

En los casos en que, antes del procedimiento, se haya celebrado un convenio en el que la Administración se obligue a dictar un acto determinado, el control del ejercicio de la discrecionalidad en la producción de ese acto puede otorgar indirectamente al convenio un cierto carácter vinculante. De acuerdo con la hipótesis de que parto en este capítulo, el convenio no obliga a la Administración a su cumplimiento, pues se parte de que el único modo de ejercicio de las potestades es el dictado de un acto administrativo, acto que, a su vez, sólo será válido si ha sido precedido del procedimiento legalmente establecido [art. 62.1.e) LAP]. En otro caso, el convenio permitiría eludir las reglas que el ordenamiento ha establecido para el ejercicio de las potestades administrativas. Pero ese límite a los convenios sobre actos y potestades no debe ir más allá de su propia justificación y exigencias, no debe convertirse en un mito que reste toda eficacia a esos convenios de forma innecesaria. Si la Administración dicta un acto distinto del prometido en el convenio, deberá justificar la superioridad, para el servicio al interés público, del acto que ha dictado sobre el que se había pactado en el convenio (teniendo en cuenta que el cumplimiento del convenio habría permitido a la Administración adquirir las prestaciones prometidas por el particular).

Una motivación que no cumpla el requisito de ser «comparativa», es decir, de demostrar que son las exigencias del interés público las que impiden a la Administración cumplir el acuerdo, conducirá a la anulación del acto ⁹. Incluso si la Administración justifica adecuadamente su apartamiento del convenio, la motivación es relevante en las relaciones entre la Administración y quien ha sido parte en el acuerdo, ya que en ella se identificará la razón que justifica el incumplimiento del convenio, que puede dar lugar a la responsabilidad patrimonial de la Administración,

⁹ Excepcionalmente, cuando las circunstancias del caso hubiesen eliminado la discrecionalidad, de modo que resulte de forma inequívoca que dictar el acto convenido es la única forma ajustada a Derecho de ejercer la potestad, será posible al juez declarar el derecho del recurrente a que se dicte el acto de acuerdo con el convenio, lo que, en términos prácticos, equivale a la discutida sustitución judicial del acto impugnado. *Vid.* FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, *Arbitrariedad y discrecionalidad*, *cit.*, págs. 120 y sigs., esp. pág. 124, y BELTRÁN DE FELIPE, *Discrecionalidad administrativa y Constitución*, *cit.*, págs. 100 y sigs.

en caso de que ésta la conociese (o hubiese debido conocerla) en el momento de su conclusión.

3. La motivación comparativa de los actos administrativos en los Derechos italiano (*accordi procedimentali*) y alemán

El reconocimiento de esta clase de eficacia indirecta a los acuerdos entre la Administración y los particulares, aunque supone una relativa novedad en España, ha sido teorizado en la doctrina italiana, especialmente por GIANNINI. Este autor, que es a quien se debe la elaboración más completa de la actividad administrativa consensual, constató ya en 1962, al margen de los contratos propiamente dichos, la existencia de acuerdos previos al dictado de un acto, que tienen a éste por objeto, y sólo vinculan a la Administración en cuanto debe aportar una motivación específica en caso de que decida dar al acto un contenido distinto del convenido ¹⁰.

¹⁰ GIANNINI expone esta teoría en *L'attività amministrativa, cit.*, págs. 38-39 (se trata de las lecciones impartidas durante el curso 1961-1962), y se mantiene prácticamente inalterada, como veremos, en la última edición de su *Diritto amministrativo* (1993), *cit.*, vol. II, págs. 149-153. La sede de estudio habitual no es la actividad administrativa consensual (dado el carácter no vinculante de estos acuerdos), sino los actos del particular en el procedimiento. Así, aparecen en BERGONZINI, *L'attività del privato nel procedimento amministrativo*, Padova, 1975, págs. 278-286. No, en cambio, en otra obra clásica sobre el mismo tema, la de CASSESE, «Il privato e il procedimento amministrativo», *Arch. giur. Serafini*, CLXXIX (1970), págs. 25 y sigs. GIANNINI describe así el supuesto: «Un particular presenta una solicitud a la Administración dirigida a la obtención de una resolución administrativa, declarando que desea negociar; se desarrolla una negociación, que puede manifestarse documentalmente en un verdadero acto (suscrito exclusivamente por el particular o por él y la Administración). A continuación, la Administración dicta la resolución, que reproduce en su parte dispositiva o en un anexo lo que se había pactado con el particular» (*L'attività amministrativa, cit.*, pág. 38). Más adelante: «No es en absoluto anormal que la resolución sea negociada. Aquí hay algo más, es decir, el interesado en la obtención de la resolución hace una declaración que tiene *relevancia jurídica específica*, en el sentido de ser relativamente vinculante para el órgano». Se hacen eco de esta construcción DELGADO PIQUERAS,

La Administración puede apartarse del convenio, pero debe aportar una motivación adecuada ¹¹. El convenio, y por lo tanto las prestaciones a que, en él, se haya obligado el particular para el caso de que se dicte el acto, pueden ser tenidas en cuenta a la hora de enjuiciar el acto dictado de conformidad con él: el convenio se incorpora a la motivación del acto ¹². El convenio, por su parte, no sólo vincula (relativamente) a la Administración, sino que, con base en él, será posible exigir a la otra parte el cumplimiento de las prestaciones convenidas.¹³ El convenio

La terminación convencional, cit., pág. 67 (aunque luego no la aplique a su propia teoría de la terminación convencional en nuestro ordenamiento), y PAREJO, «La terminación convencional», cit., pág. 180, nota 67.

¹¹ Vid. BERGONZINI *L'attività del privato*, cit., pág. 72: «Se trata de actos que vinculan al órgano al que se dirigen, no a dar a la resolución final un contenido determinado, sino a efectuar, antes de resolver, una valoración de los elementos y argumentos deducidos. Un deber de este tipo sólo puede ser sancionado imponiendo a la Administración la carga de motivar adecuadamente, sobre las observaciones que le sean presentadas; de ahí que la necesidad de tenerlas en cuenta, que sería realmente incontrolable, *se resuelve en un deber de motivación*. (...) La relevancia jurídica de tales actos se agota en obligar a la autoridad a la que se dirigen, y que pretenda resolver en sentido contrario al propuesto por éstas, a incluir en el acto final una motivación adecuada». (La cursiva es mía). GIANNINI explica que el efecto vinculante relativo de la declaración conjunta o emitida sólo por el particular, se concreta en que la Administración «puede no atenerse a ella, pero motivando» (*L'attività amministrativa*, cit., pág. 39; vid. también su *Diritto amministrativo*, cit., vol. II, pág. 150). En el mismo sentido, A. SCOGNAMIGLIO, «Sui collegamenti tra atti di autonomia privata e procedimenti amministrativi», *RTDP*, XXXIII (1983), págs. 290 y sigs., pág. 298. La única consecuencia en caso de incumplimiento del deber de motivar es la anulación del acto, como reconoce MERUSI, *L'affidamento del cittadino*, Milano, 1970, que sólo estudia posibles consecuencias indemnizatorias en el caso de modificaciones de planes económicos (pág. 61, nota 77) y en caso de revisión de oficio de un acto (pág. 148, nota 140).

¹² Como recuerda GIANNINI, «se ha dicho antes que si la Administración adopta una postura distinta, debe motivar; pero también si se atiene al acuerdo oficioso, éste conserva siempre su valor motivacional de la decisión que se formalizará en la resolución» (*Diritto amministrativo*, cit., vol. II, pág. 150).

¹³ Por ello estos convenios son para GIANNINI *atti di sottomissione* (*Diritto amministrativo*, cit., vol. II, pág. 150). GIANNINI funde, sobre todo en su obra de 1962, estos «actos de sumisión» con el sentido clásico de esa expresión, el empleado por MAYER al referirse a la solicitud del particular en los actos administrativos necesitados de colaboración (*L'attività amministrativa*, cit., págs. 38-39). Existen entre ambos, sin embargo, una diferencia fundamental: en los actos necesitados de colaboración, el «acuerdo» con el particular (articúlese

tiene, en fin, una eficacia limitada que lo separa de otras figuras consensuales ¹⁴.

Este tipo de acuerdos son estudiados por GIANNINI y BERGONZINI como fenómenos de la práctica, reconocidos por la jurisprudencia, y que no necesitan un fundamento dogmático específico ¹⁵. Su mera existencia pondría un interrogante, según

luego como contrato o como simple requisito del dictado de la resolución) está previsto normativamente como presupuesto necesario del acto administrativo. En cambio, los acuerdos que estamos estudiando son, en sentido estricto, innecesarios para que se dicte el acto.

¹⁴ GIANNINI estudia este tipo de acuerdos al hablar del procedimiento, y por tanto como una cuestión separada de la actividad administrativa contractual, que es la que se refiere a contratos propiamente dichos. Y ello «no siendo posible en nuestro sistema una obligación de dictar una resolución administrativa, como ésa [una concepción contractual de los acuerdos procedimentales] comportaría» (*L'attività amministrativa, cit.*, pág. 38). Lo mismo sostiene, como se ha visto, A. SCOGNAMIGLIO. Tal vez por eso sea criticable que en la nueva edición del *Diritto amministrativo*, posterior a la Ley 241/1990, de «nuevas normas en materia de procedimiento», haya sostenido que su artículo 11, que codifica (como se ha indicado con anterioridad) los acuerdos sobre el contenido de un acto administrativo, cubre tanto los supuestos de contratos en sentido estricto, como los acuerdos procedimentales (vol. II, pág. 151). Los acuerdos que ha codificado la Ley de 1990 son plenamente vinculantes para la Administración (que sólo podrá apartarse de su cumplimiento mediante una indemnización), les es aplicable supletoriamente el Código Civil (lo que acredita su naturaleza sustancialmente contractual), y sólo pueden ser celebrados tras el desarrollo del procedimiento correspondiente al acto que predeterminan (entre otras razones, porque el acuerdo, según el art. 11, es alcanzado «acogiendo observaciones y propuestas» presentadas en el mismo), notas todas ellas que los separan de los acuerdos procedimentales. Parece que este último precepto debe cubrir los acuerdos jurídicamente vinculantes sobre la producción de actos administrativos futuros, acuerdos que tendrán, por tanto, eficacia contractual *stricto sensu*, señalando los requisitos y presupuestos de esa eficacia. La figura del acuerdo procedimental, con su eficacia sólo indirectamente vinculante, seguiría siendo útil, incluso en Italia (es decir, en presencia de una norma habilitante como el art. 11) para aquellos acuerdos que no cumplan los requisitos exigidos para los contratos: por ejemplo, los acuerdos concluidos antes de la iniciación del procedimiento, acuerdos cuya necesidad práctica es, como ha quedado dicho, muy clara.

¹⁵ Las citas anteriores de GIANNINI han mostrado la amplitud que éste reconoce a la práctica en la conformación de estos acuerdos. BERGONZINI tampoco se plantea grandes dudas acerca de su justificación, admitiendo que la Administración les reconozca una eficacia mayor, autovinculándose antes del desarrollo del procedimiento: «Si la ley estableciese que el acuerdo alcanzado es vinculante, o fuese la Administración quien, ejerciendo su propia discrecional-

GIANNINI, al lado de las afirmaciones habituales de la indisponibilidad de las potestades administrativas y de la correlativa nulidad de los convenios que pretendiesen vincular su ejercicio ¹⁶.

Curiosamente, también en Alemania se ha propuesto recientemente esta tesis, rechazándose la idea de que los convenios informales o carentes de eficacia contractual sean de cumplimiento opcional para la Administración ¹⁷. El convenio no predetermina el procedimiento, es decir, no es obstáculo para que la Administración dé al acto (o plan) un contenido distinto del pactado, en los casos en que el resultado del procedimiento (los intereses públicos y privados, manifestados en las distintas alegaciones) lo haga necesario. Pero, como esto no ocurre siempre, antes bien es algo excepcional, la imposibilidad de predeterminar el resultado del procedimiento no será excusa para que la Administración se aparte siempre que quiera del convenio (o, lo que es lo mismo, para negar a éste todo carácter vinculante), sino sólo fundamento para que lo haga cuando sea necesario, motivándolo en todo caso ¹⁸. Si resulta que una de las razones

lidad, asumiese en el acuerdo preliminar también el compromiso explícito, irrevocable, de dar a la resolución, si se dicta, el contenido sobre el que se ha alcanzado el acuerdo con el interesado —esto podría suceder, por ejemplo, si el particular promete, como contrapartida, aceptar algunas cláusulas que le sean desfavorables—, del acuerdo derivaría un efecto procedimental (...) más fuerte que el de las alegaciones del particular que haya intervenido» (*L'attività del privato, cit.*, pág. 284).

¹⁶ *L'attività amministrativa, cit.*, pág. 39.

¹⁷ Lo contrario, es decir, la opcionalidad del cumplimiento de los convenios, implicaría una desatención, difícilmente aceptable, de la situación de quien ha contratado con la Administración, como subrayan SCHMIDT-ASSMANN/KREBS, *Rechtsfragen städtebaulicher Verträge, cit.*, pág. 87.

¹⁸ Esa fue la propuesta formulada por DOSSMANN en su tesis doctoral, *Die Bebauungsplanzusage, cit.*, págs. 100 y sigs. El punto de partida es que el convenio no puede vincular a la Administración a dictar un acto futuro antes de que se tramite el procedimiento correspondiente, puesto que ello predeterminaría este último procedimiento, haciendo ilusorio el derecho a participar en el mismo, concedido a los interesados. La Administración no puede comprometerse a modificar un plan urbanístico antes de realizar la correspondiente información pública, pues entonces estaría admitiendo de antemano que no va a hacer ningún caso a los resultados de dicha información pública, lo que viciaría la resolución finalmente adoptada. Sin embargo, «la mera posibilidad de nuevos conocimientos después de la realización de la promesa (de la adquisición

por la que no se reconoce eficacia contractual a los convenios es porque la Administración no puede predeterminar sus decisiones antes de tramitar los procedimientos correspondientes, porque ello le impediría tener en cuenta las alegaciones de los interesados, convertir el cumplimiento del convenio en meramente opcional sería, como se ha recordado en la doctrina, incumplir el mandato de ponderación de todos los intereses por el otro lado, es decir, no teniendo en cuenta los intereses del particular contratante ¹⁹. El resultado alcanzado es, por tanto, el mismo que defienden en Italia GIANNINI y otros autores, y que se ha propuesto también para nuestro ordenamiento.

4. La jurisprudencia en materia de convenios administrativos y la exigencia de motivación comparativa

Por desgracia, los avances que la exigencia de motivación comparativa supone para el control de la discrecionalidad no han sido aplicados hasta ahora por nuestra jurisprudencia, a pesar del claro apoyo, tanto institucional como normativo, de que goza esta técnica en nuestro Derecho, y a pesar también de los progresos que se han hecho en esta materia en los últimos años. Limitándo-

del compromiso) no implica que las promesas de plan sean, en principio, inválidas. Antes bien, para que el procedimiento de formación de los planes conserve su sentido, basta con que la vinculación de la Administración a su promesa decaiga si es necesario tener en cuenta un nuevo interés para la mejora del plan. Mientras no exista esta necesidad, se puede afirmar sin inconvenientes la validez, en principio, de la promesa» (pág. 101). La exigencia de motivación en aquellos casos en que la Administración se aparte, al aprobar el plan, de la solución convenida, es necesariamente la otra cara de esta construcción, lo que permite verificar el respeto por la Administración de la obligatoriedad (reducida) del acuerdo. Así se viene a reconocer, al decirse que, de aceptarse esta propuesta, «el destinatario de la promesa (la otra parte contratante, si se trata de una promesa contractual) está protegido contra aquellas variaciones respecto al plan previsto, que carezcan de fundamento o no se deriven de motivos relacionados con el plan» (pág. 104).

¹⁹ Así lo recuerdan SCHMIDT-ASSMANN/KREBS, *Rechtsfragen städtebaulicher Verträge*, cit., pág. 93.

nos a la jurisprudencia relativa a convenios urbanísticos, su examen muestra que, cuando los Tribunales deciden no considerar vinculante un convenio (lo que sucede en algunos casos, pero no en todos), entonces el acto recurrido, es decir, el acto administrativo que se aparta de lo acordado en el convenio, se examina en su legalidad intrínseca, sin relación alguna con el convenio. No se exige, en otras palabras, que la Administración haya justificado su decisión de incumplir el convenio.

Así, la sentencia de 30 de abril de 1990, ante la alegación de los recurrentes de que «con el acto recurrido [aprobación *inicial* de Normas Subsidiarias] se revisa sin sujetarse al cauce del artículo 109 de la Ley de Procedimiento Administrativo un convenio anterior pactado con el Ayuntamiento», argumenta:

«a) La actuación de la potestad de planeamiento aspira a establecer el modelo territorial más adecuado a las exigencias del interés público de donde deriva la posibilidad de alterar ordenaciones urbanísticas establecidas con anterioridad —éste es el “*ius variandi*”— independientemente de las indemnizaciones que puedan resultar procedentes —art. 87.2 del Texto Refundido de la Ley del Suelo de 1976—; b) *No resulta admisible una «disposición» de la potestad de planeamiento por vía contractual: cualquiera que sea el contenido de los acuerdos a los que el Ayuntamiento haya llegado con los administrados, aquella potestad ha de actuarse para lograr la mejor ordenación posible, sin perjuicio de las consecuencias jurídicas que ya en otro terreno pueda desencadenar el apartamiento de convenios anteriores»*²⁰.

²⁰ S. de 30 de abril de 1990 (Ar. 3624; Delgado Barrio). El párrafo transcrito es un *obiter dictum*, ya que la sentencia inadmite el recurso, por estar dirigido contra un acto de trámite no recurrible aisladamente (el acuerdo municipal de aprobación *inicial* de las Normas Subsidiarias). Me parece relevante, sin embargo, porque es, que yo conozca, la primera de una línea jurisprudencial en la que se encuentran, sin ánimo de exhaustividad, las sentencias de 13 de julio de 1990 (Ar. 6034), 13 de marzo de 1991 (Ar. 1998; Esteban Álamo), 25 de marzo de 1991 (Ar. 2026; Barrio Iglesias), 21 de septiembre de 1991 (Ar. 6818), 20 de diciembre de 1991 (Ar. 314 de 1992), 13 de febrero de 1992 (Ar. 2828), 18 de marzo de 1992 (Ar. 3376), 15 de abril de 1992 (Ar. 4051; Oro-Pulido López), 27 de octubre de 1992 (Ar. 8157; Oro-Pulido López). El ponente de las sentencias en que no se indica este dato fue el Magistrado J. Delgado Barrio, quien se refiere a esta jurisprudencia en *El control de la discrecionalidad*, cit., pág. 37.

Parece criticable, a la vista del desarrollo que se ha ido haciendo a lo largo del capítulo, que la Administración pueda apartarse de lo convenido sin que la existencia de un acuerdo (del que ella es, obviamente, parte, es decir, que ella ha aceptado) reduzca o altere en lo más mínimo su margen de discrecionalidad planificadora. La sustancial equiparación de los particulares que han firmado el convenio con los titulares de derechos derivados de la ordenación modificada, o la consideración de que el convenio no produce otro efecto que, en su caso, el indemnizatorio, que son las dos tesis sostenidas por la jurisprudencia, parecen indicar que ésta no exige que la Administración justifique las ventajas de la solución adoptada frente a la convenida. Parece, de acuerdo con esa jurisprudencia, que las exigencias de motivación son iguales, tanto si existe como si no un convenio previo, colocándose así el listón de protección de quien celebra un convenio con la Administración por debajo de lo que resultaría si se exigiese esa motivación comparativa.

5. El control de la discrecionalidad como alternativa al reconocimiento de validez a los convenios sobre actos y potestades administrativas

De acuerdo con el planteamiento expuesto al comienzo de este capítulo, es preciso determinar si la eficacia (limitada e indirecta) que los convenios sobre actos y potestades pueden obtener a través de las técnicas de control de la discrecionalidad es suficiente para satisfacer los intereses y finalidades perseguidos por las partes por medio de ellos, y por tanto hace innecesario reconocerles eficacia contractual.

La respuesta es necesariamente negativa, ya que las técnicas de control de la discrecionalidad, en el mejor de los casos (que no es, como se ha visto, el de nuestra jurisprudencia), colocan al particular al nivel de un interesado cualquiera que, habiendo presentado alegaciones, tiene derecho a que éstas sean tenidas en cuenta [art. 35.e) LAP]. Lo único en que es superior su situación es en que, habiendo asumido en el convenio obligaciones para el

supuesto de que se dicte el acto convenido, tales prestaciones se incorporan a la motivación del acto, pudiendo ser tenidas en cuenta por la Administración para aprobarlo frente a otras alternativas, o por los Tribunales de lo contencioso-administrativo a la hora de enjuiciarlo.

Las garantías que para el particular se derivan de esta construcción son también bastante reducidas, lo suficientemente reducidas como para hacer dudoso que se decida a pactar con la Administración. Esta siempre puede dictar el acto con un contenido distinto al convenido, incluso por causas que ya existían en el momento de la celebración del convenio, e incluso le eran ya conocidas, siempre que, en vista del interés público a que debe servir el acto de que se trate, se pueda motivar su superioridad respecto a la solución convenida. En este caso, el particular no tendrá otra garantía que, en su caso, una indemnización por responsabilidad extracontractual de la Administración.

Las técnicas de control de la discrecionalidad no pueden superar este inconveniente, puesto que con su sola aplicación, es decir, sin reconocer a los convenios eficacia vinculante en cuanto tales, el único momento relevante de ejercicio de la potestad seguirá siendo el de la resolución, y no el del convenio, que será contemplado jurídicamente como un acto que vincula al particular, pero no a la Administración (lo que implica desconocer su naturaleza jurídica de *acuerdo*).

La exigencia de motivación comparativa para los actos que se apartan de un convenio precedente, con independencia del carácter vinculante de éste, debe ser considerada, por tanto, como una exigencia inexcusable del ejercicio legítimo de la discrecionalidad administrativa (superando o reinterpretando en este sentido la jurisprudencia actual), pero sin que ello haga innecesario apurar las posibilidades de reconocer carácter y eficacia de contratos a los acuerdos sobre actos y potestades administrativas.

LA RESPONSABILIDAD PATRIMONIAL DE LA ADMINISTRACION POR LA CELEBRACION DE CONTRATOS NULOS SOBRE EL EJERCICIO DE POTESTADES ADMINISTRATIVAS

1. Introducción

Se ha señalado con frecuencia que los acuerdos en los que la Administración vincula el dictado de un acto o el ejercicio de una de sus potestades, aunque carecen de eficacia contractual por la indisponibilidad de su objeto, pueden dar lugar a la responsabilidad extracontractual de la Administración ¹.

Lo mismo afirma la jurisprudencia cuando desestima las pretensiones basadas en un convenio, remitiendo genéricamente a otros procesos en los que se puedan hacer valer pretensiones indemnizatorias ².

¹ Así, Tomás-Ramón FERNÁNDEZ decía en 1989, a propósito de los acuerdos concluidos en ejecución de planes económicos («planificación indicativa», «acción concertada») que «en lo que respecta a los particulares, es obvio también que la conclusión de este tipo de acuerdos venía a reforzar su posición en la hipótesis de un eventual cambio por la Administración de la línea de acción que en ellos se reflejaba y a fundar así una *pretensión de resarcimiento de los daños y perjuicios* que de ese cambio pudieran derivarse, pero no más, ni de forma distinta de lo que vendría a resultar, *sin necesidad de acudir a la explicación por la vía contractual*, de la aplicación pura y simple de las reglas generales por las que se rige la *responsabilidad patrimonial* de la Administración» («Administración imperativa», *cit.*, pág. 61; la cursiva es mía). En el mismo sentido, VELASCO CABALLERO, *Las cláusulas accesorias*, *cit.*, pág. 310.

² Así, la sentencia de 30 de abril de 1990 (Ar. 3624, Delgado Barrio), a la que siguen otras muchas, establece que «no resulta admisible una “disposición” de la potestad de planeamiento por vía contractual: cualquiera que sea el contenido de los acuerdos a los que el Ayuntamiento haya llegado con los administrados, aquella potestad ha de actuarse para lograr la mejor ordenación posible, sin perjuicio de las consecuencias jurídicas que ya en otro terreno pueda desencadenar el apartamiento de convenios anteriores». En el capítulo IV, nota 20, se enumeran otras sentencias que utilizan este mismo argumento.

Esta vía, que viene a conceder (como ocurría en el capítulo anterior) una cierta eficacia indirecta a los contratos sobre actos y potestades administrativas, ha sido ensayada también en otros ordenamientos ³, y en este capítulo se estudia su aplicación al Derecho español, partiendo lógicamente (como en el capítulo anterior) de la hipótesis de la nulidad del convenio. Como la nulidad de cualquier contrato tiene como consecuencia la devolución recíproca de las prestaciones que ya se hubiesen cumplido, o de su equivalente económico, lo que importa determinar es si la Administración está obligada, además de a devolver las prestaciones recibidas, a indemnizar al otro contratante por los daños y perjuicios sufridos ⁴.

³ Así sucede en Francia, como se estudia con más detalle en el próximo epígrafe y puso de relieve entre nosotros FERNÁNDEZ FARRERES, en *La subvención*, *cit.*, págs. 364 y sigs. En Alemania, la posibilidad de que acuerdos informales, no incluidos en la habilitación del § 54 *VwVfG*, den lugar, en caso de incumplimiento, a la responsabilidad extracontractual de la Administración, ha sido aceptada por BONK, en STELKENS/BONK/SACHS, *VwVfG*, *cit.*, pág. 1228 (§ 54.19), sobre la base de la cláusula general de responsabilidad del artículo 34 GG, aunque sus dificultades dogmáticas han sido también subrayadas por BURMEISTER, «Verträge und Absprachen», *cit.*, pág. 242. En Austria, donde rige de forma estricta el principio de que ningún convenio es válido en ausencia de una habilitación normativa al respecto, HENGSTSCHLÄGER afirma que «quien ha confiado en vano en las promesas de la Administración, puede solicitar una indemnización en el marco del Derecho de la responsabilidad extracontractual (*Amts haftungsrecht*)» [«Verträge und Absprachen zwischen der Verwaltung und Privaten in Österreich», *VVDStRL*, 52 (1993), págs. 298 y sigs., *cit.*, pág. 313].

⁴ Sobre la devolución de prestaciones (*in natura* o por equivalente), *vid.* por todos, DíEZ-PICAZO, *Fundamentos*, *cit.*, vol. I, págs. 474 y sigs. La jurisprudencia contencioso-administrativa acude en muchos de estos supuestos, para lograr el mismo resultado, a la teoría del enriquecimiento injusto. Al respecto, *vid.* REBOLLO PUIG, *El enriquecimiento injusto de la Administración Pública*, Madrid, 1994, págs. 346 y sigs. Eso ocurre en el supuesto resuelto por la sentencia de 10 de octubre de 1978 (Ar. 3660, Gabaldón López). Declarada la nulidad radical del convenio por el que el particular cedía una parcela que iba a ser expropiada con motivo de la apertura de una calle, a cambio de ser excluido del pago de contribuciones especiales con motivo de su urbanización, y «al no poder derivarse de ello para la Corporación un enriquecimiento que sería injusto por el doble motivo del correlativo empobrecimiento del cedente y ser consecuencia de una actividad viciada de raíz, lo procedente es abonar a la reclamante el importe de las contraprestaciones estipuladas (...) y que, dados los términos del contrato, hay que reputar como valor tenido por equivalente al del solar cedido».

La finalidad última de esta indagación se encuentra, una vez más, en determinar si el juego de la responsabilidad patrimonial de la Administración hace innecesario forzar el principio de indisponibilidad de las potestades administrativas para reconocer, en ciertos casos, eficacia a este tipo de convenios ⁵.

2. La responsabilidad de la Administración a consecuencia de acuerdos carentes de valor contractual

En el Derecho administrativo francés se admite con normalidad que algunos acuerdos celebrados por la Administración con particulares, a pesar de no ser válidos a causa de la indisponibilidad de su objeto, dan lugar a la responsabilidad extracontractual de la Administración, en caso de que ésta actúe apartándose de ellos ⁶. Se produce así una especie de «compensación» en favor

⁵ Este es el razonamiento seguido por el Consejo de Estado en su dictamen de 28 de diciembre de 1983 (núm. 45772). Ante el incumplimiento de un convenio expropiatorio, el particular solicitaba una indemnización basándose en el artículo 40 LRJAE, a lo que el Consejo responde que la responsabilidad patrimonial es un fundamento *residual*, al que deberá acudir sólo a falta de otra base jurídica, como un contrato válido: «Como reiteradamente ha mantenido el Consejo de Estado, tratándose de daños y perjuicios susceptibles de examen y decisión en el curso del procedimiento que formaliza una relación jurídica, es en el marco de dicho procedimiento, y no en el de las disposiciones sobre responsabilidad aquiliana de la Administración Pública, donde han de sustanciarse las reclamaciones formuladas por el particular solicitante, ya que en aquellas relaciones típicas, como pueda ser la expropiatoria, contractual, urbanística, etc., el principio de garantía patrimonial del administrado queda suficientemente cubierto, en cuanto al fondo y en cuanto a la forma, por las normas reguladoras de la institución o de la relación que corresponda, a las cuales hay que remitirse íntegramente en casos como el presente, en que los hechos por los que se reclama encuentran su debida regulación» (pág. 794).

⁶ Sobre el tema se encuentran referencias generales en VEDEL/DELVOLVÉ, *Droit administratif* (2 vols.), vol. I, París, 1990 (11.ª ed.), pág. 577, y LAUBADÈRE, *Droit public économique*, París, 1979 (3.ª ed.), págs. 436 y 458. Vid. también VASSEUR, «Un nouvel essor du concept contractuel. Les aspects juridiques de l'économie concertée et contractuelle», *Revue Trimestrielle de Droit Civil*, 62 (1964), págs. 5 y sigs., pág. 43; LAUBADÈRE, «Administration et contrat», en *Mélanges offerts à Jean Brethe de la Gressaye*, Bordeaux, 1967, págs. 453 y sigs., pág. 465; MOREAU, «De l'interdiction faite à l'autorité de

del particular: éste obtiene una indemnización en lugar de beneficiarse del cumplimiento del acuerdo.

Los acuerdos o promesas que la Administración celebre sobre el ejercicio de sus potestades son nulos, en aplicación estricta del principio de indisponibilidad⁷. Esa sanción se aplica tanto a los acuerdos que pretendan la enajenación o renuncia pura y simple de una potestad (es decir, un acto de disposición en sentido estricto sobre ella), como a los que pretenden solamente vincular su ejercicio para un supuesto concreto (es decir,

police d'utiliser une technique d'ordre contractuel. Contribution à l'étude des rapports entre police administrative et contrat», *AJDA*, 1966, págs. 3 y sigs.; ANDRÉ, «La responsabilité de la puissance publique du fait de diverses formes d'engagements non contractuels de l'Administration», *AJDA*, 1976, págs. 20 y sigs.; POUYAUD, *La nullité des contrats administratifs*, París, 1991, págs. 225 y 227. En la jurisprudencia, destacan (entre otras muchas que aplican esta técnica) las decisiones del Consejo de Estado de 24 de abril de 1964 (se trata de dos decisiones idénticas: asuntos *Société des huileries de Chauny* y *Société des moulins et huileries de Pont-à-Mousson*, publicadas en *AJDA*, 1964, págs. 318 y sigs.), 29 de octubre de 1986 [asunto *Ville de Beauchamps*, *RDP*, CIII (1987), pág. 487, núm. 84], 17 de marzo de 1989 (asuntos *ASRL Sodevam* y *Ville de París/Sodevam*, *AJDA*, 1989, págs. 472), y 16 de octubre de 1992 [asunto *SA Garage de Garches*, *RDP*, CIX (1993), pág. 256, núm. 19]. Sobre el (importante) *arrêt* de 24 de abril de 1964, *vid.* los comentarios de FOURRÉ/PUYBASSET (en la «Chronique» de *AJDA*, 1964, págs. 297 y sigs.) y WALINE, «La responsabilité du fait d'engagements illégalement pris au nom de l'État», *RDP*, LXXX (1964), págs. 799 y sigs.

⁷ La doctrina francesa habla de promesas (unilaterales) y de acuerdos (bilaterales), e incluso con más frecuencia de las primeras, que son las que han dado nombre a esta figura concreta de responsabilidad administrativa. Ello no impide, sin embargo, tener en cuenta esta doctrina en un trabajo dedicado a los contratos, por las siguientes razones: 1) se trata de promesas que la Administración emite para obtener prestaciones de los particulares (ANDRÉ, «La responsabilité», *cit.*, pág. 20), por lo que en muchos casos son promesas enlazadas sinalagmáticamente con las de otro sujeto; 2) la doctrina asume implícitamente que, si tales promesas fuesen válidas, muchas de ellas serían contratos, cuando señala la responsabilidad patrimonial de la Administración como un efecto sustitutivo de la responsabilidad contractual, a la que apunta el tenor literal de muchas de tales promesas (MOREAU, «De l'interdiction», *cit.*, pág. 12; LAUBADÈRE, *Droit public économique*, *cit.*, pág. 439; POUYAUD, *La nullité*, *cit.*, pág. 225), y 3) si la doctrina se conforma con la calificación inespecífica de «promesas», sin llegar a sostener la naturaleza contractual de (al menos) algunas de ellas, es porque parte de que, como contratos, serían nulos debido al carácter indisponible de su objeto.

actos de ejercicio convencional o pacticio de la misma) ⁸. Sin embargo, la inobservancia de las promesas del segundo tipo puede dar lugar a la responsabilidad extracontractual de la Administración, es decir, a su obligación de indemnizar al destinatario de la promesa ⁹.

El Comisario del Gobierno STIRN resume así la jurisprudencia, en sus conclusiones en el asunto *Sodevam* ¹⁰:

«Se produce la responsabilidad del poder público, por culpa [*faute*], cuando promesas incumplidas, compromisos no respetados o indicaciones erróneas causan un perjuicio a quienes se han fiado de la palabra de la Administración. (...) Cuanto más formales son las promesas hechas, mayor es la responsabilidad. A su vez, ésta disminuye, y puede llegar a desaparecer, a causa, de un lado, de la imprudencia de la víctima, y, de otro, de la imprecisión de la voluntad expresada. (...) La capacidad de conocimiento del interlocutor de la Administración constituye también un elemento de apreciación».

Es importante hacer constar que se admite la responsabilidad de la Administración, y por tanto su obligación de indemnizar, a pesar de que una de las razones por las que no se acepta la validez de los acuerdos que puedan concluirse sobre el ejercicio de las potestades administrativas es justamente el impedir que la Administración, para ejercer esas potestades, se vea obligada a indemnizar a los titulares de derechos derivados de los acuerdos o promesas ¹¹. Ese mismo inconveniente existe también si se

⁸ Desarrollan especialmente esta distinción, sobre la que habrá ocasión de volver, MOREAU, «De l'interdiction», *cit.*, pág. 9; LAUBADÈRE/DELVOLVÉ/MODERNE, *Traité des contrats*, *cit.*, vol. I, pág. 47, y POUYAUD, *La nullité*, *cit.*, pág. 219.

⁹ Limitan los supuestos de responsabilidad a las promesas de ejercicio de una potestad administrativa, por oposición a las promesas de enajenación o renuncia a una potestad, MOREAU, «De l'interdiction», *cit.*, pág. 10, y POUYAUD, *La nullité*, *cit.*, págs. 222 y sigs.

¹⁰ Reproducidas en AJDA, 1989, págs. 472 y sigs., con citas posteriores de jurisprudencia.

¹¹ POUYAUD cita las conclusiones de BRAIBANT en el asunto *Syndicat national du commerce en gros des équipements*, donde se sostiene que «la Administración no puede enajenar en un contrato el poder reglamentario que le ha sido conferido por la ley... No se puede atar las manos con carácter anticipado *ni impedirse a sí misma tomar sin indemnización las medidas (...) que ella considere necesarias en función de la evolución de la coyuntura o de su política*» (*La nullité*, *cit.*, pág. 232).

reconoce a las promesas o acuerdos idoneidad para producir la responsabilidad de la Administración, puesto que la necesidad de indemnizar en caso de incumplimiento del acuerdo supone un obstáculo al ejercicio de la potestad administrativa de que se trate en todo caso, sin que sea relevante que la indemnización se deba a título de responsabilidad contractual o extracontractual.

Dado el carácter subjetivo del sistema común francés de responsabilidad de la Administración, el incumplimiento de la promesa o acuerdo ha de ser «culpable», debe suponer una *faute de service*¹². La promesa o acuerdo sobre el ejercicio de una potestad administrativa son nulos, y por tanto la *faute de service* no se encuentra en el acto que lo incumple, sino en la propia emisión de la promesa (o celebración del acuerdo), cuya nulidad no podía ignorar la Administración, aunque esa falta sólo se ponga de manifiesto cuando se dicta el segundo acto, es decir, el acto de ejercicio de la potestad «vinculada», acto que incumple el acuerdo¹³.

La responsabilidad de la Administración, aunque extracontractual, es en realidad el supuesto típico de responsabilidad precontractual o *culpa in contrahendo*, es decir, la responsabilidad de la parte que conocía la existencia de una causa de invalidez del contrato, por los daños que la invalidez ocasiona a la otra parte¹⁴. Sin embargo, ningún autor francés conecta la responsa-

¹² La responsabilidad por el incumplimiento de promesas (que «couvre d'ailleurs aussi bien l'hypothèse de la promesse ne pouvant être légalement tenue») es estudiada siempre entre las hipótesis de responsabilidad por *faute de service*: así en PAILLET, «Faute de service», *Juris Classeur (Administratif)*, fasc. 818 (1993), núm. 147; LAUBADÈRE, *Droit public économique, cit.*, pág. 457, o VEDEL/DELVOLVÉ, *Droit administratif, cit.*, vol. I, pág. 577.

¹³ Vid. FOURRÉ/PUYBASSET, nota al *arrêt* del Consejo de Estado en el asunto *Société des huileries de Chauny* (AJDA, 1964, pág. 297), y ANDRÉ, «La responsabilité», *cit.*, págs. 27 y sigs.

¹⁴ Ese es el supuesto de hecho del actual artículo 1.338 del *Codice Civile* italiano, que dispone: «Conocimiento de las causas de invalidez. La parte que, conociendo o debiendo conocer la existencia de una causa de invalidez del contrato, no lo haya comunicado a la otra parte, debe resarcir el daño sufrido por ésta por haber confiado, sin culpa, en la validez del contrato». A su vez, es el supuesto sobre el que IHERING elaboró su teoría de la *culpa in contrahendo*, que fue la primera construcción de esta figura. En el caso que sirvió de funda-

bilidad por el incumplimiento de promesas con la *culpa in contrahendo* (lo que, además de dogmáticamente correcto, proporcionaría a esta jurisprudencia un apoyo más seguro), tal vez por la insistencia en el concepto, puramente convencional, de *promesa*, sin ahondar en la naturaleza contractual de muchas de ellas.

La responsabilidad administrativa puede ser excluida o atenuada (en forma de minoración de la indemnización) en caso de que la otra parte haya observado una actitud imprudente, es decir, haya confiado en una promesa cuya absoluta inidoneidad para vincular a la Administración no podía serle desconocida ¹⁵.

En caso de responsabilidad de la Administración, la indemnización se limita al daño emergente, a los perjuicios sufridos

mento a IHERING, la nulidad del contrato se debía, precisamente a una norma de lo que hoy llamaríamos Derecho público: se trataba de la venta por los magistrados romanos de bienes públicos y, por tanto, inalienables. *Vid.* IHERING, «*Culpa in contrahendo* oder Schadenersatz bei nichtigen oder nicht zur Perfection gelangten Verträgen», *Jahrbücher für die Dogmatik der heutigen römischen und deutschen Privatrechtes*, 4 (1861), págs. 13 y sigs., publicado también en sus *Gesammelte Aufsätze*, Jena, 1861, vol. I, págs. 327 y sigs., y del que existe una trad. francesa, a cargo de MEULENAERE, *Oeuvres choisies*, París, 1893, vol. II, págs. 1 y sigs. DÍEZ-PICAZO dice que «IHERING llegó a esta conclusión analizando algunos textos romanos que contemplaban la hipótesis de venta de los *bona sacra vel religiosa vel publica*, cuando el vendedor conoce esta circunstancia y no la comunica al comprador, quien por ello contrata creyendo que se trata de cosas *intra commercium*. Los textos conceden al contratante de buena fe una *actio empti* dirigida a proporcionarle el *id quod interest*» (*Fundamentos*, *cit.*, vol. I, pág. 271). Un análisis de esos antecedentes desde una perspectiva jurídico-administrativa se encuentra en CLAVERO ARÉVALO, *La inalienabilidad del dominio público*, Sevilla, 1958, págs. 13 y sigs.

¹⁵ Este requisito, que ya hemos visto en el texto citado del comisario STIRN, es afirmado por todos los autores: en el asunto *Société des huileries de Chauny*, la indemnización fue reducida a la mitad, debido a «la imprudencia que ha cometido, a su vez, la citada sociedad, actuando sobre la base de compromisos cuya irregularidad no podía ignorar». Ha sido criticado por algunos autores este juego de la imprudencia del particular como eximente o atenuante de la responsabilidad de la Administración. FOURRÉ/PUYBASSET concluyen su comentario (*AJDA*, 1964, pág. 298) afirmando que «lo que se deduce no es otra cosa sino que, al revés que el Derecho mercantil, basado sobre la confianza, el Derecho administrativo parece basarse sobre la desconfianza. Se invita a los administrados a escrutarse críticamente las decisiones que les perjudican y a desconfiar de las que les conceden una ventaja». En el mismo sentido, WALINE, «*La responsabilité du fait d'engagements*», *cit.*, pág. 807.

por el particular como consecuencia de haber ajustado su conducta a la promesa que se le había hecho. La jurisprudencia argumenta que, al ser ilegal la promesa o el acuerdo, debe ser colocado el particular en la situación en que se encontraría de no haber confiado en el compromiso de la Administración, pero no deben serle concedidos, por vía indemnizatoria, los beneficios que habría obtenido si se hubiese ejecutado el acuerdo ¹⁶.

3. Fundamento y presupuestos de la responsabilidad patrimonial de la Administración por incumplimiento de convenios nulos sobre actos y potestades administrativas

Partiendo de la hipótesis de la nulidad del convenio en el que la Administración se obliga a dictar un acto o vincula de cualquier modo el ejercicio de una de sus potestades, se trata de averiguar si el incumplimiento del acuerdo puede dar lugar, en algún caso, a una pretensión indemnizatoria frente a la Administración, que vaya más allá de la simple restitución (en su caso, por equivalente) de la prestación que el particular ya haya realizado.

La obligación de la parte que ha sido culpable de la nulidad del contrato (o que, conociendo la causa de nulidad, no la ha comunicado a la contraparte) de indemnizar los daños producidos por la declaración de nulidad, tiene una larga tradición en la teoría de la responsabilidad precontractual, y su elaboración procede precisamente de la necesidad de proteger a quien celebra un contrato en violación de una norma jurídico-pública que esta-

¹⁶ Por todos, ANDRÉ, «La responsabilité», *cit.*, pág. 28. El *arrêt Société des huileries de Chauny* explica perfectamente este argumento: «Considerando que la sociedad sólo puede alegar el hecho de que, si no hubiese sido invitada expresamente por la Administración, se habría abstenido de crear en 1949 unos *stocks* por encima de las necesidades normales de explotación; que esa abstención le habría ahorrado pérdidas, pero no le podría haber procurado beneficios; que por tanto la indemnización a la que tiene derecho la solicitante no puede incluir la reparación del lucro cesante».

blece la indisponibilidad o extracomercialidad de un determinado objeto ¹⁷. Quien es parte en un contrato que es declarado nulo por el carácter indisponible de su objeto puede obtener así un resarcimiento de los daños sufridos, siempre que la nulidad sea imputable de algún modo a la otra parte, o ésta incumpliese el deber, impuesto por la buena fe, de comunicarle la existencia de la causa de nulidad ¹⁸. Esta institución supone para el contratante inocente un plus respecto a la simple devolución de las prestaciones ¹⁹. Aquí ha de encajar, por tanto, en su caso, la responsabilidad de la Administración por incumplimiento de un contrato nulo sobre el ejercicio de una de sus potestades.

¹⁷ Sobre la responsabilidad precontractual, *vid.* referencias generales en Díez-PICAZO, *Fundamentos, cit.*, vol. I, págs. 270 y sigs.; CASTÁN TOBEÑAS, *Derecho Civil, cit.*, tomo III, págs. 468 y sigs., y DE CASTRO, *El negocio jurídico, cit.*, pág. 477, así como ASÚA GONZÁLEZ, *La culpa «in contrahendo» (Tratamiento en el Derecho alemán y presencia en otros ordenamientos)*, Bilbao, 1989; CABANILLAS SÁNCHEZ, «El ámbito de la responsabilidad precontractual o culpa in contrahendo», *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, LXXI (1995), núm. 628, págs. 747 y sigs.; MANZANARES SECADES, «La naturaleza de la responsabilidad precontractual o culpa in contrahendo», *ADC*, XXXVIII (1985), págs. 979 y sigs.; GARCÍA RUBIO, *La responsabilidad precontractual en el derecho español*, Madrid, 1991, y ALONSO PÉREZ, «La responsabilidad precontractual», *RCDI*, XLVII (1971), núm. 485, págs. 859 y sigs. En la nota 14 de este capítulo se ha explicado cómo los orígenes de esta institución se encuentran en la tutela jurídica del comprador de bienes indisponibles.

¹⁸ *Vid.* Díez-PICAZO, *Fundamentos, cit.*, vol. I, pág. 276. Este supuesto está regulado por el § 307.1 del *BGB*, que dispone: «Quien, en el momento de la celebración de un contrato dirigido a una prestación imposible, conoce la imposibilidad de la prestación o debe conocerla, está obligado a indemnizar el daño derivado para la otra parte de haber confiado en la validez del contrato (...). No existe obligación de indemnizar, si la otra parte conoce o debe conocer la imposibilidad». Este precepto se aplica también al supuesto de que el contrato incurra en una prohibición legal (§ 309). La misma idea aparece en el artículo 1.338 del *Codice Civile*, transcrito en la nota 14. Sobre este tipo específico de responsabilidad por culpa in contrahendo, *vid.* MANZANARES SECADES, «La naturaleza de la responsabilidad precontractual», *cit.*, pág. 980; ALONSO PÉREZ, «La responsabilidad precontractual», *cit.*, págs. 886 y 907; ASÚA GONZÁLEZ, *La culpa in contrahendo, cit.*, págs. 136 y sigs. y 271 y sigs., y GARCÍA RUBIO, *La responsabilidad precontractual, cit.*, págs. 187 y sigs.

¹⁹ CLAVERO ARÉVALO señala que la concesión al comprador de una *res sacra* de una *actio empti* le permite «exigir cierta responsabilidad al vendedor y no la mera devolución del precio que la nulidad implicaría» (*La inalienabilidad, cit.*, pág. 18). En todo caso (pág. 19) se requiere buena fe, creencia de que los bienes que se compraban eran privados o profanos.

Esta causa de responsabilidad precontractual fue regulada primero por el artículo 47 RGC y ahora por el artículo 66.1 LCAP, que dispone:

«La declaración de nulidad de los actos preparatorios del contrato o de la adjudicación, cuando sea firme, llevará, en todo caso, consigo la del mismo contrato que entrará en fase de liquidación, debiendo restituirse las partes recíprocamente las cosas que hubiesen recibido en virtud del mismo y si esto no fuese posible se devolverá su valor. *La parte que resulte culpable deberá indemnizar a la contraria de los daños y perjuicios que haya sufrido*»²⁰.

En aquellos casos en que la nulidad del contrato no derive de la anulación de un acto separable, ya se trate de un contrato administrativo o de un contrato privado de la Administración, la responsabilidad precontractual entrará en juego en aplicación del Derecho civil, aplicación supletoria en el contrato administrativo y directa en el privado (arts. 7.1 y 9.1 LCAP, respectivamente)²¹.

²⁰ Antes de la aprobación de estas normas, la jurisprudencia era contraria a admitir la responsabilidad precontractual en los contratos administrativos, como recuerda ALBI, *Los contratos municipales*, cit., pág. 348.

²¹ En este sentido, y con referencia ya a la LCAP, SAINZ MORENO, «Invalidez de los contratos de la Administración», en PENDÁS GARCÍA (COORD.), *Derecho de los contratos públicos*, págs. 463 y sigs., pág. 467. Con todo, y como subrayan GARCÍA DE ENTERRÍA/FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, «unas veces con razón y otras sin ella, el tema de la invalidez de los contratos administrativos se resuelve siempre en un problema de invalidez e impugnación de actos singulares» (vid. *Curso*, cit., vol. I, pág. 747). El hecho de que la responsabilidad precontractual se encuentre a mitad de camino entre la responsabilidad patrimonial de la Administración y la teoría de los contratos (esta última situada a su vez entre el Derecho civil y el administrativo) hace que no se encuentren más que referencias fugaces al tema, como en VILLAR PALASÍ, *Lecciones sobre contratación administrativa*, cit., págs. 267-268. No se trata el tema, por ejemplo, en MONEDERO GIL, *Doctrina del Contrato del Estado*, Madrid, 1977, que se refiere a la invalidez en las págs. 419 y sigs. Tampoco se aborda el problema en obras sobre la responsabilidad extracontractual de la Administración, como las de GARCÍA DE ENTERRÍA, *Los principios*, cit., MARTÍN REBOLLO, *La responsabilidad patrimonial de la Administración en la jurisprudencia*, Madrid, 1977, o LEGUINA VILLA, *La responsabilidad civil de la Administración pública*, Madrid, 1983 (2.ª ed.). Los estudios más completos se encuentran en dos trabajos dedicados a temas colaterales: MARTÍN REBOLLO/PANTALEÓN PRIETO, «Exigibilidad de los convenios interadministrativos y consecuencias patrimoniales

No parece discutible, y así lo subraya la doctrina, el carácter extracontractual de este tipo de responsabilidad. Si se acepta que los dos conceptos contractual/extracontractual son excluyentes entre sí y que en ellos se incluyen todos los supuestos de responsabilidad, la precontractual ha de considerarse perteneciente a la segunda alternativa, ya que, como dice DÍEZ-PICAZO, hablar de responsabilidad *contractual* a propósito de un contrato *nulo* (como hacían IHERING y la primera doctrina) no deja de ser una ficción ²².

de su incumplimiento», en *Escritos jurídicos en memoria de Luis Mateo Rodríguez*, Santander, 1993, vol. I, págs. 305 y sigs., y REBOLLO PUIG, *El enriquecimiento injusto*, *cit.*, págs. 254 y sigs., y 364 y sigs. Para el civilista ALONSO PÉREZ, el Derecho público ha sido en este tema «más progresivo» que el privado, al disponer de una norma sobre la *culpa in contrahendo* ya desde la primera redacción del RGC, en 1967 («La responsabilidad precontractual», *cit.*, pág. 919; en el mismo sentido, CABANILLAS SÁNCHEZ, «El ámbito de la responsabilidad precontractual», *cit.*, pág. 749).

²² *Vid.* DÍEZ-PICAZO *Fundamentos*, *cit.*, vol. I, págs. 274 y sigs., así como, sobre la relación entre responsabilidad pre- y extracontractual; CABANILLAS SÁNCHEZ, «El ámbito de la responsabilidad precontractual», *cit.*, pág. 750, ALONSO PÉREZ, «La responsabilidad precontractual», *cit.*, pág. 902; ASÚA GONZÁLEZ, *La culpa in contrahendo*, *cit.*, pág. 256. La tesis del carácter contractual de este tipo de responsabilidad es defendida en Alemania por razones particulares de su ordenamiento, especialmente porque el § 823 BGB, que regula la responsabilidad aquiliana, tiene un ámbito de aplicación menor que nuestro 1.902 CC (CABANILLAS SÁNCHEZ, *op. cit.*, pág. 757). Los autores más recientes procuran evitar la calificación contractual o extracontractual de la responsabilidad por *culpa in contrahendo* (así, GARCÍA RUBIO, *La responsabilidad precontractual*, *cit.*, pág. 248; CABANILLAS SÁNCHEZ, *op. cit.*, págs. 758 y sigs.), aunque la calificación es ineludible debido a la existencia de normas diferentes en materia, por ejemplo, de prescripción y cuantía indemnizatoria (como recuerda CABANILLAS SÁNCHEZ, «El ámbito de la responsabilidad precontractual», *cit.*, pág. 751, y GARCÍA RUBIO, *op. cit.*, pág. 89).

De lege ferenda, mantiene una postura distinta PANTALEÓN PRIETO, en «Las nuevas bases de la responsabilidad contractual», *ADC*, XLVI (1993), págs. 1719 y sigs., al sostener que «la primera premisa de un Derecho del incumplimiento contractual congruente valorativamente y altamente eficiente es la previsión de una disciplina sustancialmente unitaria para toda desviación del programa contractual: de un conjunto de remedios o medios de tutela del acreedor sustancialmente común para los casos de imposibilidad de la prestación, sobrevenida u *originaria*, mora y cumplimiento defectuoso» (pág. 1720; la cursiva en el original). Se trata de conceder al contratante inocente la misma tutela que en caso de incumplimiento de un contrato válido.

La naturaleza extracontractual (y, por tanto, objetiva, cuando se trata de la Administración) de esta responsabilidad pugna con la exigencia de culpa que figura en el artículo 66.1 *in fine* LCAP. El argumento de la insuficiencia de rango normativo, válido cuando idéntica exigencia no tenía otra base normativa que el artículo 47 RGC, no puede ser invocado frente a la LCAP, Ley formal (y básica, por lo demás)²³. Por otro lado, la exigencia de responsabilidad extracontractual a la Administración por los daños derivados de la nulidad del contrato, en caso de que esa nulidad no sea imputable a la Administración a título de culpa, se enfrenta, en la propia teoría de la responsabilidad patrimonial, con el obstáculo de que se trata de daños que el particular está obligado a soportar de acuerdo con la Ley (art. 141.1 LAP), al ser el resultado de un poder de anulación que el ordenamiento reconoce (en unos casos a los Tribunales y en otros a la Administración)²⁴.

El encaje de la responsabilidad *precontractual* de la Administración en la *extracontractual* es sostenido por quienes se han ocupado del tema: PARADA, *Derecho administrativo*, vol. I, 5.^a ed., Madrid, 1993, pág. 329; MARTÍN REBOLLO/PANTALEÓN PRIETO, «Exigibilidad de los convenios interadministrativos», *cit.*, pág. 326 (a través de la protección de la apariencia jurídica llegan a la tutela de la confianza como fundamento de esta responsabilidad), o REBOLLO PUIG, *El enriquecimiento injusto*, *cit.*, pág. 367, nota 578. Esta es, por otro lado, la posición de la jurisprudencia contencioso-administrativa. La sentencia de 2 de julio de 1990 (Ar. 5801, Fuentes Lojo) examina (y desestima) una pretensión de indemnización de daños «por considerar a la Administración culpable de la (...) anulación», pretensión fundada (sin que ni la Audiencia Nacional ni el Tribunal Supremo se opongan) «en los artículos 47 del Reglamento General de Contratación del Estado y 136 del Reglamento de la Ley de Expropiación Forzosa» (que regula la responsabilidad extracontractual). La sentencia de 15 de diciembre de 1982 (Ar. 7974, Delgado-Iribarren Negro) establece que la nulidad radical del contrato y los daños sufridos a consecuencia de ella por el contratista «obligan a situar la cuestión en términos extracontractuales», con cita del artículo 40 LRJAE. En el mismo sentido, la sentencia (citada por MARTÍN REBOLLO/PANTALEÓN PRIETO, *op. cit.*, pág. 323) de 27 de marzo de 1980 (Ar. 2249, Gordillo García).

²³ El insuficiente rango del RGC para regular la invalidez de los contratos es puesto de relieve por SAINZ MORENO, «Invalidez», *cit.*, pág. 465.

²⁴ En este sentido se pronuncia BOCANEGRA SIERRA respecto de las consecuencias indemnizatorias de la revisión de oficio, en *La revisión de oficio de los actos administrativos*, Madrid, 1977, págs. 271 y sigs. Esta conclusión es mantenida, haciendo referencia ya a la previsión indemnizatoria contenida en

Frente a estos argumentos cabría alegar que, afirmada la naturaleza extracontractual de la responsabilidad de la Administración por los daños debidos a la nulidad del contrato, su carácter objetivo es insoslayable, y ello incluso con fundamento en el artículo 106.2 CE²⁵. El artículo 66 LCAP no habría pretendido alterar la configuración institucional de la responsabilidad extracontractual de las administraciones públicas en nuestro Derecho: antes bien, la exigencia de culpa que formula se explicaría en razón de que su ámbito de aplicación no cubre sólo la responsabilidad de la Administración, sino también la del contratista al que sea imputable la nulidad del contrato, y en este caso la exigencia de culpa (en coherencia con el art. 1.902 CC) es casi obligada (no habiendo razón para configurar aquí un régimen de responsabilidad objetiva de los particulares).

el artículo 102.3 LAP, por CUCHILLO FOIX, «La revisión de oficio y la revocación en la LRJPAC», en TORNOS MAS (COOR.), *Administración Pública y procedimiento administrativo. Comentarios a la Ley 30/1992, de 26 de noviembre*, Barcelona, 1994, págs. 347 y sigs., pág. 389.

²⁵ Esta es la tesis defendida por MARTÍN REBOLLO/PANTALEÓN PRIETO en su trabajo «Exigibilidad de los convenios interadministrativos», *cit.*, pág. 326: «En el ámbito del Derecho privado, siendo la regla general la de la responsabilidad por culpa, el requisito de la imputación ha provocado alguna polémica doctrinal sobre la necesidad o no de la concurrencia de algún criterio subjetivo de imputación. Ningún problema ha de existir, por el contrario, cuando se trata de la responsabilidad de las Administraciones Públicas por daños derivados del “funcionamiento de los servicios públicos”, en el muy amplio sentido de esta expresión que asume la unanimidad de la doctrina (...): dicha responsabilidad (...) es exquisitamente objetiva y no precisa para funcionar de criterio subjetivo alguno distinto del haber obrado del [debe decir “el”] órgano o representante en cuestión, correcta o incorrectamente, en el ejercicio o con ocasión de sus funciones». Ello conduce, junto a la tesis mantenida (pág. 327) sobre la cuantía de la indemnización, sobre la que volveré más adelante, a la posibilidad de que la nulidad sea, de hecho, irrelevante en muchos casos, quedando la Administración, *sin necesidad de que se pruebe su culpa*, «obligada, por la vía de la responsabilidad y a modo de resarcimiento en forma específica, exactamente a lo mismo a que estaría obligada por pacto, de ser válido y eficaz el Convenio, contrato o acto administrativo subvencional» (pág. 327). Tal vez no sea irrazonable suponer que esa es una de las «posibilidades explosivas» de nuestro sistema de responsabilidad patrimonial de las administraciones públicas, a que se refiere el propio PANTALEÓN PRIETO en «Los anteojos del civilista: hacia una revisión del régimen de la responsabilidad patrimonial de las Administraciones públicas», *DA*, 237-238 (1994), págs. 239 y sigs.

La aparente divergencia de los datos normativos y de las tesis doctrinales no implica, a mi juicio, la existencia de contradicciones insalvables en la construcción de la figura. La responsabilidad extracontractual de la Administración no puede ser automática en caso de nulidad del contrato. Ello olvidaría, en primer lugar, como se ha recordado, que el ejercicio del poder de anulación es un título de legitimación de los daños que de él se deriven para el particular, daños que, *prima facie*, éste tiene el deber jurídico de soportar (art. 141.1 LAP). El funcionamiento automático de la responsabilidad podría llevar a la inutilidad del instituto de la nulidad, ya que las condenas indemnizatorias podrían equivaler de hecho, en muchos casos, a condenas de indemnización por incumplimiento de un contrato válido (sin perjuicio de lo que más adelante se dirá sobre la cuantía de la indemnización).

Uno de los argumentos en los que se fundamenta el supuesto carácter ineluctable de la responsabilidad de la Administración en caso de nulidad del contrato es que dicha nulidad se debe siempre a causas internas a la Administración, desconocidas para el particular e imputables a aquélla²⁶. Si éstas son, con gran frecuencia, las causas de la nulidad (piénsese en el supuesto de falta de consignación presupuestaria), no siempre ocurre así. La indisponibilidad del objeto del contrato no es, manifiestamente, un asunto interno de la Administración del que el particular deba desentenderse o que le sea imposible conocer²⁷.

²⁶ Así, VILLAR PALASÍ dice: «En los contratos administrativos, dada su naturaleza de contratos dictados por la Administración, en los que el particular se limita simplemente a manifestar su conformidad, las causas de anulación serán imputables ordinariamente a la Administración» (*Lecciones sobre contratación administrativa*, cit., pág. 268). En la base de la argumentación de MARTÍN REBOLLO/PANTALEÓN PRIETO, en «Exigibilidad de los convenios interadministrativos», cit., también parece estar el presupuesto, no enunciado sin embargo con carácter general, de que la eventual nulidad del contrato se deba a «la existencia de algún defecto de competencia de sus órganos [de la Administración] o de procedimiento interno» (pág. 327).

²⁷ Tal vez la causa de esa apariencia de que la nulidad es imputable siempre a la Administración se encuentre en que, como dicen GARCÍA DE ENTERRÍA/FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ en un texto ya citado, cualquier problema relativo al contrato, aunque no se refiera estrictamente al procedimiento para su adjudicación, acaba convirtiéndose en un motivo de impugnación del *acto* de aprobación del

Siendo incompatible la idea de culpa (art. 66 LCAP), por lo que se refiere a la Administración, con el carácter objetivo de su responsabilidad extracontractual, es preciso interpretar ese requisito como una exigencia de *imputabilidad* a la Administración del hecho dañoso. El ejercicio por la Administración del poder de anulación (en el caso de los contratos administrativos, art. 65 LCAP), o su demanda al juez en tal sentido (en el caso de los contratos privados), no constituye por sí solo un hecho imputable que pueda dar lugar a responsabilidad, al estar amparado, como se ha dicho, en un título de justificación.

Se ha visto cómo la doctrina, actualmente, asocia la responsabilidad precontractual a la protección de la confianza legítima, es decir, al respeto a las exigencias de la buena fe. En esta línea, sólo podrá dar lugar a la responsabilidad de la Administración un acto suyo capaz de generar confianza en la otra parte del contrato²⁸. Ese acto no tiene por qué ser necesariamente un acto aislado (como una «promesa» en sentido francés), sino que puede ser la misma adhesión de la Administración al contrato.

El carácter indisponible del objeto del contrato no es, como ya he subrayado antes, un dato interno de la Administración (como lo es, hasta cierto punto, el cumplimiento de las normas sobre competencia y procedimiento), siempre imputable a ésta. Sin embargo, la Administración tiene respecto al objeto del contrato (que es una potestad de la que es titular o un acto para cuya producción tiene capacidad) más posibilidades de intervención que el particular, de modo que determinados actos suyos pueden generar en éste una confianza que, en caso de ser defraudada, exija una indemnización.

expediente (art. 70.1 LCAP), y no del contrato mismo, debido a que el acto de aprobación incluye ya el contenido del contrato. La imputación del vicio al acto administrativo puede hacer pensar que se trata de una causa de nulidad imputable en todo caso a la Administración, en cuanto debida a un problema interno de ésta.

²⁸ Para ALONSO PÉREZ, uno de los requisitos de la responsabilidad es que el acto culpable haya podido, en condiciones normales, generar confianza en la otra parte («La responsabilidad precontractual», *cit.*, pág. 906). La misma idea es confirmada por el § 48 *VwVfG*, que regula la revisión de oficio de actos administrativos ilegales. El destinatario de un acto favorable, que en algunos casos tiene derecho a ser indemnizado, pierde ese derecho «si conocía la ilegalidad del acto o la desconocía por negligencia grave».

En una formulación positiva, podría decirse que cuando la Administración promete, en un contrato, el dictado de un acto aparentemente legal, siendo esa actuación convencional claramente conveniente para el interés público (frente a la alternativa de una actuación exclusivamente unilateral) y después incumple esa promesa por causas que conocía, o debía conocer, en el momento en que adquirió el compromiso, le son imputables los daños derivados de ese incumplimiento, sin necesidad de indagar elemento subjetivo alguno en su conducta.

Se trata de una formulación que no sólo es conforme con el carácter objetivo de la responsabilidad de la Administración (sin convertir, por otro lado, en automática esa responsabilidad en caso de que el contrato sea declarado nulo), sino que además permite una aplicación relativamente segura ²⁹. Se trata de los mínimos requisitos exigibles para que el contrato pueda generar una confianza digna de tutela ³⁰.

Así, aunque se parta (por hipótesis) de la nulidad de los acuerdos en que se pretende vincular el ejercicio de potestades

²⁹ No se me oculta que la formulación propuesta incluye varios conceptos jurídicos indeterminados (e incluso una referencia a la discrecionalidad, cuando se habla de optar entre la actuación unilateral y convencional). Se caería así en las dificultades denunciadas a propósito del concepto de «ilegalidad manifiesta» empleado en la normativa derogada sobre revisión de oficio de los actos administrativos (*vid.* BOCANEGRA SIERRA, *La revisión de oficio*, *cit.*, pág. 163). De todas formas, un criterio tan abierto como el de la gravedad del vicio es utilizado en nuestro Derecho vigente para delimitar el ámbito de la revisión de oficio de actos anulables [art. 103.1.a) LAP], y además se ha propuesto para la delimitación de los supuestos de nulidad radical y de anulabilidad (GARCÍA DE ENTERRÍA/FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, *Curso*, *cit.*, vol. I, pág. 624), y es utilizado con la misma finalidad en el Derecho alemán (§ 44.1 VwVfG).

³⁰ Este es planteamiento de la jurisprudencia alemana, de la que es muestra la sentencia (civil, del BGH) de 8 de junio de 1978 (BGHEZ, 71, págs. 386 y sigs.), que, tras anular un contrato en el que la anulación se había comprometido a dictar un plan urbanístico, afirma que «ello no excluye que, en virtud de otros fundamentos, como por ejemplo, porque la “promesa” estuviese en condiciones de producir una situación de confianza, su incumplimiento implique la compensación de los daños derivados de la frustración de esa confianza (*Vertrauensschaden*)» (pág. 391). En este sentido se manifiesta también el BGH en su sentencia de 3 de octubre de 1985 (DVBl, 1986, págs. 409 y sigs.). *Vid.* también DOSSMANN, *Die Bauungsplanzusage*, *cit.*, págs. 89 y sigs.

administrativas, se acepta que éstos pueden generar una confianza merecedora de tutela cuando se recurre a ellos, en lugar de a la actuación unilateral, por ventajas justificables de gestión, es decir, por razones de interés público³¹. Lo que no es aceptable es que, si se reconoce la práctica necesidad del acuerdo para la gestión administrativa, la Administración pretenda después ocultar su responsabilidad al amparo de la aplicación rigurosa de unas normas que habitualmente considera obstáculos formalistas para su actividad³².

La exigencia de que el incumplimiento del acuerdo no sea debido a causas sobrevenidas nos permite conectar ahora con las conclusiones del capítulo anterior. La imposibilidad de predetermined el resultado de un procedimiento administrativo, convirtiendo en ilusorios o absurdos los derechos de participación en el mismo de los interesados, es un límite a la capacidad de obligarse de la Administración cuyo desconocimiento no puede invocar quien llega a un acuerdo con ella, de modo que ese acuerdo no será capaz de generar, de acuerdo con los conceptos que se están manejando, una confianza digna de tutela. Sin embargo, el hecho de que ninguna decisión administrativa pueda considerarse definitiva antes de que, a través del procedimiento legalmente establecido, hayan podido manifestarse y ser tenidos en cuenta los puntos de vista de los diversos intereses afectados, no puede ser tampoco invocado libremente por la Administración para volverse atrás de cualquier acuerdo, cuando ese arrepentimiento no se deba a alegaciones o datos que hayan sido manifestados en el procedimiento y cuyo conocimiento anterior no fuese exigible a la Administración. El cumplimiento de este requisito, que reduciría en mucho el número de supuestos en los que la Administración incumple, sin consecuencia alguna, el acuerdo, puede ser verificado por el juez, sin invadir el ámbito

³¹ Sería lo mismo excluir la responsabilidad de la Administración en caso de colusión, es decir, cuando el recurso al acuerdo no tiene otro objeto que la elusión de los procedimientos de actuación unilateral con la colaboración fraudulenta del particular contratante.

³² La sentencia del *BGH* que se acaba de citar tiene en cuenta, al reconocer algún tipo de eficacia a este tipo de promesas, que «en muchos casos sólo ellas hacen posible la realización práctica del plan» (pág. 394).

reservado a la discrecionalidad administrativa, mediante el control de la motivación del acto que se aparta del acuerdo.

Por último, se exige, para que la Administración sea responsable, que el acto prometido (no ya el acuerdo en el que la Administración se obliga a dictarlo) tenga una apariencia de legalidad. No es aceptable recuperar una noción tan criticable como la de «ilegalidad manifiesta», por las razones que ya se han indicado (*vid. supra*, nota 29), pero no parece que sea imposible determinar, en vista de las circunstancias, si un acto proyectado tiene o no una apariencia de legalidad. Es exigible a quien llega a un acuerdo con la Administración que verifique si el acto que aquélla se obliga a dictar presenta esa apariencia. La regla propuesta, que excluye la responsabilidad de la Administración cuando el acto proyectado es, con independencia de su origen pacticio, claramente ilegal por su contenido, responde a la institución de la *exceptio doli* y, en definitiva, de la buena fe, ya que un acto ilegal, que el particular sabe (o debe saber) que es nulo o anulable, no puede dar lugar a una confianza tutelable ³³.

A través de este requisito (de aplicación ciertamente difícil) se atiende a exigencias institucionales claras. La nulidad de un contrato (de cualquier contrato), y los daños que de ella se pueden derivar, es un riesgo que en principio asumen las partes que lo celebran. Se trata, en principio, de un riesgo compartido. Para alterar esa situación, y colocar todo el riesgo de la nulidad a cargo de una de las partes, se precisa un título, que aquí se ha identificado, abandonando la noción de culpa

³³ La jurisprudencia alemana también sostiene esta tesis, al afirmar que una promesa administrativa que es claramente ilegal no puede dar lugar a una confianza tutelable, aunque quien la reciba actúe de buena fe. Según la sentencia del *BVerwG* de 18 de abril de 1975 (*BVerwGE* 48, pág. 172), que resuelve (de acuerdo con una asentada jurisprudencia que cita) una demanda de indemnización basada en una promesa de la Administración en materia tributaria, «la protección de la confianza (*Treu und Glauben*) no encuentra aplicación respecto a las promesas administrativas que contradicen claramente la ley. (...) La simple buena fe del interesado no es suficiente para conferir a la promesas carácter vinculante». Una apreciación objetiva de la buena fe tiende a incluir, como un requisito de la misma, la aplicación de la diligencia debida para determinar si el acto a cuyo dictado se compromete la Administración tiene o no una apariencia de legalidad.

(que sería inutilizable en un contexto institucional de responsabilidad objetiva), en la imprevisibilidad para el particular de la invalidez del contrato.

Esa imprevisibilidad se objetiva en los presupuestos que se han ido examinando: apariencia de legalidad, ventajas de la actuación consensual, inexistencia de causas sobrevenidas. Al verificar esos requisitos, podrán ser tenidos en cuenta los elementos que la jurisprudencia francesa maneja para aceptar o no la responsabilidad: distinción entre acto de disposición sobre una potestad y simple ejercicio pactado para un caso concreto (es evidente que la apariencia de legalidad será imposible en el primer caso), y condiciones personales y profesionales del particular que contrata con la Administración (en virtud de las cuales, lo que en un caso puede generar una confianza tutelable, no lo hará en otro)³⁴. En muchos de estos casos, y como sucede en general en la responsabilidad patrimonial de la Administración, tener en cuenta la diligencia específica exigible al particular, y apreciar en su caso una concurrencia de culpas, conducirá a un reparto de responsabilidad y a la reducción de la indemnización, decidida por el Tribunal con base en criterios puramente convencionales³⁵.

³⁴ El criterio de tener en cuenta las condiciones personales y profesionales de quien contrata con la Administración, para determinar si se ha producido una confianza digna de tutela no sólo ha sido utilizado por el Consejo de Estado francés respecto a la responsabilidad precontractual y por promesas de la Administración, sino también por el Tribunal Constitucional, a propósito, por ejemplo, del emplazamiento personal a los particulares codemandados en un proceso contencioso-administrativo (SsTC de 27 de noviembre de 1986 y 23 de julio de 1987). La jurisprudencia alemana aplica la misma regla. Así, la sentencia del *BGH* de 8 de junio de 1978, *cit.*, tras afirmar que la aprobación del plan por la Administración no podía ser entendida como obligación *ex contractu*, sino, en todo caso, como condición de las obligaciones de la otra parte, afirma: «La actora, como gran empresa constructora familiarizada con el Derecho urbanístico y local, no podría haber interpretado de otra forma esas manifestaciones [se refiere a los documentos contractuales]» (pág. 389), y que «la actora, dada su experiencia en el Derecho local y de planeamiento, no necesitaba que se le indicase que, antes de la aprobación formal del plan, no tenía ninguna pretensión de aprovechamiento urbanístico de sus terrenos» (pág. 392).

³⁵ En este sentido, MARTÍN REBOLLO, en «La responsabilidad patrimonial de las Administraciones Públicas en España: estado de la cuestión, balance general y reflexión crítica», *DA*, 237-238 (1994), págs. 11 y sigs., esp. pág. 65.

De acuerdo con los principios ya expuestos, no es necesario probar que la Administración actuó de forma negligente. No conviene olvidar que es ella quien, titular de potestades que le permitirían actuar unilateralmente y sin riesgo de ilegalidad, decide recurrir al acuerdo (si bien sus motivos pueden estar muy justificados, como se vio en el primer capítulo). Por tanto, es lógico que responda cuando el acuerdo haya generado una confianza tutelable. Ahora bien: en línea con la tendencia, en auge en la contratación privada, de establecer en el propio contrato una regulación de la responsabilidad precontractual, cabe preguntarse si la Administración puede, a través de cláusulas introducidas en el acuerdo de que se trate, liberarse de su responsabilidad en caso de anulación del mismo ³⁶. Lo que la Administración puede hacer, más que imponer al particular una renuncia anticipada a la exigencia de responsabilidad extracontractual (que sería extremadamente problemática), es poner de manifiesto en el contrato que su validez y carácter vinculante son dudosos, intentando de ese modo impedir el surgimiento de una confianza tutelable. El logro o no de ese objetivo deberá ser valorado en cada caso, evitando que la inserción de una cláusula de estilo que haga referencia a la posible anulación del acuerdo vacíe de contenido la responsabilidad precontractual de la Administración, contraviendo el artículo 66 LCAP.

4. La cuantía de la indemnización en los supuestos de responsabilidad precontractual

En una formulación que recuerda a la defendida por la jurisprudencia administrativa francesa, se sostiene de forma prácticamente unánime en nuestro Derecho que, en caso de responsabilidad precontractual, la cuantía de la indemnización debe ser el llamado «interés negativo», es decir, los daños derivados de la

³⁶ Al respecto, *vid.* GARCÍA RUBIO, *La responsabilidad precontractual*, *cit.*, págs. 255-261.

conclusión del contrato ³⁷. Al interés negativo (*Vertrauensinteresse*, interés de confianza) se opone el interés positivo (*Erfüllungsinteresse*, interés de cumplimiento), cuya satisfacción consiste en colocar al sujeto indemnizado en la misma situación en que se encontraría si el contrato se hubiese cumplido sin ningún inconveniente ³⁸. El interés positivo es la medida de la indemnización debida en caso de incumplimiento de un contrato válido, mientras que el interés negativo se aplica, por lo que a este trabajo respecta, en caso de que la causa de la nulidad de un contrato inválido sea imputable a una de sus partes.

La utilización del interés negativo como medida de la indemnización está avalada en Derecho administrativo por varios argumentos adicionales. En primer lugar, la inclusión de la *culpa in contrahendo* en la responsabilidad extracontractual. En la responsabilidad patrimonial de la Administración, el fin de la indemnización, que es lo que determina su cuantía, es colocar al sujeto en la situación inicial, la situación previa a la producción del daño, y no en la misma situación patrimonial en que se encontraría si el contrato se hubiese cumplido. Esto último es en lo que consiste la responsabilidad *contractual*, pero la existencia

³⁷ Esta es la tesis defendida por ASÚA GONZÁLEZ, *La culpa in contrahendo*, *cit.*, pág. 288; GARCÍA RUBIO, *La responsabilidad precontractual*, *cit.*, pág. 239; CABANILLAS SÁNCHEZ, «El ámbito de la responsabilidad precontractual», *cit.*, pág. 772, y ALONSO PÉREZ, «La responsabilidad precontractual», *cit.*, pág. 905. La formulación original se debe a IHERING y se encuentra recogida hoy en el § 307 *BGB* (reproducido *supra*, en la nota 18), cuyo título es precisamente «interés negativo». Sobre los antecedentes y evolución del concepto, *vid.* GARCÍA RUBIO, *op. cit.*, págs. 230 y sigs.

³⁸ La indemnización del interés positivo en los supuestos de *culpa in contrahendo* es la solución propuesta, *de lege ferenda*, por PANTALEÓN PRIETO en el texto de su artículo «Las nuevas bases», *cit.*, que se ha transcrito *supra*, en la nota 22. Sobre esta línea doctrinal, y los supuestos de responsabilidad precontractual en los que la indemnización alcanza el interés positivo, *vid.* GARCÍA RUBIO, *La responsabilidad precontractual*, *cit.*, págs. 234 y 251 y sigs. De lo dicho por ambos autores resulta que la ecuación responsabilidad precontractual/interés negativo no está en discusión. Lo que ellos proponen o de lo que, simplemente, dan cuenta, es que ciertos supuestos de violación de la buena fe *in contrahendo* no dan lugar a la nulidad contractual (sino a la resolución por incumplimiento o a la imposibilidad originaria subjetiva), por lo que es posible el ejercicio de una acción de incumplimiento, en la que la cuantía indemnizatoria alcanza el interés positivo.

de esta responsabilidad exige el incumplimiento de un contrato válido, mientras que la hipótesis de que se parte en este capítulo es la nulidad del contrato.

En segundo lugar, y sobre todo, lleva a la misma conclusión el fundamento de la indisponibilidad de las potestades administrativas. Una de las razones que confluyen en la citada indisponibilidad es, como se vio a propósito de la jurisprudencia francesa, evitar que el ejercicio de las potestades administrativas al servicio del interés público esté condicionado al pago de indemnizaciones a particulares, que es lo que ocurriría si se reconociese validez, en general, a los contratos sobre actos y potestades. Reconocida esa validez, la Administración, en el caso de que entendiese que el acto proyectado en el acuerdo no es la opción más favorable para el interés público, tendría que abonar a la otra parte el equivalente económico del cumplimiento del contrato (es decir, el interés positivo), lo que supone condicionar la satisfacción del interés público al levantamiento de una carga no prevista por la ley, que precisamente otorga la potestad (y el acto administrativo como instrumento para su ejercicio), para permitir a la Administración en todo caso adaptar su acción a las exigencias del interés público. La nulidad del contrato intenta evitar ese resultado, pero sería un remedio absurdo si acarrease el mismo resultado que su validez, es decir, la indemnización del interés positivo ³⁹.

³⁹ La sentencia de 10 de octubre de 1978 (Ar. 3660, Gabaldón López) declara nulo un contrato por el que el particular recurrente había cedido parte de un solar de su propiedad para que el Ayuntamiento construyera una calle, a cambio de ciertas prestaciones materiales (construcción de un muro) y económicas (compensación igual a lo que procediera abonar por contribuciones especiales). El contrato es nulo porque «ni existía plan o proyecto previo de urbanización o de obras, ni expediente alguno encaminado a ello o a autorizar e instrumentar las necesarias cesiones de viales, de donde resulta que toda aquella actuación tuvo lugar como una simple vía de hecho». Planteada la necesidad de fijar la indemnización a que tiene derecho al recurrente como compensación por la privación de su propiedad, «al no poder derivarse de ello para la Corporación un enriquecimiento que sería injusto por el doble motivo del correlativo empobrecimiento del cedente y ser consecuencia de una actividad viciada de raíz, *lo procedente es abonar a la reclamante el importe de las contraprestaciones estipuladas (...)* y que, dados los términos del contrato, hay que reputar como valor tenido por equivalente al del solar cedido». Por lo tanto,

Es importante notar que la distinción interés negativo/interés positivo no coincide con la (recurrente en la jurisprudencia) entre daño emergente y lucro cesante. No es cierto que el interés negativo equivalga al daño emergente, y que el interés positivo consista en añadirle el lucro cesante. Tanto el interés negativo como el positivo incluyen los daños producidos y las ganancias dejadas de obtener, de modo que lo que diferencia ambas nociones no son sus componentes, sino la situación final en la que se intenta colocar al sujeto indemnizado: la situación previa a la celebración del contrato (interés negativo) o la situación equivalente a la ejecución del mismo (interés positivo) ⁴⁰.

esta sentencia aplica teóricamente el criterio del interés positivo (al afirmar, en línea de principio, que el contratante particular tiene derecho al importe de la contraprestación a que se había comprometido la Administración, lo que supone dejarle en la misma situación que si el contrato se hubiese cumplido), pero después, a la hora de calcular el montante concreto de la indemnización, la reduce al equivalente económico de la prestación ya realizada por el particular («el valor tenido por equivalente al del solar cedido»).

⁴⁰ A favor de la tesis según la cual el interés negativo incluye también el lucro cesante, ASÚA GONZÁLEZ, *La culpa in contrahendo*, cit., pág. 288, y GARCÍA RUBIO, *La responsabilidad precontractual*, cit., pág. 232. Niega esa inclusión, en cambio, DíEZ-PICAZO, *Fundamentos*, cit., vol. I, pág. 280. En general, la prueba de las ganancias dejadas de obtener es dificultosa (así, ASÚA GONZÁLEZ, *op. cit.*, pág. 289, y GARCÍA RUBIO, *op. cit.*, pág. 233). Se exige normalmente que se acredite un negocio concreto que haya sido desechado debido al inicio de las negociaciones interrumpidas o a la celebración del contrato posteriormente anulado. Tal vez sea posible algún otro planteamiento, sobre todo cuando la prestación invertida por el particular que deba ser indemnizado sea una cantidad de dinero. Si tenemos en cuenta que en el sistema económico actual el dinero nunca permanece inactivo (como expresa el concepto de «coste de oportunidad»), de modo que su inversión en un fin concreto (en este caso, su inversión o inmovilización para el cumplimiento de las obligaciones contractuales) supone *siempre* su distracción de un fin diverso, y si tenemos en cuenta además que algunas inversiones rentables están disponibles siempre (inversión en renta fija, fondos de inversión, etc.), parece que la prueba de las ganancias dejadas de obtener debería ser muy fácil, siempre que esas ganancias se mantengan por debajo de cierto umbral (el del tipo aplicable a la renta fija en las condiciones temporales y cuantitativas de la cantidad invertida, o la rentabilidad media obtenida en un fondo de inversión en esas condiciones). Sería precisa una prueba específica cuando las ganancias dejadas de obtener cuya indemnización se pretende superasen ese umbral de rentabilidad. En este sentido, ASÚA GONZÁLEZ, *op. cit.*, pág. 290, nota 914, y PANTALEÓN, «Las nuevas bases», cit., pág. 1734, quien sostiene la posibilidad de que «juegue en favor

En general, se parte de la idea de que el interés negativo es inferior al positivo. De hecho, ésta es una de las razones por las que se defiende la aplicación de este criterio para la responsabilidad precontractual de la Administración, y también por la que se defiende (PANTALEÓN) la tesis contraria, es decir, la indemnización por el interés positivo en caso de *culpa in contrahendo*. Sin embargo, cabe la hipótesis contraria, y entonces se plantea la cuestión de si la indemnización por el interés negativo tiene como límite superior la cuantía del interés positivo ⁴¹. Con independencia de la respuesta (dudosa) a esa cuestión, en el caso de los contratos sobre actos y potestades administrativas, las partes suelen recurrir a ellos como alternativa más beneficiosa que la actuación unilateral, por lo que la hipótesis de que la cuantía del interés positivo sea inferior a la del negativo es de difícil realización.

5. La responsabilidad precontractual como alternativa a la validez de los acuerdos sobre actos y potestades administrativas

Se trata de verificar ahora la hipótesis de que se parte en este capítulo: la posibilidad de satisfacer los intereses que llevan a la Administración y a los particulares a celebrar acuerdos sobre el

del acreedor una presunción *iuris tantum* de rentabilidad de los gastos efectuados en la confianza del buen fin del contrato que, en el relativamente frecuente caso de dificultad de prueba del lucro cesante, le sirva para poder reclamar la indemnización de aquellos gastos como la cuantía mínima en que, salvo prueba en contrario del deudor, ha de cifrarse el interés contractual positivo».

⁴¹ Con referencia al Derecho italiano (que no tiene ninguna particularidad especial en este punto), GALGANO considera que «el interés negativo puede incluso superar el positivo, si la ganancia que se habría podido obtener del contrato al que se ha renunciado hubiera sido superior a la esperada del contrato inválido» (*Il negozio giuridico, cit.*, pág. 444). Un resumen del estado de la cuestión en España, en GARCÍA RUBIO, *La responsabilidad precontractual, cit.*, págs. 245 y sigs. Para los supuestos en que, a base de una cumplida prueba del lucro cesante, el interés negativo sea superior al positivo, la autora remite a la aplicación analógica del artículo 1.103 CC, y por tanto a la moderación judicial de la responsabilidad.

ejercicio de potestades administrativas a través de la responsabilidad precontractual de la Administración, sin reconocerles validez como contratos. Es ésta una vía señalada por la doctrina y la jurisprudencia, pero sin que se haya profundizado hasta ahora de forma suficiente sobre sus presupuestos y posibilidades.

A partir de las conclusiones alcanzadas en los epígrafes anteriores sobre los presupuestos de la responsabilidad precontractual de la Administración, y sobre la cuantía de la indemnización a que puede dar lugar, se puede sostener, a mi juicio, que esta responsabilidad no permite solucionar de forma eficiente los conflictos de intereses que llevan a la conclusión de acuerdos sobre actos y potestades administrativas. La responsabilidad precontractual de la Administración, aun siendo una pieza necesaria (y, pese a ello, poco estudiada) de su régimen jurídico, no exime al intérprete de agotar las posibilidades de hacer compatibles los contratos sobre actos y potestades con el principio de indisponibilidad de éstas.

Y ello porque la responsabilidad supone siempre un fracaso del programa diseñado por las partes en el contrato. Este programa fracasa desde el momento en que no es vinculante (contra lo pretendido por las partes), y la responsabilidad precontractual es sólo un sustitutivo parcial de ese carácter obligatorio, envuelto además en una gran inseguridad ⁴². Frente a la claridad del contrato, la responsabilidad de la Administración se encuentra sometida a diversos requisitos, cuya concurrencia no es siempre fácilmente predecible. La indemnización (el interés negativo) tampoco equivale al cumplimiento del contrato, y de ahí que se trate de un sustitutivo *parcial*. El resultado final de todo ello es que, si se reconoce que existe una necesidad, o un interés digno de tutela jurídica, en que Administración y par-

⁴² Esta es la conclusión alcanzada también por la doctrina alemana que ha estudiado la responsabilidad de la Administración por incumplimiento de sus promesas de aprobación de planes. Las dificultades de obtener una satisfacción por la vía de la responsabilidad extracontractual han llevado al reconocimiento, directo o indirecto, de eficacia contractual a esas obligaciones, como se verá *infra*, en el capítulo VI. Por todos, *vid.* DOLDE, «Die Entwicklung des öffentlichen Baurechts 1977/78», *NJW*, 32 (1979), págs. 889 y sigs., pág. 891, y DOSSMANN, *Die Bauungsplanzusage*, *cit.*, págs. 89 y sigs.

ticulares puedan celebrar convenios sobre el ejercicio de potestades administrativas, más allá de las expresas habilitaciones al respecto, no existe otra forma de resolver satisfactoriamente esa necesidad que reconocer validez contractual a esos convenios (con los requisitos que sean oportunos, naturalmente), puesto que ni la responsabilidad precontractual ni el control de la discrecionalidad son instrumentos suficientes para ello.

TERCERA PARTE

**LA CONSTRUCCION DE LOS CONVENIOS
COMO UN TIPO CONTRACTUAL ESPECIFICO
DEL TRAFICO ADMINISTRATIVO**

**LA SUPERACION DE LAS OBJECIONES
TRADICIONALES A LA NEGOCIABILIDAD
DEL EJERCICIO DEL PODER PUBLICO**

1. Capacidad de Derecho privado y capacidad contractual de la Administración Pública

El análisis desarrollado en los capítulos anteriores ha servido, a mi juicio, para mostrar que las tesis que propugnan la calificación no contractual de los convenios administrativos, como vía para proporcionarles una eficacia meramente indirecta, son insuficientes, al no tutelar adecuadamente los intereses de las partes y la confianza que el convenio crea en ellas. En consecuencia, si se acepta que la Administración debe poder celebrar convenios, al menos en algunas situaciones, para poder actuar eficazmente y colaborar con los particulares, estos convenios han de ser vinculantes en cuanto tales, puesto que en otro caso no cumplen su función y no permiten a cada parte confiar en la conducta de la otra. De ahí que sea necesario estudiar la posible validez, en nuestro ordenamiento, y como contratos en sentido estricto, de los que tengan por objeto el dictado de actos o el ejercicio de potestades administrativas.

A esa validez se opone, en principio, la ausencia en nuestro Derecho (al contrario de lo que sucede en Alemania e Italia), de una norma o conjunto de ellas que reconozcan expresamente la posibilidad de hacer de los actos y potestades administrativas objeto de contrato, y que determinen el régimen de tales contratos, directamente o por remisión al Derecho privado.

La inexistencia de una norma de este tipo en nuestro ordenamiento es un hecho de fácil demostración. Numerosos preceptos prevén la celebración de acuerdos como preparación o alternativa a una resolución unilateral: convenios de fijación del justiprecio expropiatorio (art. 24 LEF), convenios urbanísticos pre-

vistos por la legislación autonómica o estatal, negociación sobre las condiciones de trabajo de los funcionarios públicos (arts. 30-38 de la Ley 9/1987), convenios para la financiación de carreteras o de accesos a las mismas (arts. 46.3 y 103.2 del Reglamento aprobado por RD 1812/1994, de 2 de septiembre), entre otras. Sin embargo, se trata, en la mayoría de los supuestos, de acuerdos de carácter claramente no contractual, y en todo caso de habilitaciones específicas, que no permiten obtener ninguna conclusión sobre la validez de los contratos sobre actos y potestades administrativas en general ¹.

Al exigir en el artículo 88.1 LAP que los «acuerdos, pactos, convenios o contratos», «no sean contrarios al Ordenamiento Jurídico ni versen sobre materias no susceptibles de transacción y tengan por objeto satisfacer el interés público que tienen encomendado», el legislador renuncia a regularlos. Regular una materia o un acto (*v. gr.*, el contrato de compraventa) significa indicar cuándo y en qué condiciones es contrario a, o permitido por, el ordenamiento jurídico. Cuando la regulación se limita a exigir al objeto de la misma que «no sea contrario» al ordenamiento, la tarea de determinar el régimen se deja a otras normas (en este caso, a preceptos específicos que se refieran a cada supuesto consensual), y a quienes (doctrina y jurisprudencia) analicen la compatibilidad o no de los contratos sobre actos y potestades administrativas con las normas y principios del régimen jurídico de las Administraciones Públicas (que es a lo que equivale la remisión al ordenamiento jurídico, materias no susceptibles de transacción y servicio al interés público).

El punto de partida de ese análisis es que para que los contratos sobre actos y potestades administrativas sean válidos no es necesario que una norma concreta los reconozca y regule. Por el contrario, la capacidad contractual de la Administración es un fundamento jurídico suficiente de los mismos, siempre que no superen los límites a que está sometida esa capacidad.

Ello es así porque, en materia contractual, la Administración no necesita una habilitación normativa para actuar en cada caso.

¹ Tampoco el artículo 88 LAP permite obtener conclusión alguna al respecto, dado que es una norma de mera remisión. Su eficacia se estudia *infra*, en el § VIII.1.

Por el contrario, su posición respecto a la Ley es aquí de vinculación negativa ². La única habilitación normativa previa que se exige para que un contrato sea válido es, en su caso, la consignación presupuestaria del correspondiente crédito. Pero dejando a un lado el flanco presupuestario, la situación jurídica de la Administración a la hora de contratar es idéntica formalmente a la de los particulares (puede celebrar cualquier contrato no prohibido; no necesita que una norma la habilite para ello caso por caso, o para tipos contractuales concretos), aunque de mayor sujeción desde el punto de vista material, pues está sometida a vinculaciones (el servicio al interés público que le esté encomendado, la interdicción de la arbitrariedad, etc.) que no afectan a los particulares. Ello se plasma en el actual artículo 4 LCAP, precepto ya clásico de nuestra legislación sobre contratación administrativa, y que condensa, como se ha visto, uno de los mecanismos más importantes del régimen jurídico de las Administraciones Públicas ³.

² Esta idea es expuesta por GARCÍA DE ENTERRÍA/FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, *Curso, cit.*, vol. I, págs. 417 y sigs., al hablar de la distinción entre capacidad de Derecho público y de Derecho privado de las Administraciones. La necesidad de una habilitación normativa para actuar afecta sólo a lo que ellos denominan capacidad jurídico-pública, es decir, al ejercicio de potestades administrativas, no a la celebración de contratos. Celebrar un contrato no supone ejercicio de ninguna potestad que haya sido atribuida especialmente por el ordenamiento a la Administración, sino que es un acto que cualquier sujeto dotado de capacidad de obrar puede celebrar válidamente. Por ello está incluido en la «capacidad de Derecho privado», entendiéndose por tal la que es común a todos los sujetos (con independencia de que, cuando esos actos los lleve a cabo una Administración, se apliquen en mayor o menor medida normas de Derecho público), y la Administración no precisa una habilitación normativa para celebrarlo. En el mismo sentido, VILLAR PALASÍ, *Lecciones sobre contratación administrativa, cit.*, pág. 47. GARRIDO FALLA dice también que «supuesto que se reconoce a la Administración pública capacidad jurídico-privada, esto es, la posibilidad de figurar como sujeto activo o pasivo en relaciones jurídicas de Derecho privado, la conclusión a que se llega es necesariamente la de la posibilidad de que la Administración contrate», en «Sustancia y forma del contrato administrativo», *cit.*, pág. 527. *Vid.* también su *Tratado, cit.*, vol. II, pág. 41.

³ El contenido de este precepto reproduce, en lo aquí interesa, el del artículo 3 de la LCE en la redacción dada al mismo por la Ley 5/1973, de 17 de marzo. En la esfera local, este mismo principio lo expresa el artículo 111 TRRL. La relación entre estas normas y el artículo 1.255 CC, en el sentido de

De este modo, la inexistencia de normas específicas que regulen los contratos sobre actos y potestades administrativas no implica necesariamente que no sean válidos. Habrá que determi-

una común vinculación negativa a la Ley de la actividad contractual de la Administración y de los particulares, así como la existencia de límites materiales más estrictos para la actividad contractual administrativa, fue subrayada ya por la Exposición de Motivos de la Ley de Bases de Contratos del Estado de 1963: «La libertad de pactos y cláusulas que el Derecho privado concede a los particulares ha parecido conveniente que luzca expresamente en el texto en beneficio de la Administración. Aunque tal no hubiese sido estrictamente necesario, por el carácter supletorio del Código Civil, su desplazamiento al Derecho administrativo posee ventajas efectivas: una, otorgar a la actividad contractual de la Administración aquella iniciativa y agilidad susceptibles de adaptarse a cualquier contingencia, y otra, fijar unos límites expresivos a aquella libertad, dentro de los cuales los “principios de la buena administración” indican al funcionario que, además de sujetarse a Derecho, ha de actuar siguiendo las pautas de un quehacer útil y oportuno para la causa pública». En este sentido, VILLAR PALASÍ, *Lecciones sobre contratación administrativa*, cit., pág. 49, para quien el (entonces vigente) artículo 10 LCE, al añadir al 1.255 CC la vinculación al interés público, señala los «términos», en los cuales «ha sido admitido el principio de la autonomía de la voluntad en nuestra LCE». GARCÍA DE ENTERRÍA ha comentado recientemente este precepto en «Ámbito de aplicación de la Ley (arts. 1 a 9, inclusive)», cit., págs. 117 y sigs., y afirma que el mismo «consagra el principio de libertad dispositiva de la Administración para concertar toda clase de contratos, incluso los no nominados expresamente en la LCA, Libro II, así como para incluir, tanto en los contratos nominados como en los innominados, “los pactos y condiciones que tenga por conveniente”» (pág. 118). La diferencia con el artículo 1.255 es exclusivamente de límites materiales al ámbito de libertad (es decir, de vinculación sólo negativa a la Ley) reconocido: mientras el artículo 1.255 «no tiene otro límite que el genérico de “las leyes, la moral y el orden público”», el artículo 4 LCAP «enumera límites más precisos». Esta es la tesis defendida también por DELGADO PIQUERAS, *La terminación convencional*, cit., pág. 191, y PAREJO GÁMIR, «Contratos administrativos atípicos», cit., págs. 403-404 (para quien el principio de legalidad, de aplicarse a la actividad administrativa contractual, lo es sólo en el sentido de vinculación negativa).

Otros autores han insistido en las diferencias entre el artículo 1.255 CC y los distintos antecedentes del artículo 4 LCAP. ARIÑO ORTIZ ha dicho, en el «Prólogo» a SÁNCHEZ ISAC, *Estudios prácticos sobre contratación local*, Madrid, 1982, pág. 10, que «no obstante la aparente similitud formal del artículo 3.º, LCE, y el artículo 1.255 del CC, entre uno y otro hay un abismo (responden a principios básicos diferentes: principio de legalidad y juridicidad versus autonomía de la voluntad)», tesis desarrollada en «El contrato administrativo en el Derecho español», *RICA*, 1-2 (1969), pág. 76. Esa diferencia entre ambas instituciones ha sido estudiada por SOLAS RAFECAS, *Contratos*

nar si cumplen o no los requisitos de validez de todo contrato o, en la expresión que emplea el artículo 88.1 LAP, ver si son «contrarios al Ordenamiento Jurídico»⁴.

administrativos, cit., págs. 147 y sigs. Sin embargo, la diferencia práctica entre la autonomía privada y la libertad de pactos se reduce a que la Administración está sometida a límites más intensos que los enumerados en el artículo 1.255: «Aun cuando [en] el ámbito de la contratación rige para la Administración el principio *quae non prohibita permisa intelliguntur*, ello no quiere decir que su situación sea similar a la de los particulares que se proponen celebrar un contrato». Con base en la monografía de FERRI, *La autonomía privada* (de la que cita su traducción española, a cargo de SANCHO MENDIZÁBAL, Madrid, 1968), sostiene que la diferencia entre el artículo 1.255 CC y el (hoy) 4 LCAP, a pesar de su semejanza formal, se basa en que derivan de dos conceptos básicos distintos (págs. 152-153): autonomía de la voluntad (que se manifiesta en derechos subjetivos) en el primer caso, y funciones u *officia* (que dan lugar a potestades) en el segundo. Ahora bien: esa distinción, del mismo modo que la utilización en la doctrina italiana actual de los conceptos de *funzioni* y *poteri funzionalizzati*, produce efectos sólo en el plano del control de los actos del sujeto titular de esos poderes, actos a los que se exigirá «adherencia al *fin*» que justifica la atribución de los poderes y que debe ser causa de los actos de ejercicio de los mismos, pero no significa que la conclusión de un contrato requiera una habilitación normativa previa en cada caso. Sobre el tema, *vid.* GIANNINI, *Diritto amministrativo, cit.*, vol. II, págs. 7 y sigs., y MARONGIU, voz «Funzione amministrativa», *Enciclopedia giuridica Treccani, cit.* por MASUCCI, *Trasformazione dell'amministrazione, cit.*, pág. 168, nota 32: «La *funzione* no tiene otro sentido sino el de conectar toda decisión que se adopte en un ordenamiento y en virtud de un ordenamiento a los intereses fundamentales de la comunidad que tal ordenamiento organiza».

⁴ En este sentido se pronuncia la sentencia del TSJ de Andalucía (Sala de Granada) de 6 de abril de 1992 (*RGD*, 1993, págs. 11187 y sigs. Ponente: Trujillo Masely). A la vista de un convenio por el que se aprobaba una actuación privada en suelo no urbanizable, se hace necesario determinar «si el Ayuntamiento se encuentra capacitado conforme a la legalidad vigente para concertar convenios urbanísticos», a lo que responde (transcribiendo la doctrina sentada por el mismo órgano en sentencia anterior) que «el artículo 234 de la misma Ley del Suelo (TR de 1976) reconoce el carácter jurídico-administrativo de ese tipo de convenios y por lo tanto la capacidad municipal para concertarlos siempre que no sean contrarios al interés público o al ordenamiento jurídico, según el artículo 111 del Real Decreto Legislativo 781/1986». No puede interpretarse la sentencia en el sentido de que exige una habilitación en todo caso (habilitación contenida en este caso en el art. 234 de la Ley del Suelo), pues el convenio a que se refiere la sentencia (para la aprobación de actuaciones en suelo no urbanizable) no está regulado ni previsto por el TRLS.

No de otro modo se ha planteado el problema en Alemania, donde la validez (y simultánea sujeción a determinadas limitaciones) de los contratos de Derecho público fue afirmada por la jurisprudencia mucho antes de la aprobación de la *VwVfG*, al menos desde la sentencia del *BVerwG* de 4 de febrero de 1966⁵. La capacidad general de la Administración para concluir contratos en defecto de normas prohibitivas, sin necesidad de una habilitación normativa previa, está en la base de esta construcción⁶.

Del mismo modo, en Italia, la doctrina había ido proponiendo diversas construcciones que salvaban la validez de los acuerdos entre la Administración y los particulares, con anterioridad a la aprobación de la Ley 241/1990, que los reconoce, como se ha explicado en el § I.4, cuando supongan estrictamente la terminación convencional del procedimiento⁷. En Italia no se

⁵ La evolución de la jurisprudencia alemana se estudia *infra*, en el § VI.4.

⁶ Recientemente, BURMEISTER, «Verträge und Absprachen», *cit.*, págs. 210-211, ha empleado el argumento de la capacidad jurídica limitada de la Administración, y la técnica del *ultra vires*, para intentar limitar la utilización del contrato privado como alternativa a la actuación por medio de actos unilaterales. La Administración sólo podría recurrir al contrato para conseguir aquellos fines que le han sido específicamente encomendados. En realidad, se trata de la exigencia de «adherencia al fin», que en nuestro Derecho se enjuicia mediante la técnica de los actos separables. Prácticamente cualquier contrato puede ser justificado como instrumento al servicio de un interés público encomendado a la Administración de que se trate. Ir demasiado lejos en la aplicación de la doctrina de la capacidad limitada podría perjudicar, además, la seguridad del tráfico jurídico, como se puso de manifiesto en el coloquio que siguió a la intervención de BURMEISTER (pág. 355).

⁷ Los principales intentos de construcción jurídica de los acuerdos entre Administración y particulares con anterioridad a la Ley 241/1990 son la teoría de los *contratti ad oggetto pubblico* de GIANNINI (*Diritto amministrativo*, *cit.*, vol. II, págs. 426 y sigs.) y el concepto de *convenzioni pubblicistiche* de FALCON (*Le convenzioni pubblicistiche*, *cit.*). La tesis de esta última obra es que las potestades (*poteri*) administrativas pueden ser ejercitadas por medio de contratos, siempre que se considere que el acto por el que la Administración presta su consentimiento al contrato es un acto separable, enjuiciable con los parámetros empleados para el control de los actos administrativos (en Italia, el *eccesso di potere*), y revisable por la Administración como cualquiera de sus actos. Una vez determinado que la única nota que debe estar presente en el ejercicio de potestades administrativas es la vinculación del acto (*provvedimento*) a través del cual se produce ese ejercicio, al interés público, de modo exclusivo (págs. 247 y sigs.), la unilateralidad deja de ser un elemento esencial de dicho ejerci-

había generado un consenso doctrinal y jurisprudencial alrededor de una construcción jurídica, como había ocurrido en Alemania con el contrato de Derecho público. Como consecuencia, la Ley 241/1990 no se limita a dar respaldo normativo a la situación anterior y no se corresponde enteramente con la tesis de ningún autor.

2. Carácter especial (por su objeto) de los contratos sobre actos y potestades administrativas

El único elemento común de los diferentes convenios administrativos es que su objeto en sentido técnico es un acto o una potestad administrativa⁸. Si dejamos a un lado los contratos sustitutivos de resoluciones administrativas, es decir, que producen los mismos efectos que éstas, los contratos sobre actos y potestades son contratos obligatorios, que hacen nacer para la Administración una obligación de dictar o no dictar un acto administrativo (o bien que establecen como causa de una prestación

cio. El problema pasa a ser el de hacer compatible la vinculación exclusiva al interés público de la actuación administrativa con la realidad de un contrato, en el que cada parte asume compromisos para obtener una prestación de la otra parte (pág. 250). La solución al problema consiste en que es posible (y sucede en la práctica) que el mejor servicio al interés público que la Administración deba perseguir, consista precisamente en la obtención de una prestación del particular, que sólo se puede obtener con su consentimiento (pág. 255). Dado que el acto administrativo de adhesión al convenio es un acto administrativo, se le aplica el régimen de impugnación y revisión propio de estos actos (págs. 259 y sigs.). Se trata, claramente, de la técnica, conocida desde hace décadas en nuestro ordenamiento, de los actos separables. Si éste es el nivel de garantías exigido para que los contratos a través de los cuales se ejercitan, directamente, potestades administrativas, sean válidos (lo que va mucho más allá de un contrato que vincule de algún modo el ejercicio de tales potestades), ese nivel se cumple en todo caso en España, al aplicarse a todo contrato de la Administración la técnica de los actos separables.

⁸ A pesar de las divergencias terminológicas sobre el concepto de objeto del contrato, puede partirse del formulado por Díez-PICAZO, para quien el objeto son «bienes susceptibles de valoración económica que corresponde a un interés de las partes» (*vid. Fundamentos, cit.*, vol. I, pág. 202, con una exposición de las diversas teorías sobre el objeto del contrato).

contractual el dictado o la omisión de un determinado acto) ⁹. El objeto mediato de esa obligación es el acto o potestad, y el objeto inmediato, es decir, la prestación que la Administración se compromete a llevar a cabo en relación al mismo, es el dictado del acto, o bien el ejercicio o no ejercicio de la potestad ¹⁰. La prestación de la Administración no es nunca la transmisión de la potestad o la renuncia definitiva al ejercicio de la misma ¹¹. No

⁹ Para DÍEZ-PICAZO son contratos obligatorios aquellos «cuyo efecto se limita a constituir entre las partes una relación obligatoria y por consiguiente a atribuir derechos de crédito» (*Fundamentos, cit.*, vol. I, pág. 140). Se opondrían a los contratos reales o con eficacia real, que son «aquellos contratos que producen como efecto la constitución, transmisión, modificación o extinción de un derecho real» (*ibíd.*). En el mismo sentido, CASTÁN, *Derecho Civil, cit.*, t. III, pág. 387, nota 2. Por lo que respecta a los contratos sobre actos y potestades administrativas, se trata de distinguir entre aquellos contratos que hacen innecesario que la Administración dicte, con posterioridad al acuerdo, un acto (puesto que el propio acuerdo produce los efectos de éste), de aquellos otros supuestos en los que la prestación de la Administración consiste precisamente en dictar un acto (cuyo contenido, momento de producción, etc., son determinados en el contrato). Normalmente, los contratos sobre actos y potestades atípicos no pretenden ser sustitutivos de un acto. La Ley italiana 241/1990, como hemos visto, exige una habilitación expresa para la conclusión de acuerdos sustitutivos, frente a la admisión de acuerdos determinantes del contenido de un acto. Algunas de las normas que regulan, en nuestro Derecho, supuestos de terminación convencional, reconocen el carácter sustitutivo de los acuerdos a los que se refieren, mediante una cláusula que equipara sus efectos a los de una resolución unilateral: así en materia de subvenciones (art. 7.4 del Reglamento aprobado por el RD 2225/1993, de 17 de diciembre: «Formalizado, en su caso, el acuerdo, éste producirá iguales efectos que la resolución del procedimiento»), de autorizaciones administrativas (art. 5.4 del RD 1778/1994, de 5 de agosto: «Formalizado, en su caso, el acuerdo, éste producirá iguales efectos que la resolución del procedimiento»), de autorización de acuerdos de sociedades privatizadas (art. 4.4 *in fine* del RD 3/1996, de 15 de enero, que establece la aplicación al grupo Repsol del régimen de la Ley 5/1995: «Formalizado el Convenio, éste producirá iguales efectos que la resolución del procedimiento»).

¹⁰ La distinción entre objeto *mediato* e *inmediato* de la obligación se encuentra en CASTÁN, *Derecho Civil, cit.*, t. III, pág. 46.

¹¹ A esto se refiere el artículo 88.4 LAP, al decir que «los acuerdos que se suscriban no supondrán alteración de las competencias atribuidas a los órganos administrativos». En el mismo sentido se pronuncia DELGADO PIQUERAS, *La terminación convencional, cit.*, pág. 204, para quien «la imposibilidad de alterar las “competencias” significa (...) que la titularidad de las mismas queda excluida como objeto contractual». Es esta una nota común con el régimen de

hay nunca, por tanto, un acto de disposición en sentido estricto sobre la potestad objeto de contrato ¹².

El particular, por su parte, asume siempre la obligación de no recurrir el acto que la Administración dicte en cumplimiento del convenio, en la medida en que sea conforme a lo pactado. También puede asumir otras obligaciones (pago de una suma de dinero, cesión de un inmueble, realización de inversiones, instalación de sistemas de seguridad o de reducción de vertidos, modificación del proyecto de una actividad sometida a autorización, etc.), que amplían el objeto del contrato.

Basta con que la Administración asuma una obligación cuyo objeto sea un acto o potestad administrativa, para que el contrato quede incluido en esta categoría (aunque el resto de las obligaciones asumidas por ella o por el particular sean comunes a otro tipo de contratos). Es éste un tema, como ya se ha visto, ampliamente estudiado por la doctrina y jurisprudencia alemanas, para las cuales el hecho de que la prestación de una de las partes (la Administración) tenga un objeto «público» convierte en jurídico-público todo el contrato, sin necesidad de averiguar si es la prestación más relevante del mismo ¹³. En nuestro ordenamiento, la calificación de los contratos de la Administración como administrativos o privados también se realiza teniendo presente sólo una de las prestaciones (realización de obra pública, gestión de un servicio), aunque la de la otra parte sea

los «convenios de colaboración» interadministrativos, en los cuales cada Administración ejerce alguna de sus competencias [arts. 6.1 y 6.2.b) LAP], pero sin que ello signifique renuncia (art. 8.1).

¹² En este sentido, A. SCOGNAMIGLIO, en «Sui collegamenti tra atti di autonomia privata e procedimenti amministrativi», *cit.*, pág. 305.

¹³ *Vid. supra*, capítulo I.4. Entre las causas tenidas en cuenta está el evitar la partición jurisdiccional del contrato, atribuyendo el conocimiento de las cuestiones derivadas del mismo a órdenes jurisdiccionales diferentes. El Derecho alemán ha ido más allá de la simple afirmación del principio, y ha desarrollado criterios que permiten distinguir el supuesto de un único contrato alguna de cuyas prestaciones tienen un objeto público (en ese caso, todo el contrato es de Derecho público), de la unión en un mismo documento de varios contratos (en cuyo caso, el carácter público de alguna de las prestaciones no altera la calificación de los demás contratos incluidos en el documento).

común a un contrato ordinario ¹⁴. Además, el estudio de los contratos sobre actos y potestades como una categoría contractual específica sólo tiene sentido si su régimen afecta a la obligación de la Administración, *así como* a las obligaciones de los particulares que de ella traen causa ¹⁵. Si la asunción de obligaciones sobre actos y potestades está sometida a determinadas condiciones de validez, el incumplimiento de las mismas provocará la ineficacia de todo el contrato ¹⁶. Del mismo modo, si una de las funciones principales del régimen jurídico de los contratos sobre actos y potestades es evitar que la Administración utilice la posición de poder que le otorgan sus potestades para obtener contraprestaciones que no podría imponer a la otra parte como contenido de un acto administrativo, y que carecen de justificación jurídica alguna, entonces es necesario que ese régimen se aplique a todo el contrato, y no sólo a la obligación cuyo objeto es un acto o potestad.

Como ya se ha indicado al exponer la tipología de los convenios y su regulación en Derecho alemán, no es necesario que el dictado de un acto administrativo esté relacionado sinalagmáticamente con las demás prestaciones contractuales. Por un lado, es

¹⁴ Sobre la calificación de los contratos de la Administración, *vid.* PARADA VÁZQUEZ, *Los orígenes del contrato administrativo*, *cit.*, págs. 19 y sigs., y SOLAS RAFECAS, *Contratos administrativos*, *cit.*, págs. 45 y sigs.

¹⁵ La sentencia de 30 de abril de 1979 (Ar. 1592, Fernández Tejedor) expresa perfectamente esta idea, aplicando, por lo demás, el Derecho común de contratos. Tras declarar la nulidad de las obligaciones que, en un convenio, había asumido la Administración, al considerar que vulneraban el principio de indisponibilidad de las potestades administrativas, añade: «Recíprocamente las contraprestaciones a que el contratante señor C. venía obligado también devienen inexigibles en cuanto la causa de ellas, por tratarse de un pretendido contrato de carácter oneroso, se encontraría en la prestación o promesa ofrecidas por el otro contratante, en este caso el Ayuntamiento de Murgados, que al ser imposibles o ilícitas determinan la aplicación del artículo 1.275 del CC, en cuanto establece que los contratos sin causa o con causa ilícita no producen efecto alguno».

¹⁶ Sobre los efectos de la nulidad parcial de los contratos en nuestro Derecho, *vid.* DÍEZ-PICAZO, *Fundamentos*, *cit.*, vol. I, págs. 462-463. Aunque nuestro Derecho no contiene una norma expresa sobre la cuestión, se acepta que si las partes no hubiesen concluido el contrato sin la cláusula nula, entonces todo el contrato debe ser considerado ineficaz. Tal será el caso si la causa de la obligación asumida por el particular es justamente la prestación a que se obliga la Administración.

necesario ampliar de este modo el ámbito de los contratos sobre actos y potestades, pues las partes suelen ocultar su intención de vincular contractualmente el ejercicio de potestades, calificando al dictado de un acto como simple presupuesto o condición de una prestación del particular. Por otro lado, se debe evitar una extensión excesiva que haga perder su sentido al concepto, pues una cosa es pretender vincular el ejercicio de potestades y otra tener en cuenta la influencia que determinadas resoluciones administrativas pueden ejercer sobre el cumplimiento del contrato (algo muy frecuente también en relaciones *inter privatos*).

El criterio que parece más adecuado es el que se expuso ya en el § I.3, según el cual un contrato en que las obligaciones del particular quedan condicionadas a la producción de un acto administrativo no es una promesa unilateral del particular, ni un contrato unilateral en el que sólo éste asuma una obligación (condicional), sino un contrato bilateral (sobre actos y potestades) en el que la Administración asume una obligación de medios, consistente en iniciar el procedimiento necesario para que el acto al que se refiere el contrato llegue a dictarse, y en defender ese acto a lo largo del mismo ¹⁷.

La Administración no celebra esta clase de contratos para obtener algo que no pueda alcanzar unilateralmente. Los contratos sobre actos y potestades se refieren a intereses sobre los que la Administración puede actuar de forma unilateral, a través justamente de la potestad o acto cuyo ejercicio o producción se

¹⁷ La formulación concreta de esta clase de contratos es muy variable. Puede que la Administración, aun sin comprometerse a dictar el acto, asuma alguna obligación (*v.gr.*, el pago de una indemnización) que implique un empobrecimiento efectivo para ella en el caso de que no se dicte el acto. Ello supone vincular el ejercicio de una potestad, y por tanto convertirla en objeto de contrato, aunque la Administración no haya vinculado contractualmente *in natura* la producción de un acto (puesto que puede abstenerse de dictarlo sin incumplir el contrato).

En otros casos, la Administración deja de percibir un enriquecimiento en caso de que decida no dictar un acto administrativo. Es decir, la producción de ese acto opera como condición de una obligación del particular. Es en este supuesto donde resulta especialmente operativa la idea de que la Administración sí ha asumido una obligación contractual: no la obligación de dictar el acto (obligación de resultado), pero sí la de procurar su producción (obligación de medios).

vinculan en el convenio, lo que unifica ambas características de estos contratos ¹⁸. Sin embargo, el hecho de que la Administración pueda actuar, sin necesidad del contrato, en la materia a la que éste se refiere, no significa que pueda dictar un acto con el mismo contenido que el del contrato: de hecho, una de las funciones de los contratos sobre actos y potestades es poder dar a la relación jurídica entre Administración y particular un contenido más amplio que el posible en un acto administrativo ¹⁹. Por otro lado, afirmar la posibilidad de que la Administración intervenga unilateralmente sobre la materia objeto de contrato no significa necesariamente que pueda intervenir sin el consentimiento del particular afectado, puesto que es posible que el acto que la Administración pueda dictar sea un acto necesitado de colaboración (de hecho, será normalmente en estos casos donde se produzca mayor número de acuerdos).

El hecho de que determinados contratos tengan por objeto actos y potestades administrativas no es un simple elemento descriptivo o clasificatorio, sino, a mi juicio, el dato principal para su análisis jurídico. Es ese dato (el ser su objeto un acto o potestad) el que habrá que tener en cuenta para decidir si el contrato es o no válido, es decir, si está incluido en el ámbito de libertad contractual delimitado por los artículos 1.255 CC, 4 LCAP y 111 TRRL. Dentro del conjunto de técnicas y comportamientos denominados genéricamente «administración mediante acuerdos», ejercicio consensual de potestades, etc., existirá un régimen específico, aplicable exclusivamente a aquellos acuerdos calificables como contratos y cuyo objeto sea un acto o potestad administrativa ²⁰.

¹⁸ Numerosos autores subrayan el «poder de sustitución», como GIACOMETTI, *Allgemeine Lehre*, cit., págs. 442-443, o PAREJO, en PAREJO/JIMÉNEZ-BLANCO/ORTEGA, *Manual de Derecho Administrativo*, Barcelona, 1996 (4.ª ed.), vol. I, pág. 602.

¹⁹ De ahí que, en Alemania, como se expuso en el § I.4, se califiquen como de «subordinación» los contratos que sustituyen o predeterminan un acto administrativo, sin necesidad de probar exhaustivamente que la Administración habría podido dictar un acto cuyo contenido hubiese sido exactamente igual al del contrato.

²⁰ Este dato no ha dejado de ser subrayado en alguno de los trabajos aparecidos tras la regulación de la terminación convencional en el artículo 88 LAP.

En apoyo de esta tesis puede alegarse que el único ordenamiento del mundo que dispone de una institución jurídica ya consolidada para resolver los problemas del ejercicio consensual de las potestades administrativas (y me estoy refiriendo al ordenamiento alemán con el contrato de Derecho público), ha definido el ámbito de aplicación de esta figura en razón a su objeto, calificando como de Derecho público aquellos contratos relativos a una materia respecto de la cual el Derecho concede a la Administración poderes (unilaterales) de intervención ²¹.

Por otro lado, parece más adecuado estudiar los contratos sobre actos y potestades como categoría jurídica unitaria que limitar el objeto de análisis a la terminación convencional en sentido estricto, siguiendo la rúbrica empleada por la LAP y por el legislador italiano. Hablar de terminación convencional (del procedimiento) presupone que dicho procedimiento se ha tramitado ya en su totalidad, y que el convenio se celebra en un momento en que ya habría sido posible dictar una resolución. De ese modo, se margina del análisis el supuesto de los contratos celebrados antes de la tramitación del procedimiento, con frecuencia cuando ni siquiera se dan los presupuestos que permiten su iniciación. Se trata de un supuesto en absoluto académico, ya que de ordinario lo que induce a los interesados a llegar a un acuerdo con la Administración es la necesidad de conocer con antelación las decisiones de ésta y planificar así su propia actuación, y esto sólo tiene sentido cuando el acuerdo es muy anterior al momento en que es posible dictar una resolución. El estudio exclusivo de la terminación convencional supone condenar esta clase de contratos, que son los más fre-

Así, PAREJO, «La terminación convencional», *cit.*, págs. 169, 176 y 199, y DELGADO PIQUERAS, *La terminación convencional*, *cit.*, pág. 177.

²¹ La demostración de este aserto quedó hecha en capítulo I.4, al que me remito. Como se recordará, por un lado, el § 54.2 *VwVfG* reconoce y califica como de Derecho público el contrato sustitutivo de un acto administrativo. Por otro lado, el criterio general del § 54.1 exige para que un contrato sea público que la Administración esté dotada, en la materia a la que el mismo se refiere, de poderes especiales que vayan más allá de los reconocidos a cualquier otro sujeto, poderes cuya especialidad determine la inclusión en el Derecho público de la norma que los otorgue.

cuentas en nuestra jurisprudencia y en la alemana, a una atipicidad cuando menos insegura ²². El ejemplo italiano, es decir, la limitación del artículo 11 de la Ley 241/1990 a los acuerdos celebrados al término de un procedimiento y dirigidos a determinar el contenido discrecional de la resolución o a sustituirla, tampoco debe ser decisivo, ya que también allí se ha denunciado esa «marginación» de numerosos contratos, y la norma se aparta de una visión amplia de contrato sobre el poder público, defendida tanto en unos trabajos preparatorios de origen especialmente prestigioso (NIGRO) como por la doctrina ²³.

GIANNINI ha propuesto, para el estudio de la *amministrazione per accordi*, la categoría de los *contratti «ad oggetto pubblico»*, a la que se han referido, por otro lado sin extraer de ella demasiadas consecuencias prácticas, algunos de los autores españoles que han escrito sobre la terminación convencional del procedimiento ²⁴. Para GIANNINI, todos estos contratos se caracterizan por su proximidad a un *provvedimento* o, lo que es lo mismo, a una potestad que la Administración puede ejercitar

²² Una prueba del interés práctico que presentan los convenios a través de los cuales se predetermina un procedimiento administrativo es que ya han sido regulados por la legislación autonómica urbanística (Valencia, Navarra, Madrid), como se ha expuesto *supra* (I.3).

²³ *Vid.* AICARDI, «La disciplina generale», *cit.*, págs. 9 y sigs. También algunos autores han propuesto en España limitar el análisis a la «terminación convencional», entendida como acto final consensuado de un procedimiento dirigido al dictado de una resolución (y procedimiento cuyos concretos trámites se fijan asimismo en razón de la resolución cuya producción se prepara). Esa es la tesis de PAREJO, «La terminación convencional», *cit.*, pág. 176, y DELGADO PIQUERAS, *La terminación convencional*, *cit.* Creo que de ese modo se dejan fuera aquellos convenios que no se celebran en el seno de un procedimiento administrativo concreto, sino antes de su iniciación y de que se den los presupuestos jurídicos y fácticos que permiten ésta, convenios que muchas veces no pretenden sustituir o preparar un acto concreto (como parecen dar a entender estas definiciones), sino que pretenden ordenar una operación administrativa compleja, en la que deberán dictarse múltiples actos, a todos los cuales se refiere el convenio.

²⁴ *Vid.* en especial DELGADO PIQUERAS, *La terminación convencional*, *cit.*, págs. 65-67. Se expone la tesis de GIANNINI como una de las principales construcciones jurídicas que defienden la posibilidad de la «negociación del poder público», pero sin que esa tesis sea seguida o refutada al estudiar el tema en el Derecho español, estudio basado en la interpretación del artículo 88 LAP.

unilateralmente, lo que coloca a ésta en una posición de superioridad sobre la otra parte ²⁵.

Esa relación entre contrato y acto puede ser muy diversa. Hay contratos que regulan aspectos patrimoniales de una relación jurídica constituida mediante un acto administrativo, como los contratos complementarios de una concesión de dominio o servicio público (contratos *accessivi*) ²⁶. Otros contratos (*ausiliari*) sirven para regular los aspectos patrimoniales de una relación jurídico-administrativa, aspectos que, a falta de acuerdo, decidiría unilateralmente la Administración: es el caso de los acuerdos expropiatorios (o de adhesión a la expropiación) ²⁷. Por último, están los contratos sustitutivos de procedimientos, limi-

²⁵ La definición se encuentra en *Diritto amministrativo, cit.*, vol. II, págs. 356-357. Estos acuerdos son una tercera categoría contractual, junto con los contratos ordinarios de la Administración (regidos por el Derecho privado), y los contratos especiales (que son contratos de Derecho privado, pero que tienen una regulación especial cuando quien los concluye es la Administración, especialidad motivada por razones técnicas, como ocurre en el contrato de obras). Se trata de «acuerdos, entre administraciones o entre éstas y sujetos particulares, que difícilmente pueden ser calificados de otro modo que como contratos; sólo que falta una de las notas típicas del contrato, que es la igualdad entre los contratantes: hay uno de ellos, la Administración o, al menos, la Administración dominante, que se encuentra en una posición de preeminencia o, dicho de otra forma, una de las partes se presenta como autoridad» (págs. 426-427).

²⁶ Vid. GIANNINI, *Diritto amministrativo, cit.*, vol. II, pág. 431: «Los contratos *accessivi* están constituidos por aquellos “módulos convencionales” en los cuales el acto sería por sí mismo fuente de obligaciones, y para disciplinar éstas de un modo más adecuado, es común añadir al acto un contrato que contiene la disciplina concreta de estas obligaciones. Los actos que dan lugar con más frecuencia a relaciones obligacionales son las concesiones de incentivos y las concesiones de servicios públicos». Empleando las categorías propias del ordenamiento español, la tesis de GIANNINI supone ver en la concesión de servicios públicos un acto mixto, con aspectos reglamentario-unilaterales y aspectos contractuales, separación a la que se refiere el artículo 156.2 LCAP. El contrato de gestión sería un contrato *accessivo* de ese régimen jurídico y de la atribución al particular de la condición de concesionario, mediante un acto unilateral.

²⁷ Estos contratos «tienen por objeto una relación patrimonial, que las partes regulan voluntariamente mediante un acto del que nacen obligaciones» (pág. 436). Y añade que el contrato «viene así a sustituir a una parte de los actos del procedimiento: aquellos que se consideran superfluos» (pág. 437). Las normas «se limitan casi siempre a simples menciones de estos contratos: “si no se alcanza un acuerdo”, “salvo acuerdo entre las partes”» (pág. 437).

tándose GIANNINI en este caso a dar noticia de dos supuestos ya consolidados en la práctica (y, parcialmente, en la legislación): los acuerdos de ejecución de planificación económica (similares a la acción concertada en España), y los convenios urbanísticos (dando a esta expresión un sentido equiparable al de nuestros planes de iniciativa particular) ²⁸.

Una vez expuesta esta sistemática, GIANNINI afirma que la Administración puede recurrir al contrato siempre que se deba regular una cuestión o aspecto patrimoniales, esté o no previsto normativamente ese acuerdo ²⁹. Ese contrato tendrá, como tal, el mismo régimen que cualquier otro contrato de la Administración, sin otra peculiaridad que la de que sus efectos van a estar condicionados en algunos casos a la subsistencia de un acto administrativo que le sirve de presupuesto. Con esta última afirmación (y con la entera categoría del *contratto ad oggetto pubblico*), GIANNINI entra en la polémica sobre el contrato de Derecho público (planteada en términos mayerianos, es decir, de posibilidad o imposibilidad abstractas del mismo), pretendiendo mostrar la innecesariedad de esta figura jurídica ³⁰.

²⁸ Se trata de acuerdos «que ocupan el lugar de procedimientos completos», y son explicados en las págs. 439 y sigs.

²⁹ «Cuando el *provvedimento* no produce efectos de contenido patrimonial (como ocurre a menudo), falta la base misma para el uso del instrumento contractual; viceversa, cada vez que existe un efecto de posible contenido patrimonial, en Derecho positivo debe admitirse, como regla de principio, la posibilidad al recurso del acuerdo entre Administración y particular para disciplinar la relación patrimonial o, al menos, el aspecto patrimonial de la relación. Es decir, el principio es justamente el contrario del que pretende la tesis negativa, y de ello se encuentran cada vez más confirmaciones prácticas» (pág. 428). *Vid.* también, en el mismo sentido, págs. 429, 437 y 438.

³⁰ Este autor dice que «para admitir que exista un contrato de Derecho público es necesario que las normas positivas le den caracteres propios, que lo distinguan del contrato de Derecho privado. Ahora bien: eso no ocurre en nuestro Derecho positivo». El tratamiento jurídico de estos contratos no consiste, por tanto, en construir con ellos una categoría contractual específica, sino «en el hecho de que los supuestos completos (*le fattispecie globali*) en los que éstos aparecen *se componen de contratos y de resoluciones administrativas a la vez*: el modo en que se relacionan contrato y acto distingue los diversos tipos de contratos» (pág. 428). «Son contratos como cualquier otro» (pág. 429), y «se usará esta expresión (*contratti ad oggetto pubblico*) por ser menos equívoca que la de contratos de Derecho público» (pág. 429). La explicación de los

Todos los contratos de la Administración (podría resumirse así su posición) son iguales a sí mismos y se rigen por el Derecho privado. Lo único que distingue a algunos de ellos (los contratos *ad oggetto pubblico*) de los demás es su dependencia respecto a actos administrativos que les sirven de presupuesto o que pueden provocar su ineficacia sobrevenida. Pero esa particularidad se explica por la yuxtaposición entre acto y contrato, y no como una singularidad de una categoría de contratos ³¹.

La teoría de los contratos *ad oggetto pubblico* no es, a mi juicio, una construcción que pueda ser importada a nuestro ordenamiento como solución a los problemas (en primer lugar, de validez) planteados por el ejercicio consensual de potestades administrativas. La simple «relación» con una resolución administrativa, que es el dato necesario y suficiente para calificar un contrato como *ad oggetto pubblico*, puede revestir formas demasiado diferentes entre sí como para que un mismo régimen sea aplicable a todas ellas. Por un lado, absolutamente todos los contratos *inter privatos* están relacionados de algún modo con actos administrativos, al menos en el sentido de que algún acto administrativo puede siempre suponer en ellos la desaparición de la base del negocio. GIANNINI no considera que esos contratos sean *ad oggetto pubblico*, reservando tal calificación, como hemos visto, para aquellos en que sea parte una Administración, es decir, quien dicta o puede dictar el acto con capacidad de influencia sobre la relación contractual, lo que la coloca en una

supuestos en que la ineficacia sobrevenida (*v.gr.*, por revocación) o la declaración de nulidad del acto comportan la del contrato, en págs. 434 y 438. Como se ve por la bibliografía alemana que se cita (págs. 429-430; la obra más reciente es la monografía de BULLINGER, *Vertrag und Verwaltungsakt*, de 1962), se trata de una teoría ya antigua (de hecho, fue expuesta por primera vez en 1962, en *L'attività amministrativa*, *cit.*, págs. 86 y sigs.), que no tiene en cuenta el concepto alemán moderno de contrato de Derecho público, el codificado en la *VwVfG*. Lo que se tiene en cuenta es la polémica sobre la necesidad o no de una institución de Derecho público especial para disciplinar los supuestos de acuerdo entre Administración y particular.

³¹ Esta tesis de GIANNINI puede ser alineada con las posiciones de los autores españoles que sostienen que el contrato administrativo es un contrato ordinario simplemente «modalizado» por el ejercicio de potestades. De hecho, él mismo ve su teoría como una alternativa al *contrat administratif* (*Diritto amministrativo*, *cit.*, vol. II, pág. 435).

posición de superioridad sobre la otra parte. ¿Por qué no calificar entonces como contrato *ad oggetto pubblico* cualquier otro contrato de la Administración, puesto que también sobre él puede influir ésta con una resolución unilateral?

Además, tampoco queda claro cuál es el sentido de destacar la titularidad de potestades que pueden influir sobre la vida del contrato por parte de la Administración, ya que de ello no se extrae consecuencia alguna sobre su régimen jurídico. Ha habido autores que han deducido de esta doble posición de la Administración (sujeto contratante y titular de potestades) la imposibilidad del contrato en Derecho público (MAYER), o bien la necesidad de vincular el ejercicio de las potestades al mantenimiento del contrato, o la necesidad de reconocer a la Administración potestades que le permitan intervenir también sobre la ejecución del contrato (en esto consiste el régimen especial del contrato administrativo)³². La teoría de los contratos *ad oggetto pubblico*, sin embargo, trata como fenómenos completamente aislados entre sí el contrato y aquel acto de ejercicio de una potestad administrativa que pueda afectar a la eficacia de aquél, sin dar tampoco relevancia a que el mismo sujeto sea parte en uno y autor del otro. Por ello, cualquier contrato podría ser calificado como *ad oggetto pubblico*, lo que resta utilidad a esta categoría jurídica.

La teoría de los contratos *ad oggetto pubblico* tampoco responde a la cuestión principal planteada en este trabajo, es decir, si la Administración puede o no vincular contractualmente el ejercicio de sus potestades, si puede obligarse a dar un contenido determinado a unos actos cuya finalidad está fijada por el ordenamiento (y consiste en el servicio a un interés público concreto) y cuyo contenido debe poder ser justificado ante terceros (en particular, ante un tribunal contencioso) como derivación coherente y objetiva de los elementos de juicio obtenidos a lo largo del procedimiento legalmente establecido. Y no responde a esta cuestión porque incluye supuestos en los que se plantea (contratos *ausiliari* y *sostitutivi*) y supuestos en los que

³² Una clara visión de las relaciones entre ambas posiciones jurídicas de la Administración, en MOREAU, «De l'interdiction», *cit.*, págs. 3-6.

no se plantea, como los contratos *accessivi*, que son casos como nuestro contrato de gestión de servicios, en los que el único instrumento a disposición de la Administración para obtener una determinada prestación del particular es el contrato. Por otro lado, la teoría de los *contratti ad oggetto pubblico* se vuelve especialmente ambigua en el supuesto de los contratos *sostitutivi*, limitándose a dar cuenta de los ejemplos más frecuentes (que están, por lo demás, regulados por el legislador), sin afirmar, como en las demás categorías, que son admisibles, salvo prohibición expresa (y, por consiguiente, sin necesidad de norma habilitante) ³³.

GIANNINI limita el ámbito de los contratos *ad oggetto pubblico* a los aspectos patrimoniales de las relaciones jurídico-administrativas. Son ésas las cuestiones para cuya regulación la Administración puede recurrir al contrato, sin necesidad, además, de que ninguna norma la habilite para ello. Ello obedecería a que el contrato sólo puede regular cuestiones patrimoniales ³⁴. Parece que con ello se quiere admitir sólo lo que aquí se ha denominado «convenios de ejecución» (*vid. supra*, capítulo I.2), es decir, aquellos que se refieren a potestades no discrecionales o a las consecuencias económicas de una decisión discrecional ya

³³ El propio concepto de «objeto público» que utiliza GIANNINI da idea de su inadecuación para resolver los problemas relativos a los actos y potestades administrativas: «La noción de “objeto público” no se debe entender como legitimación reservada ni como comerciabilidad reservada de ciertos bienes; a veces han aflorado tales ideas, pero no sirven para explicar adecuadamente los contratos *ad oggetto pubblico* (...). Los bienes de los contratos *ad oggetto pubblico* no son intransferibles o indisponibles entre los particulares, son simplemente imposibles en contratos entre éstos porque están fuera de su esfera de disposición» (*Diritto amministrativo, cit.*, vol. II, pág. 431; en el mismo sentido, su anterior libro *L'attività amministrativa, cit.*, pág. 86). Con este concepto, lo que importa para que un contrato sea *ad oggetto pubblico* no es que su objeto sea una potestad, es decir, un poder jurídico que, en principio, debe ejercitarse a través de figuras jurídicas distintas del contrato, sino que sea un objeto cuya titularidad corresponda a la Administración. Coherentemente con esta tesis, este mismo autor considera objeto posible de una concesión administrativa no sólo un bien demanial o la gestión de un servicio público, sino el mismo dinero, siempre que pertenezca a la Administración (*Diritto amministrativo, cit.*, vol. II, pág. 653).

³⁴ Así, GIANNINI distingue entre contratos y pactos, con base en el concepto de patrimonialidad, en *Diritto amministrativo, cit.*, vol. II, pág. 424.

adoptada ³⁵. Acudiendo a la distinción entre interés público en el sentido de interés meramente económico de la Administración (obtener una prestación al precio más bajo posible) e interés público como asunto de relevancia supraindividual cuyo servicio haya sido encomendado a la Administración, GIANNINI llamaría aspecto patrimonial de una relación jurídica entre Administración y ciudadano, a aquella parte de la misma en la que está presente exclusivamente el interés público en el primero de los sentidos antes indicados.

Sin embargo, ya quedó dicho en el capítulo I que los contratos sobre actos y potestades administrativas pueden referirse también al ejercicio de potestades discrecionales, como ejemplo máximo de acuerdo en el que está en juego el interés público en sentido no exclusivamente patrimonial. La teoría de GIANNINI excluye implícitamente la validez de estos contratos, ya que no se refieren sólo a cuestiones patrimoniales (según la definición dada antes a esta expresión), y los ejemplos de contratos *sostitutivi* que él da (y son los únicos contratos por él mencionados que van más allá de cuestiones meramente patrimoniales), están autorizados por alguna norma, son contratos típicos. Esta tesis negativa de GIANNINI, además de no ser expresa, no es una solución a la cuestión planteada (al menos) en nuestro ordenamiento, ya que el único argumento en que se apoya no es asumible. Ese argumento es la patrimonialidad de las prestaciones como requisito del contrato. Sin embargo, una cosa es que toda obligación (incluidas las asumidas en un contrato) deba servir a un interés del acreedor susceptible de valoración patrimonial, y otra distinta que los contratos sólo puedan referirse a prestaciones monetarias. Como ya he dicho, las partes pueden tener un interés patrimonial en una prestación que no sea exclusivamente patri-

³⁵ Así, el acuerdo sobre la cuantía del justiprecio de una expropiación (una vez aprobado el proyecto que legitima la expropiación y la declaración de necesidad de ocupación), el convenio que establece el pago en terrenos de los gastos de urbanización (art. 122.2 del TRLS de 1976 y 132.3 de la Ley gallega 1/1997, de 24 de marzo, del Suelo), una vez se ha decidido unilateralmente el aprovechamiento y cesiones que corresponden a cada finca, etc. Existe, primero, una decisión administrativa unilateral que «agota» los aspectos discrecionales, seguida por un contrato que regula las cuestiones estrictamente económicas.

monial en el sentido de GIANNINI, es decir, que afecte al interés público en sentido amplio. Así ocurre con la aprobación de cualquier instrumento de planeamiento urbanístico o con la autorización o no del acceso a una carretera desde un predio colindante. El hecho de que, para que exista contrato, sea un requisito imprescindible que las prestaciones respondan a un interés evaluable económicamente, no excluye en modo alguno que tales decisiones administrativas sean objeto de contrato.

Estas son las razones que determinan que, a mi juicio, frente a la posibilidad de recurrir a la figura del contrato *ad oggetto pubblico*, sea más adecuado verificar la adecuación a Derecho del contrato sobre actos y potestades administrativas, como categoría en la que se incluyen los supuestos en que a través de un contrato se vincule el ejercicio del poder público.

3. El principio de indisponibilidad de las potestades administrativas como supuesto obstáculo general y absoluto a la vinculación contractual del ejercicio de éstas

El principal obstáculo jurídico a la validez de los contratos sobre actos y potestades es, como ya se ha apuntado en diversos lugares de este trabajo, el principio de indisponibilidad de las potestades administrativas, derivado de su carácter de poderes jurídicos de origen normativo vinculados al servicio de intereses distintos del de su titular ³⁶. La incompatibilidad entre este prin-

³⁶ Santi ROMANO, de quien procede, como es notorio, el concepto actual de potestad administrativa, decía, en su voz «Poderes. Potestades», *Fragments de un diccionario jurídico*, cit., pág. 341, que «debe excluirse que un poder pueda constituir objeto de actos de disposición por parte de su titular: éste no podría ni modificarlo sustancialmente, ni enajenarlo, ni renunciar a él». Para GARCÍA DE ENTERRÍA/FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, *Curso de Derecho Administrativo*, cit., vol. I, pág. 435, «como consecuencia de este origen legal y no negocial, las potestades son inalienables, intransmisibles e irrenunciables, justamente porque son indisponibles por el sujeto en cuanto creación del Derecho objetivo supraordenado al mismo. El titular de la potestad puede ejercitarla o no, pero no puede transferirla; la propia Ley puede, a lo sumo, permitir su dele-

cipio y la vinculación contractual del ejercicio de los poderes administrativos ha sido puesta de relieve con frecuencia ³⁷. La indisponibilidad de una materia, bien o servicio, la inhabilita

gación de ejercicio». SANTAMARÍA PASTOR, *Fundamentos, cit.*, pág. 880, dice que «la potestad (...) es inalienable por su titular mediante actos singulares (si bien la Administración puede promover una modificación de la norma que atribuyó la potestad, de modo que ésta se atribuya en lo sucesivo a otro sujeto; pero tal operación no es calificable de enajenación, sino de reatribución), aunque, en determinadas condiciones, pueda cederse su mero ejercicio». *Vid.*, en el mismo sentido, DE LA CUÉTARA, *Las potestades administrativas*, Madrid, 1986, pág. 46; CASTÁN, *Derecho Civil, cit.*, tomo III, pág. 421, y, en materia tributaria, ARIAS ABELLÁN, «La indisponibilidad de la obligación tributaria: Análisis del artículo 36 de la LGT», en *Comentarios a la Ley General Tributaria y Líneas para su reforma*, Madrid, 1991, vol. I, págs. 619 y sigs.

³⁷ En la jurisprudencia, la sentencia de 30 de abril de 1979 (Ar. 1592, Fernández Tejedor) destaca por su claridad. El origen del pleito fue la impugnación por el particular contratante del acto por el que el Ayuntamiento le exigía (de manera unilateral y ejecutoria, como en cualquier contrato administrativo) el cumplimiento de las prestaciones pactadas en un convenio en el que se compromete «el ejercicio de potestades públicas, en beneficio de un particular aunque sea en reciprocidad de prestaciones de éste». Esa es la *ratio decidendi*: «El objeto del contrato por lo que se refiere a aquello a que quedó obligado el Ayuntamiento, está fuera del tráfico jurídico, pues son las mismas potestades administrativas de ejercicio rigurosamente reglado, las que la Corporación compromete y enajena al margen de toda legalidad, de modo que por aplicación del artículo 1.271 del CC no puede estimarse válidamente constituido el pretendido negocio contractual por falta de objeto idóneo, y devienen nulas sin posibilidad de ejercicio legal, las obligaciones asumidas por la Corporación». *Vid.* también las sentencias citadas en el capítulo IV, nota 20. La sentencia de 8 de julio de 1989 (Ar. 5729, García Estartús) afirma también que un convenio «no puede derogar, ni en beneficio de la Administración ni en favor de los particulares, las reglamentaciones de carácter imperativo, ni pueden comprometer tampoco el ejercicio de las potestades regladas de las que la Administración dispone». El mismo principio aparece en sentencias más recientes, como las de 15 de febrero de 1994 (Ar. 1448, Barrio Iglesias) o 2 de diciembre de 1994 (Ar. 9842, Rouanet Moscardó), a la que sigue la del 12 del mismo mes (Ar. 9879, Ruiz-Jarabo).

A la inversa, el principio de indisponibilidad debe considerarse superado por quienes admiten la posibilidad de «terminación convencional». Así, PAREJO ALFONSO, «La terminación convencional», *cit.*, pág. 197, dice, a propósito del inciso del artículo 88.1 LAP, que excluye de la misma las materias «no susceptibles de transacción», que «el sentido de esta regla en modo alguno puede ser vinculado al viejo dogma de la insusceptibilidad de la negociación sobre el objeto de la potestad administrativa, so pena de incurrir en el absurdo de la contradicción total con el resto de la regulación de que forma parte, con resultado de la inutilización absoluta de ésta. La introducción misma de la figura de la termi-

como objeto contractual, haciendo nulo todo contrato que se refiera a ella ³⁸. Esta es también la consecuencia prevista en otros ordenamientos ³⁹, si bien su aplicación no siempre es clara en nuestra jurisprudencia ⁴⁰.

nación convencional supone la admisión de la negociación sobre el objeto de las potestades administrativas: la definición en el caso del interés público concreto».

³⁸ Las cosas que están fuera del comercio no pueden ser objeto de un contrato, pues en ese caso uno de los elementos esenciales del contrato (el objeto), está viciado de ilicitud, como dicen DÍEZ-PICAZO, *Fundamentos, cit.*, vol. I, pág. 209, o CASTÁN, *Derecho Civil, cit.*, tomo III, pág. 421. La ilicitud del objeto es causa de nulidad absoluta del contrato: DÍEZ-PICAZO, *Fundamentos, cit.*, vol. I, pág. 473; CASTÁN, *Derecho Civil, cit.*, tomo III, pág. 501.

³⁹ En Derecho francés sigue siendo básico el artículo de MOREAU, «De l'interdiction», *cit.*, al que continúan refiriéndose las elaboraciones más recientes, como el *Traité des contrats*, de LAUBADÈRE/MODERNE/DELVOLVÉ, *cit.*, tomo I, págs. 47 y sigs.; POUYAUD, *La nullité, cit.*, págs. 218 y sigs.; AUTEXIER, «Verträge und Absprachen», *cit.*, págs. 285 y sigs. El *arrêt* del Consejo de Estado de 8 de marzo de 1985 (*Les Amis de la terre*), publicado en *AJDA*, 1985, págs. 382 y sigs. (con nota de MOREAU) anula, como consecuencia de la estimación de un recurso interpuesto por la asociación ecologista que da nombre al asunto, las resoluciones ministeriales por las que se había decidido celebrar un convenio con el grupo *Pechiney* para la reducción progresiva de los vertidos contaminantes de sus fábricas más antiguas. Basándose en que la Ley habilita a diversos órganos de la Administración (el ministro o el prefecto competentes) para ordenar unilateralmente la adopción de las medidas oportunas para reducir los vertidos, el Consejo concluye que «los convenios en cuestión, en cuanto incluyen una cláusula que convierte en subsidiaria (*qui réserve l'application*) la aplicación de la legislación sobre establecimientos clasificados, carecen necesariamente de todo valor jurídico y vician de ilegalidad los actos por los que el ministro ha decidido suscribir tales convenios» (pág. 382). Para MOREAU, «el *arrêt* de 8 de marzo de 1985 aplica el principio según el cual está vedado a la autoridad de policía la utilización, por lo que respecta al ejercicio de sus poderes de policía, de una técnica de tipo contractual», con cita de jurisprudencia (pág. 383). El *arrêt* de 20 de enero de 1978 (*Syndicat national de l'enseignement technique agricole public*), *AJDA*, 1979, págs. 37 y sigs., anula también el acto (separable) de adhesión a un convenio entre la Administración y una asociación de centros de formación profesional agrícola, por el que se regulaban las subvenciones a estos centros, al existir una legislación donde esas subvenciones se regulaban como actos administrativos, previo el reconocimiento (también mediante acto administrativo) de la idoneidad de cada centro concreto: la razón es que tales centros, así como sus alumnos y personal, «se encuentran situados en una situación que, en la medida en que es fijada por leyes y reglamentos, no puede constituir objeto de acuerdos contractuales» (pág. 41). Las conclusiones del comisario del Gobierno, Denoix de Saint Marc, enumeran todos los precedentes jurisprudenciales.

(Nota 40 en pág. siguiente)

Es necesario analizar el principio de indisponibilidad a partir de su función dentro del marco del régimen jurídico básico de las Administraciones Públicas, y no como un simple atributo, más o menos mitificado, de un tipo de poderes jurídicos ⁴¹.

En Alemania, RUPP hace referencia a la indisponibilidad del objeto como obstáculo a la celebración de contratos, en «Zum Anwendungsbereich», *cit.*, pág. 61. En palabras de BIRK, «Normsetzungsbefugnis und öffentlich-rechtlicher Vertrag», *NJW*, 30 (1977), págs. 1797 y sigs., pág. 1799, «el contrato como forma de actuación presupone un *objeto de negociación*. Ello quiere decir que el objeto, el menos en alguna medida, debe estar sometido a la *disposición* de ambas partes».

En Italia, el principio es afirmado claramente por la sentencia de la *Cassazione a Sezioni Unite* (nuestro Tribunal Supremo), de 31 de marzo de 1967 [publicada en *Foro it.*, LXXXII (1967), I, pág. 926]. Un Ayuntamiento se había comprometido convencionalmente a dictar un acto administrativo. Una vez dictado, lo había revisado y anulado. La sentencia declara que la jurisdicción ordinaria no tiene jurisdicción ni para condenar a la Administración al cumplimiento del acuerdo, ni para condenarla al pago de una indemnización: «El razonamiento del recurrente se apoya en el presupuesto de la validez de una convención que tenga por objeto el otorgamiento de una licencia urbanística a cambio de una contraprestación, pero tal convención, sobre no ser susceptible de ejecución en forma específica, dada la imposibilidad de condenar a la Administración a un *facere*, estaría viciada de causa ilícita, pues la ley no prevé en modo alguno la inserción, en un acto de autorización, de un contrato de Derecho público o privado que establezca una obligación como contraprestación de la autorización misma. La autoridad administrativa, en realidad, debe realizar su actividad en interés público, sin tener en cuenta peticiones o contraprestaciones, y esa actividad no puede ser objeto de mercadeos, que caerían bajo las sanciones de la ley civil y penal». La sentencia es, como se ve, exponente de un estado de opinión opuesto al que ha llevado a la aprobación de la Ley 241/1990.

En *Halsbury's Laws of England*, vol. I (Administrative Law), § 5.1, se encuentra el principio (proclamado ya en una sentencia de 1921, *Rederiaktiebolaget Amphitrite*), de que «un órgano administrativo no puede vincular contractualmente su derecho o deber de ejercitar una potestad discrecional que le ha sido conferida por el Derecho». *Vid.* más referencias en BULLINGER, *Vertrag und Verwaltungsakt*, *cit.*, págs. 114 y sigs.

⁴⁰ Un supuesto claro de esa ambigüedad jurisprudencial lo proporciona la sentencia de 18 de octubre de 1977 (Ar. 4364, Jiménez Hernández). En el contrato del que derivan las pretensiones del recurrente, «lo que se compromete es el ejercicio de facultades administrativas, como lo son las relativas a la delimitación del polígono a edificar y a la forma de obtenerlo (con exclusión de la expropiación forzosa), así como la postura del Instituto Nacional de la Vivienda frente a la facultad ordenadora urbanística». Pese a ello, no se declara su invalidez, sino que (sobre la base de que al contrato no es aplicable la LCE, por ser su celebración anterior a la entrada en vigor de la misma) se estima la

Los motivos por los cuales la Administración actúa en ejercicio de sus potestades no son jurídicamente irrelevantes, al contrario de lo que sucede, en principio, con la actuación de los particulares ⁴². Un acto de la Administración, es decir, un acto que constituye ejercicio de una potestad administrativa, estará viciado si su contenido no se adecúa al fin de esa potestad, al fin de interés público para cuyo servicio ha sido otorgada esa potestad a la Administración. Un acto cuyo única razón de ser fuese cumplir una obligación asumida previamente en un contrato, no sería válido (estando viciado, por de pronto, de desviación de poder) ⁴³. El contrato, a su vez, estaría afectado de imposibilidad originaria objetiva y, por tanto, de nulidad radical, ya que el único sujeto que puede llevar a cabo la prestación objeto del mismo (la Administración) no puede hacerlo válidamente ⁴⁴.

pretensión de resolución por incumplimiento de la Administración *ex* artículo 1.124 CC. Ahora bien: al fijar el montante de la indemnización (puesto que era imposible la retrocesión de los terrenos cedidos por el particular, al haberse realizado construcciones sobre ellos), se opera como si el contrato fuese nulo o inexistente, de modo que el único título que puede otorgar derechos indemnizatorios al particular sean los preceptos de la legislación urbanística sobre responsabilidad de la Administración.

⁴¹ Se trata de aplicar al principio de indisponibilidad el mismo modo de razonar empleado por GARCÍA DE ENTERRÍA en *Dos estudios, cit.*, págs. 134-135, a propósito de la imprescriptibilidad del dominio público: ver qué reglas propias del régimen jurídico de las Administraciones Públicas se intentan explicar, garantizar o hacer efectivas con ese principio, y si la explicación y efectividad de esas reglas exige la aplicación del principio en toda su extensión.

⁴² *Vid.* GIANNINI, *Diritto amministrativo, cit.*, vol. II, págs. 7 y sigs. La actividad administrativa es una actividad *funcionalizada*, o consiste en la realización de *funciones*, lo que significa que tienen relevancia jurídica no sólo los actos concretos de que se compone, sino también el procedimiento previo, motivos, etc., que en la actuación de otros sujetos serían irrelevantes, y ello para que sea posible controlar la actividad administrativa y verificar su adecuación al fin que, por disposición del ordenamiento, debe perseguir.

⁴³ Si la Administración dictase un acto concreto, o diese a un acto un contenido determinado, con el fin de eludir el pago de una indemnización a que se vería obligada en otro caso como consecuencia de un convenio previo, estaría incurriendo en lo que CHINCHILLA MARÍN ha denominado «desviación de poder en interés financiero» (*La desviación de poder*, Madrid, 1989, pág. 95).

⁴⁴ En el texto se ha sostenido que el contrato que vulnera el principio de indisponibilidad está afectado de imposibilidad *objetiva* y no *subjetiva* (*vid.* DÍEZ-PICAZO, *Fundamentos, cit.*, vol. I, pág. 207). Aunque pudiera pensarse en una imposibilidad subjetiva, al afectar la causa de la misma sólo a la Adminis-

Ya se ha visto que, en los contratos sobre actos y potestades, la Administración no cede a un tercero sus potestades ni renuncia definitivamente a su ejercicio, sino que simplemente vincula éste para un caso concreto ⁴⁵. Es decir, no realiza, en sentido estricto, un acto de disposición, sino un acto de ejercicio o de administración de esa potestad. La validez de un acto de estas características no está necesariamente excluida por el principio de indisponibilidad ⁴⁶. Y ello, no por una simple razón cuantitativa (es decir, porque esté prohibido vincular la potestad en su conjunto, pero no uno de los actos particulares de ejercicio de la misma), sino, como se ha dicho antes, teniendo en cuenta cuál es el fundamento de la prohibición. La renuncia o la cesión completas de una potestad (es decir, los supuestos inequívocamente incluidos en el ámbito del principio de indisponibilidad) suponen necesariamente un incumplimiento de la norma que atribuye a la Administración la potestad de que se trate, puesto que esa norma pretende que la Administración sea titular en todo momento de un poder jurídico con el que atender las necesidades de un interés público concreto. Sin embargo, la vinculación del ejercicio de una potestad para un caso específico no implica necesariamente el incumplimiento del fin de la norma atributiva de la potestad, ya que la reglamentación establecida en el contrato puede ser la más conveniente para el interés público de que se trate, y nada impide que se pueda verificar jurídicamente esa adecuación (a través, por ejemplo, de la téc-

tración, es en realidad objetiva, puesto que sólo ella puede llevar a cabo el acto o ejercer la potestad vinculada. La distinción no es irrelevante: mientras que la imposibilidad objetiva produce la nulidad radical del contrato, la subjetiva es configurada, al menos cuando existe dolo o culpa del deudor incurso en ella, como un supuesto de incumplimiento contractual. *Vid.* también PANTALEÓN PRIETO, «Las nuevas bases», *cit.*, pág. 1721, quien propone *de lege ferenda* que se apliquen las consecuencias jurídicas del incumplimiento contractual al supuesto de imposibilidad objetiva, cuando sea imputable a una de las partes.

⁴⁵ *Vid. supra*, nota 11.

⁴⁶ En contra, VELASCO CABALLERO, *Las cláusulas accesorias*, *cit.*, pág. 310. A propósito de los «convenios realizados en el curso de un procedimiento resolutivo, que predeterminan una futura resolución administrativa (“carácter vinculante”)), dice: «Parece claro que no rige el principio *pacta sunt servanda*, aunque sólo sea porque el poder público (lo es el otorgar una concesión ya pactada) es *res extra commercium*».

nica de los actos separables, que se aplica a todos los contratos de la Administración) ⁴⁷.

El propio Santi ROMANO, nada más afirmar la indisponibilidad de las potestades, distinguía la renuncia a una potestad de la vinculación de su ejercicio para un supuesto concreto, no incluida en el ámbito de aplicación de aquel principio ⁴⁸. La rele-

⁴⁷ Esta distinción entre titularidad y ejercicio de las potestades, ligada al principio de indisponibilidad, es la misma que se aplica a una categoría jurídica admitida por todos, la de los contratos administrativos. Estos afectan directamente a los intereses públicos y a las potestades de que la Administración es titular para poder tutelarlos pero son contratos válidos porque la Administración no enajena esas potestades en el contrato ni renuncia a la tutela de los intereses públicos, sino que puede atender en todo momento las exigencias de éstos, incluso interviniendo unilateralmente sobre la ejecución del contrato, para lo que se le conceden las facultades necesarias. Sobre esta idea, que constituye el núcleo del concepto de contrato administrativo, *vid.* GARCÍA DE ENTERRÍA, «Dos regulaciones orgánicas de la contratación administrativa», *cit.*, pág. 268; «La figura del contrato administrativo», *cit.*, pág. 125; VILLAR PALASÍ, *Lecciones sobre contratación administrativa*, *cit.*, pág. 172; ENTRENA CUESTA, «Consideraciones», *cit.*, pág. 71, o ARIÑO ORTIZ, *Teoría del equivalente económico*, *cit.*, pág. 225. Pues bien, el ejemplo de la aplicación del principio de indisponibilidad al contrato administrativo, al que se refieren los autores que se acaba de citar, pone de manifiesto que lo que resulta jurídicamente inadmisibles es la renuncia definitiva al ejercicio o la cesión de la potestad, pero no la celebración de un contrato que afecte a los intereses públicos a que se refiere la potestad (o al servicio público), siempre que existan mecanismos que permitan a la Administración ejercer en todo momento la dirección del servicio o la tutela directa del interés público a pesar del contrato concluido.

⁴⁸ En su «Poderes. Potestades» (*Fragmentos de un diccionario jurídico*, *cit.*), pág. 341, dice: «Debe excluirse que un poder pueda constituir objeto de actos de disposición por parte de su titular: éste no podría ni modificarlo sustancialmente, ni enajenarlo, ni renunciar a él. No obstante, se admite en algunos casos que el sujeto de él, pueda, *mediante acto bilateral o unilateral, comprometerse a no ejercitarlo o a ejercitarlo en determinados modos y dentro de determinados límites*. Tales actos de disposición se referirían, de todos modos, no al poder en sí y por sí, sino a su ejercicio solamente en orden a determinadas personas a favor de las cuales quedaría comprometido, pero, puesto que, según hemos visto, el poder continúa siempre sin mutación a través de todos los casos en que se lo ejercita, los actos de disposición de que tratamos no lo afectarían en su existencia. Agréguese, incluso, que los actos llevados a cabo sin la observancia del compromiso, serían válidos, y el autor de ellos estaría obligado únicamente al resarcimiento de los daños» (la cursiva es mía). ROMANO, que no lleva a cabo una construcción completa de esta clase de compromisos (que pueden tener su origen, como se ha visto, en contratos), no establece sus condi-

vancia de la distinción entre titularidad y ejercicio de las potestades ha sido invocada, por lo demás, por la jurisprudencia, como argumento en defensa de la validez de algunos contratos sobre actos y potestades ⁴⁹. Tanto en Alemania como en Francia se ha

ciones de validez, sino que se limita a afirmar su compatibilidad con el principio de indisponibilidad de las potestades (o poderes, en su terminología), es decir, que este principio no excluye *a priori* que puedan ser válidos.

Como se deriva del último inciso de texto citado, ROMANO sostiene que los compromisos sobre el ejercicio de las potestades no son ejecutables *in natura*, de modo que, en caso de incumplimiento, el sujeto frente al que se hubiera adquirido el compromiso será titular sólo de una pretensión indemnizatoria. Esta tesis procede de una obra próxima, la monografía *La revoca degli atti giuridici privati*, de Salvatore ROMANO (Padova, 1935). Partiendo de un concepto particular de revocación (del que se excluye, *v.gr.*, la facultad de desistimiento que se reconoce a veces en un contrato a alguna de sus partes), se estudia la potestad (*potere*) de revocación, en cuanto otorgado a los particulares por el ordenamiento, y, por tanto, irrenunciable. El autor se plantea si los preceptos que privan de eficacia a la renuncia a la posibilidad de revocar el testamento o la donación (en el Derecho italiano, los arts. 679 y 806 del *Codice Civile* de 1942, que se corresponden al 916 y 1.084 del código de 1865) son expresión de un principio más general en materia de disponibilidad sobre la potestad de revocación. Aunque parte de la irrenunciabilidad, Salvatore ROMANO nota que «se admite, con frecuencia, que sea admisible un pacto o un acto unilateral con base en el cual la potestad de revocación no desaparece, pero su titular queda obligado a no ejercitarlo. Tal opinión se suele expresar también diciendo que, en este caso, se produciría una irrevocabilidad exclusivamente relativa, es decir, *in personam*, distinta de la irrevocabilidad absoluta, o sea, *in rem*. La primera, a diferencia de la segunda, podría, para algunos actos, ser establecida negocialmente. De ahí se derivaría que quien ha asumido, frente a otro sujeto, el compromiso de no revocar, y después revoca, *llevaría a cabo un acto válido* tanto frente a terceros como frente al sujeto ante quien se había obligado, pero debería resarcir a este último el daño causado por el incumplimiento, y debería cumplir la cláusula penal en caso de que se hubiese establecido» (pág. 78, la cursiva es mía).

⁴⁹ Así ocurre en la sentencia de 11 de julio de 1984 (Ar. 4668, Hierro Echevarría). A propósito de una de las cláusulas impugnadas, la sentencia de instancia (en considerando asumido por el TS), sostiene que «no se puede decir que según la cláusula 2.^a se haya producido dejación de potestades públicas en la concesión de las licencias. Es más bien lo contrario; (...) la Corporación podrá indicar las modificaciones que estime necesarias sobre las Zonas de Equipos de Sector Urbano a través de estudio de detalle o de otras figuras de planeamiento, lo que sin duda supone una evidente ventaja para la Corporación y el único compromiso que contrae es el no demorar, en modo alguno, el otorgamiento de las licencias por esas modificaciones».

tenido presente esa distinción a la hora de determinar la validez de los acuerdos de ejercicio consensual de potestades⁵⁰.

4. Otras causas de invalidez de los contratos sobre actos y potestades. El acto unilateral como único medio de ejercicio de las potestades administrativas

La sola mención del ejercicio consensual del poder administrativo, o de que la Administración llegue a acuerdos jurídicamente vinculantes (a contratos en sentido estricto) que comprometan la adopción de resoluciones futuras, da lugar normalmente a múltiples objeciones, que ponen de relieve que tal forma de actuar sería incompatible con los principios básicos del régimen jurídico de las Administraciones Públicas en un Estado de Derecho y, más en particular, en el Estado que diseña la CE.

⁵⁰ En Alemania se ha sostenido que «la constitución de una obligación de aprobar planes urbanísticos es ejercicio de la competencia municipal de planificación, y no una lesión de este derecho» (*vid.* GUSY, «Zulässigkeit gemeindlicher Verpflichtungen», *cit.*, pág. 166). Hay que tener en cuenta, además, y en la línea defendida en este trabajo, que esa particular forma de ejercicio de las potestades que consiste en su vinculación contractual para un caso concreto, puede venir de hecho impuesta por las circunstancias, si una actuación de los particulares necesaria o conveniente para el interés público sólo se puede llevar a cabo previo acuerdo con la Administración, que asegure de antemano la autorización de ésta, como indica, además de GUSY, DOSSMANN, *Die Bebauungsplanzusage*, *cit.*, págs. 84-86.

En Francia, MOREAU, «De l'interdiction», *cit.*, págs. 9 y 16, al estudiar la jurisprudencia sobre acuerdos que vinculan el ejercicio de potestades, distingue la cesión o renuncia definitiva a la potestad (que son nulas sin más), de los pactos sobre decisiones futuras concretas, que pueden producir alguna consecuencia jurídica. LAUBADÈRE/MODERNE/DELVOLVÉ, *Traité des contrats*, *cit.*, tomo I, pág. 47, dicen que «es necesario distinguir con cuidado los convenios por los que una autoridad *enajenaría* su competencia mediante una renuncia a su ejercicio, una delegación de la competencia a un tercero o un compromiso del titular sobre su comportamiento general futuro, de aquellos por los que simplemente asumiría un compromiso concreto, por ejemplo de dictar o no dictar esta o aquella decisión (*"pacte sur décision future"*), según la expresión propuesta por J. Moreau». En contra, POUYAUD, *La nullité*, *cit.*, págs. 219 y 237 y sigs.: «Está vedado a la Administración tanto ceder sus competencias como asumir compromisos relativos a ellas».

Junto a la objeción (rara vez desarrollada en sus términos jurídicos) del principio de indisponibilidad, se dice que la contratación sobre el ejercicio de las potestades vulneraría el principio de legalidad, reconociéndose a través de ella a la Administración la misma autonomía que a los particulares, carente de otros límites que los del artículo 1.255 CC ⁵¹. La apertura de la vía contractual permitiría a la Administración abusar de la posi-

⁵¹ La exposición más completa de esta tesis sigue siendo la de BULLINGER, *Vertrag und Verwaltungsakt, cit., passim*. Partiendo de la base de que el contrato se basa en el intercambio de prestaciones (aunque un concepto técnico-jurídico de contrato no incluya sólo a los sinalagmáticos), BULLINGER entiende que la utilización del contrato en la actividad jurídico-pública (es decir, no empresarial) de la Administración supone inevitablemente la conversión de sus actos en objeto de comercio y regateo, y también provoca que los funcionarios decidan dictar o no una resolución en función del «precio» que pueden obtener de ella, y no en aplicación estricta de la ley. «El contrato se basa en la idea de *justicia en el intercambio*, del *do ut des*. Si la Administración pudiese disponer en un contrato, como si fuesen bienes económicos, de la adopción de decisiones favorables o de la abstención del dictado de actos de gravamen, para conseguir a cambio una contraprestación, entonces la autoridad de la Administración estatal (*die Hoheit staatlichen Verwalten*) se degradaría en un regateo de tendero, y el cálculo comercial sustituiría a la decisión adecuada» (pág. 18). Peligros tan notables (y tan ciertos) parecen no ser tan temibles, sin embargo, para este autor, si la negociación es simplemente informal o si el mismo contenido negocial recibe la forma de acto (unilateral) dictado con el consentimiento del particular. En Italia, es probable que las mismas razones estén detrás de la tesis de VIRGA, el último autor opuesto al ejercicio consensual de potestades administrativas. Planteado el problema de si «el ejercicio de potestades públicas, que es en lo que consiste la resolución (*provvedimento*) administrativa, pueda atribuirse, además de a la voluntad de los órganos públicos, a la voluntad de particulares que actúan en contacto con la Administración», la respuesta «debe ser negativa, no sólo porque los particulares, a diferencia del órgano público, persiguen intereses privados, sino sobre todo porque no puede darse un enlace contractual de facultades heterogéneas, como son, por un lado, los derechos subjetivos de los particulares, y, de otro, la potestad pública del órgano público. Las dos manifestaciones de voluntad tienen distinta naturaleza y, por tanto, al no ser homogéneas, no pueden fundirse en un único acto» [*Il provvedimento amministrativo, cit.*, pág. 140, así como «Contratto. Teoria generale del contratto di diritto pubblico», *Enc. dir.*, vol. IX (1961)]. Esa imposibilidad de que poderes jurídicos diferentes (derecho subjetivo y potestad) sean ejercitadas conjuntamente para dar lugar a un acto único tiene que deberse, a mi juicio, a que uno y otra están sometidos a regímenes jurídicos diferentes (la libertad de los particulares, la legalidad de la Administración), dualidad que no podría mantenerse, según VIRGA, si se admitiese el contrato.

ción de dominio que le proporcionan las potestades de que es titular en régimen de monopolio. La Administración podría obtener de este modo contraprestaciones a cambio del ejercicio de sus potestades, contraprestaciones no previstas por las normas y que serían inadmisibles si se incluyesen como cláusulas accesorias de un acto unilateral.

La Administración haría pasar así como consentidas por el particular cláusulas que en realidad son impuestas por ella, con la amenaza de dictar un acto unilateral caso de que no sean aceptadas. Mientras que el acto administrativo no tiene otro apoyo jurídico que las potestades que el ordenamiento haya atribuido a la Administración, de modo que cualquier desviación de ese marco origina su invalidez (pudiendo el particular destinatario del mismo pedir al juez en todo caso que verifique esa desviación y anule, en su caso, el acto), el contrato se apoya también en el consentimiento del particular, lo que le presta un fundamento jurídico adicional y permite legitimar contenidos que podrían haber sido ilegales en un acto unilateral ⁵².

Como consecuencia de ello, la Administración incurriría en continuas desviaciones de poder (incumpliendo así los arts. 103.1 y 106.1 CE), al dictar sus actos en vista de las contraprestaciones que con ello puede obtener, y no para servir al interés público de que se trate en cada caso ⁵³. Todo acto y potestad quedarían transformados, de esta manera, en el mejor de los casos, en una fuente de financiación para la Administración. O bien se dictarían actos administrativos sin otro fin que el de compensar a un particular por la renuncia a impugnar un acto anterior, en ejecución, por consiguiente, de una transacción ⁵⁴.

⁵² BULLINGER dice que, celebrando un contrato, la Administración, «al contrario que con una decisión unilateral, descarga una parte de su responsabilidad sobre el ciudadano» («Zur Notwendigkeit funktionalen Umdenkens», *cit.*, pág. 671), siendo ésa una de las notas características del contrato (pág. 681).

⁵³ En este sentido, BESSONE, «Natura giuridica dei piani di lottizzazione», en COSTANTINO (a cura di), *Convenzioni urbanistiche e tutela nei rapporti tra privati*, *cit.*, pág. 236.

⁵⁴ El supuesto es fácilmente observable en la jurisprudencia italiana. En la sentencia del Consejo de Estado, Sec. IV, de 13 de mayo de 1980, núm. 542 [*Riv. giur. edil.*, XXIII (1980), I, pág. 593], que resuelve el recurso interpuesto contra la modificación de un *piano regolatore comunale* (nuestro plan general

Otro corolario inevitable del ejercicio consensual de potestades administrativas sería la violación del principio de igualdad, al sustituirse la aplicación de una norma general a través de

municipal de ordenación), se dice que «la modificación del PRG no ha sido adoptada por razones sobrevenidas que impusieran la tutela de intereses públicos urbanísticos, sino en la idea de deber respetar una transacción privada, celebrada el 8 de mayo de 1963 con la Sociedad *des Chemins de Fer* (...). En virtud del artículo 1.966 del *codice civile*, la vinculación de la potestad urbanística del Ayuntamiento en una transacción carecía de efectos, por cuanto, por su naturaleza, dicha potestad pública es indisponible (...). La modificación del PRG (...) no sólo ha sido adoptada sin que se den los presupuestos previstos en el art. 10 de la Ley 1150/1942 (que establece las causas que justifican la modificación del PRG), sino que está manifiestamente viciada de *excesso di potere*, en cuanto dirigida a tutelar intereses privados, aunque sean los del Ayuntamiento, además de los del particular».

La sentencia del Consejo de Estado, Sec. VI, de 10 de junio de 1980, núm. 662 [*Cons. st.*, XXXI (1980), I, pág. 1033], se ocupa de una cuestión de empleo público: «El dato de que la promoción de algunos empleados de un Ente público haya sido dispuesta en ejecución de una transacción entre el mismo Ente y los empleados interesados, lejos de impedir al juez administrativo el control sobre la legitimidad del acto de promoción, lo vicia de *excesso di potere*, ya que hace evidente que el acto ha sido dictado no en interés del ente, sino en favor del empleado, constituyendo, por parte de la Administración, el *aliquid datum* inherente a la transacción».

La sentencia del Consejo de Estado, Sec. IV, de 2 de julio de 1983, núm. 489 [*Riv. giur. edil.*, XXVI (1983), I, pág. 612] resuelve un supuesto en que, habiéndose construido un edificio al amparo de una licencia de muy dudosa legalidad, el Ayuntamiento había llegado a un acuerdo con el propietario, en el que se obligaba a no anular (revisión de oficio) la licencia, y el particular se comprometía a pagar una cantidad de dinero, que debía destinarse a la realización obras de regularización urbanística de lo construido. El acuerdo, anulado en sede de tutela, es definido por el Consejo de Estado como «un convenio adicional y transaccional con la Sociedad Inmobiliaria *Mazzin*: el Ayuntamiento (...) declara su voluntad de renunciar a la utilización de su poder de autotutela [en el que se incluye la revisión de oficio], alegando la dificultad de demostrar la prevalencia del interés público frente a intereses privados consolidados» (recuérdese que en el ordenamiento italiano el ejercicio de la potestad requiere la justificación de la existencia de un interés público concreto en la anulación del acto, distinto del mero interés en la retirada de un acto ilegal; *vid.* la explicación de esta norma en BOCANEGRA SIERRA, *La revisión de oficio*, *cit.*, págs. 241 y sigs.). La sentencia concluye que «la operación del Ayuntamiento debe considerarse ilegítima porque no se basa en criterios de tipo urbanístico, no pudiendo considerarse tales la preocupación por recaudar una suma de dinero destinada a obras de urbanización (...) *sin ofrecer justificación de los motivos* por los cuales deba tolerarse la presencia de una edificación ilegal».

actos unilaterales cuyo contenido esté sometido al principio de tipicidad, por una multiplicidad de regímenes distintos, resultantes de la negociación con cada destinatario de la norma ⁵⁵.

Todas esas posibilidades de utilización desviada del instrumento contractual, con ser reales, no permiten, sin embargo, sostener sin más la invalidez de los contratos cuyo objeto es el dictado de un acto administrativo o el ejercicio de una potestad. Pues tales objeciones sólo serían eficaces si, además de admitirse la validez de ese tipo de contratos, se eximiera a la Administración, cuando actuase mediante ellos, del respeto a los principios de igualdad, de interdicción de la arbitrariedad de los poderes públicos, de tipicidad de los actos administrativos, o del servicio al interés público (art. 103.1 CE). Pero la segunda afirmación no se deriva necesariamente de la primera.

En otras palabras, se puede defender la validez de los contratos sobre actos y potestades y condicionar esa validez al respeto de los principios y normas enumerados. El problema consiste, por tanto, en convertir los principios básicos del régimen jurídico de las Administraciones Públicas (servicio a los intereses generales, objetividad, etc.) en condiciones de validez precisas para los contratos sobre actos y potestades, que limiten (sin excluirla) la capacidad de la Administración de recurrir a los mismos en su actividad. No existe un «concepto mínimo» de contrato del que forme parte necesaria una libertad absoluta de las partes, entendida como inaplicación de los principios enumerados anteriormente ⁵⁶. Prueba de ello es que los contratos ordi-

Curiosamente, sin embargo, en España, la jurisprudencia ha aceptado que la Administración utilice su potestad de planeamiento para «crear» mayor edificabilidad y evitar así la necesidad de pagar en metálico el justiprecio expropiatorio. Un supuesto paradigmático fueron las expropiaciones para la construcción de la variante de San Sebastián, que han dado lugar a una larga serie de sentencias (ante el incumplimiento por parte del Ayuntamiento), encabezadas por la de 29 de marzo de 1984 (Ar. 1448, del Burgo y Marchán).

⁵⁵ Vid. VASSEUR, «Un nouvel essor», *cit.*, pág. 43; POUYAUD, *La nullité*, *cit.*, pág. 228.

⁵⁶ En contra, GIACOMETTI, *Allgemeine Lehre*, *cit.*, pág. 446, que afirma que la Administración, en cuanto sujeto contratante, no está sometida a los principios de interdicción de la arbitrariedad y de igualdad (lo que explica, lógicamente, sus críticas al contrato de Derecho público).

narios de la Administración (los regulados por la LCAP) son auténticos contratos, a pesar de que la Administración está sometida, cuando los celebra, a principios y reglas que no se aplican en los contratos *inter privados*, como los de igualdad, interdicción de la arbitrariedad o vinculación al interés público (de ahí las diferencias entre el art. 1.255 CC y los arts. 4 LCAP y 111 TRRL), y a pesar de que el respeto de esas reglas y principios se garantiza a través de técnicas jurídico-administrativas (impugnación de los actos separables). Por tanto, los principios que rigen la actuación de las Administraciones (legalidad, procedimiento previo, respeto a los derechos fundamentales) no excluyen la validez de los contratos sobre actos y potestades, pero deben ser tenidos en cuenta en el régimen jurídico de éstos.

Defender la tesis contraria, es decir, la invalidez de los contratos sobre actos y potestades con carácter general debido a la posibilidad de utilizarlos para eludir normas imperativas, sería en realidad algo absurdo desde el punto de vista dogmático y sistemático, comprensible tal vez exclusivamente por la relativa novedad del manejo jurídico de este tipo de contratos en nuestro Derecho. Todas las conductas ilícitas que se han descrito al comienzo de este epígrafe como contenido posible de contratos sobre actos y potestades (desviación de poder, vulneración del principio de igualdad, incumplimiento de normas imperativas) se pueden cometer también mediante actos unilaterales o en contratos ordinarios.

La forma de evitarlas no es prohibir el acto unilateral o el contrato, sino tipificarlas como causas de invalidez de los mismos: no se plantea en absoluto que todos los actos administrativos sean inválidos porque puede haber actos viciados de desviación de poder, o cuyo contenido vulnere normas imperativas. Pues bien: esa tipificación es perfectamente posible también en los contratos sobre actos y potestades administrativas ⁵⁷. El

⁵⁷ GARCÍA DE ENTERRÍA/FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ también afirman que los riesgos de la actividad administrativa convencional deben ser contrarrestados mediante su regulación/limitación, y no mediante su prohibición, al decir que es «necesario definir en concreto esos márgenes negociales que la realidad reclama (...), porque es evidente que bajo los aspectos habitualmente idealizados de una política de este carácter se esconde el enorme riesgo de una ruptura

mismo aislamiento de estos contratos como categoría *a se stante* dentro de los contratos de la Administración sirve para señalar unas condiciones de validez y un régimen jurídico específicos, derivados de la especialidad de su objeto, y que se aplican además del Derecho contractual común.

Existe, sin embargo, otra objeción más importante a la validez de los contratos sobre actos y potestades. Se trata de saber en qué medida la Administración, a la que la Ley ha dotado de un instrumento específico para el ejercicio de sus potestades (el acto administrativo), puede, sin una habilitación normativa específica, abandonar ese instrumento y sustituirlo por el contrato ⁵⁸.

Aunque se ha visto con anterioridad (*vid. supra*, capítulo II) que, en un plano de teoría general del Derecho, es posible el ejercicio de los poderes jurídicos (en particular, de las potestades) a través de distintas figuras institucionales, incluido el contrato, lo cierto es que la legislación, recogiendo un principio absolutamente arraigado en nuestro régimen administrativo, ha configurado al acto administrativo (por definición, unilateral) como el medio ordinario de ejercicio de las potestades de que es titular la Administración ⁵⁹. Se trata del mandato de una Ley for-

de la objetividad y de la igualdad (...) que la impersonalidad de la Ley asegura», *Curso, cit.*, vol. I, pág. 669.

⁵⁸ *Vid.* GARCÍA DE ENTERRÍA/FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, *Curso, cit.*, vol. I, pág. 670. PAREJO, «La terminación convencional», *cit.*, pág. 186, nota 80, afirma también la necesidad de una norma habilitante (carácter que él reconoce en el art. 88 LAP), con base en la reserva (formal y material) de Ley: «Por la propia economía y lógica de la capacidad de obrar de la Administración pública, su integración debe entenderse sujeta a una reserva de Ley. En el presente caso concurre, además, la congelación del rango producida por la primacía de la Ley: si la forma “acuerdo administrativo consensual” es alternativa y, por tanto, sustitutiva, de la forma “acto unilateral” y esta última está regulada por norma con rango legal (hoy la LRjAPyPac), es claro que aquélla ha de serlo también por norma de este rango».

⁵⁹ Si las potestades deben ser ejercidas, en principio, mediante actos, la Administración sólo puede dictar actos, normalmente, para el ejercicio de potestades. Según la definición más extendida (GARCÍA DE ENTERRÍA/FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, *Curso, cit.*, vol. I, págs. 536 y sigs.), uno de los requisitos del concepto de acto administrativo es que a través de él se ejerza una potestad administrativa. Cuando no se trate del ejercicio de potestades, la Administra-

mal (en este momento, la LAP), siendo además una materia cuya regulación está reservada al Estado (al formar parte del procedimiento administrativo común, art. 149.1.18.^a CE), y no parece, por tanto, que la Administración pueda, sin más (por de pronto, sin una norma que la habilite para ello), eludirlo, recurriendo a otra institución jurídica (el contrato) para el ejercicio de sus potestades ⁶⁰.

A ello cabría responder que los medios jurídico-públicos que el ordenamiento pone a disposición de la Administración son un plus de capacidad de que ésta dispone frente a los sujetos privados, pero sin que ello le impida celebrar los actos y negocios a que los particulares pueden recurrir para el ejercicio de sus posiciones y titularidades jurídicas ⁶¹. Del mismo modo que la potes-

ción sólo podrá dictar actos (con lo que esto conlleva, es decir, la entrada en juego del privilegio de autotutela y la atribución a la jurisdicción contencioso-administrativa del conocimiento de las cuestiones que puedan surgir) cuando esté habilitada específicamente para ello: así ocurre con los contratos administrativos (donde la Administración puede dictar actos para el ejercicio de sus derechos subjetivos como parte contratante) o en materia de responsabilidad patrimonial (donde es a través de un acto como estima o desestima la pretensión indemnizatoria).

⁶⁰ DELGADO PIQUERAS (*La terminación convencional*, cit., págs. 186 y sigs.) y PAREJO («La terminación convencional», cit., págs. 184 y sigs.), compartiendo el planteamiento que se ha realizado en el texto hasta ahora, solucionan el problema utilizando como norma habilitante de alcance general el artículo 88 LAP, que consideran dotado de eficacia directa (sin necesidad de que una norma más específica se interponga entre el mismo y los convenios concretos). Aquí sigo otra línea, que hace innecesario plantear en este momento el problema de la eficacia directa o de mera remisión del artículo 88 (problema estudiado *infra*, en el capítulo VIII). Como he indicado antes, no se trata sólo de no fiar toda posible validez de los contratos sobre actos y potestades a la más que dudosa eficacia directa del artículo 88, sino de explorar antes la compatibilidad de estos convenios con las reglas y principios de nuestro régimen administrativo, algo obligado desde el momento en que el artículo 88 hace una remisión tan inespecífica como la de que los contratos (y acuerdos, etc.) a que se refiere «no sean contrarios al Ordenamiento Jurídico».

⁶¹ Este argumento ha sido utilizado en Alemania para defender la libertad de elección de la forma jurídica, es decir, la posibilidad de que la Administración útilice en su actuación, además o en lugar del acto unilateral, el contrato. Vid. ERICHSEN en ERICHSEN (dir.), *Allgemeines Verwaltungsrecht*, cit., pág. 362 (§ 24.7); WOLFF/BACHOF/STOBER, *Verwaltungsrecht*, cit., vol. I, pág. 225 (§ 23.5).

tad expropiatoria no impide a la Administración adquirir bienes por compraventa (ni convierte cualquier contrato de compraventa en una expropiación aceptada por el expropiado), la posibilidad de dictar actos administrativos no impediría el recurso al contrato para el ejercicio de las potestades. Sin embargo, no deben confundirse el plano de la atribución de potestades (en el que, con frecuencia, éstas son un plus respecto a los poderes jurídicos comunes a todos los sujetos, que no impiden a la Administración la utilización de éstos), y el plano de los medios de ejercicio de las mismas, que es en el que se mueve la alternativa entre acto administrativo y contrato ⁶². Parece claro que el sentido de la legislación de procedimiento, al regular el modo de ejercicio de las potestades administrativas, no es el de conferir a la Administración la posibilidad de recurrir a una herramienta jurídica más (el acto administrativo), sin prejuzgar o excluir la utilización de figuras distintas, sino que se intenta canalizar, en garantía del ciudadano y del interés público, el ejercicio de las potestades administrativas, estableciendo una figura (el acto administrativo) con intención claramente limitativa ⁶³.

⁶² La atribución de una potestad a la Administración, en muchos casos, no impide a ésta obtener los mismos resultados a través de figuras comunes a todos los sujetos. Así ocurre con la potestad expropiatoria, que no impide adquirir bienes por compraventa. En otros casos, el Derecho público realiza una especie de *publicatio* de un sector, impidiendo a la Administración el recurso, para su gestión, a las técnicas de Derecho común. Es el caso, por ejemplo, del dominio público, en el que la atribución a la Administración titular del mismo de instrumentos específicos para su gestión (concesión, reserva, etc.), lo hace insusceptible, incluso en el plano de la simple explotación, del tráfico jurídico ordinario. Sobre este tema, conocido por la doctrina italiana de la primera mitad de siglo como *sostituibilità* de los medios jurídico-públicos por el Derecho privado, *vid.* AMORTH, «Osservazioni sui limiti all'attività amministrativa di diritto privato», *Arch. dir. pubbl.*, III (1938), págs. 455 y sigs., y, entre nosotros, BALLBÉ, «Derecho administrativo», *NEJ*, vol. I, esp. págs. 69-72.

⁶³ Se trata de una aplicación más de la teoría de RIVERO [«Existe-t-il un critère du droit administratif?», *RDP*, LXIX (1953), págs. 279 y sigs.] sobre las «derogaciones» en más y en menos del Derecho común respecto a la Administración. Como dice POUYAUD, *La nullité*, *cit.*, pág. 236, «hay una esfera de la actividad de la Administración que escapa al contrato y en la que el acto unilateral constituye el instrumento exclusivo de intervención. Esta constatación confirma la existencia de verdaderas “*sujétions de puissance publique*”. El privilegio de que dispone la persona pública de dictar actos unilaterales que se

Al argumento formal o normativo se añade una consideración de carácter material. El régimen jurídico aplicable a un acto no es el mismo que el de un contrato. Por intensas que sean las modificaciones que este último experimente cuando se trate de un contrato sobre actos y potestades, no puede llegar a ser idéntico al de un acto, pues entonces carecería de todo sentido ⁶⁴. Esas diferencias de régimen no son irrelevantes desde la perspectiva del interés público, y de hecho lo que explica la existencia del acto administrativo como técnica de actuación a disposición exclusiva de la Administración es la mayor facilidad que éste ofrece para el servicio a los intereses públicos. Se ha insistido, sobre todo, en las mayores posibilidades de que dispone la Administración para revocar un acto unilateral, frente a la vinculación más estricta que supone un contrato ⁶⁵.

imponen a todos tiene como contrapartida, en ciertos casos, el de obligarla a utilizar exclusivamente este modo de reglamentación, impidiéndole el empleo de la técnica contractual».

⁶⁴ Así, la causa de la prohibición de recurrir al contrato sería, según MOREAU («De l'interdiction», *cit.*, pág. 16), la distinta finalidad de las respectivas instituciones. Recurriendo a la tesis doctoral de PERRON, *De l'influence de la technique sur le but des institutions juridiques*, 1953, dice que «la regla de la prohibición de utilizar la vía contractual no obedece sólo a evitar los mercaeos en torno al orden público, o a impedir las eventuales desviaciones de poder o las delegaciones de competencia en beneficio de los particulares; el fundamento verdadero de la prohibición reposa sobre la idea muy simple de un divorcio de naturaleza entre el fin y el medio o, si se prefiere, sobre el carácter intercambiable de las técnicas jurídicas».

⁶⁵ LAUBADÈRE/MODERNE/DELVOLVÉ, *Traité des contrats*, *cit.*, vol. I, pág. 47, afirman que la indisponibilidad contractual de ciertas materias tiene en Derecho administrativo un fundamento distinto al de la institución homónima en Derecho privado, que consiste en la necesidad de que la Administración «pueda conservar el poder de modificar o suprimir esas situaciones sin estar atada por la existencia de "derechos adquiridos", como los que el contrato podría hacer surgir». Según POUYAUD, *La nullité*, *cit.*, pág. 232, la Administración «no debe atarse las manos (*ne doit pas se lier les mains*) por adelantado ni impedirse a sí misma la adopción sin indemnización de las medidas (...) que considere necesarias».

FORSTHOFF afirma la misma idea, al decir que «el vínculo bilateral puede convertirse en una pesada carga para la Administración, mientras que la norma y el acto administrativo pueden ser retirados unilateralmente» (*Lehrbuch*, *cit.*, pág. 275). En el mismo sentido, KIRCHHOF, *Verwalten durch «mittelbares» Einwirken*, *cit.*, pág. 36; BLECKMANN, «Verfassungsrechtliche Probleme des Verwaltungsvertrages», *NVwZ*, 9 (1990), págs. 601 y sigs., pág. 607; BULLINGER,

No es fácil, sin embargo, extraer la conclusión de que el acto unilateral es, en todo caso, un medio más cómodo (es decir, más eficaz para el servicio de los intereses públicos) de ejercer las potestades administrativas. Junto a peculiaridades específicas de cada ordenamiento, hay que tener en cuenta que la revocación de actos administrativos no es en absoluto libre (como una contraposición fácil entre uni- y bilateralidad podría hacer suponer), y que no es extraño que los derechos declarados por un acto unilateral estén más protegidos que los de origen contractual ⁶⁶. De ahí se puede llegar a deducir la equiparación entre contrato y acto como técnicas de ejecución de la ley ⁶⁷.

«Zur Notwendigkeit funktionalen Umdenkens», *cit.*, pág. 681; SCHMIDT-ASSMANN/KREBS, *Rechtsfragen städtebaulicher Verträge*, *cit.*, pág. 213. La cuestión es especialmente clara en Alemania, ya que la Administración, si concluye un contrato, se encuentra privada del privilegio de decisión ejecutoria, debiendo demandar ante los tribunales administrativos el cumplimiento del contrato (§ 61 VwVfG), en posición claramente inferior a la que se da cuando dicta un acto administrativo, como recuerda BRAUN, «Der öffentlich-rechtliche Vertrag im Spannungsfeld zwischen Verwaltungsakt und verwaltungsprivatrechtlichem Rechtsgeschäft», *JZ*, 38 (1983), pág. 841.

⁶⁶ Entre las primeras se encuentra, en España, la extensión de la autotutela a los contratos administrativos. En Alemania, se ha subrayado que el contrato da lugar a una situación, contra las apariencias, menos estable que el acto administrativo (RECKERS, *Gesetzwidrige und gesetzesabweichende Regelungen in Verwaltungsverträgen*, *cit.*, pág. 183). La causa es que, mientras que el acto sólo puede ser impugnado en plazos limitados de recurso, el contrato puede ser declarado ineficaz en cualquier momento, si se descubre que afecta a derechos de terceros sin que conste su aprobación por escrito (§ 58.1 VwVfG).

En cuanto al problema de la revocación, sólo hay que pensar en que cualquier contrato puede ser resuelto en caso de que nuevas circunstancias alteren el equilibrio prestacional pactado (cláusula *rebus sic stantibus*, desaparición de la base del negocio, etc.), ello con independencia de las facultades especiales reconocidas a la Administración en los contratos administrativos. Sin embargo, respecto de los actos unilaterales, esos motivos de revocación no están previstos con carácter general en nuestro Derecho (a diferencia del § 49 VwVfG), sino sólo en preceptos de alcance limitado, como el artículo 16 RSCL. Curiosamente, GIACOMETTI, *Allgemeine Lehre*, *cit.*, pág. 446, llega a oponerse al contrato de Derecho público por ser demasiado fácilmente modificable para la Administración (mediante la cláusula *rebus*), frente a la mayor fijeza del acto.

⁶⁷ Esta es la tesis (ciertamente original) de J. MARTENS, en sus dos trabajos «Normenvollzug durch Verwaltungsakt und Verwaltungsvertrag», *AöR*, 89 (1964), págs. 429 y sigs., y *Die Praxis des Verwaltungsverfahrens*, *cit.* Para él, toda norma necesita ser ejecutada (*vollgezogen*), ya sea por los mismos interesados en la relación de que se trate o por un tercero. Lo que distingue unas for-

La argumentación anterior parece llevar a la conclusión de que los contratos sobre actos y potestades deben ser considerados inválidos, a menos que una norma habilite a la Administración para celebrarlos. No hay que perder de vista, sin embargo, que en el Derecho alemán, donde se ha producido un intenso

mas de ejecución de otras es la respuesta que el legislador dé a esta pregunta: ¿en qué condiciones (con qué requisitos) la solución dictada por el acto de ejecución es vinculante, sin que se pueda verificar su adecuación a la norma ejecutada? («Normenvollzug», *cit.*, págs. 434 y sigs.). Contrato y acto son dos formas de producción de una decisión (*Entscheidung*) que llega a alcanzar una eficacia vinculante de este tipo (*Die Praxis*, *cit.*, págs. 146-147). En ambos casos, la determinación del contenido de la «decisión» no la lleva a cabo exclusivamente la Administración, sino que requiere el consentimiento del particular: en el contrato, adhiriéndose a la oferta de la Administración; en el acto, absteniéndose de interponer un recurso (que haría que fuese un tercero, y no la Administración, quien fijase la ejecución definitiva de la norma). «Tanto en el contrato administrativo como en el acto administrativo, la consecuencia jurídica es fijada sobre la base del acuerdo de voluntades de los interesados» («Normenvollzug», *cit.*, pág. 448). Defienden una posición parecida BACHOF, *VVDStRL*, 34 (1976), pág. 289, y FLUCK, *Die Erfüllung*, *cit.*, pág. 63. Las consecuencias económicas de los diferentes sistemas de nulidad o revocación (es decir, las indemnizaciones a que pueden dar lugar) son, para J. MARTENS, indiferentes («Normenvollzug», *cit.*, pág. 466). A ello responde RECKERS, *Gesetzwidrige und gesetzesabweichende Regelungen in Verwaltungsverträgen*, *cit.*, págs. 58-60, argumentando que el acto, a diferencia del contrato, es inmediatamente eficaz, y que la Administración puede atacar unilateralmente esa eficacia (mediante su potestad revocatoria de los actos, reconocida en Alemania, pero no en España por lo que respecta a los actos declarativos de derechos).

La tesis de J. MARTENS, aunque incide sobre un punto que aquí se ha aceptado (*vid. supra*, § II.6), como es la afirmación de que el contrato es, en un plano de teoría general del Derecho, una figura jurídica a través de la cual es posible el ejercicio de las potestades administrativas, no puede ser aceptada. No puede decirse que el particular que se abstiene de impugnar un acto (tal vez por las escasas posibilidades de éxito que atribuye a la impugnación), esté expresando en realidad su adhesión a un «acuerdo de voluntades» con la Administración. En todo caso, ¿dónde se encuentra semejante acuerdo cuando el particular recurre el acto? El problema práctico es la validez o nulidad del contrato o del acto. Todo el contenido de un acto unilateral (con la excepción, en los actos necesitados de colaboración, de aquellas partes de los mismos que hayan sido objeto de aceptación por el particular) se apoya exclusivamente en las potestades que el ordenamiento haya atribuido a la Administración, y será inválido en cuanto exceda de ese marco. En cambio, todo el contenido de un contrato vale como consentido por el particular, y sólo será inválido si se opone a normas imperativas. Se pasa de una vinculación positiva a una vinculación negativa, lo que no es una diferencia irrelevante.

debate (doctrinal y jurisprudencial, es decir, no exclusivamente teórico) sobre este punto, se ha llegado a la conclusión contraria. Ciertamente, la *VwVfG* (§ 54) contiene una habilitación explícita (concebida en los términos más generales), lo que puede hacer pensar que parte del presupuesto de la invalidez del contrato concluido en ausencia de habilitación. No era ésta, sin embargo, la tesis mayoritaria en el momento de aprobación de la Ley, y no era la tesis aceptada por la jurisprudencia.

En un primer momento (estudiado *supra*, en los §§ III.1 y 2) se excluía la admisibilidad del contrato de Derecho público, o bien por el prejuicio derivado de la desigualdad entre la Administración y los particulares, o bien por la posibilidad de que a través del mismo se violasen los principios de igualdad o legalidad. Después se viene a reconocer que esas objeciones pueden ser superadas estableciendo para el contrato de Derecho público un régimen jurídico que asegure su sujeción a tales principios. En la doctrina se manifestaron dos opiniones: la de quienes exigían, para que el contrato fuese válido, que la Administración estuviese habilitada para actuar consensualmente en ese concreto sector, y la de quienes consideraban que para la validez del contrato bastaba con que éste respetara los principios de legalidad, igualdad, etc.⁶⁸. A no pocos autores pasó inadvertida, por otra parte, la cuestión de la alternatividad entre acto y contrato, de modo que, siendo el contrato materialmente correcto, ni se planteaban la necesidad o no de una habilitación para disciplinar esa situación mediante un contrato en lugar de mediante un acto⁶⁹.

⁶⁸ La Exposición de Motivos del proyecto de *VwVfG* de 1973, *cit.*, pág. 78, dice que «subsisten considerables diferencias de opinión sobre si sólo se puede celebrar un contrato de Derecho público cuando una ley habilita para ello»; cuestión que «es contestada» por el § 54.

⁶⁹ BEINHARDT, «Der öffentlich-rechtliche Vertrag», *cit.*, pág. 212, nota 124, nota cómo, además del problema del carácter imperativo o dispositivo de las normas, «queda siempre abierta la cuestión de si la ejecución de la norma mediante un acto unilateral y obligatorio es, a su vez, imperativa, o bien si esa disciplina es intercambiable con una disciplina contractual de contenido idéntico». El propone distinguir (pág. 223) «la competencia para la configuración del contenido de la competencia para la elección de la forma (en especial, entre acto administrativo y contrato)».

En general, puede decirse que la tesis favorable a la admisión del contrato de Derecho público salvo norma prohibitiva (es decir, sin exigir una habilitación normativa específica) ya era dominante antes de la aprobación de la *VwVfG*⁷⁰. La jurisprudencia

⁷⁰ Tanto la Exposición de Motivos del Proyecto de *VwVfG* de 1970, *cit.*, pág. 62, como la del Proyecto de *VwVfG* de 1973, *cit.*, pág., 78, dicen que la tesis que no exige norma habilitante previa debe considerarse dominante, como indicaba ya algunos años antes GÖTZ, «Hauptprobleme», *cit.*, pág. 2, y también BONK en STELKENS/BONK/SACHS, *VwVfG*, *cit.*, pág. 1248 (§ 54.45); KOPP, *VwVfG*, *cit.*, pág. 1290 (§ 54.2); BLANKENAGEL, «Folgenlose Rechtswidrigkeit öffentlichrechtlicher Verträge?», *VerwArch*, 76 (1985), págs. 276 y sigs., pág. 293, nota 60. La dos posturas se conocen respectivamente como «teoría normativa» o de la habilitación (*normative* o *Ermächtigungslehre*), y «teoría utilitaria» (*utilitaristische Lehre*), desde el artículo de STERN, «Zur Grundlegung», *cit.*, pág. 114. Uno de los primeros autores que defendió que no era necesaria una habilitación concreta para la celebración de un contrato de Derecho público fue, como se estudió en el capítulo II, APELT, *Der verwaltungsrechtliche Vertrag*, *cit.*, págs. 48 y sigs. En el mismo sentido se pronuncia BUDDEBERG, «Rechtssoziologie des öffentlich-rechtlichen Vertrages», *cit.*, pág. 124. Estas tesis encontraron su confirmación en el artículo 47 del Proyecto de Código de Derecho administrativo para Württemberg, de 1931, cuya redacción es muy similar al futuro § 54 *VwVfG*: «Mediante contrato pueden ser constituidas o modificadas relaciones jurídicas, salvo norma en contrario». Sobre ese proyecto, *vid. Verwaltungsrechtsordnung für Württemberg. Entwurf eines Gesetzes mit Begründung*, *cit.*, págs. 179-180.

Ya en la segunda postguerra, PETERS, *Lehrbuch der Verwaltung*, Berlin-Göttingen-Heidelberg, pág. 154, afirma que «los convenios también son admisibles donde la ley no dice nada». Para FORSTHOFF, *Lehrbuch*, *cit.*, pág. 276, la tesis que «declara imposible el contrato, donde no haya sido previsto expresamente por una ley», «se apoya en el positivismo», y «ha caído con él». El *pacta sunt servanda* sería un principio basilar que no necesita ser reconocido normativamente en cada caso concreto. En el mismo sentido, BOSSE, *Der subordinationsrechtliche Verwaltungsvertrag*, *cit.*, pág. 47, y ZWAHLEN, *Le contrat de droit administratif*, *cit.*, págs. 624-625.

El autor que con mayor insistencia defendió la tesis de la necesidad de una habilitación fue GIACOMETTI, en su *Allgemeine Lehre*, *cit.* págs. 441 y sigs. Partiendo de la base de que el contrato se opone a los principios básicos del Estado de Derecho, concluye afirmando (pág. 448) las siguientes condiciones que deben darse para que sea válido: «1. El contrato de Derecho público debe referirse siempre a una materia regulada legislativamente. 2. El órgano competente en la materia a que se refiera el contrato necesita una habilitación normativa expresa para la celebración de contratos. La Administración no puede concluir contratos sobre la base de su competencia en esa materia. La forma contractual debe, por consiguiente, ser autorizada legislativamente *expressis verbis*». STEIN, «Der Verwaltungsvertrag», *cit.*, pág. 320, indica que ya en 1961 se tra-

dencia había declarado, años antes de la *VwVfG*, la validez de algunos contratos de Derecho público (así como sus límites), sin exigir una habilitación normativa para su celebración⁷¹. Tal tesis

taba de una postura aislada. *Vid.*, últimamente, SCHILLING, «Der “unfreiwillige”», *cit.*, págs. 191 y sigs., para quien el § 54 *VwVfG*, por su generalidad, no sería una habilitación suficiente en todo caso.

Otros autores, anticipando la solución acogida por la *VwVfG*, sostenían que, aunque fuese necesaria una habilitación, ésta podía considerarse otorgada implícitamente, salvo norma prohibitiva expresa. En este sentido, FORSTHOFF, nota a la sentencia del *BVerwG* de 24 de octubre de 1956 publicada en *DVBt*, 73 (1957), págs. 721 y sigs. (pág. 725); STEIN, *op. cit.*, págs. 323 (nota 15) y 325 (debido a que, en su opinión, no existen diferencias importantes entre contrato y acto); STERN, «Zur Grundlegung», *cit.*, págs. 137 y 139 y sigs.; IMBODEN, *Der verwaltungsrechtliche Vertrag*, *cit.*, págs. 66 y sigs., BULLINGER, *Vertrag und Verwaltungsakt*, *cit.*, págs. 237 y sigs. (da cuenta de este estado de opinión, aunque la suya fuese contraria); BEINHARDT, «Der öffentlich-rechtliche Vertrag», *cit.*, págs. 231 y sigs.; WOLFF, *Verwaltungsrecht*, vol. I (8.^a ed., 1971), pág. 309 (§ 44 II c).

⁷¹ En este sentido, MUTIUS, «Zulässigkeit und Grenzen», *cit.*, pág. 207. Algunos ejemplos jurisprudenciales pueden aclarar la cuestión.

La sentencia del *BVerwG* de 24 de octubre de 1956 (*cit.* en la nota anterior) opta por la teoría de la habilitación. El problema planteado era la validez de un convenio por el que Administración y particular pretendían modificar la aplicación de la legislación (imperativa) sobre arrendamiento forzoso de viviendas en la postguerra. El Tribunal afirma que «no hay ningún principio general que permita dar al ejercicio del poder público, mediante un convenio, una regulación distinta de la prevista en la ley, a no ser que la propia ley lo autorice expresamente» («*Es gibt auch keinen allg. Satz des Inhalts, daß die Ausübung der staatlichen Gewalt durch rechtsgeschäftliche Vereinbarung anders geregelt werden könne, als durch das Gesetz vorgeschrieben, es sei denn, daß im Gesetz selbst solches ausdrücklich zugelassen worden ist*»). Incluso en esta sentencia no está claro si el reproche se refiere específicamente a la utilización del contrato, o a que se ha vulnerado, en el contenido del contrato, una norma imperativa. FORSTHOFF comenta la sentencia diciendo que la doctrina acogida «no es en modo alguno la única posible en un Estado de Derecho», y que «se debe verificar en cada caso, si la ley ha de ser entendida como regulación imperativa y excluyente o si de su sentido y finalidad se desprende que deja espacio para un procedimiento alternativo con el consentimiento del interesado».

A partir de entonces, el *BVerwG* verifica la conformidad a Derecho de los contratos fijándose en su contenido, procedimiento, etc., pero sin exigir una habilitación previa. Así ocurre, *v.gr.*, en la sentencia de 5 de octubre de 1965 (*BVerwGE*, 22, 138 y sigs.), relativa al pago adelantado de los costes de urbanización de un solar. Lo mismo sucede en la sentencia de 4 de febrero de 1966 (*BVerwGE*, 23, 213 y sigs.), que hace por primera vez una declaración general de admisibilidad de los contratos de Derecho público. (*In casu*, un particular se

se apoyaba en argumentos tales como la necesidad de regular y, por tanto, de admitir como válidos en alguna medida, un tipo de contratos que se habían mostrado necesarios en la práctica, de modo que ni se había esperado a una Ley para comenzar a celebrarlos, ni era esperable que una Ley prohibitiva los eliminase. En especial, interesa destacar que la autorización del § 54 *VwVfG* no puede ser interpretada como un reconocimiento de la necesidad de una habilitación normativa previa. Y ello porque si se exige una habilitación previa es porque se considera necesario verificar si, en cada sector material concreto, las ventajas de gestión procuradas por el contrato compensan o superan los déficit que en el sometimiento de la Administración a Derecho se producen. Una habilitación general (como la del § 54 *VwVfG*) no podría cumplir esta función, por lo que la validez de ese precepto se apoya en el presupuesto de que la Administración no necesita una habilitación normativa para celebrar contratos sobre actos y potestades ⁷².

Esta conclusión tiene gran importancia para nuestro Derecho, pues permite tener en cuenta las soluciones alemanas a

había obligado al pago de una suma de dinero como alternativa a la construcción de un número determinado de plazas de garaje, impuesta por la legislación como requisito de la autorización para edificar. Tal pago alternativo estaba previsto en la ley, pero no la articulación contractual de la relación). El Tribunal expresa con claridad cuáles son los requisitos de validez del contrato: «Las dificultades jurídicas de la verificación de la validez de la disciplina contractual de relaciones jurídicas de Derecho público comienzan más allá del reconocimiento fundamental de la validez de esa forma de actividad administrativa; será necesario en cada caso determinar su validez sobre la base de la regulación normativa especial que exista sobre la configuración de las relaciones entre Estado y ciudadano, y también desde un punto de vista constitucional. En este último campo, la validez del contrato dependerá de su compatibilidad con los principios de legalidad, reserva de Ley e igualdad». Tampoco exigen una habilitación otras sentencias del *BVerwGE* anteriores a la *VwVfG*, como las de 6 de julio de 1973 (*BVerwGE*, 42, 331 y sigs.), 5 de julio de 1974 (*BVerwGE*, 45, 309 y sigs.) y 14 de noviembre de 1975 (*BVerwGE*, 49, 359 y sigs.).

⁷² La Exposición de Motivos del Proyecto de *VwVfG* de 1970, *cit.*, pág. 62, dice expresamente que «la *VwVfG* no puede poner fin a esa discusión en el sentido de que ella misma sea la “habilitación normativa”, pues la doctrina de la habilitación parte de que una habilitación general no es compatible con la esencia de la Administración en sentido estricto». En el mismo sentido, SCHMIDT-ASSMANN/KREBS, *Rechtsfragen städtebaulicher Verträge*, *cit.*, pág. 193.

pesar de que nuestra LAP no contenga un precepto de alcance comparable al § 54 *VwVfG*. Este no es la habilitación imprescindible para que la Administración pueda celebrar contratos sobre actos y potestades, sino la confirmación legislativa de que tal habilitación caso por caso no es necesaria.

A la vista del ejemplo alemán (aunque no siguiéndolo miméticamente), se puede apuntar una solución más matizada al problema de la necesidad o no de una habilitación normativa específica para la celebración de contratos sobre actos y potestades administrativas. Esa habilitación será necesaria, a mi juicio, para «abandonar» la técnica de ejercicio de potestades que la legislación de procedimiento ha configurado para su utilización por la Administración, es decir, el acto unilateral. La Administración precisará una habilitación normativa para ejercer sus potestades mediante contratos o, lo que es lo mismo, para concluir contratos *sustitutivos* de resoluciones unilaterales ⁷³. Por el contrario, no será necesaria una habilitación previa cuando se trate simplemente de contratos que predeterminan el contenido de un acto o vinculan de algún modo su producción o el ejercicio de una potestad ⁷⁴.

⁷³ Esta habilitación se presentará en nuestro Derecho como norma de desarrollo del art. 88 LAP. Los problemas planteados por esta disposición (entre ellos, el del rango normativo exigido a la disposición habilitadora de contratos sustitutivos) serán estudiados *infra*, en el capítulo VIII.

⁷⁴ Esta solución no sólo es coherente con la alemana, en el sentido de no exigir una habilitación normativa previa para la celebración de contratos sobre actos y potestades, sino también con la distinción italiana (art. 11 de la Ley 241/1990) entre acuerdos que predeterminan el contenido discrecional del acto, que no requieren habilitación previa, y contratos sustitutivos, que sí la precisan. En Italia se han vertido opiniones contradictorias ante el tratamiento diferente que a ambas especies de acuerdos da el artículo 11. Algunos autores han tratado de eludir, de hecho, el requisito de la habilitación previa: *vid.* CORSO/TERESI, *Procedimento amministrativo*, *cit.*, págs. 71-72 (recurren a la idea de capacidad jurídica de la Administración para mostrar que ésta puede celebrar contratos salvo norma en contrario); MERUSI, «Il coordinamento e la collaborazione degli interessi pubblici e privati dopo la riforma delle autonomie locali e del procedimento amministrativo», en AA.VV., *Gerarchia e coordinamento degli interessi pubblici e privati dopo la riforma delle autonomie locali e del procedimento amministrativo*, Actas del XXXVII Congreso de Varenna (septiembre de 1991), Milano, 1994, págs. 39 y sigs., pág. 24; STICCHI DAMIANI, *Attività amministrativa consensuale*, *cit.*, pág. 57, nota 49.

Esta solución se sostiene desde el punto de vista normativo y formal, puesto que sólo en el segundo caso (el de los contratos sustitutivos) se abandona la técnica de ejercicio de potestades administrativas establecida por Ley. Esa técnica (el acto unilateral) se mantiene en el caso de los contratos no sustitutivos, si bien la producción del acto estará más o menos vinculada por el contrato previo.

Desde el punto de vista material (que también se tuvo en cuenta anteriormente al formular como hipótesis la necesidad de habilitación previa), el distinto tratamiento de los contratos sustitutivos tiene una clara explicación. Cuando el contrato simplemente vincula la producción de un acto, al final se va a dictar una resolución unilateral. Con independencia de que el dictado de ésta haya sido más o menos vinculado *ex ante* (y de las consecuencias de una negativa de la Administración a dictarla), sus efectos, impugnación, revisión, etc., se van a regir por las normas relativas a los actos unilaterales, y los interesados (hayan sido o no partes en el contrato) dispondrán de los mismos medios de tutela que la ley concede frente a cualquier acto administrativo. En cambio, estas garantías no se dan cuando el convenio sustituye directamente a la resolución unilateral.

Otra posible objeción sería que la exigencia de habilitación previa para los contratos sustitutivos carece de contenido y es ineficaz, ya que se puede conseguir el mismo resultado práctico mediante un contrato que vincule el dictado de un acto unilateral⁷⁵. En realidad, y como se verá en los próximos epígrafes, el hecho de admitir la conclusión de contratos sin habilitación previa no implica que se les aplique el mismo régimen que a los contratos ordinarios *inter privados*, o que el contrato, prácticamente, sustituya al acto, de modo que la producción de éste quede reducida a mera formalidad. El régimen del acto cuya producción resulta vinculada en el contrato influye en la propia disciplina del contrato, tanto en lo que se refiere al contenido,

⁷⁵ Una primera respuesta a esta objeción la ha dado el legislador italiano al tener en cuenta la distinción entre contratos sustitutivos y no sustitutivos para exigir o no una habilitación previa. Tal distinción sería ilógica si se pudiesen conseguir los mismos efectos prácticos mediante ambas categorías contractuales.

cuanto en lo relativo al procedimiento previo. De ahí que la conclusión de un contrato no equivalga sin más a la elusión del régimen del acto unilateral.

5. Principios que postulan el máximo reconocimiento posible de la validez de los contratos sobre actos y potestades administrativas: buena fe, interdicción de la arbitrariedad, consensualidad (art. 88 LAP)

En el epígrafe anterior se ha llegado a la conclusión de que un contrato no es necesariamente nulo porque su objeto sea el dictado de un acto o el ejercicio de una potestad administrativa. Tal contrato, ni vulnera en todo caso el principio de indisponibilidad de las potestades administrativas (no siendo, en sentido estricto, un acto de disposición), ni es esencialmente incompatible con los principios de igualdad, legalidad o interdicción de la arbitrariedad (dependiendo esto último de que el contrato esté sometido a un régimen jurídico adecuado). La conclusión anterior puede verse reforzada si se logra probar que el reconocimiento de validez de los convenios es la solución más coherente con la posición constitucional de la Administración.

No debe olvidarse (y se retoman aquí los resultados del capítulo II) que la celebración de convenios sobre actos y potestades es un fenómeno ya existente, probablemente aún en aumento (mientras no se alteren significativamente los supuestos básicos de la actuación administrativa y de su programación legislativa), y que obedece a causas precisas y sirve a intereses dignos (en muchos casos) de tutela jurídica. Cuando se afirma su validez o nulidad en general, no se está abriendo o cerrando a la Administración el recurso a una forma de actuación hasta entonces inexistente, sino que se está determinando el tratamiento que se va a dar en caso de litigio a un tipo de contratos que ya se celebran y que van a seguir celebrándose en todo caso. Si se tratase de permitir o no a la Administración la utilización de contratos para el ejercicio de potestades, podría defenderse una respuesta nega-

tiva, al permitir un control más estricto de su actividad. Tratándose, en cambio, de determinar los efectos del contrato en caso de litigio, optar por la invalidez sólo perjudica al particular, que queda completamente sometido a la Administración, en cuanto ésta: *a)* dispone de potestades que le permiten imponerse unilateralmente al particular; *b)* gracias a esa situación, puede influir sobre el particular para alcanzar acuerdos que permitan modular y hacer más previsible el ejercicio de las potestades, y *c)* puede ignorar, si lo prefiere, tales acuerdos, dado que no van a ser considerados válidos por ningún tribunal.

Es cierto que el principio de que nadie puede ir válidamente contra sus propios actos no impide a quien es parte en un contrato impugnarlo posteriormente, si el contrato tiene un vicio de nulidad radical. Pero también hay que tener en cuenta que la Administración, que está especialmente vinculada por el principio de protección de la confianza legítima (puesto que, además del fundamento general en el principio de buena fe, se basa también en el de interdicción de la arbitrariedad que proclama el art. 9.3 CE), crea, cada vez que celebra un convenio, unas expectativas en la otra parte contratante que, en principio, son dignas de tutela, de manera que las causas de nulidad, que legitiman a la Administración para apartarse del convenio, deben ser interpretadas estrictamente, incluso cuando su fundamento es el principio de indisponibilidad de las potestades administrativas ⁷⁶. El comportamiento de la Administración que, primero, celebra un convenio, y, cuando llega la hora de cumplirlo,

⁷⁶ Además, el principio de buena fe exige en cierto modo intentar alcanzar una solución acordada antes de dictar una resolución unilateral. En Alemania, esta exigencia ha sido confirmada por el legislador (§ 87.2 *BauGB*) como un requisito de la expropiación forzosa, que sólo es admisible si el beneficiario ha intentado previamente, con una oferta seria, la adquisición amistosa del bien. Un supuesto parecido es el de la sentencia de 29 de enero de 1986 (Ar. 1132, Martín del Burgo). Un particular que había comenzado a vender, sin la autorización preceptiva, un herbicida, solicitó dicha autorización. La Administración, aun conociendo esa solicitud, y antes de resolver sobre ella, le sancionó. Según la sentencia (que anuló la sanción), «con este comportamiento, la Administración se aparta de las corrientes más modernas de la Ciencia y del Derecho Administrativo, inclinadas hacia una política dirigida a conseguir la adhesión y la colaboración de los particulares, y a usar de los medios coactivos sólo en los casos extremos irremediables».

invoca un argumento genérico como la in comerciabilidad del poder público, ha de presumirse arbitrario y contrario a la buena fe, y parece que lo más adecuado es intentar hacer compatible la indisponibilidad en general con el cumplimiento del convenio, y para ello hay que dar al principio abstracto (que permitiría apartarse, prácticamente, de cualquier convenio), un contenido concreto, que permita distinguir entre los convenios que lo vulneran y los que son compatibles con él. Por ello, la invalidez de los contratos de la Administración (sea cual sea su objeto) sólo deberá aceptarse como última solución, cuando sea inevitable ⁷⁷.

Debe estimarse, por otra parte, que el artículo 88 LAP (con independencia de la eficacia que quepa reconocerle, que será estudiada en el capítulo siguiente) expresa un *animus* favorable al consenso y a la celebración de convenios, que debe ser tenido en cuenta al interpretar éstos. Si se rechazó una enmienda que pretendía que la conclusión de convenios se condicionara expresamente a la existencia de una habilitación normativa previa, es porque el legislador parte de la posibilidad de que la Administración celebre contratos sobre actos y potestades, siempre con el límite de que no sean contrarios al ordenamiento jurídico ⁷⁸.

Por último, parece claro que es preferible que el ordenamiento reconozca, con ciertos límites, la validez de los contratos sobre actos y potestades, sometiéndolos a su vez a un régimen jurídico imperativo que asegure su respeto a los principios de igualdad, legalidad e interdicción de la arbitrariedad, frente a la alternativa

⁷⁷ Del mismo modo que el principio de proporcionalidad obliga a otorgar una autorización condicionada o una aprobación parcial de un plan urbanístico (FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, *Manual de Derecho urbanístico*, cit., pág. 96), también deben apurarse las posibilidades de salvar la validez de un contrato, como dice RECKERS, *Gesetzwidrige und gesetzesabweichende Regelungen in Verwaltungsverträgen*, cit., pág. 122.

La Exposición de Motivos del Proyecto de VwVfG de 1973, cit., pág. 78, dice que, entre las razones que «presionan» en favor del reconocimiento a la Administración de la posibilidad de celebrar contratos sobre actos y potestades, salvo norma prohibitiva expresa, se encuentran «los principios, propios de un Derecho administrativo moderno, de la buena fe (*die Berücksichtigung von Treu und Glauben*), de proporcionalidad y de ejercicio cuidadoso de la discrecionalidad».

⁷⁸ *Vid. infra*, § VIII.2.

de ignorarlos simplemente, con lo que los convenios continuarían perteneciendo al «Derecho marginal», amparados (no obstante su teórica nulidad) en la situación de preeminencia fáctica que ostenta la Administración en el procedimiento, y sin que existan normas claras sobre ellos ⁷⁹. La admisión y regulación del contrato sobre actos y potestades no sólo favorece a la Administración (a la que se dota de un nuevo instrumento, más útil y flexible en su tarea de gestión), sino también al ciudadano, al que se permite poner coto a las presiones de la Administración para obtener mediante «acuerdo» lo que no le es posible lograr unilateralmente.

6. La necesidad de establecer unas condiciones de validez del contrato, en lugar de sostener con carácter general su nulidad o validez

El hecho de que un contrato tenga como objeto la producción de un acto o el ejercicio de una potestad administrativa no

⁷⁹ DELGADO PIQUERAS, *La terminación convencional*, cit., pág. 167, ha defendido esta misma tesis, al decir que «desde el punto de vista de la preocupación por la integridad de lo público, esta novedad no debería ser recibida con suspicacia, ya que supone un cabal intento de “juridificación” de unas prácticas hasta la fecha realizadas de manera oficiosa y soterrada y, por consiguiente, de muy difícil control jurídico. La negociación de las decisiones administrativas es una realidad que nadie pretende desterrar, luego lo más conveniente, vistos los riesgos que entraña, será regularla». Esta idea es común en Alemania. Según ULE/BECKER, *Verwaltungsverfahren im Rechtsstaat*, Köln-Berlin, 1964, pág. 65, lo que decidió a la Comisión redactora del anteproyecto de *VwVfG* a incluir en él la regulación del contrato de Derecho público fue «en primer lugar, que el ámbito de aplicación del contrato de Derecho público continuaba siendo discutido, existiendo en ese campo muchas inseguridades, que sólo el legislador podía eliminar. Además, fue determinante la consideración de la importancia práctica de los acuerdos contractuales en el tráfico administrativo, en el que, al final de un procedimiento, se produce muchas veces un acuerdo y no un acto. Si la Ley no estableciese norma alguna al respecto, se produciría el peligro de que la Administración se liberase de su sujeción a la *VwVfG* recurriendo al contrato de Derecho público, admisible al menos en algunos campos». Vid. también la Exposición de Motivos del Proyecto de *VwVfG* de 1973, cit., pág. 78; FORSTHOFF, *Lehrbuch*, cit., pág. 275; SALZWEDEL, *Die Grenzen*, cit., pág. 17, o KREBS, «Konsensuales Verwaltungshandeln im Städtebau-recht», cit., pág. 973.

lo convierte necesariamente en nulo, o, lo que es lo mismo, un contrato de estas características puede ser plenamente vinculante para la Administración. Ello no supone permitir a ésta que utilice el contrato para eludir el régimen a que está sometida cuando actúa unilateralmente (mediante actos), puesto que de la peculiar naturaleza del objeto de estos contratos se derivará la aplicación a los mismos de normas (imperativas) especiales.

Esta tesis se opone, por tanto, a las que consideran que cualquier contrato que pretenda vincular el ejercicio de una potestad administrativa es, por ello mismo, jurídicamente irrelevante, o bien que es eficaz sólo indirectamente (a través de la responsabilidad pre- o extracontractual de la Administración, u obligando a motivar especialmente una resolución que se aparte de lo pactado) ⁸⁰.

La afirmación de que la Administración puede concluir auténticos contratos sobre actos y potestades, incluso sin estar habilitada específicamente para ello por una norma, no equivale a colocarla en la misma situación jurídica que los particulares o

⁸⁰ Esta tesis negativa, que sólo admite la eficacia directamente contractual del acuerdo cuando exista una habilitación normativa expresa para su conclusión, ha sido defendida en numerosas ocasiones por la jurisprudencia. Puede recordarse aquí, además de las sentencias citadas en la nota 37 de este capítulo, la sentencia de 29 de noviembre de 1989 (Ar. 8371, Esteban Alamo), que (en un *obiter dictum*) señala que «la nítida naturaleza normativa de los Planes de Urbanismo (...) no se aviene, o vincula, o condiciona con pactos o acuerdos suscritos entre partes más o menos afectadas por el mismo y su órgano creador; de manera que cualquier supuesto incumplimiento por parte de la Administración al formular un Plan de un pacto anterior con cualquier administrado no deja abierto a éste otro camino que el de la reclamación con base en el artículo 1.124 del Código Civil sobre las acciones resolutorias» (la misma doctrina es reproducida en la sentencia de 7 de febrero de 1990, Ar. 9709, del mismo ponente). Como casi siempre, la alusión a las posibles pretensiones indemnizatorias que del contrato (cuyo cumplimiento *in natura* no es exigible) puedan derivarse, es ambigua e incluso contradictoria. Si las potestades administrativas (o, al menos, la de planeamiento urbanístico, a la que se refiere la sentencia) no pueden ser objeto de contrato, entonces su inclusión en un contrato hace a éste nulo por ilicitud o imposibilidad del objeto (arts. 1.261 y 1.271 CC). Cualquier acción indemnizatoria derivará del artículo 1.303 (devolución recíproca de prestaciones en caso de nulidad del contrato), de la teoría del enriquecimiento injusto o del artículo 1.902, pero no del artículo 1.124 (resolución de contratos válidos).

a liberarla del Derecho público, que son las razones por las que normalmente se considera exigible una habilitación normativa para la conclusión de este tipo de contratos ⁸¹. En el ordenamiento alemán, en que las objeciones basadas en la incompatibilidad entre la autonomía privada y la posición jurídica de la Administración en un Estado de Derecho habían sido expuestas con singular claridad y brillantez, se ha llegado también a esta conclusión ⁸².

⁸¹ Esta idea es expresada con toda claridad en la Exposición de Motivos del Proyecto de *VwVfG* de 1973. «Si es cierto que el principio de legalidad (*Gesetzmäßigkeit*) de la Administración no puede significar que sólo puedan celebrarse contratos sobre la base de una habilitación especial, también es cierto que el principio (dominante en Derecho privado) de la libertad contractual sólo puede aplicarse en Derecho público con muchas limitaciones. Pues la Administración Pública no tiene nunca la libertad de disposición que el Derecho privado concede a las partes de un contrato. Incluso cuando celebra un contrato, sigue vinculada a aquellos principios propios del Estado de Derecho que le han sido impuestos en interés de la colectividad y de los individuos, como, *v.gr.*, la interdicción de la arbitrariedad. Por tanto, la capacidad de disposición de la Administración debe seguir orientada por el principio de igualdad; por la misma razón, un contrato de Derecho público no puede favorecer a un particular a costa de la comunidad, y el mismo fundamento hace que la admisibilidad de los contratos “de intercambio” no pueda llevar al “saldo del poder público”». Con la misma contundencia se pronuncia BONK, en STELKENS/ BONK/SACHS, *VwVfG*, *cit.*, pág. 1217 (§ 54.3), al decir que el § 54 *VwVfG* «no contiene ninguna habilitación para actuar ilegalmente, pues el principio de legalidad de la Administración, derivado de los artículos 1.3 y 20.3 *GG*, se aplica también al Derecho público de contratos, según lo dispuesto en los §§ 54 y sigs. *VwVfG* para la actividad administrativa. La admisión general de los contratos de Derecho público “mientras no existan normas contrarias” significa también que la libertad jurídico-privada de celebración y configuración del contrato, con una capacidad de disposición que no tiene otro límite que la ley y las buenas costumbres (§§ 134 y 138 *BGB*) no se da en el Derecho público de contratos, pues las limitaciones que los §§ 54 y sigs. *VwVfG* establecen para la forma y contenido del contrato, van mucho más allá del Derecho privado». En el mismo sentido, SCHERZBERG, «Grundfragen des verwaltungsrechtlichen Vertrages», *cit.*, pág. 205. Como decía, ya en 1970, GÖTZ, «Hauptprobleme», *cit.*, pág. 3, «la aceptación del contrato de Derecho público como forma de actuación de la Administración no le permite a ésta desviarse, contractualmente, del contenido de las normas imperativas de Derecho público».

⁸² La contradicción entre la autonomía privada (y, en general, el régimen jurídico contractual) y los vínculos y sujeciones a que el Derecho público somete a la Administración en el ejercicio de sus potestades, fue puesta de relieve especialmente por BULLINGER, *Vertrag und Verwaltungsakt*, *cit.*, *passim*.

Lo que ha hecho la *VwVfG* es evitar que los contratos sirvan para eludir la participación en el procedimiento de otros órganos o de los particulares afectados (§ 58), o para que la Administración obtenga contraprestaciones ilícitas a cambio de sus resoluciones (§ 56), o que se sustituya la aplicación estricta de la Ley por acuerdos con los interesados, con el pretexto de una mayor facilidad de gestión (§ 55), o que se pretenda superar, a través del contrato, los límites puestos a los actos administrativos (§ 59). Además, se deja abierta la posibilidad de excluir totalmente la celebración de contratos en aquellos sectores en que ello resulte inadecuado (§ 54.1). Por último, se evita que la irrevocabilidad del contrato (el llamado *contractus lex*) pueda dar lugar a perjuicios para el interés público, otorgando a la Admi-

La tesis de que la utilización del contrato o del acto unilateral para el ejercicio de los poderes administrativos es sencillamente indiferente para el respeto por parte de la Administración de los principios de igualdad, legalidad, reserva de Ley, etc. (puesto que tales principios son vinculantes para ella en todo caso, y la actuación antijurídica es, por otro lado, tan posible en un supuesto como en el otro), de lo que se deduce que no es necesario que una norma la habilite en cada caso para la celebración de contratos, es hoy absolutamente general en la doctrina alemana. Un libro contrario al contrato (lejos, por tanto, de toda «euforia contractualista») y previo a la *VwVfG*, la tesis doctoral de KONRAD, *Der öffentlich-rechtliche Vertrag*, cit., dice (pág. 78), tras analizar la evolución de la jurisprudencia anterior a la *VwVfG*, que la *ratio decidendi* de cada sentencia no era una posición dogmática general sobre la admisibilidad o no del contrato como institución, sino el análisis de las normas que regulaban el objeto contractual en cada caso (la potestad y el ámbito concreto de su ejercicio lícito), para ver si era compatible con ellas el contenido del contrato. Es decir, se trata de establecer condiciones de validez concretas a los contratos (y, además, las mismas condiciones de validez del acto, en este caso el respeto del principio de legalidad), más que de un sí o un no generales al contrato. En conclusión (pág. 97), «simplemente no hay ninguna base razonable para criticar una disciplina que es correcta en cuanto al fondo (*eine sachlich einwandfreie Regelung*) simplemente porque haya sido formada, además de por la voluntad de la Administración, por la del interesado». MAURER, «Der Verwaltungsvertrag: Probleme und Möglichkeiten», cit., pág. 32, dice que la admisibilidad del contrato de Derecho público en ausencia de norma habilitante podría seguir siendo discutida en los sectores a los que no se aplica la *VwVfG*. «Con la doctrina dominante, hay que pensar que no es necesaria una habilitación legislativa (*gesetzliche Ermächtigung*) en el caso concreto». En el mismo sentido, SCHUSTER, *Wirksame rechtswidrige öffentlich-rechtliche Verträge. Zugleich ein Beitrag zu den verfassungsrechtlichen und dogmatischen Grundlagen des öffentlich-rechtlichen Vertrages*, Diss. Tübingen, 1990, pág. 77.

nistración una facultad de resolución, no muy diferente de su potestad de revocación de los actos administrativos (§ 49 *VwVfG*)⁸³. La doctrina y la jurisprudencia han continuado trabajando en la dirección que habían emprendido antes de la aprobación de la *VwVfG*, verificando si los preceptos de ésta dan satisfacción a todos los principios y normas de Derecho público que la Administración debe respetar en todo caso, sea cual sea la forma jurídica de su actuación.

Conviene recordar que el legislador italiano también se ha movido en la misma dirección, acompañando a la admisión genérica de la celebración de acuerdos que vinculan el dictado de una resolución futura, normas que aseguran que tales acuerdos respetan los límites, de contenido y procedimiento, a que estaba sometido el acto que constituye su objeto⁸⁴. La regulación de los acuerdos es aquí, sin embargo, probablemente demasiado restrictiva, de tal modo que se dejan fuera algunas clases de acuerdos cuya conveniencia o necesidad en el tráfico jurídico-administrativo están más que probadas.

Tal vez no se ha insistido suficientemente en que esta solución, que puede parecer excesivamente audaz a quien parta de la necesidad inexcusable de que la Administración esté habilitada

⁸³ Mientras en Alemania está detalladamente regulada la revocación de los actos (tanto desde el punto de vista de la garantía del interés público, como de la tutela del particular favorecido por el acto), de modo que se intenta que la disciplina del contrato no se aleje sustancialmente de ese modelo, en España la revocación carece casi completamente de regulación en la LAP (con la excepción del criticado art. 105.1), pero existe un régimen muy desarrollado para los contratos administrativos (las clásicas «potestades exorbitantes» de la Administración en ellos), que puede resultar adecuado para los contratos sobre actos y potestades.

⁸⁴ *Vid. supra*, § I.4. Se exige, para la celebración del contrato, la tramitación del mismo procedimiento que para la producción del acto unilateral (lo que garantiza la participación de eventuales terceros interesados distintos de quienes concluyen el acuerdo). Se limita el acuerdo al «contenido discrecional» del acto, por lo que el recurso al acuerdo no permite a la Administración eludir los límites a que estuviera sometido el contenido del acto unilateral. Por otro lado, se someten los acuerdos sustitutivos a los mismos controles aplicables a los actos unilaterales sustituidos, y se concede a la Administración una facultad de resolución unilateral (con indemnización) por motivos sobrevenidos de interés público.

por una norma para vincular contractualmente el dictado de una resolución, ha sido aplicada en múltiples ocasiones por el Tribunal Supremo, con unos u otros argumentos o sin plantearse en absoluto la cuestión de la validez del contrato⁸⁵. El hecho de que la validez del contrato en razón de su objeto no haya sido planteada por las partes, y que no sea discutida en la sentencia, no significa que el Tribunal no haya podido pronunciarse sobre ella, ya que la nulidad radical (que sería la consecuencia de la imposibilidad o ilicitud del objeto) puede ser declarada de oficio.

En los epígrafes siguientes se intentará, por tanto, perfilar los requisitos necesarios para que un contrato sobre actos y potestades sea válido en nuestro Derecho, partiendo de la idea de que el objeto de ese tipo de contratos exige un régimen específico de los mismos (en primer lugar, unas condiciones de validez especiales), pero no determina en todo caso su nulidad.

⁸⁵ Múltiples sentencias aplican convenios en los que diversas Administraciones habían asumido el compromiso de dictar un determinado acto administrativo, y lo hacen sin plantearse la posible nulidad del convenio o afirmando expresamente su validez. Así ocurre en la sentencia de 4 de diciembre de 1964 de la Sala 1.^a (Ar. 5581, de Vicente Tutor y Guelbenzu), relativa a la concesión de licencias urbanísticas, o en las similares de 5 de noviembre de 1968 (Ar. 4908, Becerril y Antón Miralles), 26 de abril de 1980 (Ar. 1434, Martín Herrero), 4 de enero de 1983 (Ar. 167, Martín Martín), relativa a una modificación de planeamiento destinada a compensar a unos expropiados, en la 29 de abril de 1989 (Ar. 3305, Jiménez Hernández) y otras muchas relativas a la variante de San Sebastián (*vid. supra*, capítulo I, nota 36), en otras como la de 25 de abril de 1984 (Ar. 2576, Sánchez Andrade), 22 de julio de 1988 (Ar. 6093, Bruguera Manté) o, por poner un último ejemplo, la de 4 de noviembre de 1995 (Ar. 8473, Rouanet Moscardó). Para dar una idea de las prestaciones incluidas en estos convenios, se puede citar la sentencia de 7 de diciembre de 1995 (Ar. 8984, Yagüe Gil), que recoge un convenio firmado con «uno de los propietarios de una finca del polígono en cuya virtud éste cedería al Ayuntamiento los terrenos precisos para la Estación, siempre que el volumen sobrante de edificabilidad le fuera asignado a su parcela resultante, lo que hacía innecesario el sistema de expropiación». Ello no quiere decir que la jurisprudencia reconozca siempre la validez de los convenios sobre actos y potestades. A la línea contraria, que les reconoce una eficacia meramente indemnizatoria, ya se ha hecho referencia en el capítulo IV, nota 20.

CAPITULO VII

**CONDICIONES Y LIMITES DE VALIDEZ
DE LOS CONTRATOS SOBRE ACTOS
Y POTESTADES ADMINISTRATIVAS**

**1. La predeterminación del procedimiento
administrativo como límite al contrato.
Tutela de los terceros interesados**

El procedimiento administrativo sirve para reducir el subjetivismo de la actuación administrativa y, en definitiva, el riesgo de arbitrariedad. Mediante la participación en el mismo de todos los interesados y la motivación *comparativa* de las resoluciones en las que disponga de algún margen decisorio, la Administración queda vinculada por los resultados del procedimiento administrativo. En el momento de dictar la resolución, el titular del órgano administrativo no va a poder moverse libremente dentro del marco delimitado por las normas atributivas de la potestad de que se trate en cada caso, sino que sólo podrá apartarse de las alegaciones, propuestas, informes, etc., que obren en el expediente, argumentando en términos objetivos (y revisables por un Tribunal contencioso-administrativo) por qué la decisión que pretende adoptar es preferible (en términos de servicio a los intereses públicos) a las presentadas por los interesados u órganos consultivos ¹. De este modo, el peso de la formación de las decisiones administrativas se coloca en el procedimiento y no en la

¹ La idea enunciada en el texto (que ya fue anticipada *supra*, en el capítulo IV) se basa en la teoría del «doble valor» del interés legítimo, propuesta por NIGRO. Quien interviene en un procedimiento administrativo (a través del trámite de audiencia, normalmente), lo hace habilitado por la titularidad de un interés que puede resultar afectado por el acto que se dicte. Sin embargo, la finalidad de su participación no es la defensa directa de ese interés (proponiendo, *v.gr.*, que no se dicte el acto que puede afectarlo negativamente), sino la proposición de formas de satisfacer el interés público con el menor sacrificio de su interés particular (es decir, posibles contenidos del acto administrativo que sean compatibles con su interés particular).

resolución final, cuyo contenido viene parcialmente predeterminado por la instrucción previa ². Ello supone un avance y un nuevo enfoque en la construcción del Derecho administrativo, que en el momento de su formación (MAYER) se fijaba sólo en el acto, intentando, a través de su estudio, aumentar las garantías de los particulares ³. Este proceso es especialmente claro en el

La relevancia del principio de participación para que el procedimiento cumpla su finalidad de «componer» el interés público a través de la suma de intereses contrapuestos ha sido subrayada recientemente entre nosotros por MALARET I GARCÍA, «Los principios del procedimiento administrativo», en TORNOS MAS (coord.), *Administración Pública y procedimiento administrativo. Comentarios a la Ley 30/1992, de 26 de noviembre*, págs. 301 y sigs., págs. 303, 305-306 y 325-327. De acuerdo con LÓPEZ MENUDO, «Los principios generales del procedimiento administrativo», *RAP*, 129 (1992), págs. 19 y sigs., uno de los principios del procedimiento dotados de fundamento constitucional es el «derecho a aducir alegaciones que serán tenidas en cuenta por el órgano competente al redactar la correspondiente propuesta de resolución» (pág. 54).

² Naturalmente, esta función del procedimiento administrativo, que lo convierte, de algún modo, en una de las técnicas jurídicas al servicio de la utopía política *government by law, not by men*, sólo se puede apuntar como un objetivo al que deben tender tanto la Administración como la jurisprudencia, pero sin olvidar que la Administración conserva, al término del procedimiento, una capacidad decisoria no desdeñable. Por otro lado, el funcionamiento de esta técnica requiere de la jurisprudencia un tratamiento adecuado de la motivación de los actos administrativos que, por un lado, evite el formalismo y las anulaciones innecesarias, y por otro sea lo suficientemente estricto como para evitar que, en la práctica, la motivación permita justificar cualquier decisión.

³ Como ha dicho SÁNCHEZ MORÓN, en «La apertura del procedimiento administrativo a la negociación con los ciudadanos», en SÁNCHEZ MORÓN/TRAYTER/SÁNCHEZ BLANCO, *La apertura del procedimiento administrativo a la negociación con los ciudadanos en la Ley 30/1992*, Oñati, 1995, págs. 7 y sigs., pág. 12, se «está desplazando el interés dogmático desde el acto administrativo al procedimiento, como sede para la búsqueda de la solución no ya más correcta en Derecho, no sólo más favorable para el interés general, sino también más viable y aceptable por sus destinatarios». *Vid.*, más extensamente, su obra *La participación del ciudadano*, *cit.*, págs. 172 y sigs. PAREJO, «La terminación convencional», *cit.*, pág. 172, dice de la actuación convencional de la Administración, siguiendo a la doctrina alemana, que «a través de ella se recobra un cierto paralelismo con lo que ocurre en el campo propio del Derecho privado: las relaciones a que da lugar son perceptibles como tales en su existencia y desarrollo y no sólo a través de instantáneas referidas a momentos especialmente significativos jurídicamente (los actos)». (La cursiva es mía).

caso de las potestades discrecionales, dado que el control judicial del contenido de este tipo de resoluciones es, forzosamente, limitado ⁴.

El procedimiento administrativo deja de cumplir esta función si, antes de su iniciación, la Administración se obliga contractualmente a dar a la resolución final un contenido determinado. Especialmente, si el contrato ha sido celebrado sólo con una parte de los interesados. Ciertamente, una vez celebrado el contrato, la Administración, al disponerse a cumplirlo, tramitará el procedimiento que resulte aplicable para dictar la resolución pactada ⁵. Sin embargo, ese procedimiento administrativo habrá

Para Alemania, *vid.* PITSCHAS, *Verwaltungsverantwortung und Verwaltungsverfahren*, *cit.*, págs. 232 y 238, y «Entwicklung der Handlungsformen», *cit.*, pág. 232.

En Italia, *vid.* GIANNINI, *Diritto amministrativo*, *cit.*, vol. II, págs. 100 y sigs. Significativamente, este autor clasifica materialmente administrativa hablando de las diversas especies de *procedimientos*, no de actos. A propósito de la Ley 241/1990, se ha podido decir (*vid.* CASTIELLO, «Procedimenti ed accordi amministrativi», *cit.*, pág. 54) que la transición del modelo burocrático-weberiano a un modelo participativo «impone un mayor valor del procedimiento, como *locus* de manifestación de los intereses y de identificación de los interesados, la generalización de la participación en el procedimiento y la atribución a la instrucción de un papel eminente, reduciéndose el acto final a ser un simple *precipitado* de la ponderación y composición de intereses producidas en la fase previa (...). La *base decisiva* y por tanto el *núcleo central* del procedimiento es, en definitiva, la instrucción, respecto a la cual la resolución es sólo *resultado no indispensable (esito non indispensabile)*, pudiendo el acuerdo *sustituirlo* (...) o *integrarlo*, predeterminando su contenido (en el caso de acuerdos preliminares)». En el mismo sentido se interpreta la obligación de motivar el acto, que garantiza que su contenido se justifique en el resultado de la instrucción, limitando por tanto el margen decisional concedido al titular del órgano administrativo (*vid. supra*, § IV.2).

⁴ Como recuerda BELADIEZ ROJO, *Validez y eficacia de los actos administrativos*, Madrid, 1994, págs. 97-98, en los momentos en que aumenta el contenido discrecional de las potestades administrativas, y por tanto la dificultad de controlar judicialmente la legalidad material de las resoluciones, es cuando más importancia se da a la forma y el procedimiento como vías alternativas de control.

⁵ De hecho, una de sus obligaciones *ex contractu* sería la adecuada tramitación de ese procedimiento, como requisito necesario para que sea lícito el acto a cuyo dictado se ha comprometido. Así ocurrió, *v.gr.*, en el convenio a que se refiere la sentencia de 26 de noviembre de 1990 (Ar. 10419, Morenilla Rodríguez). En el convenio, la Administración había prometido el otorgamiento de

quedado reducido a un conjunto de trámites inútiles, al estar decidido de antemano su resultado ⁶. Al comprometerse a dictar resoluciones cuya conformidad a Derecho no puede valorar por adelantado (puesto que, antes de la tramitación del procedimiento, no puede saber si van a ser las soluciones más adecuadas para la satisfacción de los intereses públicos), la Administración asume prestaciones viciadas de imposibilidad originaria absoluta, lo que supone la nulidad radical del contrato ⁷.

a) *La participación en el convenio de todos los interesados, como posible solución al problema*

Si todos los interesados en el procedimiento fuesen parte del convenio, no se plantearía ningún problema, puesto que su participación en el mismo sustituiría a la participación en el procedimiento de formación del acto unilateral predeterminado en el convenio ⁸. Ni que decir tiene que esa situación, siendo posible

una autorización de uso de un bien demanial. El particular contratante negaba que concurriese «el supuesto de omisión total y absoluta del procedimiento “pues el convenio responde a una manifestación de voluntad de la Administración” asumiendo expresamente la obligación de tramitar dicho expediente “como medio de dar causa formal al compromiso libremente asumido”».

⁶ Como dice POUYAUD, *La nullité, cit.*, pág. 227, un funcionario sólo puede resolver «en el momento preciso en que dispone de todos los elementos de apreciación para tomar la decisión, y no antes». La necesidad de evitar una tramitación meramente formalista del procedimiento administrativo como consecuencia de la celebración de un contrato ha sido puesta de relieve en Alemania por diversos autores, como GUSY, «Zulässigkeit gemeindlicher Verpflichtungen», *cit.*, pág. 167; DOSSMANN, *Die Bebauungsplanzusage, cit.*, pág. 95 («Si el Ayuntamiento se obliga a la aprobación de un plan urbanístico antes de la fase de información pública, no puede alcanzarse la función racionalizadora de la participación (...). Aunque la participación se lleve formalmente a cabo, queda vacía de contenido, convertida en una inútil formalidad por la adopción previa de una decisión vinculante»), o KUNIG, «Verträge und Absprachen», *cit.*, pág. 1196.

⁷ *Vid. supra*, § VI.2. El convenio, en la medida en que vincula *ex ante* la producción de actos administrativos, incluso a cambio de contraprestaciones, convierte las potestades en «mercancías» (*Austauschwaren*), según KIRCHHOF, *Verwalten durch «mittelbares» Einwirken, cit.*, pág. 36.

⁸ Sin embargo, aun en este caso se frustraría la finalidad legal del procedimiento administrativo, por lo que respecta a los informes y dictámenes de órganos consultivos. También los informes sirven para poner de manifiesto posibles contenidos del acto con el efecto de que, si el órgano competente no

en algunos casos, se ve notablemente dificultada cuando el acto afecta a intereses colectivos o difusos, y está sencillamente excluida en aquellos supuestos (cada vez más frecuentes) en que se prevé un trámite de información pública en el procedimiento, pues en ese caso *cualquier sujeto* podrá presentar alegaciones (que deberán ser tenidas en cuenta), siendo por tanto imposible asegurar contractualmente la aquiescencia previa de todos cuantos puedan tener una opinión discrepante sobre el acto administrativo de que se trate ⁹.

Esta posible solución se ha planteado también en Derecho alemán ¹⁰. Según el § 58.1 *VwVfG*, «un contrato de Derecho

los acepta, debe motivar la superioridad de su propuesta sobre la del órgano consultivo [art. 54.1.c) LAP]. Los informes y dictámenes también sirven para reducir el poder del órgano decidente: con frecuencia, la forma de integrar a un órgano en la toma de una determinada decisión que afecta a sus competencias es prever la emisión de un dictamen preceptivo. El dictamen pierde su función si la decisión queda predeterminada de antemano mediante un contrato.

⁹ Recuérdese que, según el artículo 86 LAP, dedicado a la información pública, «quienes presenten alegaciones u observaciones en este trámite tienen derecho a obtener de la Administración una respuesta razonada». Tras esta expresión no es difícil ver el concepto, perfilado *supra*, de *motivación comparativa*, según el cual la validez de un acto administrativo exige razonar la superioridad de la solución adoptada frente a las demás que hayan sido propuestas, en términos de servicio al interés público de que en cada caso se trate. Con mayor claridad aún, el artículo 49.c) LBRL exige, en el procedimiento de aprobación de ordenanzas municipales, tras el trámite de información pública y audiencia a los interesados, la «resolución de todas las reclamaciones y sugerencias presentadas dentro del plazo».

¹⁰ A su vez, para facilitar la predecibilidad de la actuación administrativa, especialmente importante en grandes proyectos e inversiones (*vid. supra*, § II.2), se ha desarrollado la dogmática de lo que podemos denominar «decisiones previas» (*Vorbescheide, Teilgenehmigungen, vorläufige Verwaltungsakte*). De este modo, se da al particular (que no puede realizar los desembolsos que requiere su proyecto, o la mera preparación del mismo, sin tener ninguna certeza sobre las posibilidades del mismo hasta la autorización final) una cierta seguridad, sin necesidad de esperar a la resolución definitiva, de la que sólo van a depender aspectos parciales del proyecto o actividad de que se trate. Todas esas decisiones previas [*vid. un catálogo de las mismas en MAURER, Allgemeines Verwaltungsrecht, cit., págs. 203 y sigs., § 9.58-63 c*] predeterminan en una u otra medida el procedimiento autorizatorio, pero (y esto es lo que aquí interesa) lo hacen en todo caso en virtud de habilitaciones normativas concretas, como dice DOSSMANN, *Die Bebauungsplanzusage, cit.,* pág. 98. *Vid. también BULLINGER, «Leistungsstörungen beim öffentlich-rechtlichen*

público, que afecta derechos de terceros (*der in Rechte eines Dritten eingreift*), sólo es eficaz a partir de la aprobación por escrito de los terceros afectados»¹¹. El mismo criterio (la afectación o perjuicio a derechos) es el que determina, según el § 28.1, los sujetos a los que se debe conceder audiencia antes de que se dicte un acto¹². La interpretación que se dé al § 58.1 es clave para saber si la celebración del contrato requiere la participación de todos los interesados en el acto administrativo que sea objeto del contrato¹³. En caso de que se opte por esa interpretación amplia, se habrá resuelto el problema de la predeterminación de los procedimientos administrativos, aunque al precio de reducir la utilidad del convenio (dado que sólo podrá celebrarse si están de acuerdo todos los interesados).

El § 58 sanciona expresamente, para los contratos de Derecho público, un principio propio del Derecho contractual general, según el cual el contrato es *res inter alios acta* (art. 1.257

Vertrag», *cit.*, págs. 812 y sigs., pág. 816; F. J. KOPP, *Vorläufiges Verwaltungsverfahren und vorläufiger Verwaltungsakt*, Frankfurt a. M.-Berlin-Bern-New York-Paris-Wien, 1992.

¹¹ El apartado 2.º del § 58 dispone que «cuando se haya celebrado un contrato de Derecho público en lugar de un acto para cuya producción fuese necesaria, según una norma jurídica, la autorización, aprobación o acuerdo de otra autoridad, el contrato sólo será eficaz cuando la otra autoridad haya intervenido en la forma prescrita».

¹² Según este §, «con anterioridad a la emisión de un acto administrativo que afecte a los derechos de una parte (*der in Rechte eines Beteiligten eingreift*), debe darse a ésta la oportunidad de pronunciarse sobre los hechos relevantes de la decisión». El concepto de interesado (*Beteiligte*) es diferente, puesto que la Administración, según el § 13.2, *puede* llamar como tales a cualesquiera sujetos cuyos intereses en sentido jurídico puedan resultar afectados por la decisión que el procedimiento sirva para preparar. La condición de interesado no es relevante a efectos del trámite de audiencia (al revés de lo que dispone el art. 84.1 LAP), sino que faculta a su titular para el acceso al expediente (§ 29). En los dos procedimientos *especiales* regulados por la *VwVfG*, el procedimiento formal y el procedimiento de aprobación de planes, se delimita con mayor amplitud el grupo de sujetos a quienes se concede audiencia: en el procedimiento formal, son todos los interesados (§ 66.1), y en el de planificación, «cualquiera cuyos intereses sean afectados por el proyecto» (§ 73.4).

¹³ La relación entre la tutela de terceros y la predeterminación del procedimiento es expresada con claridad por BAUER, «Informelles Verwaltungshandeln», *cit.*, pág. 255.

CC) ¹⁴. Sin embargo, va más allá. En primer lugar, porque la consecuencia en caso de incumplimiento no es la mera inoponibilidad del contrato a los terceros afectados por el mismo, sino su ineficacia ¹⁵. Y también porque la *ratio* del precepto no es sólo la protección de los terceros, sino también la de la Administración, ya que tiende a evitar que ésta asuma obligaciones que no podría cumplir, con la consiguiente carga indemnizatoria ¹⁶. Por ello, el § 58 no sólo se aplica a los contratos *sustitutivos* de actos administrativos, sino también a los contratos simplemente *obligatorios*, en los que la Administración se compromete a dictar un acto ¹⁷.

¹⁴ En este sentido, BONK en STELKENS/BONK/SACHS, *VwVfG, cit.*, pág. 1312 (§ 58.1); KOPP, *VwVfG, cit.*, pág. 1336 (§ 58.1); KONRAD, *Der öffentlich-rechtliche Vertrag, cit.*, pág. 156; ACHTERBERG, *Allgemeines Verwaltungsrecht, cit.*, pág. 488 (§ 21.249); MAURER, *Allgemeines Verwaltungsrecht, cit.*, pág. 347 (§ 14.30); GRZIWOTZ, «Städtebauliche Verträge zu Lasten Dritter?», *cit.*, pág. 1928. Para KREBS, «Contratos y convenios», *cit.*, pág. 67, el § 58 se ha tomado de la dogmática civil, pero el Derecho administrativo debe ir más allá, concediendo audiencia a esos terceros interesados (con independencia de su facultad de aprobar o no el contrato).

Sobre el funcionamiento del § 58, *vid.* por todos BONK, *op. cit.*, págs. 1312 y sigs. (§ 58.1). En la fase de pendencia que se produce hasta el otorgamiento o denegación de su aprobación por el tercero afectado o por el otro órgano administrativo, el contrato vincula a las partes, pero no produce efectos, ni respecto al tercero ni respecto a cualquier otro sujeto. La autorización o aprobación puede ser anterior o posterior a la conclusión del contrato, pero produce efectos *ex tunc* en todo caso. Cuando quien debe prestar su consentimiento es otro órgano administrativo, tal aprobación no será nunca libre, sino en todo caso discrecional, y puede ser exigida mediante la *Leistungsklage*. Cuando el consentimiento sea negado expresamente (o bien el tercero no se pronuncie tras un plazo razonable), el contrato será definitivamente ineficaz.

¹⁵ *Vid.* BONK en STELKENS/BONK/SACHS, *VwVfG, cit.*, págs. 1312-1313 (§ 58.6); ULE/LAUBINGER, *Verwaltungsverfahrenrecht, cit.*, pág. 775, (§69.14); KOPP, *VwVfG, cit.*, pág. 1342 (§ 59.26); OBERMEYER, *Kommentar zum Verwaltungsverfahrensgesetz*, Neuwied-Frankfurt a. M., 1990 (2.^a ed.), pág. 859 (§ 58.13).

¹⁶ *Vid.* RECKERS, *Gesetzwidrige und gesetzesabweichende Regelungen in Verwaltungsverträgen, cit.*, pág. 110, y KOPP, *VwVfG, cit.*, pág. 1336 (§ 58.1): «Al exigir el § 58 la autorización, aprobación, etc., como requisito de la eficacia del contrato, se asegura al mismo tiempo que no adquiere eficacia un contrato cuyo cumplimiento no sea posible a causa de la oposición de derechos de terceros o de la reserva de su aprobación o autorización por otras autoridades».

¹⁷ En este sentido, KOPP, *VwVfG, cit.*, pág. 1339 (§ 58.15); BONK en STELKENS/BONK/SACHS, *VwVfG, cit.*, pág. 1313 (§ 58.9); MEYER en MEYER/BORGS,

Para saber si el § 58 hace necesario integrar en el contrato a todos los afectados por la predeterminación del procedimiento, es decir, a todos los interesados, hace falta interpretar la expresión «afectar a derechos de un tercero». Esta admite dos significados: en sentido amplio, el contrato afecta a los derechos de un sujeto siempre que el acto que la Administración se compromete a dictar (una modificación del planeamiento, una autorización) le afecte en sus derechos o intereses. En este caso, el concepto equivale al de interesado en el procedimiento de producción del acto que es objeto del contrato. En sentido estricto, hay que distinguir entre los afectados *por el contrato* (que es a quienes se refiere el § 58) y afectados *por el acto* que es objeto del contrato. Sólo cuando en el contrato se acuerde dar al acto un contenido que vaya más allá de lo permitido por la Ley, es decir, un contenido sólo justificado en el consentimiento del particular, se podrá hablar de particulares afectados *por el contrato*, y será necesario su consentimiento para la conclusión del contrato. La doctrina no es pacífica en este (importante) punto, si bien parece ser dominante la segunda tesis ¹⁸.

VwVfG, *cit.*, págs. 534-536 (§ 58.8-11); OBERMEYER, *Kommentar, cit.*, pág. 858 (§ 58.5); KNACK (hrsg.), *VwVfG, cit.*, pág. 893 (§ 58.4.3). Muchos autores llegan a esta conclusión porque un contrato por el que la Administración se obliga a dictar un acto que perjudica derechos de terceros *no* es, por ello mismo, nulo, sino que el tercero se ve forzado a impugnar el acto dictado en cumplimiento del contrato: *vid.* MAURER, *Allgemeines Verwaltungsrecht, cit.*, págs. 347-348 (§ 14.30); SCHIMPF, *Der verwaltungsrechtliche Vertrag, cit.*, pág. 282; KNUTH, «Konkurrentenklage gegen einen öffentlichrechtlichen Subventionsvertrag -OVG Münster, NVwZ 1984, 522», *JuS*, 26 (1986), págs. 523 y sigs., pág. 524.

La opinión contraria es defendida por BOSSE, *Der subordinationsrechtliche Verwaltungsvertrag, cit.*, págs. 75 y sigs.: la principal ventaja del contrato meramente obligatorio frente al contrato sustitutivo está justamente en evitar la aplicación del § 58, de modo que, una vez dictado el acto y transcurrido el plazo para su impugnación, estaría a salvo de una demanda *ex* § 58 (como dice también RECKERS, *Gesetzwidrige und gesetzesabweichende Regelungen in Verwaltungsverträgen, cit.*, pág. 111). En el mismo sentido, BULLINGER, «Zur Notwendigkeit funktionalen Umdenkens», *cit.*, pág. 678.

¹⁸ Para BONK en STELKENS/BONK/SACHS, *VwVfG, cit.*, pág. 1314 (§ 58.11), cuya opinión está respaldada por la jurisprudencia, el § 58 entra en juego, «en cada intervención jurídica, a través de la cual alguien es cargado por el poder estatal con una desventaja que no está basada en el ordenamiento constitucional» (*durch die jemand von der Staatsgewalt mit einem Nachteil belastet wird*,

Un argumento adicional en favor de esta tesis puede obtenerse de la interpretación del § 58.2. Se entiende que sólo es necesario para la eficacia del contrato el consentimiento de aquellos órganos cuya aprobación fuese necesaria o su informe vinculante para la producción del acto que es objeto del contrato, no cuando ese otro órgano simplemente tuviese que emitir un informe preceptivo ¹⁹. La función procedimental de un informe preceptivo es, como se ha visto antes, la misma que la de las alegaciones del particular, es decir, ser tenidas en cuenta, vincular a la Administración a atenderlas o a justificar la superioridad de la solución escogida, y de ahí puede concluirse la necesidad de que los dos apartados del § 58 sean interpretados del mismo modo.

Sea por su reducido ámbito de aplicación (aunque esta afirmación dista de ser indiscutible), sea porque deja necesariamente fuera el supuesto de los intereses colectivos y difusos y de la información pública, el § 58 no soluciona el problema de la predeterminación de procedimientos como consecuencia de la celebración de contratos, pues sigue siendo posible que la Administración contrate con algunos de los interesados y se obligue

der nicht in der verfassungsmäßigen Ordnung begründet wird). De ahí que, en principio, haya que entender que no es necesario el consentimiento del particular cuando el contrato se limita a prever el dictado de un acto que la Administración puede dictar con base en sus potestades, y cuyo contenido, en relación con ese tercero, no es ampliado o alterado por el contrato. Lo que se confirma (pág. 1315) con el siguiente ejemplo, tomado también de la jurisprudencia: «En caso de que se obligue un comunero particular, sin aprobación del otro, en un contrato de Derecho público, a hacer, omitir o soportar algo, ordenado por el Derecho público, no existe ninguna “intervención” [*Eingriff*, supuesto de hecho del § 58] (...) cuando la aprobación que falta puede ser sustituida por una resolución dirigida contra él». En el mismo sentido, KOPP, *VwVfG, cit.*, pág. 1339 (§ 58.13).

En sentido contrario, MEYER en MEYER/BORGS, *VwVfG, cit.*, pág. 534 (§ 58.6); SCHMIDT-ASSMANN/KREBS, *Rechtsfragen städtebaulicher Verträge, cit.*, pág. 229; SCHIMPF, *Der verwaltungsrechtliche Vertrag, cit.*, pág. 281. Para éstos, el contrato debe ser aprobado por todo sujeto que esté legitimado para impugnar un acto con idéntico contenido.

¹⁹ En este sentido, BONK en STELKENS/BONK/SACHS, *VwVfG, cit.*, pág. 1317 (§ 58.22); KNACK (Hrsg.), *VwVfG, cit.*, pág. 894 (§ 58.6); KOPP, *VwVfG, cit.*, pág. 1340 (§ 58.19). Todos estos autores excluyen expresamente el supuesto de que se debiese conceder simplemente audiencia (*Anhörung*) a otro órgano administrativo.

de antemano a dictar un acto determinado, sea cual sea el resultado del procedimiento y las alegaciones que presenten en el mismo los demás interesados.

b) *La asunción por la Administración de obligaciones de garantía como solución alternativa en los Derechos alemán e italiano*

Tanto en Alemania como en Italia el tratamiento jurisprudencial de los convenios administrativos llevó a una situación compleja: por un lado, era inaceptable que el convenio vinculara jurídicamente un procedimiento futuro (y esto era especialmente visible en procedimientos en los que hay un gran número de interesados). Por otro, un convenio no vinculante no ofrece suficiente tutela para los particulares, y éstos renuncian a colaborar con la Administración. La jurisprudencia reconocía expresamente la utilidad y conveniencia de esa colaboración (y de ahí su aceptación inicial del convenio), pero no hasta el extremo de predeterminar jurídicamente un procedimiento. Las partes reaccionan ante este problema con una nueva cláusula contractual, según la cual la Administración se compromete a indemnizar al particular en caso de que, tras la tramitación del procedimiento, le sea imposible dictar el acto tal y como había sido pactado en el convenio.

En Alemania esa evolución es especialmente visible a propósito de los llamados *Folgekostenverträge*, es decir, contratos en que la Administración condiciona la recalificación de una zona (con el consiguiente incremento de su aprovechamiento urbanístico) al pago de una contraprestación (carente de habilitación legal), destinada a sufragar los costes que para el Ayuntamiento supone el servicio a esa nueva zona urbana. En estos convenios no cabe ninguna duda de que la predeterminación del procedimiento es un elemento esencial, de tal forma que si tal predeterminación fuese jurídicamente imposible, no podrían cumplir su función económico-social y caerían en desuso²⁰. Al

²⁰ Por esta razón han sido criticadas aquellas soluciones al problema que pretenden en realidad eludirlo, afirmando la validez del contrato *siempre que no predetermine un procedimiento*, es decir, cuando se concluye una vez tramitado

mismo tiempo, es esa predeterminación el principal obstáculo a su validez ²¹.

La sentencia del *BVerwG* de 6 de julio de 1973, que admitió con carácter general, por vez primera, la validez de los *Folgekostenverträge*, apuntó ya la dificultad de que la Administración se obligase contractualmente al dictado de un acto. El contrato discutido en aquel proceso contemplaba la producción del acto como una *condición* de la prestación del particular, pero no

completamente el procedimiento (a modo de «terminación convencional», concepto que demuestra aquí sus insuficiencias), o bien cuando el contrato sólo es vinculante una vez concluida la tramitación, pudiendo antes la Administración resolverlo *ad nutum* (sin otra limitación que la necesidad de motivar adecuadamente esa resolución, en los términos del capítulo IV), o, como propone BIRK («Normsetzungsbefugnis und öffentlich-rechtlicher Vertrag», *cit.*, págs. 1799-1800), cuando *de hecho* el margen de discrecionalidad de la Administración haya quedado eliminado, de modo que el contrato se limite a poner por escrito (concediendo simultáneamente un derecho subjetivo al particular) el único contenido posible del acto administrativo de que se trate. Critican las soluciones intermedias y exigen una intervención del legislador, DOSSMANN, *Die Bauungsplanzusage*, *cit.*, pág. 97 («se puede garantizar la confianza en la promesa de plan o la eficacia del procedimiento, pero no ambas»); EBSEN, «Der Bauplanungsgarantievertrag», *cit.*, pág. 60, nota 48; SCHMIDT-ASSMANN/KREBS, *Rechtsfragen städtebaulicher Verträge*, *cit.*, pág. 91, y antes KREBS, «Konsensuales Verwaltungshandeln im Städtebaurecht», *cit.*, pág. 973; STETTNER, «Die Bindung der Gemeinde durch den Folgekostenvertrag», *AöR*, 102 (1977), págs. 544 y sigs., pág. 548, y DOSSMANN, *op. cit.*, págs. 99 y sigs.

²¹ En ese sentido, GUSY, «Zulässigkeit gemeindlicher Verpflichtungen», *cit.*, pág. 167; STETTNER, «Die Bindung der Gemeinde», *cit.*, pág. 556; PAPIER, «Grunderwerbsverträge mit "Bauplanungsabreden"», *cit.*, pág. 501; KREBS, «Zulässigkeit und Wirksamkeit vertraglicher Bindungen», *cit.*, pág. 53, «Konsensuales Verwaltungshandeln im Städtebaurecht», *cit.*, pág. 973; MUTIUS, «Zulässigkeit und Grenzen», *cit.*, pág. 215. En cuanto a la causa concreta de nulidad del contrato, se identifica normalmente en la violación de una norma imperativa [que sería el § 1.6 *BauGB*, que establece que en la elaboración de los planes deben ponderarse adecuarse entre sí los intereses públicos y privados (*Abwägungsgebot* o mandato de ponderación), lo que se concreta en las diversas fases de información pública del procedimiento de elaboración del plan]. La violación de normas prohibitivas produce la nulidad del contrato, según el § 134 *BGB* (cuyo tenor y función sistemática se corresponden con los del art. 6.3 CC), aplicable a los contratos de Derecho público en virtud del § 59.1 *VwVfG*, que establece la aplicación a los contratos de Derecho público de las causas de nulidad de los contratos privados (*vid.*, por todos, KREBS, «Zulässigkeit und Wirksamkeit», *cit.*, pág. 56, y SCHUSTER, *Wirksame rechtswidrige öffentlich-rechtliche Verträge*, *cit.*, págs. 126-127).

como una prestación de la Administración cuyo cumplimiento pudiese ser, en su caso, exigido en vía judicial ²².

En la posterior sentencia de 5 de julio de 1974 (asunto *Flachglas*) se discutía la validez de un plan aprobado en cumplimiento de un convenio previo ²³. El Tribunal anuló el plan, al considerar que la firma del convenio había impedido a la Administración tener en cuenta todos los intereses en presencia mediante la ponderación de las alegaciones presentadas en el procedimiento ²⁴. Sin embargo, dado que la colaboración con los particulares (incluso en forma convencional) es un instrumento necesario para la tutela de los intereses públicos, se admite cuando la Administración considere (discrecionalmente) que es más adecuado firmar un convenio que esperar al final del proce-

²² La sentencia (*BVerwGE*, 42, 333) dice que es irrelevante «que los *Folgekostenverträge*, en general, no disciplinen detenidamente las prestaciones que corresponden al Ayuntamiento, limitándose a presuponerlas de uno u otro modo, y que en todo caso no suelen dar lugar a pretensiones del particular dirigidas a su cumplimiento. *Esa reserva se explica porque los Ayuntamientos, en principio, no pueden, por razones jurídicas, asumir compromisos totalmente determinados, como sería la aprobación de un plan urbanístico, hasta el punto de dar lugar a pretensiones de cumplimiento de la contraparte*». (La cursiva es mía). Conviene recordar que el pleito se originó porque, al reclamar el Ayuntamiento el pago de la suma de dinero prometida por el particular en concepto de «costes derivados» (*Folgekosten*), éste se opuso alegando la nulidad del contrato. Careciendo en Alemania la Administración del privilegio de decisión ejecutoria para imponer el cumplimiento de los contratos (de Derecho público o privado), presentó una demanda de cumplimiento del contrato, discutiéndose en el pleito la validez de éste.

²³ Este mismo supuesto se plantea en la sentencia (del TS) de 15 de diciembre de 1993 (Ar. 9561, Barrio Iglesias), en el que los recurrentes impugnan un plan general con base, entre otros motivos, en que se limita a cumplir convenios anteriores con particulares.

²⁴ *Vid. BVerwGE*, 45, 317-318: «No puede haber ninguna duda de que los compromisos asumidos previamente, con la consiguiente merma en el procedimiento de ponderación, contradicen el sentido del procedimiento de participación [*Anregungsverfahren*, o llamada y participación en el procedimiento de los titulares de los intereses públicos y privados afectados] ordenado por el § 2.6.2 *BBauG* (esta remisión ha de entenderse hoy referida a los §§ correspondientes del *BauGB*, que no han introducido variaciones relevantes al respecto). Cuanto más fuertes y amplios sean los compromisos asumidos mediante decisiones previas, *más amenaza al procedimiento de participación el peligro de convertirse en una inútil formalidad*». (La cursiva es mía).

dimiento ²⁵. Por tanto, el hecho de que la Administración dicte, al final del procedimiento, la resolución que haya comprometido previamente en un convenio no significa que esa decisión sea ilegal, puesto que puede ser la más adecuada al interés público ²⁶.

Sin embargo, el *BVerwG* no fue consecuente con esta doctrina cuando se le planteó el problema en la otra dirección, es decir, cuando un contratante privado demandó el cumplimiento de un convenio e impugnó un plan por apartarse del mismo ²⁷. El Tribunal se remite expresamente a la sentencia *Flachglas*, pero afirma que una cosa es que un plan pueda ser válido a pesar de que su contenido sea idéntico al de un contrato celebrado con anterioridad (doctrina de *Flachglas*), y otra muy distinta (que la sentencia niega decididamente) es que quien ha sido parte en el contrato pueda exigir a la Administración su cumplimiento, es decir, que dicte el plan convenido ²⁸. El contrato sería nulo en

²⁵ Vid. *BVerwGE*, 45, 317: «No puede discutirse seriamente que, en especial tratándose de proyectos de ciertas dimensiones, con frecuencia no todas las decisiones pueden ser diferidas hasta la ponderación final —en el sentido de retener toda la libertad de planeamiento—. (...) Los acuerdos, compromisos, promesas, contratos, etc., celebrados antes del procedimiento de planificación pueden ser imprescindibles para que se pueda planificar adecuadamente y para asegurar una realización efectiva y correcta de ese planeamiento. Pretender dar cuenta de todo esto calificándolo en bloque como ilegal sería ignorar la realidad de los procesos de planeamiento» (la cursiva es mía). Respecto a las condiciones de validez del convenio, vid. pág. 321.

²⁶ Vid. *BVerwGE*, 45, 320. El *BVerwG* insistió en esta doctrina en su sentencia de 11 de marzo de 1977. La sentencia está publicada en *NJW*, 30 (1977), págs. 1979 y sigs.

²⁷ Se trata de la sentencia de 29 de mayo de 1981, publicada en *DöV*, 34 (1981), págs. 878 y sigs., y en *BauR*, 13 (1982), págs. 30 y sigs. (se cita por esta última versión). En casi todas estas sentencias, a las prestaciones relativas a la aprobación de planes urbanísticos y al pago de los costes derivados de la utilización urbanística del terreno, se añaden permutas entre las partes, que se derivan de la fuerte posición de los Ayuntamientos alemanes como titulares de Patrimonios Públicos de Suelo.

²⁸ El problema planteado es «una obligación del demandado [un Ayuntamiento] de planificar en una determinada manera» (pág. 31). «La Sala tuvo que decidir en la sentencia de 5 de julio de 1974 sobre la validez de un plan urbanístico, es decir, sobre un objeto diferente del planteado ahora, y concretamente en un caso en el que el Ayuntamiento había aprobado el plan según convenios celebrados con anterioridad, y no como ocurre en este caso, en que

cuanto pretendiese fundamentar una pretensión de este tipo, lo que excluye además cualquier clase de pretensión indemnizatoria del particular ²⁹.

La sentencia parece criticable desde dos puntos de vista. En primer lugar, porque no da ningún paso en la dirección señalada por la doctrina y por la jurisprudencia *Flachglas*, es decir, la de hacer compatibles la funcionalidad del procedimiento y la necesidad de obtener la colaboración de los particulares en la ejecución efectiva del planeamiento urbanístico. En la sentencia de 29 de mayo de 1981 se tiene en cuenta sólo uno de los dos aspectos y se desincentiva la colaboración de los particulares, que quedan colocados en una situación de notoria inseguridad (el convenio queda reducido a una alegación más de las que deben tenerse en cuenta, en los términos estudiados *supra*, en el capítulo IV). En segundo lugar, la sentencia, contra lo que indica su tenor literal, no es, a mi juicio, coherente con lo que el *BVerwG* había sostenido en *Flachglas*. En esta última sentencia, como se ha visto, no se había discutido la validez de un contrato en el que la Administración se obligue a aprobar un plan urbanístico, pero esa validez se daba probablemente por supuesta, al aceptarse que tal contrato podía vincular a la Administración y afectar así al desarrollo del procedimiento.

A esa posición jurisprudencial han respondido las partes con cláusulas de distribución del riesgo, en las que la Administración se compromete a indemnizar al particular en la cuantía que se

quiere aprobar el plan apartándose de lo convenido previamente. (...) Sobre la validez del convenio previo y sobre las pretensiones que la contraparte del Ayuntamiento podría ejercitar con base en el mismo, no se pronunció la Sala en la sentencia de 5 de julio de 1974. En especial, no se decidió allí que el convenio, cuando cumpla las tres condiciones (cumulativas), sea válido con la consecuencia de obligar al Ayuntamiento a su cumplimiento. Aquella decisión no excluye, por tanto, que un convenio que cumpla las tres condiciones, es decir un convenio que el Ayuntamiento *podría* incorporar al plan, *no obligue* al Ayuntamiento a su cumplimiento» (pág. 32).

²⁹ El convenio, «en cuanto pretende obligar al demandado (el Ayuntamiento) a una determinada acción u omisión en materia de planeamiento urbanístico, es nulo» (pág. 32). En el mismo sentido se pronunció el *BVerwG* también en su sentencia de 1 de febrero de 1980, publicada en *NJW*, 33 (1980), págs. 2538 y sigs.

fije, en caso de que la operación convenida por ambas (y que incluye la aprobación o modificación de un plan urbanístico) se frustre³⁰. Un ejemplo se puede encontrar en la sentencia del *BGH* (Tribunal Federal *Civil*) de 11 de mayo de 1989, que, aunque se limita a casar la sentencia de apelación y a devolver la causa a ese Tribunal, acepta que la Administración se comprometa a indemnizar a la contraparte en caso de que la resolución administrativa que hubiese sido presupuesta como base de las prestaciones del particular no sea finalmente adoptada, y se ve en esa indemnización un remedio a la inseguridad que produce al particular la imposibilidad (según la jurisprudencia anterior) de que la Administración se obligue a aprobar un plan urbanístico³¹. Esta es hoy la técnica más utilizada para vincular (indirectamente) la potestad de planeamiento urbanístico en los *Folgekostenverträge*³².

³⁰ Se habla de cláusulas de «asunción de riesgo» (*Risikouübernahme*). Se trata de un remedio creado por la práctica y aceptado por la jurisprudencia, según KREBS, «Konsensuales Verwaltungshandeln im Städtebaurecht», *cit.*, pág. 973, y DOSSMANN, *Die Bebauungsplanzusage*, *cit.*, pág. 90. Recientemente RODRÍGUEZ DE SANTIAGO, *Los convenios*, *cit.*, págs. 218 y sigs., ha propuesto la importación es esta técnica en el Derecho español.

³¹ La sentencia está publicada en *NJW*, 43 (1990), págs. 245 y sigs. Según el Tribunal, «el hecho de que a través de la asunción contractual de tal garantía se someta el ejercicio de la potestad de planeamiento a una presión mediata no prevista por la ley no la hace inadmisibles. Pues en interés de la buena fe en el tráfico inmobiliario y del fomento de la iniciativa privada, necesaria para el desarrollo urbanístico de los Ayuntamientos, es necesario que la libertad del Ayuntamiento en la planificación urbanística sea acompañada de un equilibrio económico de las expectativas frustradas de la contraparte».

³² En este sentido, SCHNEIDER, «Kooperative Verwaltungsverfahren», *cit.*, pág. 58, nota 110, y LOOMAN, «“Ausverkauf von Hoheitsrechten” in Verträgen zwischen Bauherren und Gebietskörperschaften», *NJW*, 49 (1996), págs. 1439 y sigs., pág. 1443. Esta autora, tras exponer la imposibilidad de que la Administración se obligue válidamente a aprobar o a no aprobar un plan urbanístico, y las dificultades e insuficiencias de la tutela del particular a través de otras instituciones, como la *culpa in contrahendo*, la responsabilidad extracontractual o la desaparición de la base del negocio, dice que «en la práctica, se suelen pactar, para tutelar al promotor privado, derechos de resolución a su favor, que con frecuencia conllevan pretensiones de indemnización de ciertos gastos. *Esto es admisible*. Se puede pensar, por ejemplo, en una formulación de este tenor: “X esta facultado a resolver este contrato, en caso de que el plan urbanístico no esté en vigor el... En caso de que X haga uso de su derecho de resolución, deberán serle reembolsados los siguientes gastos”».

Esta jurisprudencia no es totalmente consecuente con sus declaraciones. Teóricamente, la obligación indemnizatoria de la Administración obedece a una cláusula contractual por la que (como un asegurador) asume la totalidad o parte del riesgo de que no se produzca un determinado evento (la aprobación del plan). Se descarta expresamente, por el contrario, que esa indemnización sea debida por el incumplimiento de una obligación contractual válida, la obligación de aprobar el plan. Sin embargo, a la hora de determinar el alcance de la indemnización, se emplean unos criterios que no son coherentes con la afirmación de que la obligación indemnizatoria se rige y tiene su origen exclusivo en una cláusula contractual específica, sino que sólo son inteligibles desde la perspectiva del incumplimiento de una previa obligación de aprobar el plan, puesto que sólo existe derecho a indemnización en caso de que el acto no se haya aprobado por causas debidas al Ayuntamiento, y además se limita el alcance de la indemnización al interés contractual negativo (lo que remite más bien a un supuesto de *culpa in contrahendo*, ya que nada impediría la asunción de una obligación de garantizar el interés contractual positivo)³³. También algún autor que aprueba esta jurisprudencia

³³ La semejanza funcional entre esta cláusula y la responsabilidad por *culpa in contrahendo* es puesta de manifiesto por DOLDE/UECHRITZ, que apoyan esta jurisprudencia [«Ersatzansprüche aus Bauplanungsabreden», *DVBl*, 102 (1987), págs. 446 y sigs., pág. 449]. Por lo que respecta a la cuantía de la indemnización, lo relevante no es el tenor exacto de la cláusula, sino que el particular «no podía honestamente esperar de la ciudad B., que ésta quisiese someterse a una responsabilidad tan amplia, sin límite de tiempo y sin tener en cuenta la evolución de la situación del mercado» (pág. 246). La cuantía de la indemnización se determinará *in casu* (DOLDE/UECHRITZ, *op. cit.*, pág. 450). Por lo que respecta a la imputabilidad al Ayuntamiento de la no aprobación del plan como requisito de su responsabilidad, se dice que «el Ayuntamiento debía contribuir con su parte a la realización del proyecto. Ello no quiere decir que se hubiese creado una obligación de aprobar el plan urbanístico, pero sí que los obstáculos que caían en su esfera y que podía evitar, debían ser eliminados, si no quería ser declarado responsable en virtud de la promesa» (*ibíd.*). Parece que la sentencia busca un punto intermedio entre la simple *culpa in contrahendo* (en la que la indemnización se limita al interés negativo) y la responsabilidad por incumplimiento de una obligación válida (cuyo alcance es superior, y que había sido descartada por la jurisprudencia anterior). En todo caso, la sentencia demuestra que no se acepta *cualquier* cláusula de garantía o de responsabilidad que las partes hayan incluido en el contrato, y especialmente que no se aceptaría una cláusula cuya amplitud fuese equivalente al interés contractual positivo.

la interpreta como una aplicación de los principios de *Flachglas* y no como la aceptación sin más de que la Administración burle la prohibición de obligarse a aprobar un plan, comprometiéndose a pagar la misma indemnización que habría tenido que abonar en caso de incumplir la citada obligación³⁴.

La admisibilidad de cláusulas de garantía por parte de la jurisprudencia ha sido aplaudida por algunos autores, y parece especialmente necesaria habida cuenta de que ni la jurisprudencia ni el legislador aceptan la predeterminación contractual del procedimiento³⁵. Sin embargo, concebidas como auténticas

El planteamiento es aún más claro en la sentencia del *BGH* de 1 de diciembre de 1983 (*BayVBl*, 1984, págs. 284 y sigs.), en la que el Tribunal basa la obligación indemnizatoria de la Administración en una cláusula que considera implícita en el contrato. En otras ocasiones, el Tribunal «convierte» la cláusula por la que el Ayuntamiento se obliga a aprobar un plan, en una cláusula de garantía, como ocurre en la sentencia del *BGH* de 22 de noviembre de 1979, según *DOLDE/UECHRITZ*, *op. cit.*, pág. 448. *Vid.* la argumentación del *BGH* en *NJW*, 33 (1980), pág. 828.

³⁴ Así, *PAPIER*, «Grunderwerbsverträge mit “Bauplanungsabreden”», *cit.*, pág. 502, parte de que la cláusula de garantía sólo es válida si reúne las tres condiciones de *Flachglas*, lo que supone someter el proyecto de plan cuya no aprobación desencadena la responsabilidad de la Administración (así como la propia decisión de concluir un contrato previo a su aprobación) a un control de discrecionalidad, además de exigir que haya celebrado el contrato el órgano competente para la aprobación del plan. Ello supone, contrariamente a lo que parece dar a entender la jurisprudencia sobre *Risikoübernahme*, que el problema de la predeterminación del procedimiento no se resuelve simplemente sustituyendo el cumplimiento *in natura* por una indemnización, sino que también ésta supone una predeterminación o vinculación previa del procedimiento, justificable sólo en determinadas condiciones.

³⁵ En este sentido, aunque con limitaciones, *PAPIER*, «Grunderwerbsverträge mit “Bauplanungsabreden”», *cit.*, pág. 502; *KREBS*, «Zulässigkeit und Wirksamkeit vertraglicher Bindungen», *cit.*, págs. 60-61. Muy favorables a la posición del *BGH* se muestran *DOLDE/UECHRITZ*, «Ersatzansprüche aus Bauplanungsabreden», *DVBl*, 102 (1987), pág. 449.

El § 6.3 de la Ley de Medidas sobre el *BauGB*, de 1993, incorporado al § 2.3 del *BauGB* por la reforma de 18 de agosto de 1997, establece en su inciso final que «no se puede crear mediante contrato una pretensión a la aprobación de un plan urbanístico o de cualquier otra ordenanza (*Satzung*) urbanística». Este precepto significa la recepción normativa de la evolución jurisprudencial estudiada en el texto, y trae causa del § 2.3 *BauGB*, según el cual «no existe ninguna pretensión a la aprobación de planes urbanísticos». Se había planteado en la doctrina si esta norma excluía el reconocimiento a un particular, en

cláusulas de garantía, no parece posible justificar su validez. ¿Por qué va a convertirse la Administración en asegurador gratuito de los riesgos empresariales del particular que celebra con ella el contrato? Se trataría de una liberalidad carente de causa, de validez más que dudosa ³⁶.

un contrato, del derecho a obtener la aprobación de un plan. La respuesta prácticamente unánime de la doctrina fue que ese precepto se refería a la posición del ciudadano ante la potestad de planeamiento en general, y no a los contratos, que serían válidos o no según se resolviera el problema de su compatibilidad con el mandato de ponderación de todos los intereses en presencia (por todos, *vid.* STETTNER, «Die Bindung der Gemeinde durch den Folgekostenvertrag», *cit.*, pág. 558; DOSSMANN, *Die Bebauungsplanzusage*, *cit.*, págs. 80 y sigs.; SCHMIDT-ASSMANN/KREBS, *Rechtsfragen städtebaulicher Verträge*, *cit.*, pág. 89). El legislador rectifica ahora esa posición para afirmar que el contrato tampoco puede crear un derecho subjetivo a la aprobación de un plan.

³⁶ Tal vez pudiera objetarse aquí que los *Folgekostenverträge* son también contratos de enajenación de terrenos municipales, cuya edificabilidad garantiza el Ayuntamiento. De hecho, según DOLDE/UECHRITZ, «Ersatzansprüche aus Bauplanungsabreden», *cit.*, pág. 448, los Tribunales aceptan con más facilidad la asunción de riesgo cuando el Ayuntamiento interviene en el contrato no sólo como titular de la potestad de planeamiento, sino también como vendedor. En la sentencia del *BGH* de 22 de noviembre de 1979 [*NJW*, 33 (1980), pág. 827] se indica, para justificar el derecho del particular a que el Ayuntamiento asumiera parte de los perjuicios derivados de la no aprobación del plan que debía incrementar la edificabilidad del terreno que el propio Ayuntamiento le había vendido, que «el interés del demandante (...) no se dirigía en última instancia al acto del poder público “plan urbanístico”, sino a que la cosa comprada fuese en un determinado momento futuro idónea para ser edificada».

Condicionar la eficacia del contrato al mantenimiento o adquisición de determinadas características urbanísticas por los terrenos objeto del mismo es una práctica frecuente en las relaciones *inter privatos* (por todos, *vid.* GALGANO, *Il negozio giuridico*, *cit.*, págs. 484 y sigs., y las explicaciones que la sentencia citada en el párrafo anterior da para el ordenamiento alemán), y el Ayuntamiento estaría obrando aquí como tal. Sin embargo, con independencia de que resulta muy difícil separar ambos aspectos, lo cierto es que en los *Folgekostenverträge* el Ayuntamiento actúa como administrador (es decir, para lograr el más adecuado desarrollo urbanístico del territorio) y no como empresario. La Administración coadyuva a la puesta en práctica de las operaciones que las partes se proponen poniendo en el mercado sus propios terrenos, pero ello es instrumental para el verdadero propósito, que es la realización, con la colaboración de los particulares, de operaciones de desarrollo urbanístico consideradas de interés público. La prueba de ello es que el contenido del contrato no es sólo una permuta o venta de solares (más o menos condicionada a su edificabilidad), sino también la asunción por el particular de una parte de los costes que la edificación origina al Ayuntamiento.

Las cláusulas de garantía deben ser consideradas ilegales porque pretenden eludir (fraudentemente) la aplicación de una norma imperativa, la que determina la nulidad de un contrato que pretenda predeterminar un procedimiento. Aplicadas literalmente (no como lo hace la jurisprudencia alemana, según se ha visto), tales cláusulas suponen conceder al particular la misma indemnización que si la Administración hubiese incumplido una obligación válida ³⁷.

De hecho, el procedimiento resulta predeterminado en la misma medida que si fuese válido un contrato por el que se prometiese la aprobación de un acto. En ambos casos, la Administración sabe que el «precio» de apartarse de la decisión tomada de antemano (teniendo en cuenta alegaciones presentadas en el procedimiento) es el pago de una indemnización ³⁸.

Por lo que respecta al ordenamiento italiano, alguna sentencia admitió hace algunos años (también en materia urbanística) que, aunque la Administración no puede obligarse contractualmente a ejercitar o no ejercitar sus potestades en el futuro, sí

³⁷ En este sentido se pronuncia EBSSEN, «Der Bauplanungsgarantievertrag», *cit.*, págs. 60-61, para quien el contrato de garantía es un «negocio fraudulento» (*Umgehungsgeschäft*), que incumple el mandato de ponderación del § 1.6 *BauGB* del mismo modo que el negocio directo (es decir, la obligación de aprobar un plan), aplicándose a ambos en igual medida la causa de nulidad del § 134 *BGB* (nulidad de los negocios que vulneran normas imperativas). Este autor invoca también el § 344 *BGB*, según el cual «si la ley considera ineficaz la promesa de una determinada prestación, también es ineficaz la cláusula penal pactada para el caso de su no realización, incluso si las partes conocían la ineficacia de la promesa de esa prestación».

³⁸ *Vid.* en este sentido EBSSEN, «Der Bauplanungsgarantievertrag», *cit.*, pág. 61, y DOSSMANN, *Die Bebauungsplanzusage*, *cit.*, pág. 100, que hablan de «coacción indirecta» a la Administración. DOLDE/UECHRITZ, «Ersatzansprüche aus Bauplanungsabreden», *cit.*, pág. 449, replican a la crítica de EBSSEN que la cláusula de garantía no suele abarcar el interés contractual positivo, sino sólo el negativo, con lo que su capacidad de «coacción» sobre la Administración sería pequeña (recuérdese que, como se indicó *supra*, en el capítulo V, nada impide que la cuantía del interés negativo supere el positivo). Una posición intermedia es la de SCHMIDT-ASSMANN/KREBS, *Rechtsfragen städtebaulicher Verträge*, *cit.*, págs. 94-95, para quienes también estas cláusulas producen una gran inseguridad jurídica, tanto sobre su propia validez como por lo que respecta a la calificación pública o privada del contrato.

puede comprometerse a pagar una indemnización en caso de que ese ejercicio frustre una expectativa del particular ³⁹. La nueva Ley de Procedimiento no ha resuelto este problema, al limitarse a regular los acuerdos de «terminación convencional», es decir, los que se producen en el seno de un procedimiento administrativo ya iniciado. La Administración se dispone a dictar un acto, inicia y tramita el procedimiento necesario y al final llega a un acuerdo con los interesados sobre el contenido que ha de tener el acto. La predeterminación del procedimiento se produce, por el contrario, cuando la Administración se obliga contractualmente a dictar un acto, antes de que se inicie y tramite el procedimiento

³⁹ Vid. en este sentido la sentencia de la *Cassazione* (Sección 1.ª de lo Civil), de 11 de octubre de 1958, núm. 3220, publicada en *Foro it.*, LXXXII (1959), I, pág. 1876. Se trata de una sentencia importante, como relata CERULLI IRELLI, en su recensión a la monografía de MAZZARELLI, *Le convenzioni urbanistiche* [publicada en la *RTDP*, XXXIV (1984), págs. 600 y sigs.], pág. 606, al ser anterior a la Ley 765/1967, que reguló por vez primera las llamadas *convenzioni di lottizzazione*, similares a los planes de iniciativa particular. *In casu*, el Ayuntamiento de Roma había celebrado un convenio con una inmobiliaria, por el que se obligaba entre otras cosas a pagarle una indemnización en caso de que se modificase el plan de forma perjudicial para los intereses de la empresa. La sentencia (recordemos que se trata de una sentencia civil, es decir, procedente de una jurisdicción incompetente para enjuiciar la validez de la modificación del plan), al examinar la validez de la cláusula, se apoya en la distinción entre vínculo del ejercicio de la potestad y promesa de una indemnización de los perjuicios derivados de ese ejercicio: «Es nula cualquier autolimitación por parte del Ayuntamiento, en favor de particulares, de su potestad discrecional de introducir modificaciones al plan regulador; pero no lo es el pacto de una indemnización por la menor utilidad de áreas de propiedad privada como consecuencia de la modificación. (...) El principio de la nulidad de autolimitación previa del poder discrecional del ente público, principio basado sobre la natural antítesis entre vínculo contractual y ejercicio de funciones públicas, no puede aplicarse a supuestos diferentes de la restricción efectiva y directa del mencionado ejercicio de potestades discrecionales». La indemnización tendrá un origen, por tanto, exclusivamente contractual, no como incumplimiento de una obligación (inexistente) de no modificar el plan, ni como manifestación de responsabilidad extracontractual de la Administración. Según MAZZARELLI, «Convenzioni urbanistiche», *cit.*, pág. 3, la sentencia habría sido «provocada» por la *Società Generale Immobiliare*, la otra parte del contrato, para lograr un precedente que permitiese dar a los futuros convenios un contenido decididamente contractual, que incluyese una obligación accesoria de indemnizar los perjuicios económicos producidos por las modificaciones sobrevenidas del planeamiento.

necesario, de modo que, cuando se incoe ese procedimiento, la decisión esté tomada de antemano y la participación en el mismo (presentando alegaciones o informes, incluso preceptivos) de los representantes de intereses públicos o privados que no hayan suscrito el contrato sea inútil. Este problema es ajeno a la Ley italiana, que precisamente prevé como procedimiento ordinario de formación del acuerdo la aceptación, por la Administración, de observaciones presentadas por los interesados en el trámite de alegaciones ⁴⁰.

c) *El sometimiento del convenio a la condición de que sea compatible con el resultado del procedimiento*

El problema de la predeterminación del procedimiento no puede recibir una solución única, válida para todos los casos. El simple hecho de que una decisión se haya tomado antes de la tramitación del procedimiento (al firmar un convenio previo) no excluye necesariamente que sea la solución más adecuada para los intereses públicos ni que la Administración pueda razonarlo en la motivación. Parece claro que un acto será válido o inválido en función de que su contenido se ajuste o no a lo dispuesto por el ordenamiento jurídico, y sea determinado y adecuado a su fin (art. 53.2 LAP). Del hecho de que la Administración se haya comprometido contractualmente a dictarlo no se puede deducir la adecuación o inadecuación de su contenido.

Lo que ocurre es que la Administración no puede saber, hasta la conclusión del procedimiento, si el acto, tal y como ha sido diseñado en el convenio, es adecuado al interés público concreto al que debe ordenarse. Y no lo puede saber porque hasta ese momento no tiene todos los elementos de juicio, que precisamente el procedimiento (con la participación en el mismo de diversos sujetos) debe proporcionarle. Pero puede suceder, y sucederá con mucha frecuencia, que las alegaciones e informes presentados no se aparten de lo que la Administración y su con-

⁴⁰ Sobre la limitación de los convenios regulados por la legislación italiana a la terminación convencional de procedimientos ya iniciados, marginando los convenios que predeterminan procedimientos futuros, *vid. supra*, § VI.2, nota 23.

traparte hayan previsto en el momento de celebrar el convenio, de modo que aquélla pueda cumplir la obligación asumida. El acto dictado podrá ser motivado adecuadamente y, por tanto, aunque la decisión se haya tomado con anterioridad al trámite de información pública o de presentación de alegaciones, no será posible sostener que se han ignorado esas alegaciones o el resultado del procedimiento ⁴¹.

⁴¹ Lo contrario sería partir de una noción subjetiva o psicológica del procedimiento, según la cual no importa tanto la motivación, entendida como necesidad de argumentar racional y objetivamente la preferencia de una solución sobre las demás apuntadas, sino la imparcialidad del titular del órgano, en el sentido de carecer de una opinión propia antes de conocer las distintas alegaciones y tomar una decisión. Esta noción subjetiva del procedimiento niega implícitamente que la necesidad de motivar sea un freno efectivo a la voluntad de la Administración, es decir, presupone que cualquier decisión puede ser justificada suficientemente, por lo que la única garantía efectiva sería que el titular del órgano llegase a la instrucción y al momento de decidir *tamquam tabula rasa*. Parece claro que ni esa situación es real (ello exigiría, en primer lugar, la separación en todo procedimiento de las competencias de iniciación, instrucción y resolución) ni tal visión del procedimiento se compadece con el valor que el Derecho atribuye a la motivación. El Tribunal Supremo ha rechazado la noción subjetiva o psicológica del procedimiento en su reciente sentencia de 26 de febrero de 1996 (Ar. 1840, García-Ramos Iturralde). El recurrente impugnaba una sanción disciplinaria impuesta por la Comisión Disciplinaria del CGPJ. Según el artículo 421 LOPJ, la competencia para imponer las sanciones de traslado forzoso y separación corresponde al Pleno del Consejo, mientras que para la imposición del resto de sanciones aplicables a las infracciones muy graves es competente la Comisión Disciplinaria. Esta, tras instruir el expediente, lo elevó al Pleno, al haberse propuesto la sanción de traslado forzoso. El Pleno devolvió el asunto a la Comisión Disciplinaria, indicando en su resolución que «al expedientado debe imponérsele la sanción de suspensión superior a seis meses», para cuya imposición es competente la mencionada Comisión. Según el recurrente, ello habría predeterminedo la resolución del órgano competente (la Comisión), invalidándola (Fto. Jco. 5.º). A ello responde el Tribunal que «este extremo del acto que se enjuicia debe entenderse en el presente caso como una irregularidad no invalidante si se tiene en cuenta (...) que la citada Comisión Disciplinaria, en su Acuerdo de 23 de julio de 1991, por el que se impuso la sanción cuestionada, al justificar la extensión de ésta razonó ampliamente, sin aludir al criterio expresado por el Pleno del Consejo antes indicado, ponderando la trascendencia de los hechos que se consideraban probados y que se describían en los antecedentes de hecho de la resolución, el resultado o importancia de la perturbación del interés público de la Administración de Justicia producida por la conducta enjuiciada, y el principio de proporcionalidad entre la infracción y

Todo contrato debe respetar la funcionalidad del procedimiento administrativo, es decir, debe evitar que se convierta en una formalidad carente de sentido. Un contrato que supere ese límite será inválido. Pero la consecución de ese objetivo no requiere que el titular del órgano administrativo llegue al final del procedimiento sin ninguna idea preconcebida sobre el acto que se debe adoptar (lo que es imposible, puesto que al incoarse un procedimiento se parte de una idea determinada de la resolución que se va a dictar al término del mismo). Lo que es necesario es que la Administración no se vea obligada a dictar un acto determinado en todo caso, es decir, *incluso si del resultado de la instrucción se deriva que ese acto sería inválido por inadecuado a sus fines*. Por tanto, la necesidad de evitar el fraude al procedimiento no debe convertirse en una coartada para que la Administración eluda a voluntad el cumplimiento de convenios precedentes.

Para articular jurídicamente estas dos exigencias contrapuestas (respetar el procedimiento, pero también el contrato), debe considerarse, a mi juicio, que, cuando la Administración se obliga en un contrato a dictar un acto, esa obligación está condicionada a que los datos aportados durante la instrucción del procedimiento no demuestren la inoportunidad de dictar ese acto. Lógicamente, en caso de que se cumpla esa condición, y devenga ineficaz la obligación asumida por la Administración, serán también ineficaces (por carecer de causa) las obligaciones de la otra parte que dependan sinalagmáticamente de aquélla.

El cumplimiento de esa condición no depende de la sola voluntad del deudor (la Administración), y por tanto no le afecta la nulidad de las condiciones meramente potestativas (art. 1.115 CC). El cumplimiento de la condición no depende de la Administración, sino de algo ajeno a ella, las alegaciones que los inte-

la sanción, llegando a la conclusión de que la sanción impuesta aparecía como la más “adecuada y eficaz”». Lo relevante no es, por tanto, que la decisión de la Comisión sea de algún modo predeterminada por el Pleno (que habría de conocer, según el art. 143.1 LOPJ, el eventual recurso interpuesto contra la misma), sino si el órgano competente se limita a dictar una resolución de ese tenor o la razona suficientemente.

resados puedan presentar en el procedimiento. Sin embargo, es ella quien decide si la condición se ha cumplido o no al valorar, en la motivación del acto, los resultados del procedimiento. El control judicial de la motivación es, por tanto, muy importante, tanto para evitar que la condición sea, de hecho, puramente potestativa (lo que produciría su nulidad, en virtud del art. 1.115 CC), como para impedir que el procedimiento se convierta en una excusa que permita a la Administración apartarse libremente del cumplimiento de lo convenido.

La condición a que me estoy refiriendo integra *ex lege* la regla negocial, haya sido prevista por las partes o no, y ello porque viene exigida por normas imperativas, inderogables por las partes (las que ordenan la tramitación de un procedimiento determinado antes de que se dicte un acto), y en virtud del principio de conservación de los negocios jurídicos, que impone la modificación e integración de éstos siempre que así se evite su nulidad total. Lo que no es admisible es pretender que, en ausencia de cláusula contractual o de norma expresa, el resultado del procedimiento sea inoponible al particular, con el resultado de que la Administración, si se ve forzada a dar al acto un contenido distinto del establecido en el convenio, deba indemnizar a la contraparte por el interés contractual positivo. Esta consecuencia ha sido afirmada algunas veces por el TS, apoyándose en el artículo 1.302 CC ⁴². Sin embargo, este precepto se refiere exclusivamente a los contratos anulables por vicios del consentimiento, e impide el ejercicio de la acción de nulidad a los causantes de los mismos. La predeterminación del resultado del procedimiento no es un vicio del consentimiento de la Administración, sino la infracción de normas imperativas, cuya sanción es la nulidad radical (art. 6.3 CC) ⁴³.

⁴² Así ocurre en la sentencia de 5 de abril de 1991 (Ar. 2897, Enríquez Sancho), y otras que van en la misma dirección y se analizan *infra*, en la nota 136 de este capítulo.

⁴³ En el ordenamiento alemán, y a propósito de la interpretación del § 134 BGB (que sanciona con la nulidad los negocios que vulneran una norma prohibitiva), se ha sostenido (por CANARIS; *cit.* por BONK en STELKENS/BONK/SACHS, *VwVfG*, *cit.*, pág. 1333, § 59.30; KOPP, *VwVfG*, *cit.*, pág. 1349, § 59.8) que el negocio *no* es nulo cuando la norma violada obligaba sólo a una de las partes, única a la que era exigible su conocimiento.

Es importante determinar, con la mayor claridad, el contenido de la condición a cuyo cumplimiento está vinculada la eficacia del contrato. Para que esta condición se cumpla, es preciso que, en el procedimiento, se hayan aportado nuevos elementos de juicio, con los que la Administración no había contado (ni había podido prever o anticipar) al tomar la decisión discrecional de adherirse al contrato y obligarse a dictar un acto determinado. Esos nuevos elementos han de poner de manifiesto, de forma objetiva, es decir, susceptible de ser razonada y aplicada a casos análogos, que las bases sobre las que debe tomarse la decisión administrativa han variado, de forma que, manteniéndose los mismos criterios subjetivos por parte de la Administración (en cuanto a su valoración discrecional de los intereses públicos en presencia, y de su relevancia recíproca), el contenido de la decisión debe variar respecto al fijado en el contrato.

Con la formulación anterior, ciertamente compleja, creo haber mostrado que, a mi juicio, la Administración no puede pretender liberarse de sus obligaciones contractuales alegando que su criterio ha cambiado desde el momento de la celebración del contrato, si ese cambio no obedece a la aparición de datos o alegaciones imprevistas. Los artículos 1.255 CC y 4 LCAP permiten a los órganos administrativos declarar su voluntad con efectos vinculantes, a reserva del resultado del procedimiento futuro. La conclusión de un contrato estrecha el margen de discrecionalidad de que dispone un órgano en el momento de dictar el acto prometido, pero esta autovinculación no es un fenómeno nuevo o insólito en nuestro Derecho administrativo: también los precedentes o la publicación previa de los criterios

Esa idea, aplicada al tráfico administrativo, supondría que la violación (directa o indirecta) de las normas reguladoras del procedimiento administrativo, encuanto normas que regulan exclusivamente la formación de la voluntad de una de las partes, no darían lugar a la nulidad del contrato. Sin embargo, cabe oponer a esta tesis que, en nuestro Derecho, y a diferencia de lo que ocurre en Alemania e Italia, la invalidez del acto administrativo (separable) por el que la Administración se adhiere a un contrato, da lugar a la nulidad de éste, sin necesidad de seguir un segundo proceso, y aunque el vicio que da lugar a la invalidez del acto sea «interno» de la Administración (incompetencia, violación de procedimiento, etc.).

que la Administración va a seguir en sus decisiones, reducen los márgenes de discrecionalidad ⁴⁴.

En caso de que el cambio de criterio llegue hasta el punto de que la Administración crea que el contrato celebrado es claramente ilegal, no ya por haber predeterminado el resultado del procedimiento, sino porque el contenido de la decisión prometida es irracional o inadecuado para la tutela de los intereses públicos, siempre puede intentar que sea declarado nulo (en vía judicial o de revisión de oficio), lo que determinará probablemente su obligación de indemnizar al particular por la vía de la responsabilidad pre- o extracontractual, si la nulidad es imputable a la Administración, por haber tomado la decisión de celebrar el contrato sin ponderar diligentemente los elementos de juicio de que se disponía (o se podía disponer) en ese momento,

⁴⁴ Piénsese en un convenio por el que la Administración y el promotor de una gran superficie comercial regulan las condiciones en que será concedida al segundo la autorización de apertura de la misma, de forma que el promotor obtiene seguridad sobre el resultado del procedimiento antes de su terminación, y la Administración puede exigirle determinadas prestaciones, carentes de base legal, pero que aseguran que la actividad autorizada satisface de la mejor manera posible los intereses públicos que deben ser valorados para conceder o denegar la autorización. Al celebrar el contrato, las partes prevén el desarrollo del procedimiento (*v.gr.*, las resistencias de los empresarios afectados por el nuevo competidor, o de los titulares de viviendas situadas cerca del centro comercial proyectado), y la Administración realiza una opción entre los intereses en presencia, es decir, predetermina los criterios con los que va a ejercitar su discrecionalidad (*v.gr.*, dar primacía a la mejora en el servicio a los consumidores y a la creación de puestos de trabajo sobre el mantenimiento a ultranza de la estructura comercial preexistente). La Administración, una vez tramitado el procedimiento, podría denegar la autorización (sin necesidad de indemnizar al promotor) si un informe pone de manifiesto que existen planes de carreteras de otras Administraciones que hacen inadecuada la ubicación prevista, o bien que el nuevo centro comercial provocaría un desarrollo urbano indeseable. Lo que no podría hacer la Administración (o, en todo caso, se trataría de un incumplimiento contractual y debería indemnizar el interés contractual positivo) sería denegar la autorización invocando los perjuicios a los comerciantes ya instalados. Por último, en caso de que el conocimiento, en el momento de la celebración del contrato, de las circunstancias objetivas que justifican la denegación de la autorización (*v.gr.*, el plan de carreteras de otra Administración), le fuera exigible a la Administración contratante, ésta sería responsable por *culpa in contrahendo*, y debería indemnizar el interés contractual negativo.

provocando su nulidad y consiguientes perjuicios a la contraparte ⁴⁵.

Una vez que se ha determinado en qué medida la Administración puede obligarse a dictar un acto antes de tramitar el procedimiento correspondiente, y en qué casos dejar de dictar ese acto ha de ser considerado un incumplimiento contractual (con la consiguiente obligación de indemnizar el interés contractual positivo) o una conducta lícita (debido al cumplimiento de la condición), hay que estudiar si las partes pueden prever una regulación distinta, en la que la Administración asuma (en su totalidad o en parte) el riesgo de que el acto prometido en el contrato no llegue a ser dictado, obligándose a pagar en ese caso (y con independencia de cuál haya sido la causa de que no se haya dictado el acto prometido) una indemnización, igual o inferior al interés contractual positivo.

A mi juicio, tal cláusula ha de tenerse por no puesta (o bien ha de considerarse nulo el contrato, si se prueba que las partes no lo habrían concluido sin esa cláusula), por las razones que

⁴⁵ Me parece preferible la construcción de una condición suspensiva de compatibilidad con el resultado del procedimiento, a la simple remisión a la cláusula *rebus sic stantibus*, o a la desaparición de la base del negocio, *ius variandi*, etc., como válvulas que permitirían igualmente a la Administración apartarse del cumplimiento del convenio cuando éste fuese inadecuado para los intereses públicos, de acuerdo con los resultados de la instrucción del procedimiento. No existe entre ambas técnicas una diferencia radical, y de hecho las teorías últimamente citadas se han explicado dogmáticamente, a veces, como condiciones tácitas (*vid.* DÍEZ-PICAZO, *Fundamentos*, *cit.*, vol. II, págs. 885 y sigs.). El argumento que me parece más importante para optar por la condición suspensiva es que la cláusula *rebus* (y demás técnicas parentadas con ella) se refiere a circunstancias sobrevenidas excepcionales, de tal naturaleza que las partes, al celebrar el contrato, no podían prever ni su aparición, ni su identidad. Sin embargo, tanto la Administración como el particular que celebran un contrato sobre la producción de un acto futuro saben que a ese acto deberá preceder un procedimiento, cuyos resultados pueden poner de manifiesto la ilegalidad del acto, en caso de que se dicte tal como se pactó en el convenio. Por tanto, los argumentos o datos que se aporten en el procedimiento son imprevisibles para las partes (pues, de haberse previsto, los habrían tenido en cuenta), pero no su aparición o aportación en el procedimiento. También alguna Ley autonómica (*vid. supra*, § I.3, nota 33) habla de obligaciones condicionadas, y no de resolución por circunstancias sobrevenidas.

indiqué al analizar críticamente la doctrina y jurisprudencia alemanas. Esa cláusula significa, o bien que la Administración actúa como asegurador gratuito de los riesgos del particular (contrato que carecería manifiestamente de causa y que vulneraría el mandato de atención al interés público del art. 4 LCAP), o bien que se intenta eludir fraudulentamente una norma prohibitiva mediante una cláusula penal (lo que está formalmente excluido por el art. 1.155, párr. 2.º, CC). Si se aceptase la validez de este tipo de cláusulas, sí se estaría admitiendo la efectiva vinculación previa del resultado de los procedimientos, pues la Administración tendría que pagar un alto precio (el importe de la indemnización) para tener en cuenta las alegaciones presentadas y modificar el contenido del acto.

Someter las obligaciones contractuales a la condición de su compatibilidad con los resultados de la instrucción del procedimiento, en fin, no sólo evita que el contrato incumpla normas imperativas (las que establecen el procedimiento). También permite celebrar contratos de los que no sean parte todos los interesados o todos los sujetos que pueden participar en el procedimiento, sin que el contrato lesione los derechos de esos terceros (lo que estaría vedado por el art. 1.257 CC). El contrato respeta los derechos de participación en el procedimiento de esos terceros, puesto que su eficacia está condicionada a su compatibilidad con los intereses públicos, tal y como contribuyen a definirlos esos terceros en sus alegaciones.

2. El contenido de los contratos sobre actos y potestades

El contenido de un contrato sobre actos y potestades se distingue por incluir una prestación característica, que puede ser la obligación de dictar un acto administrativo o de poner los medios que permitan llegar a ese resultado. Además, normalmente se pactan otras obligaciones, a cargo de ambas partes o sólo del particular.

Dado que estos contratos suelen ser atípicos, no hay ninguna norma que regule su contenido. Para determinar los límites de

éste hay que utilizar como «contraste» el contenido del acto unilateral que la Administración habría podido dictar en ejercicio de la potestad que es objeto del contrato. Hay que comparar lo que la Administración habría podido hacer unilateralmente con lo que pacta en el contrato ⁴⁶.

Adelantando la tesis central de este epígrafe, la Administración sólo podrá apartarse, en el convenio, de lo que habría podido resolver unilateralmente, cuando exista algún fundamento que lo justifique, y esos fundamentos son (como se irá viendo), esencialmente, dos: o bien que el convenio supera el contenido del acto unilateral por desplazar normas dispositivas, es decir, normas que sólo se aplican en defecto de acuerdo con el particular, o bien que el convenio se aparta de lo que habría sido admisible en un acto unilateral porque incluye prestaciones del particular que la Administración no le habría podido imponer sin su consentimiento, pero que, aceptadas voluntariamente por él, contribuyen a justificar, como más favorable a los intereses públicos, el dictado de un acto discrecional al que la Administración se compromete en el convenio.

En otro caso, es decir, cuando no se dé ninguno de estos supuestos, un convenio que se aparte de lo que habría sido válido en un acto unilateral será un convenio en el que la Administración se obliga a dictar un acto ilegal, y por tanto un convenio viciado por ilicitud en la causa y por imposibilidad objetiva ⁴⁷. O bien se

⁴⁶ No se trata sólo de comparar el acto unilateral *posible* con el acto unilateral que la Administración se obliga a dictar, sino de comparar lo que la Administración habría podido resolver unilateralmente con el contenido completo del contrato, incluidas las obligaciones asumidas por el particular. Puede que el contrato sea ilegal, *v.gr.*, porque la Administración condiciona el dictado de un acto válido al cumplimiento de una contraprestación carente de causa.

⁴⁷ En Alemania, el § 59.2.1 *VwVfG* establece la nulidad del contrato «cuando un acto administrativo de análogo contenido (*mit entsprechendem Inhalt*) fuese nulo». Cuando la ilegalidad de un acto de contenido análogo diese lugar sólo a su anulabilidad, el contrato sólo será nulo si la ilegalidad era conocida por las partes (§ 59.2.2). Esta última distinción obedece a las peculiaridades del régimen de la ilegalidad de los actos administrativos en ese Derecho y será analizada *infra*, en el § VII.6. El hecho de que el contrato sea declarado nulo no significa que el particular se vea privado de toda tutela. Entre nosotros, la sentencia de 18 de junio de 1992 (Ar. 4700, Sánchez-Andrade y

tratará de un convenio en el que se intenta eludir fraudulentamente la aplicación de las normas que regulan el contenido del acto, condicionando la producción de éste a la realización de otras prestaciones del particular que no habrían sido admisibles en el acto⁴⁸.

Sal) declara nulo un convenio expropiatorio en el que la prestación asumida por la Administración, a cambio de la cesión del bien, era la producción de un acto ilegal (al ser imposible reconocer la edificabilidad pactada).

Como dice, siguiendo a HENKE y a otros autores alemanes, PAREJO, en «La terminación convencional», *cit.*, pág. 200, «el contenido lícito del contrato jurídico-administrativo aparece condicionado por el régimen de la actividad administrativa unilateral». Significativamente, KREBS dice que «el contrato no puede tener ningún atractivo para la Administración como “vía de evasión” para evitar así la vinculación a la ley, ya que esta huida es jurídicamente irrealizable» (*vid.* «Contratos y convenios», *cit.*). En el mismo sentido, KOPP, *VwVfG*, *cit.*, pág. 1322 (§ 56.6); BONK, en STELKENS/BONK/SACHS, *VwVfG*, *cit.*, pág. 1293 (§ 56.20); WOLFF/BACHOF/STOBER, *Verwaltungsrecht*, vol. I, *cit.*, pág. 800 (§ 54.25); MAURER, *Allgemeines Verwaltungsrecht*, *cit.*, págs. 350-351 (§ 14.34); ERICHSEN en ERICHSEN (hrsg.), *Allgemeines Verwaltungsrecht*, *cit.*, pág. 376 (§ 26.16).

Puede conducir a error, en una primera aproximación, el hecho de que uno de los tipos contractuales más difundidos en la práctica alemana, sobre todo en el sector urbanístico, sea el llamado «contrato de dispensa» (*Dispensvertrag*), por el que la Administración dispensa al particular de la aplicación de una norma (la norma que prohíbe edificar en el suelo no urbanizable, o que obliga a incluir en cada nueva construcción el número de plazas de aparcamiento necesarias para su servicio), a cambio del pago de una suma de dinero que la Administración empleará para cumplir el mismo objetivo al que tendría la norma dispensada, o de otra prestación que sirva para hacer compatible con el interés público la actividad autorizada. En todos estos casos, lo relevante es que se trata de dispensas que la legislación sectorial ya preveía, y que la Administración podía otorgar mediante acto administrativo. *Vid.* SCHMIDT-ASSMANN/KREBS, *Rechtsfragen städtebaulicher Verträge*, *cit.*, pág. 63; GÖTZ, «Hauptprobleme», *cit.*, pág. 3; BONK, en STELKENS/BONK/SACHS, *op. cit.*, pág. 1267 (§ 54.77); BOSSE, *Der subordinationsrechtliche Verwaltungsvertrag*, *cit.*, pág. 55; KONRAD, *Der öffentlich-rechtliche Vertrag*, *cit.*, págs. 79 y 86-87 (con un exhaustivo análisis jurisprudencial); EHLERS, «Die Zulässigkeit von öffentlich-rechtlichen Verträgen über die Ablösung der Stellplatz- oder Garagenbaupflicht», *DVBl*, 101, (1986), págs. 529 y sigs. (se centra en las posibles objeciones jurídico-tributarias). En palabras de MENGER, «Zum Koppelungsverbot bei öffentlich-rechtlichen Verträgen», *VerwArch*, 64 (1973), págs. 203 y sigs., pág. 208, «la opinión de que son admisibles los *Dispensverträge* siempre y cuando la prestación del particular sirva para cumplir de otra manera la finalidad de la norma que es dispensada, sólo es aceptable de forma limitada, cuando el legislador haya regulado previamente las posibilidades de dispensa».

(Nota 48 en pág. siguiente)

El principio de que el convenio está limitado, como regla general, por el contenido admisible en un acto análogo, no resulta difícil de justificar, y de hecho ya ha sido anunciado en el capítulo anterior. Ello es así porque lo que permite sostener que la Administración puede concluir convenios sobre actos y potestades sin necesidad de que una norma lo autorice es el hecho de que la celebración del convenio, por sí sola, no exime a la Administración de la observancia de ningún precepto de los que regulan su actuación unilateral. Si no fuese así, es decir, si la Administración pudiese celebrar contratos sobre determinados actos administrativos sin respetar en absoluto sus límites materiales, tendrían razón quienes ven en el contrato una institución perversa y defienden su invalidez salvo habilitación expresa.

El hecho de que el convenio no se basa sólo en la voluntad de la Administración, y que por tanto, junto a las potestades de que ésta es titular, también le sirve de apoyo el consentimiento de la otra parte, no altera sustancialmente esta regla, ya que ese consentimiento ha de ser observado con desconfianza, teniendo como tiene en todo momento la Administración la posibilidad de levantarse de la mesa de negociación y dictar resoluciones unilateralmente ⁴⁹. De hecho, una de las razones por las que a este

⁴⁸ Esta regla, además de resultar sistemáticamente obligada (para cerrar el paso a un posible fraude), tiene en Alemania un apoyo positivo explícito, el § 56.2 *VwVfG*, que establece que la producción de actos administrativos a los que un particular tenga derecho sólo puede ser subordinada a contraprestaciones del particular que hubiesen podido ser incluidas en el acto como cláusulas accesorias. El § 56.2 se refiere, según ERICHSEN, en ERICHSEN (hrsg.), *Allgemeines Verwaltungsrecht*, cit., pág. 374 (§ 26.11), y BONK, en STELKENS/BONK/SACHS, *VwVfG*, cit., págs. 1296-1297 (§ 56.30), a potestades de la Administración regladas en todos sus elementos. La construcción de una categoría jurídica específica con los contratos sobre actos y potestades tiene como una de sus finalidades principales la de evitar este fraude. Cuando una prestación contractual jurídicamente indiferente (el pago de una suma de dinero, la cesión de unos terrenos) resulte tener como causa la obtención de un acto administrativo, habrá que considerar que ambos forman parte de una misma relación jurídica, basada en la potestad que habilita a la Administración para dictar ese acto, y habrá que determinar la legalidad o ilegalidad de *todo* el contenido del contrato a la vista del régimen jurídico (y de las condiciones y límites de ejercicio) de esa potestad.

⁴⁹ En este sentido, ERICHSEN en ERICHSEN (hrsg.), *Allgemeines Verwaltungsrecht*, cit., pág. 373 (§ 26.3); SCHILLING, «Der "unfreiwillige" Vertrag»,

tipo de contratos se les debe aplicar un régimen específico es para evitar que la Administración, amparándose en sus potestades y en la libertad de pactos contractuales, condicione el ejercicio de aquéllas a contraprestaciones que, no siendo admisibles como cláusulas accesorias de actos unilaterales, se incluyan en convenios ⁵⁰.

El hecho de que el contrato deba respetar, en principio, los límites de contenido del acto al que sustituye o vincula, no quiere decir que no pueda superarlos en ningún caso, lo que restaría gran parte de su interés a este tipo de contratos ⁵¹. Exis-

cit., pág. 205; SCHERZBERG, «Grundfragen des verwaltungsrechtlichen Vertrages», *cit.*, pág. 210.

⁵⁰ En Derecho alemán también se ha llegado a este resultado, como se ha visto en las notas anteriores. Sin embargo, como sus contratos de Derecho público no son convenios de terminación convencional, y no siempre surgen como sustitutivos o previos a un acto concreto, el resultado no es tan claro y se ha llegado a él a través del debate sobre si el contenido del contrato está sometido al principio de reserva de ley (*vid.* PAREJO, «La terminación convencional», *cit.*, pág. 202). La tesis mayoritaria es la que niega esa reserva: así, KREBS, «Contratos y convenios», *cit.*, pág. 70; KOPP, *VwVfG*, *cit.*, pág. 1305 (§ 54.24); RECKERS, *Gesetzwidrige und gesetzesabweichende Regelungen in Verwaltungsverträgen*, *cit.*, pág. 130; EFSTRATIOU, *Die Bestandskraft des öffentlichen Vertrags*, *cit.*, págs. 120-121. El contrato administrativo con un particular respeta, en principio, su posición jurídica de autonomía privada, de manera que, desde la perspectiva del ciudadano, el contrato administrativo no ha de entenderse como una intervención en sus derechos fundamentales que esté, por tanto, reservada a la ley, sino que se presenta como la configuración de su libertad». En la jurisprudencia, la sentencia del *BVerwG* de 6 de julio de 1973 (*BVerwGE* 42, 331) niega que los contratos sobre actos y potestades estén sometidos a la reserva de ley porque «en ellos, incluso cuando se afecta a posiciones jurídicas relativas a los derechos fundamentales, no se trata de intervenciones (*Eingriffe*), al estar consentidas por quien suscribe el contrato» (pág. 335). La vinculación del convenio a los límites materiales de un acto unilateral análogo se deriva, sin embargo, de otro de los corolarios del principio de legalidad: la primacía de la ley. Salvo que haya un fundamento concreto (como los que prevé la *VwVfG* en sus §§ 55 y 56, al admitir los contratos de transacción y la posibilidad de obtener en ciertos casos contraprestaciones por los actos administrativos, que se estudiará en este epígrafe), debe considerarse vedado al convenio lo que no resulta admisible en un acto unilateral, puesto que ambos son ejercicio (unilateral en un caso, consensual en otro) de la misma potestad administrativa.

⁵¹ En este sentido, PAREJO, «La terminación convencional», *cit.* El acuerdo de voluntades sería «el medio más idóneo para la ejecución administrativa,

ten al menos dos títulos que hacen posible ir más allá del contenido típico.

El primero de ellos es el carácter dispositivo de algunas de las normas que forman parte de ese contenido típico. La distinción entre normas imperativas y dispositivas es más propia del Derecho privado que del público, que parte precisamente de la imposibilidad de que sus normas sean desplazadas por pactos de los particulares⁵². Sin embargo, es un hecho que no pocas normas de Derecho administrativo se declaran aplicables sólo en defecto de acuerdo con el ciudadano. Así ocurre en muchos procedimientos dirigidos a la determinación de la cuantía de la indemnización que la Administración debe al particular, ya sea como consecuencia de una expropiación, reparcelación, responsabilidad extracontractual, ejecución de un plan urbanístico, aumento de unidades de obra por efecto del ejercicio del *ius variandi*, etc.⁵³ También se prevé en algunos casos que el particular, en lugar de pagar una determinada contribución para que la Administración realice una

cuando la solución prevista por la Ley o considerada procedente requiere de una prestación por parte del ciudadano de impracticable imposición unilateral a éste mediante acto administrativo por ausencia de base legal suficiente para ello» (pág. 164). DELGADO PIQUERAS, *La terminación convencional*, cit., pág. 195, tras razonar cómo, a su juicio, en la terminación convencional la Administración puede ir más allá del contenido que sería legítimo en un acto unilateral, dice que «la ventaja que reporta la técnica de la decisión consensual así limitada se vislumbra si se compara con el problema de la falta de flexibilidad y adaptabilidad de la técnica del acto administrativo a la complejidad y variabilidad de las situaciones fácticas, que pueden requerir la inclusión de contenidos considerados decisivos para la toma de la decisión administrativa, pero que, al carecer de una apoyatura normativa específica, aparecerían incorporados a la resolución por la libre y sola voluntad de la Administración». Según KREBS, «Contratos y convenios», cit., pág. 69, el «mayor atractivo» del contrato «radica en el aumento de posibilidades de configuración que le proporciona a la Administración. La cooperación con el ciudadano ofrece mayores posibilidades de persecución, alcance u optimación de los fines de la Administración que las que se darían en la actuación unilateral soberana». En el mismo sentido, SCHUSTER, *Wirksame rechtswidrige öffentlich-rechtliche Verträge*, cit., págs. 24-25; MAURER, «Der Verwaltungsvertrag: Probleme und Möglichkeiten», cit., pág. 34.

⁵² En virtud del principio *ius publicum privatorum pactis mutari non potest*, formulado por PAPINIANO (D., 2, 14, 38).

⁵³ Así, los arts. 24 LEF, 141.4 LAP, 122.2 del TRLS de 1976, 146.2 LCAP.

determinada obra de interés público, asuma la obligación de realizarla por sí mismo ⁵⁴. El análisis de estos supuestos permitirá, en mi opinión, identificar las normas que sean dispositivas *aunque no lo declaren expresamente*, y contribuir así a determinar los requisitos materiales de validez de los contratos.

Las normas que se declaran a sí mismas dispositivas se caracterizan por tutelar exclusivamente el interés del particular, es decir, de aquel sujeto cuyo consentimiento permite a la Administración desplazar la aplicación de la norma y configurar el contenido de la relación consensualmente. No están en juego intereses de terceros, ni el interés público en ninguna de sus dos acepciones (como interés supraindividual cuya tutela se encomienda a la Administración, art. 103.1 CE, o como interés patrimonial de ésta, art. 4 LCAP). Cuando la Administración decide la cuantía de la indemnización en un supuesto de responsabilidad patrimonial, o del justiprecio expropiatorio, o de los gastos de urbanización, el contenido de su decisión no está determinado por una valoración de lo que sea de interés público en cada caso concreto (de ahí que no sean actos discrecionales, y que en otros sistemas o épocas de nuestra legislación tales decisiones fuesen atribuidas a los órganos jurisdiccionales). El interés público habrá sido tenido en cuenta, en su caso, antes (al aprobar la realización de la obra o servicio que motiva la expropiación, o al aprobar el plan cuya ejecución da lugar a las obras de urbanización) ⁵⁵. También es irrelevante para ese interés público que la

⁵⁴ Es el caso de los convenios estudiados en el § II.5, en los que la Administración indemniza a un particular atribuyéndole la condición de colaborador suyo, y también de los casos en que, mediante un acuerdo, se sustituye el pago obligatorio de los costes de urbanización de un terreno por su realización a cargo del propietario. Esta última posibilidad (que en España depende del sistema de ejecución del planeamiento que se haya elegido en cada caso) está prevista en Alemania (*Erschließungsvertrag*, regulado en el § 124 *BauGB*) y también en Italia (arts. 3 y 7 de la Ley 10/1977, sobre *Norme per l'edificabilità dei suoli*). Sobre estos convenios en Alemania, *vid.* DÖRING, «Verträge zur Erschließung von Bauland», *NVwZ*, 13 (1994), págs. 853 y sigs.; SCHMIDT-ASSMANN/KREBS, *Rechtsfragen städtebaulicher Verträge*, *cit.*, págs. 54 y sigs.

⁵⁵ Lo que se propone en el texto es separar, en la actuación de la Administración, ya constituya ejercicio de potestades administrativas o no, la valoración de los intereses públicos de los aspectos meramente patrimoniales. Esta distinción está avalada por GIANNINI, que ve en la regulación del contenido

cuantía de la indemnización se fije por acuerdo entre la Administración y el particular, o bien por un órgano administrativo. En cuanto al interés público en sentido patrimonial, también le es indiferente el modo, consensual o unilateral, en que se determine el contenido de la relación jurídico-administrativa, sea porque se prevén en cada caso mecanismos orgánicos para dejarlo a salvo, sea porque se exige, como presupuesto de validez de la determinación consensual, que ese interés no resulte perjudicado ⁵⁶.

Los convenios sobre actos y potestades podrán superar o modificar el contenido que habría sido posible en un acto unilateral que se refiriera a la misma relación jurídico-administrativa, cuando esa modificación o superación obedezca al desplazamiento de la aplicación de normas dispositivas. La calificación de una norma como dispositiva puede ser expresa o implícita, siendo el criterio determinante, en este último caso, que la norma tutele exclusivamente el interés del particular que celebra un contrato con la Administración ⁵⁷. Lo que no sería admisible

patrimonial de las relaciones jurídico-administrativas el campo propio de los *contratti ad oggetto pubblico* (estudiados *supra*, en el § VI.2): *vid.* su *Diritto amministrativo*, *cit.*, vol. II, pág. 429.

⁵⁶ Un ejemplo de lo primero es el artículo 25 REF, al establecer los trámites a que debe ajustarse la adquisición por mutuo acuerdo de bienes con cargo a fondos públicos. En cuanto a lo segundo, el artículo 141.4 LAP subordina el pago en especie o mediante pagos periódicos de la indemnización en caso de responsabilidad extracontractual de la Administración, a su conveniencia para el interés público.

⁵⁷ En este sentido se pronuncia MAURER, *Allgemeines Verwaltungsrecht*, *cit.*, págs. 350-351 (§ 14.34), para quien la renuncia del particular a determinadas posiciones jurídicas es la única forma en la que el contrato de Derecho público puede tener un contenido más amplio que los actos administrativos unilaterales. Para que la renuncia sea posible, es preciso que «la posición jurídica haya sido establecida *en beneficio de su titular* y por tanto que sea disponible por éste». *Vid.* también SCHERZBERG, «Grundfragen des verwaltungsrechtlichen Vertrages», *cit.*, pág. 210; SCHUSTER, *Wirksame rechtswidrige öffentlich-rechtliche Verträge*, *cit.*, pág. 38; BLECKMANN, «Verfassungsrechtliche Probleme», *cit.*, pág. 603, y RECKERS, *Gesetzwidrige und gesetzesabweichende Regelungen in Verwaltungsverträgen*, *cit.*, pág. 115, que exige no sólo que la norma tutele exclusivamente el interés del particular, sino también que éste sepa que al suscribir el contrato está renunciando a un derecho, por lo que sostiene que la Administración tiene un deber de información (*Aufklärungspflicht*) hacia el otro contratante (págs. 137 y sigs.).

sería la inaplicación de normas imperativas con base en las ventajas que, para algún tipo de interés público, suponga la celebración del contrato ⁵⁸.

Los convenios que desplazan la aplicación de normas dispositivas pertenecen a la categoría identificada en el § I.2 con la denominación de «convenios de ejecución» ⁵⁹. Para las partes, el

⁵⁸ Algunos autores han defendido en ocasiones la posibilidad de que un contrato incumpla normas imperativas, cuando ello sea conveniente para los intereses públicos. Esta tesis fue defendida abiertamente por SALZWEDEL, *Die Grenzen, cit.*, págs. 125 y sigs. Para este autor, existen dos manifestaciones del «interés del Estado» (*Staatsinteresse*) o interés público: por un lado, el interés de la Administración, que ve en el contrato la posibilidad de obtener facilidades de gestión frente a la actuación unilateral. Por otro, lo que el legislador ha considerado como de interés público en sentido objetivo, que equivale al contenido de las normas imperativas. Ambos intereses pueden entrar en conflicto, cuando a la Administración le conviene regular contractualmente una relación jurídica para darle un contenido parcialmente distinto del previsto por normas imperativas. «La realización de este interés administrativo, que en sí mismo es digno de tutela, no es posible cuando choca con normas imperativas, a no ser que ese interés sea de una intensidad tal, que el interés objetivado en las normas deba ceder ante él» (pág. 125). Según BLECKMANN, «Verfassungsrechtliche Probleme», *cit.*, pág. 604, hay que analizar el tenor de cada norma imperativa, para ver si admite, en casos especiales, que las partes celebren acuerdos que desplacen su aplicación. KUNIG, «Verträge und Absprachen», *cit.*, pág. 1197, sin embargo, dice que «no es posible justificar que el contrato incumpla la ley en unos “intereses favorables al contrato”, ni fundamentar esa desviación en una ponderación entre la medida del incumplimiento y la ventaja obtenida mediante la contraprestación de la contraparte o en un interés general en la pacificación». La tesis de SALZWEDEL y, en menor medida, de BLECKMANN, carece hoy de apoyos, y las normas imperativas son un límite que el contrato no puede superar. *Vid.* en este sentido SCHERZBERG, «Grundfragen des verwaltungsrechtlichen Vertrages», *cit.*, pág. 210. Es ilustrativo que J. MARTENS, el autor alemán que de forma más coherente y extremada ha defendido la idoneidad del contrato como medio jurídico para que la Administración, ejecute la Ley, ejerciendo los poderes que ésta le confiere, critique la tesis de SALZWEDEL, pues «no se ve dónde puede encontrarse la contraposición denunciada por SALZWEDEL entre el interés del Estado y el interés administrativo. ¿Qué otro interés podría tener el Estado, sino la aplicación, de la forma más rápida y justa posible, de “sus” normas?» («Normenvollzug durch Verwaltungsakt und Verwaltungsvertrag», *cit.*, pág. 446).

⁵⁹ Como allí se recordaba, son estos convenios (y no los contratos sobre actos y potestades en su totalidad) los que más se acercan a la categoría «concierto de administración», definida por GARCÍA DE ENTERRÍA/FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, en su *Curso, cit.*, vol. I, pág. 667. Los convenios de ejecución pue-

contrato es más ventajoso que la actuación unilateral, no sólo porque la configuración material de la relación (eventualmente diferente de la que habría podido asumir un acto administrativo) puede serles más conveniente, sino también porque obtienen mayor seguridad sobre el contenido de esa relación (al pactarlo de antemano, sin necesidad de esperar a que la Administración decida unilateralmente al término del procedimiento), y porque es posible, en caso de acuerdo, prescindir de algunos trámites procedimentales cuya única función es garantizar los derechos e intereses del particular en caso de que la Administración se imponga unilateralmente frente a él, función innecesaria cuando el particular consiente la actuación administrativa ⁶⁰.

El convenio debe ser, por tanto, materialmente neutro para los intereses públicos y formalmente más favorable, al evitar el surgimiento de litigios y favorecer la resolución simultánea de múltiples conflictos ⁶¹. La validez del convenio depende del res-

den tener por objeto, también, la propia constitución de la relación jurídica entre la Administración y el particular.

PAREJO, «La terminación convencional», *cit.*, pág. 181, dice que «en esta hipótesis, el acuerdo opera como técnica para la concreción en el caso de deberes y obligaciones que ya están establecidos por el Derecho objetivo, es decir y en definitiva, *de simple ejecución* —en términos de fijación de sus términos y condiciones entre la Administración y el ciudadano— de la norma objetiva aplicable. Pero la fijación acordada no puede ir más allá de lo predeterminado por dicha norma, a la que está vinculada la Administración (que sólo está habilitada justamente para su ejecución). Aunque no excluye —siempre que la norma de aplicación lo permita— el establecimiento de *soluciones “adaptativas” a las circunstancias del caso concreto*, especialmente sobre la base de la potencialidad “flexibilizadora” de la ejecución que encierran determinados preceptos o principios constitucionales, como especialmente el de proporcionalidad deducible del de interdicción de la arbitrariedad de los poderes públicos» (la cursiva es mía).

⁶⁰ Un ejemplo de la supresión de trámites procedimentales cuando una actuación administrativa, en este caso de reparcelación, se realiza voluntariamente, en SCHMIDT-ASSMANN/KREBS, *Rechtsfragen städtebaulicher Verträge*, *cit.*, pág. 39, y en la sentencia del *BVerwG* de 6 de julio de 1984 [*NJW*, 38 (1985), págs. 989 y sigs.].

⁶¹ Esa neutralidad se garantiza, en la práctica alemana, mediante una cláusula de liquidación (*Anrechnungsklausel*), en virtud de la cual las cantidades que las partes acuerdan en el contrato, como equivalentes al cumplimiento de deberes jurídico-públicos o a indemnizaciones que la Administración está obligada a pagar a los particulares, se entienden provisionales y condicionadas a la

peto de ese mandato de neutralidad. Sin embargo, como no siempre va a ser posible determinar con exactitud el contenido del acto unilateral que la Administración habría podido dictar, el Tribunal deberá actuar del mismo modo que ante un concepto jurídico indeterminado: verificando que el convenio no se aparte llamativamente de lo que habría podido ordenarse en un acto administrativo. En la medida en que el convenio se mueva en el «halo» del acto unilateral, deberá partirse, en principio, de su validez, y de que las divergencias limitadas respecto al acto unilateral son admisibles con base en la autonomía y responsabilidad de las partes en la valoración de sus respectivos intereses.

Tampoco es admisible, aunque se trate de normas dispositivas, que el convenio desplace significativamente el punto de equilibrio entre las posiciones de las partes a favor de los intereses públicos, es decir, que se valoren los créditos y deudas de la Administración de una forma que le sea abiertamente más favorable que lo previsto en las normas aplicables. Ello es así porque, en Derecho administrativo, es muy discutible la vigencia del principio *volenti non fit iniuria*⁶². Las partes se encuentran

liquidación que la Administración realice finalmente, a través del procedimiento legalmente previsto. Esto garantiza, según la sentencia del *BVerwGE* de 5 de octubre de 1965 (*BVerwGE*, 22, 142), que el contrato no incumple el principio de primacía de la ley, pretendiendo repercutir esos gastos al particular en una cuantía mayor a la autorizada por ésta.

⁶² En contra de la aplicación de este principio para justificar que el contrato vaya más allá del contenido que la ley permite dar a los actos administrativos, *vid.* FORSTHOFF, *Lehrbuch*, *cit.*, pág. 279 («La regla *volenti non fit iniuria* carece de validez en Derecho administrativo»), y su nota a la sentencia del *BVerwGE* de 24 de octubre de 1956, *DVBl*, 73 (1957), pág. 725; KIRCHHOF, *Verwalten durch «mittelbares» Einwirken*, *cit.*, págs. 207-208, y específicamente en relación con el contrato, GUSY, «Öffentliche-rechtliche Verträge», *cit.*, pág. 1228; RUPP, «Zum Anwendungsbereich des verwaltungsrechtlichen Vertrages», *cit.*, pág. 62; BEINHARDT, «Der öffentlich-rechtliche Vertrag», *cit.*, pág. 224; BRAMSCH, *Rechtsfolgen verwaltungsvertraglicher Gesetzesverstöße: insbesondere Nichtigkeitsfolgen durch entsprechende Anwendung d. § 134 BGB im Rahme d. § 59 Abs. 1 VwVfG sowie Vereinbarkeit d. § 59 VwVfG mit d. Verfassungsrecht*, Gelsenkirchen, 1986, págs. 127 y sigs. El trabajo monográfico de SACHS, «“Volenti non fit iniuria”». Zur Bedeutung des Willens des Betroffenen im Verwaltungsrecht», *VerwArch*, 76 (1985), págs. 398 y sigs., llega a la misma conclusión defendida en el texto. En una perspectiva más general, *vid.* QUARITSCH, «Der Verzicht im Verwaltungsrecht

en una situación de desigualdad fáctica, ya que, aunque el particular puede teóricamente negarse a suscribir el contrato que le propone la Administración y optar porque ésta dicte un acto unilateral y tenga que respetar, por tanto, el contenido legalmente fijado para éste, la Administración puede retrasar la producción de ese acto, y obligar al particular a obtener, al cabo de varios años, una sentencia favorable ⁶³.

Por otro lado, la Administración puede convenir con un particular la emisión de un acto discrecional favorable a éste, a cambio de una determinada contraprestación. Se trata de una contraprestación no prevista por las normas que atribuyen a la Administración la potestad (discrecional) que le permite dictar ese acto, por lo que también aquí se supera el contenido típico (admisible) del acto ⁶⁴.

La validez de este tipo contractual, cuya utilidad práctica, tanto para la Administración como para el particular, ha sido

und auf Grundrechte», en SELMER/MÜNCH, *Gedächtnisschrift für Wolfgang MARTENS*, Berlin-New York, 1987, págs. 407 y sigs.; PIETZCKER, «Die Rechtsfigur des Grundrechtsverzichts», *Der Staat*, 17 (1978), págs. 527 y sigs.; STURM, «Probleme eines Verzichts auf Grundrechte», en *Menschenwürde und freiheitliche Rechtsordnung. Festschrift für Willi Geiger zum 65. Geburtstag*, Tübingen, 1974, págs. 173 y sigs. El § 56.1 VwVfG, *in fine*, regula esta cuestión, al exigir que la contraprestación ofrecida en el contrato por el particular sea «adecuada» (*angemessen*), es decir, proporcional o equitativa a la prestación de la otra parte, lo que significa que el legislador no da por buena cualquier prestación asumida voluntariamente por el particular.

En España, se ha estudiado esta cuestión en relación con las cláusulas accesorias de los actos administrativos: *vid.* FERNÁNDEZ FARRERES, *La subvención*, *cit.*, pág. 397; DÍAZ LEMA, *Subvenciones*, *cit.*, págs. 172 y sigs.; VELASCO CABALLERO, *Las cláusulas accesorias*, *cit.*, págs. 246 y sigs.

⁶³ *Vid.* KLOEPFER, «Zu den neuen umweltrechtlichen Handlungsformen», *cit.*, pág. 743.

⁶⁴ En palabras de PAREJO, «La terminación convencional», *cit.*, pág. 182, se trata de aquellos acuerdos que «establezcan contraprestaciones en favor de la Administración, que ésta no habría podido demandar en aplicación de las normas objetivas pertinentes. Pues en este caso hay ya un intercambio de prestaciones cuyo fundamento y título no es la Ley o el Reglamento, sino el acuerdo mismo. Dicho queda así que la posibilidad de este tipo de acuerdos depende del margen de actuación propia que las normas pertinentes otorguen a la Administración pública, por lo que su campo más propicio es el de la discrecionalidad».

estudiada en § II.4, plantea numerosas cuestiones: ¿puede exigir la Administración sacrificios o prestaciones no previstos por ninguna norma, como condición del dictado de actos administrativos? ¿No supone desviación de poder el convertir cualquier potestad administrativa, sea cual sea el interés público para cuya tutela se haya conferido a la Administración, en una fuente de financiación de ésta? Parece claro que la Administración debe dictar aquellos actos que sean adecuados a sus fines, sin necesidad de contraprestación alguna, y que no puede dictar los actos que sean inadecuados para los intereses públicos, sea cual sea la eventual contraprestación que pueda recibir por ello ⁶⁵. Un último (y no menos importante) problema sería que, mediante la celebración de estos contratos, la Administración haría pasar por voluntarias (y, por tanto, inimpugnables por el particular, a no ser por la vía extrema de la intimidación u otros vicios de la voluntad) auténticas imposiciones, inmisiones en la libertad de los ciudadanos carentes de apoyo normativo.

Este tipo de contratos, que entre nosotros son, como se ha visto, dudosamente compatibles con los principios de tipicidad, reserva de Ley, legalidad y con la prohibición de la desviación de poder, parecen chocar en Alemania, además, con el llamado *Koppelungsverbot* (prohibición de acoplamiento), principio de origen jurisprudencial, según el cual la Administración no puede «vender el ejercicio de sus potestades» (*Ausverkauf von Hoheitsrechten*, en expresión usual), condicionándolo a otras prestaciones (especialmente económicas) del particular ⁶⁶.

⁶⁵ Vid. PÜTTNER, «Wider den öffentlich-rechtlichen Vertrag», *cit.*, pág. 125. Se trata de la vieja aporía denunciada por FALCON (*Le convenzioni pubblicistiche*, *cit.*, pág. 248): o bien la contraprestación exigida al particular carece de causa (pues la Administración estaba obligada a dictar el acto en todo caso), o bien el acto dictado está viciado de desviación de poder (pues la Administración lo ha emitido, no por su adecuación para el interés público, sino para obtener la contraprestación pactada).

⁶⁶ El principio del *Koppelungsverbot* ha sido definido por KONRAD, *Der öffentlich-rechtliche Vertrag*, *cit.*, pág. 88, como el «entrelazamiento de prestaciones incoherentes, la amalgama de una decisión administrativa con contraprestaciones económicas carentes de justificación» («*Verknüpfung unzusammenhängender Leistungen, Verquickung hoheitlicher Entscheidungen mit ungerechtfertigten wirtschaftlichen Gegenleistungen*»), o «el acoplamiento de decisiones discrecionales con contraprestaciones económicas pactadas en un

En el ordenamiento alemán se han admitido los llamados «contratos de intercambio» (*Austauschverträge*), siempre que la contraprestación del particular sea, según el § 56 *VwVfG*, proporcionada, que la Administración la dedique a una finalidad determinada en el contrato, y que esa finalidad consista en el servicio al interés público específico al que debe ordenarse el acto objeto del contrato⁶⁷. Se trata de la única excepción admitida al *Koppelungsverbot*⁶⁸, aplicable sólo al ejercicio de potestades discrecionales⁶⁹. Es importante indicar que este tipo de contratos ya eran admitidos, a pesar de su (al menos, aparente) contra-

trato», en palabras de MENGER, «Zum Koppelungsverbot», *cit.*, pág. 203. Vid. WALTER, *Die Koppelungsgeschäfte der öffentlichen Hand*, Diss. Würzburg, 1974. Se produce *Koppelung*, «cuando una autoridad administrativa actúa a la vez al servicio de varias de las finalidades públicas que le han sido encomendadas» (pág. 2). Un negocio jurídico de *Koppelung* se da, a su vez, «cuando en un contrato la Administración actúa para la consecución simultánea de varias finalidades y a cambio de su actuación exige una prestación al particular» (*ibídem*).

⁶⁷ Si no se diesen los requisitos del § 56 *VwVfG*, el contrato podría ser nulo por exigir a cambio del acto administrativo, sin habilitación legislativa alguna para ello, una contraprestación. Se incumpliría la reserva de ley, al realizar la Administración una intervención en la libertad de los particulares sin habilitación legislativa, como indica SCHERZBERG, «Grundfragen des verwaltungsrechtlichen Vertrages», *cit.*, pág. 212.

⁶⁸ MENGER, «Zum Koppelungsverbot», *cit.*, pág. 205, resume lo que entonces (1973) era sólo una doctrina jurisprudencial: el *BGH* establece que «un acto discrecional no podría condicionarse a una contraprestación económica. Tal contrato sería normalmente nulo por contrario a las buenas costumbres. Se admite una excepción, cuando la contraprestación prometida para la obtención de un acto administrativo se relaciona de algún modo con éste. Esto ocurre sin duda cuando “se alcanza un equilibrio, en interés del particular y de la comunidad, por el que el interesado asume la obligación de realizar determinadas prestaciones y el órgano administrativo retira las objeciones que hasta entonces se oponían al acto pretendido”. El *BGH* considera decisivo el que *a través de la contraprestación desaparezcan los motivos que habrían justificado la denegación de la solicitud de ese acto*» (la cursiva es mía).

⁶⁹ Cuando no existe margen alguno de discrecionalidad, entra en juego el § 56.2, y sólo se pueden pactar como aparentes «contraprestaciones» aquellas conductas que hubiesen podido añadirse al acto como cláusulas accesorias. Vid. BONK en STELKENS/BONK/SACHS, *VwVfG*, *cit.*, págs. 1296-1297 (§ 56.31). Entre estas contraprestaciones aparentes se encontrarán también los presupuestos legales del acto que, eventualmente, falten en la solicitud del particular (*conditiones iuris* en la terminología tradicional).

dicción con el *Koppelungsverbot*, antes de la aprobación de la *VwVfG*, que, al regularlos expresamente, ha disipado cualquier duda posible sobre su legitimidad ⁷⁰.

Tales requisitos me parecen perfectamente adaptables a nuestro Derecho, y, a mi juicio, si la Administración los cumple puede válidamente subordinar la emisión de un acto administrativo a una prestación del particular favorecido por ese acto (e interesado, por tanto, en que se dicte, aunque para ello deba llevar a cabo una prestación determinada, y renunciar así a una parte de los beneficios derivados del acto).

La clave que permite justificar este tipo de contratos y distinguirlos de una pura y simple venta del ejercicio de las potestades administrativas, es que la prestación del particular no es una conducta cualquiera que satisfaga un interés de la Administración, sin más, sino que favorece justamente el interés público concreto al que debe servir la Administración al dictar (o no dictar) el acto objeto del contrato. Lo que determina que ese acto sea lícito o no, dado su carácter discrecional, es su adecuación al interés público tal como lo define la ley y lo concreta la Administración: la prestación del particular no es una pura y simple contraprestación o precio que se paga a la Administración, sino que elimina cualquier inadecuación entre el acto solicitado por el particular y el interés público así definido o, visto desde el otro lado, hace que lo solicitado por el particular sea la opción más conveniente para el servicio al interés público, y que acceder a ello sea un ejercicio ajustado a Derecho de la discrecionalidad administrativa ⁷¹.

⁷⁰ En el manual de PETERS, *Lehrbuch der Verwaltung*, cit., pág. 155, ya se estudian aquellos contratos en los que la Administración compromete el ejercicio futuro de sus potestades, condicionándolo a determinadas prestaciones del particular. Se ponen como requisitos de la admisibilidad de estos contratos, «que no pueden contradecir la esencia del acto en cuestión, y que, por su contenido, deben mantenerse en el marco de lo que la Administración habría podido imponer en otro caso en ejercicio de su discrecionalidad». En el mismo sentido, BEINHARDT, «Der öffentlich-rechtliche Vertrag», cit., pág. 227; BULLINGER, *Vertrag und Verwaltungsakt*, cit., págs. 63-66 (muy crítico), y WOLFF, *Verwaltungsrecht I*, cit. (ya en la 8.ª ed., de 1971), pág. 354 [§ 48 II c) 4].

⁷¹ La exposición más acabada de esta idea se encuentra en la sentencia del *BVerwG* de 6 de julio de 1973 (*BVerwGE*, 42, 331). En la pág. 339, y tras expo-

Esta técnica contractual es, por lo demás, sólo aparentemente novedosa. Se admite pacíficamente que la Administración puede, en lugar de denegar una solicitud que es (parcialmente) ilegal, estimarla, pero sometiéndola a la vez a condiciones que la hagan conforme a Derecho. ¿Por qué no podría la Administración, que tiene que dar al acto el contenido que sea más favorable al interés público específico que es el fin del mismo, elegir una opción determinada, pero subordinándola a la realización de diversas prestaciones añadidas que hagan que, efectivamente, sea la más adecuada para ese interés público concreto? ⁷².

Por otro lado, es fácilmente imaginable que, de entre todas las formas posibles de ejercitar una potestad administrativa al servicio de un interés público determinado, la más adecuada no se base en las solas posibilidades de actuación unilateral de la

ner el contenido del *Koppelungsverbot* («las decisiones públicas no pueden, en general, subordinarse a contraprestaciones económicas adicionales»), dice que «la prohibición de contraprestaciones económicas adicionales no carece de excepciones. Según una difundida opinión, una excepción estaría justificada cuando es la contraprestación la que hace posible a la Administración dictar la resolución en cuestión, es decir, cuando la contraprestación sirve para superar un obstáculo jurídico que se oponía a la resolución». En palabras de BONK, en STELKENS/BONK/SACHS, *VwVfG*, *cit.*, pág. 1298 (§ 56.38), sólo puede anudarse una contraprestación económica a un acto (discrecional) favorable, «cuando sin la contraprestación ese acto favorable hubiese podido ser denegado sin vicio alguno». La doctrina se limita a tomar nota de esta jurisprudencia y a interpretar los términos utilizados por el legislador en el § 56 *VwVfG* para darle reconocimiento normativo. *Vid.* GÖTZ, «Hauptprobleme», *cit.*, pág. 4; BOSSE, *Der subordinationsrechtliche Verwaltungsvertrag*, *cit.*, pág. 56.

⁷² Como dice VELASCO CABALLERO, *Las cláusulas accesorias*, *cit.*, pág. 203, «en la doctrina y jurisprudencia, se acepta tradicionalmente que la Administración puede imponer cláusulas accesorias para hacer posible el otorgamiento de un acto cuando no concurren todos los requisitos necesarios». BOSSE, *Der subordinationsrechtliche Verwaltungsvertrag*, *cit.*, pág. 55, aplica este mismo argumento a los contratos, sosteniendo que nada impide al particular asumir compromisos que la Ley no le exige (pero que hacen más adecuada para el interés público su solicitud) cuando ello es la vía para evitar que la Administración deba denegar su petición. Las prestaciones del particular son admisibles, como dice SCHERZBERG («Grundfragen des verwaltungsrechtlichen Vertrages», *cit.*, pág. 212), «cuando el particular se obliga a una conducta que hace que se den todos los requisitos para la legalidad de la prestación de la Administración». En el mismo sentido, *vid.* MENGER, «Zum Koppelungsverbot», *cit.*, pág. 206.

Administración, sino que cuente también con la colaboración del particular ⁷³. Esta colaboración no sólo garantiza mayor eficacia en la actuación administrativa (puesto que evita conflictos), sino que permite mejorar desde el punto de vista material el contenido de esa relación, uniendo a las posibilidades de la Administración las prestaciones que el particular puede realizar. Por esta razón, un acuerdo que enlace la emisión de un acto administrativo a otras prestaciones de los particulares no significa necesariamente que la Administración cede en el servicio a los intereses generales, optando por una solución menos favorable a éstos y más próxima a los intereses del particular, a cambio de una prestación de éste. Al contrario, se trata de que esa prestación del particular, unida al contenido que se da al acto administrativo, es la opción más adecuada para el servicio al interés público de que se trate.

⁷³ Este es el núcleo de la monografía de FALCON, *Le convenzioni pubblicistiche*, cit. En la pág. 252, el autor dice que «cuando se afirma (...) que o bien la actuación administrativa *corresponde* al interés público al que está ligada institucionalmente, y por tanto es *debida*, o bien es *contraria* a ese interés, y por tanto está *prohibida*, sin que aparezca espacio alguno para una *negociación* razonable, implícitamente se presupone que la Administración Pública tenga la disponibilidad completa y unilateral —gracias a su *poder*— de todo el escenario (como conjunto de situaciones jurídicas subjetivas de la Administración y del particular) a cuya realización está condicionada la satisfacción del interés público. Si así fuese, cualquier intervención del particular que contribuyese a determinar ulteriormente el acto en cuestión sería necesariamente *extrínseca* a él, y a la vez *inútil* (puesto que la Administración podría satisfacer con su solo poder el interés público) e *insuficiente* (ya que, si el acto no fuese adecuado para el interés público, no podría compensarse tal defecto con la aportación del particular)». Lo que no se corresponde con la realidad, ya que (pág. 255) «existen situaciones, en las cuales el *interés público* será satisfecho no tanto por la actuación aislada y abstracta de la Administración, considerada en sí misma, sino por su actuación en un contexto que exige necesariamente la colaboración voluntaria de sujetos privados, y como, por otra parte, los mismos particulares en tal situación no pueden satisfacer autónomamente su propio interés, sino que necesitan que las potestades administrativas sean ejercitadas en un sentido determinado, en tal caso parece innegable que la vía más simple y racional para conseguir el resultado consiste en fijar *en común* un programa complejo, una disciplina de la relación en sus distintos aspectos, que pueda realizar, en su conjunto, la mejor satisfacción de los intereses públicos, tal como resulta de la satisfacción simultánea de los intereses privados, y asumir, respecto a ese programa y disciplina, un compromiso recíproco».

Por tanto, aunque el contrato es bilateral, con prestaciones de ambas partes, no puede decirse, en los términos del artículo 1.274 CC, que la causa, para cada parte contratante, sea la prestación o promesa de una cosa o servicio por la otra parte. La causa de estos contratos, para la Administración, debe ser el interés público, y no en el sentido genérico del artículo 103.1 CE, ni en sentido exclusivamente patrimonial, entendido como la relación más favorable posible entre la utilidad y el precio de las prestaciones (art. 4 LCAP), sino referido al interés público concreto y específico para cuyo servicio haya sido atribuida a la Administración la potestad cuyo ejercicio sea objeto del contrato (art. 106.1 CE), es decir, el interés público que deba ser el fin del acto sustituido o predeterminado por el contrato (arts. 53.2 y 88.1 LAP). El interés público debe seguir siendo la causa, al menos para la Administración, también cuando ésta actúa contractualmente y obtiene una prestación del particular si dicta un determinado acto. Mientras que, para el particular, la causa de su prestación (y de su adhesión al contrato) es la prestación de la Administración, para ésta la causa del contrato no es la prestación del particular en sí misma (lo que haría nulo el contrato), sino el servicio al interés público, para el cual la prestación prometida por el particular representa la opción más adecuada⁷⁴.

⁷⁴ Este argumento, que está detrás de toda la jurisprudencia alemana y que es preciso tener en cuenta al interpretar el artículo 88 LAP, fue desarrollado en 1894 por RANELLETTI, en su artículo (estudiado *supra*, en el capítulo III.3) «Concetto e natura», *cit.*, col. 60. A propósito de las concesiones administrativas que, junto al derecho a utilizar el bien objeto de concesión, contienen numerosas obligaciones del concesionario, comenzando por la de explotar el bien de una manera determinada y pagar un canon a la Administración, dice: «El particular se obliga a respetar todas las cargas que le impone el ente público para obtener la concesión, la cual no le sería otorgada en otro caso; así que el *fin (scopo)* de su obligación, la *causa obligationis* es obtener y disfrutar la concesión. Sin embargo, la *causa*, el *fin* del acto del ente público y de sus obligaciones no se encuentran directamente en la obligación del concesionario: éste (el ente público) otorga la concesión para obtener o para procurar a otros los medios de alcanzar determinados fines, que el ente concedente considera de utilidad pública, o para alcanzar directamente esos fines de interés general». La consecuencia que RANELLETTI deduce de esta afirmación (y que, en esta sede, importa menos), es que la Administración, al otorgar una concesión administrativa, actúa como autoridad, al hacerlo al servicio directo del interés general, lo que excluye que las concesiones puedan ser contratos.

Es perfectamente posible, por tanto, que la Administración supere, a través de la celebración de un contrato, el contenido, regido por el principio de tipicidad, que habría podido dar a un acto unilateral, cuando ello obedezca a la renuncia del particular a la aplicación de normas establecidas en su exclusivo interés, o cuando ello permita asegurar la máxima adecuación al interés público, y por tanto la legalidad, del acto administrativo que ha sido objeto del contrato⁷⁵.

3. Materias en las que no es admisible la conclusión de contratos sobre actos y potestades

Hasta ahora se han estudiado las condiciones de validez de los contratos sobre actos y potestades administrativas en general,

El mismo argumento es utilizado posteriormente en Alemania por autores como STETTNER, «Die Bindung der Gemeinde», *cit.*, pág. 554, o FACKLER, *Verfassungs- und verwaltungsrechtliche Aspekte eines Individualanspruchs auf Bauleitplanung*, Berlín, 1989, pág. 176.

⁷⁵ Más criticable me parece la práctica, relativamente difundida en nuestras Administraciones Locales, de instrumentalizar, a través de convenios, sus potestades administrativas al servicio de fines de interés público, pero que no constituyen el *interés público concreto* al que debe ordenarse, según la Ley, el ejercicio de cada una de esas potestades. Esa práctica ha sido condenada ya por la jurisprudencia (invocando la desviación de poder y el principio de legalidad) cuando se realiza mediante añadido de cláusulas accesorias a actos unilaterales [*vid.* la sentencia de 3 de noviembre de 1981 (Ar. 4727, Reyes Monterreal)], pero ha sido aceptada cuando la Administración concluye convenios en los que se obliga a un determinado modo de ejercicio de sus potestades a fin de poder indemnizar así a los particulares. Sirvan como ejemplo las sentencias, mencionadas en otros lugares de este trabajo, de la variante de San Sebastián, o las de 4 de enero de 1983 (Ar. 167, Martín Martín), 19 de abril de 1994 (Ar. 2716, Mateos García) o 18 de julio de 1994 (Ar. 5543, Barrio Iglesias). Parece claro que, o bien la modificación del planeamiento es adecuada al interés público *urbanístico* y entonces la Administración ha de llevarla a cabo sin obtener a cambio de ella una contraprestación (en este caso, la extinción de la deuda contraída con el expropiado), o bien esa modificación no es adecuada al interés público *urbanístico* y entonces será ilegal. Frente a esta forma de actuar, me parece que la doctrina correcta es la del dictamen del Consejo de Estado de 28 de diciembre de 1983 (Dictamen núm. 45772), según el cual «la modificación de un Plan urbanístico sólo estará justificada por razones de interés público y

es decir, sin tener en cuenta el ámbito material en que se produce el contrato o las características específicas de la potestad que tiene por objeto. Sin embargo, todas las legislaciones que admiten esta clase de contratos los excluyen de determinados sectores de la actividad administrativa, o prevén que otras normas puedan excluirlos ⁷⁶. La propia autonomía privada (en la que se enmarca la libertad contractual *inter privatos*) tiene esta misma estructura normativa, al admitir la celebración de cualesquiera negocios, «siempre que no sean contrarios a las leyes» (art. 1.255 CC).

Es indudable que el ámbito de validez del contrato sobre actos y potestades puede ser delimitado sectorialmente por normas, tanto legales como reglamentarias ⁷⁷. Estas, del mismo

no por conveniencias financieras de COPLACO, por lo que *esta motivación pondría de manifiesto una desviación de poder*, tal como alega la sociedad reclamante» (pág. 796).

⁷⁶ El § 54.1 *VwVfG*, como ya se ha indicado, permite la constitución, modificación o extinción de relaciones jurídico-públicas mediante contrato, «mientras una norma jurídica no disponga otra cosa». Uno de los supuestos dudosos es el de los convenios en procedimientos tributarios (a la que no se aplica la *VwVfG*), estudiados por KLEIN/ORLOPP, *Abgabenordnung Kommentar*, München, 1995 (5.ª ed.), págs. 250 (§ 78.4) y 1025 y sigs. (§ 354). Sobre el posible reconocimiento de este tipo de acuerdos en nuestro Derecho, *vid.* ZORNOZA PÉREZ, «¿Qué podemos aprender de las experiencias comparadas? Admisibilidad de los convenios, acuerdos y otras técnicas transaccionales en el Derecho tributario español», *Crónica Tributaria*, 77 (1996), págs. 121 y sigs., esp. págs. 129 y sigs., y AA.VV., *Convención y arbitraje en Derecho Tributario*, Madrid, 1996.

Por lo que respecta al Derecho italiano, el artículo 13 de la Ley 241/1990 exceptúa de la aplicación de sus normas relativas a la participación (en las que se incluye la regulación de los acuerdos con la Administración), «la actividad de la Administración Pública dirigida a la producción de actos normativos, administrativos generales, de planificación y de programación, manteniéndose las normas que regulan su formación», así como los procedimientos tributarios.

El artículo 88.1 LAP, en fin, señala como requisito de los acuerdos de terminación convencional el que no «versen sobre materias no susceptibles de transacción». Según PAREJO, «La terminación convencional», *cit.*, págs. 198-199, se trata de una llamada a la legislación sectorial.

⁷⁷ La eventual reserva formal de Ley, derivada de que tanto el contrato en general (en el CC) como la capacidad contractual de la Administración (art. 4 LCAP) o el acto unilateral como medio ordinario de ejercicio de las potestades administrativas (LAP) están regulados por normas con rango de Ley, ha sido superada por el artículo 88 LAP, al abrir a normas de cualquier rango la posibilidad de prever acuerdos sustitutivos o determinantes de actos administrativos.

modo que pueden admitir la celebración de contratos sustitutos de determinados actos administrativos, pueden establecer condiciones específicas de validez para determinadas categorías de contratos o incluso excluir su celebración en sectores concretos. Sin embargo, como los contratos sobre actos y potestades son, en su mayoría, atípicos, y no es necesario, por otro lado, que una norma autorice su celebración, es preciso determinar si son admisibles en relación con toda clase de potestades administrativas, o si las características singulares de alguna de ellas excluyen que pueda ser objeto de un contrato ⁷⁸.

Múltiples autores han establecido una vinculación entre el grado de discrecionalidad de una potestad y la posibilidad de celebrar acuerdos sobre su ejercicio. El acuerdo o el contrato carecerían de sentido allí donde la Administración carece de un «margen de negociación» ⁷⁹. Esta postura me parece criticable, en primer lugar, por partir de la idea de que la Administración

⁷⁸ STERN, «Zur Grundlegung», *cit.*, pág. 146, dice, en este sentido, que «hay campos del Derecho público, dominados de forma tan exclusiva por el acto administrativo, como el medio más adecuado para la intervención en ellos, que el contrato está conceptualmente excluido». La indagación sobre la compatibilidad entre el contrato y las exigencias institucionales de cada potestad administrativa o de la actuación sectorial de la Administración (como algo adicional a las concretas exclusiones normativas del contrato), es llevada a cabo también por FORSTHOFF, *Lehrbuch, cit.*, pág. 278.

⁷⁹ Esta es la tesis de DELGADO PIQUERAS, *La terminación convencional, cit.*, pág. 176: «Tratándose de tareas estrictamente regladas, la técnica contractual carecería de sentido. (...) Cualquiera puede imaginar ejemplos de intervenciones administrativas en las que no hay absolutamente ningún margen de negociación y, por consiguiente, resulta ocioso hablar de contratación». También en la pág. 208: «Una terminación convencional no sería procedente (...) si no es posible hacer concesiones (como cuando sucede cuando se trata de actos estrictamente reglados)». En el mismo sentido, GÖTZ, «Hauptprobleme», *cit.*, pág. 3; BRAUN, «Der öffentlich-rechtliche Vertrag», *cit.*, pág. 842.

Para KREBS, «Contratos y convenios», *cit.*, pág. 72, aunque «el ámbito de la ejecución legal estrictamente reglada no excluye necesariamente la actividad contractual», «la realización mediante contratos de determinadas tareas que se encuentran fuera de la actuación estatal unilateral interventora es especialmente adecuada en aquellos supuestos en los que el legislador dirige la actividad administrativa tan sólo mediante normas de competencia, atribución de funciones y fijación de los objetivos». *Vid.* también BAUER, «Informelles Verwaltungshandeln», *cit.*, pág. 261; SCHNEIDER, «Kooperative Verwaltungsverfahren», *cit.*, pág. 51.

puede moverse con plena libertad dentro del ámbito de discrecionalidad que le otorga el ordenamiento, de modo que le es posible comprometerse a elegir una de las opciones incluidas en él, del mismo modo que un particular puede asumir en un contrato compromisos relativos a las posiciones jurídicas que forman parte de su patrimonio. No ocurriría así en las potestades regladas, donde la Administración se encuentra obligada a dictar el acto y a darle, además, el único contenido admitido por la Ley. Sin embargo, como se ha indicado ya en el epígrafe anterior, el contenido de los actos administrativos está sometido a Derecho en todo caso, de modo que la Administración nunca dispone de un margen de opciones dentro del cual la elección de una u otra sea jurídicamente indiferente, aunque sólo sea porque esa elección debe ser motivada y, a través del control de la motivación, puede mostrarse que es inadecuada y, por tanto, inválida. La Administración puede superar el contenido típico de un acto discrecional, e incluso obtener prestaciones del particular al que se dirige (en los términos expuestos en el epígrafe anterior), pero no porque la elección entre las diferentes opciones incluidas en el ámbito discrecional sea jurídicamente indiferente ⁸⁰.

En segundo lugar, la tesis que limita la celebración de contratos al ejercicio de potestades discrecionales presupone que la única función del contrato, su única ventaja frente a la actuación unilateral, es la adaptación del contenido de la relación jurídico-administrativa a las peculiaridades de cada caso concreto, lo que sólo sería posible tratándose del ejercicio de potestades discrecionales. Sin embargo, la celebración de contratos tiene otras ventajas frente al acto unilateral, distintas de la «flexibilización» de su contenido. Se trata, sobre todo, de la posibilidad de resolver de forma conjunta y anticipada todos los problemas jurídicos derivados de la realización de actividades económicas complejas, que requieren seguridad y previsibilidad en su marco jurídico. Estas necesidades existen igualmente en el caso de potestades regladas, y ello explica la celebración de los convenios de

⁸⁰ Esta idea fue subrayada ya, con referencia a los contratos sobre actos y potestades, por los autores alemanes que, a partir de 1958, pusieron las bases de la admisión reciente de la figura, como STEIN, «Der Verwaltungsvertrag», *cit.*, pág. 325, o STERN, «Zur Grundlegung», *cit.*, págs. 144-145.

ejecución en diversas materias, regulados (en algunos casos, como el expropiatorio, desde hace muchos años) por nuestra legislación administrativa. De ahí que no me parezca posible excluir, sin más, la celebración de convenios sobre el ejercicio de potestades que carezcan de elementos discrecionales ⁸¹.

No parece admisible la celebración de contratos referidos a actos administrativos de juicio, en los que el particular aparece sujeto a una evaluación encomendada específicamente a un órgano administrativo (dada su imparcialidad, conocimientos técnicos, etc.), y dotada de efectos jurídicos. Carecería de sentido que el acto de juicio pasara a ser suscrito por quien es objeto del mismo. En esta categoría se incluyen, además de exámenes y pruebas similares ⁸², los procedimientos sancionadores ⁸³.

También plantea problemas especiales la posibilidad de que se celebren contratos sobre el ejercicio de la potestad reglamen-

⁸¹ El contrato ha de entenderse excluido en aquellos procedimientos en los que no sólo no existe margen de negociación alguno, sino que las normas imponen la igualdad absoluta entre todos los ciudadanos, igualdad que, por fuerza, se resiente en la actuación convencional (aunque sólo sea porque la negociación pone de manifiesto desigualdades que van a justificar un tratamiento parcialmente desigual). Es el caso, *v.gr.*, de procedimientos para la recogida de datos estadísticos (el ejemplo del DNI que pone DELGADO PIQUERAS, *La terminación convencional, cit.*, pág. 176), matrículas en centros educativos, etc. Datos como la utilización de impresos pormenorizados (art. 70.4 LAP) o que el acto administrativo suponga el ingreso del ciudadano en una situación legal y reglamentaria, son síntomas que excluyen la validez de contratos que pretendan introducir regímenes desiguales en esos ámbitos.

⁸² Así, en Derecho alemán, la *VwVfG* se aplica sólo parcialmente a la actividad de evaluación o examen (*Prüfungen*) sobre las personas, según su § 2.3.2.

⁸³ La inadmisión de la celebración de contratos en el ejercicio de la potestad sancionadora no se opone a los acuerdos «de ejecución», es decir, sobre los aspectos patrimoniales de la resolución. Estos acuerdos son expresamente previstos por el artículo 22.2 RPPS, en el procedimiento complementario al sancionador y dirigido a determinar la cuantía de la indemnización por responsabilidad civil derivada de la infracción. En contra, DELGADO PIQUERAS, *La terminación convencional, cit.*, págs. 222-223, que propone la admisión indirecta de la terminación convencional en el procedimiento sancionador, basándose en el ejemplo de la «conformidad» penal: «La consensualidad podría articularse en el procedimiento sancionador mediante el expediente de manifestar el presunto infractor su conformidad con la propuesta de resolución (previamente negociada) que el órgano instructor ha de elevar al que ha de resolver».

taria ⁸⁴. Son frecuentes los convenios que se refieren a la aprobación o modificación de normas reglamentarias: piénsese en la aprobación de normas técnicas en materia ambiental, que en muchas ocasiones se pacta con los interesados, o en las modificaciones de planes urbanísticos pactadas en convenios.

No hay que confundir los contratos en los que la Administración se obliga a dictar una norma (que es a los que se refiere este epígrafe), con aquellos convenios o convenciones a los que el ordenamiento reconoce valor normativo, es decir, fuerza de obligar *erga omnes*, más allá del ámbito subjetivo de las partes que los hayan celebrado ⁸⁵. Es usual distinguir también, sobre todo

⁸⁴ SÁNCHEZ MORÓN, «El régimen de los actos y los recursos administrativos», *cit.*, pág. 270, señala entre las especies de acuerdos de terminación convencional a «los acuerdos que podríamos llamar “normativos”, es decir, aquellos que tienen vocación de ser recogidos en el contenido de una norma jurídica. Por ejemplo, los convenios urbanísticos para la modificación o desarrollo del planeamiento, o los acuerdos alcanzados en la negociación colectiva de los funcionarios públicos que deben ser aprobados luego por el Consejo de Ministros, Consejos de Gobierno de las Comunidades Autónomas u órganos correspondientes de las entidades locales».

⁸⁵ *Vid.* SANTAMARÍA PASTOR, *Fundamentos, cit.*, págs. 308-309, y el exhaustivo análisis de SACHS, «Die normsetzende Vereinbarung im Verwaltungsrecht», *VerwArch*, 74 (1983), págs. 25 y sigs., así como su síntesis en el comentario a la *VwVfG* de STELKENS/BONK/SACHS, pág. 1245 (§ 54.40-41). SACHS, en su artículo citado de 1983, parte de la distinción clásica entre *Vereinbarung* (convención) y *Vertrag* (contrato). La primera tendría valor normativo inmediato en virtud de una habilitación constitucional o legal, habilitación que la Ley no puede otorgar en ningún caso a favor de un simple particular (con la relativa excepción de los convenios colectivos de Derecho laboral). Por el contrario, en un contrato en sentido estricto la Administración puede *obligarse* (ya veremos si válidamente o no) a dictar un reglamento, pero el contrato no puede asumir un valor *sustitutivo* de un reglamento (*vid.* SCHMIDT-ASSMANN/KREBS, *Rechtsfragen städtebaulicher Verträge, cit.*, pág. 84, nota 212).

Ese valor inmediatamente normativo es el que parece que hay que reconocer en nuestro Derecho a algunos (al menos) de los convenios sobre las condiciones de trabajo de los funcionarios, regulados por la Ley 9/1987, de 12 de junio (reformada después por la Ley 7/1990, de 19 de julio), concretamente a los llamados «pactos» (art. 35), que son aquellos que se celebran «sobre materias que se correspondan estrictamente con el ámbito competencial del órgano administrativo que lo suscriba y vincularán directamente a las partes». Los llamados «acuerdos», en cambio, «versarán sobre materias competencia del Consejo de Ministros, Consejos de Gobierno de Comunidades Autónomas u órganos correspondientes de las Entidades Locales. Para su validez y eficacia será

en la doctrina alemana, entre contratos «puros», en los que la Administración se obliga a dictar una norma, y contratos «impropios» (*unecht*), en los que se compromete a no intervenir reglamentariamente en un determinado sector, normalmente a

necesaria la aprobación expresa y formal de estos órganos en su ámbito respectivo». La materia de los acuerdos es normativa, en cuanto no establecen relaciones entre los sujetos que los celebran, sino el régimen de trabajo de los funcionarios en general [vid. una confirmación jurisprudencial en el comentario de P. GONZÁLEZ SALINAS, «La negociación colectiva en la Función Pública: el carácter reglamentario de los acuerdos (Sentencia del Tribunal Supremo de 10 de marzo de 1993; Pte., Conde Martín de Hijos)», *REDA*, 80 (1993), págs. 697 y sigs.]. La Ley 9/1987, derogando en este punto las reglas generales sobre competencia para dictar reglamentos y sobre el procedimiento de elaboración de disposiciones de carácter general (arts. 129 y sigs. LPA), ha encomendado la elaboración de la norma al acuerdo de dos sujetos, y ha dado a ese convenio fuerza vinculante desde el principio (según el texto transcrito previamente), sin necesidad de acto posterior alguno de aprobación por un órgano administrativo, al menos, repito, en el caso de los «pactos». No veo inconveniente en calificar a ese convenio como sustitutivo de un reglamento o convenio con valor reglamentario, como ha hecho la doctrina mayoritaria: vid. SÁNCHEZ MORÓN, *Derecho de la función pública*, Madrid, 1996, pág. 237; FERNÁNDEZ DOMÍNGUEZ/RODRÍGUEZ ESCANCIANO, *La negociación colectiva de los funcionarios públicos*, Barcelona, 1996, pág. 189 (con cita de otras opiniones en este sentido); BLANCO ESTEVE, «La negociación colectiva de los funcionarios públicos», *REDA*, 52 (1986), págs. 509 y sigs., esp. pág. 533; CARRERA ORTIZ, «Naturaleza y eficacia jurídicas de la negociación colectiva en la función pública en España», *Revista Española de Derecho del Trabajo*, 38 (1989), págs. 263 y sigs., esp. pág. 268; OJEDA AVILÉS, «Los derechos de representación y negociación de los funcionarios públicos según la Ley 9/1987, de 12 de mayo», *Relaciones Laborales*, 1988-II, págs. 200 y sigs. (pág. 220); REY GUANTER, *Estado, sindicatos y relaciones colectivas en la función pública*, Madrid, 1986, págs. 157-159; ROQUETA BUJ, *La negociación colectiva en la función pública*, Valencia, 1996, págs. 395 y 398 (aunque indicando las diferencias con los convenios colectivos, derivadas de que la Administración se reserva la aprobación final del Acuerdo, al corresponder la competencia a un órgano distinto del que lo ha negociado). Otra cosa es que, como dice PIÑAR MAÑAS, en «Las estructuras de participación y representación del personal al servicio de las Administraciones públicas», *REDA*, 65 (1990), págs. 47 y sigs., la reserva de Ley del artículo 103.3 CE deje poco espacio a la negociación con los representantes de los funcionarios y, por tanto, a las normas producto de esa negociación.

MENÉNDEZ REXACH expuso una opinión contraria en *Los convenios entre Comunidades Autónomas*, cit., pág. 90: «La creación de Derecho objetivo que es consustancial al concepto de norma no se produce por el acuerdo de voluntades de los partícipes, sino por el acto unilateral de cada uno de ellos (o de uno

cambio de que los particulares acepten voluntariamente algunas de las obligaciones que podrían imponérseles en el reglamento omitido ⁸⁶. Con frecuencia, este último tipo de compromisos, aunque se hagan constar por escrito, no son considerados vinculantes ni siquiera por quienes los celebran, que se consideran suficientemente tutelados por la posibilidad de modificar su conducta ante un incumplimiento de la otra parte, y dejan así abierto el camino a la adaptación a nuevas circunstancias ⁸⁷.

Los convenios sobre reglamentos no están regulados expresamente en ninguna de las Leyes referidas a los contratos sobre actos y potestades. En Italia, están expresamente excluidos del ámbito de aplicación del artículo 11 de la Ley 241/1990. Por lo que se refiere al Derecho alemán, es dudosa su inclusión en el

solo, según los casos) aprobando el contenido que previamente ha sido determinado por ese acuerdo de voluntades». El principal argumento empleado para sustentar esa conclusión es el punto de partida asumido, a saber, que los actos jurídicos son normas, resoluciones o contratos, sin que quepan «hermafroditismos» (pág. 76, nota 104, pág. 82, texto y nota 113). Lo cierto es, sin embargo, que el ordenamiento ya reconoce valor normativo a otros convenios (los convenios colectivos de Derecho del Trabajo), y que, en la figura concreta de los «pactos», no hay un acto unilateral de aprobación de lo convenido, que permita reconducir el convenio a «reglamento (unilateral) con un procedimiento especial de elaboración», como defiende MENÉNDEZ REXACH.

⁸⁶ Aceptan esta distinción GUSY, «Zulässigkeit gemeindlicher Verpflichtungen», *cit.*, págs. 169-170; MEYER/BORGS, *VwVfG, cit.*, pág. 504 (§ 54.48); SCHERER, «Rechtsprobleme normersetzender "Absprachen" zwischen Staat und Wirtschaft am Beispiel des Umweltrechts», *DöV*, 44 (1991), págs. 1 y sigs., págs. 4 y sigs.; BROHM, «Rechtsgrundsätze für normersetzende Absprachen», *cit.*, pág. 1029, nota 28.

⁸⁷ SCHERER, «Rechtsprobleme normersetzender "Absprachen"», *cit.*, págs. 3-4, habla de acuerdos «sustitutivos» de normas (*normersetzende Absprachen*), no en el sentido de que se cree a través de ellos (y no unilateralmente por la Administración) una norma jurídica, sino porque la Administración consigue, al menos parcialmente, el mismo objetivo material que pretendía conseguir con el reglamento que habría tenido que dictar en caso de no alcanzarse un acuerdo. *Vid.* también BROHM, «Rechtsgrundsätze für normersetzende Absprachen», *cit.*, pág. 1029, también niega que se trate de contratos, pues las partes los celebran sin voluntad de quedar vinculadas («ohne "Bindungswillen"»), como simples «acuerdos entre caballeros», KIRCHHOF en ISENSEE/KIRCHHOF (hrsg.), *Handbuch des Staatsrechts, cit.*, vol. III, págs. 186 y sigs., § 59.157-160 (esp. núm 157), y las notas 39 y 40 del capítulo I.

ámbito de aplicación de la Ley ⁸⁸. Por un lado, ésta no regula la actividad *normativa* (reglamentaria) de las Administraciones, sino sólo la *administrativa* (§ 1.1) en sentido material, es decir, la actividad de aplicación o ejecución de normas ⁸⁹. Sin embargo, como responde la opinión mayoritaria, la Ley se aplica al procedimiento administrativo en todo caso, y éste se define (§ 9) como el conjunto de trámites dirigidos a la producción de un acto administrativo o de un contrato de Derecho público, de modo que, aunque un reglamento no esté incluido en el ámbito de aplicación de la *VwVfG*, un contrato de Derecho público lo estará en cualquier caso, aunque su objeto sea un acto o un reglamento ⁹⁰. De ahí que numerosos autores defiendan la aplicabilidad, directa o analógica, de la *VwVfG* a los contratos sobre la producción de reglamentos ⁹¹.

A pesar de ello, se considera de forma mayoritaria que los convenios sobre reglamentos no son válidos, al menos los convenios *puros*, aquellos en los que la Administración se obliga a aprobar una norma ⁹². La razón no se encuentra en alguna espe-

⁸⁸ Ningún precepto de la Ley (ni de las Leyes análogas de los *Länder*) se refiere a esta clase de contratos. La Exposición de Motivos del Proyecto *VwVfG* de 1973, *cit.*, pág. 79, se limita a decir (de forma bastante oscura) que los contratos entre Administraciones que produzcan efectos frente a terceros, «especialmente los contratos que creen Derecho (*insbesondere Verträge normensetzenden Inhalts*), no son pensables en un Estado de Derecho sin una habilitación legislativa especial».

⁸⁹ En este sentido, BIRK, «Normsetzungsbefugnis und öffentlichrechtlicher Vertrag», *cit.*, pág. 1798; OBERMEYER, *Kommentar*, *cit.*, pág. 827 (§ 54.98); HEBERLEIN, «Wider den öffentlich-rechtlichen Vertrag?», *cit.*, pág. 764, nota 22. En contra, KOPP, *VwVfG*, *cit.*, pág. 57 (§ 1.40).

⁹⁰ *Vid.* SCHERER, «Rechtsprobleme normersetzender “Absprachen”», *cit.*, pág. 4; SCHMIDT-ASSMANN/KREBS, *Rechtsfragen städtebaulicher Verträge*, *cit.*, pág. 86; MEYER en MEYER/BORGS, *VwVfG*, *cit.*, pág. 502 (§ 54.55); PAPIER, «Gründerwerbsverträge mit “Bauplanungsabreden”», *cit.*, pág. 500; KOPP, *VwVfG*, *cit.*, pág. 57 (§ 1.40).

⁹¹ Mientras que los autores citados en la nota anterior defienden la aplicación directa de la *VwVfG* a los contratos sobre la producción de reglamentos, ÜLE/LAUBINGER, *Verwaltungsverfahrenrecht*, *cit.*, pág. 739 (§ 67.7), defienden la aplicación analógica.

⁹² En este sentido, KOPP, *VwVfG*, *cit.*, pág. 1309 (§ 54.33), o (entre los trabajos más recientes), LOMAN, «“Ausverkauf von Hoheitsrechten”», *cit.*, págs. 1439-1440; SCHMIDT-ASSMANN/KREBS, *Rechtsfragen städtebaulicher Verträge*, *cit.*, pág. 87.

cialidad de la potestad reglamentaria, o en la dificultad de obtener una sentencia que condene a la Administración a aprobar un reglamento ⁹³, sino en el problema de la predeterminación de los procedimientos administrativos. Vincular de antemano la aprobación de un reglamento impediría a la Administración ponderar adecuadamente todos los intereses afectados en el momento de dictarlo ⁹⁴.

El problema de la predeterminación de los procedimientos no me parece, por las razones expuestas en el § VII.1, ni limitado exclusivamente a los contratos sobre reglamentos, ni de entidad suficiente como para excluir, en todo caso, su validez,

⁹³ Contra esta restricción se pronunció ya en 1962 BACHOF, «Die Rechtsprechung des Bundesverwaltungsgerichts», *JZ*, vol. XVII (1962), págs. 745, al decir que el principio (que una sentencia del *BVerwG* acababa de proclamar) según el cual «no existen pretensiones al dictado de un reglamento» («*einen Anspruch auf den Erlaß einer Rechtsverordnung gibt es nicht*»), «no puede ser compartido, al menos en esa forma apodíctica». El estado de la cuestión en KOPP, *Verwaltungsgerichtsordnung (VwGO)*, München, 1994 (10.^a ed.), pág. 471 (§ 47.9), donde se explican las diversas acciones admisibles para reclamar judicialmente la aprobación de un reglamento. Sobre este punto, *vid.* también HARTMANN, «Zum Anspruch auf Erlaß untergesetzlicher Normen im öffentlichen Recht», *DöV*, 45 (1991), págs. 62 y sigs. Entre nosotros, *vid.* CALVO CHARRO, «Naturaleza jurídica del ejercicio de la potestad reglamentaria y consecuencias de la pasividad administrativa», *RAP*, 137 (1995), págs. 239 y sigs., que da cuenta de la actitud de extremo *self-restraint* del Tribunal Supremo.

⁹⁴ Se trata de una conclusión unánime: *vid.* SCHERER, «Rechtsprobleme normersetzender “Absprachen”», *cit.*, pág. 4; BIRK, «Normsetzungsbefugnis und öffentlich-rechtlicher Vertrag», *cit.*, págs. 1798-1799; DOSSMANN, *Die Bauungsplanzusage*, *cit.*, págs. 66 y sigs.; BONK en STELKENS/BONK/SACHS, *VwVfG*, *cit.*, pág. 1263 (§ 54.72); MEYER en MEYER/BORGS, *VwVfG*, *cit.*, pág. 503 (§ 54.55); MAURER, *Allgemeines Verwaltungsrecht*, *cit.*, pág. 352 (§ 14.35); SCHMIDT-ASSMANN/KREBS, *Rechtsfragen städtebaulicher Verträge*, *cit.*, pág. 89; STETTNER, «Die Bindung der Gemeinde», *cit.*, pág. 559; KREBS, «Zulässigkeit und Wirksamkeit vertraglicher Bindungen», *cit.*, pág. 52, «Konsensuales Verwaltungshandeln im Städtebaurecht», *cit.*, pág. 973; LOOMAN, «“Ausverkauf von Hoheitsrechten”», *cit.*, pág. 1440, PAPIER, «Grunderwerbsverträge mit “Bauplanungsabreden”», *cit.*, pág. 501; SCHNEIDER, «Kooperative Verwaltungsverfahren», *cit.*, págs. 58-59. Estos autores afirman que no es posible excluir la validez de los contratos sobre reglamentos apelando a la imposibilidad de vincular el ejercicio de poderes normativos, o invocando la indudable invalidez de un contrato que pretendiera obligar al Parlamento a aprobar una Ley, dada la heterogeneidad entre la potestad legislativa y la reglamentaria.

existiendo otros remedios para solucionarlo sin impedir a la Administración el recurso al contrato en el ejercicio de sus potestades. Sin embargo, parece indudable que los convenios sobre reglamentos no pueden ser sometidos al mismo régimen de los convenios sobre el ejercicio de potestades no normativas. ¿Cómo concebir un contrato por el que la Administración se obligue a dictar el reglamento ejecutivo de la Ley de Vías Pecuarias, o de la LCAP, y a darle un determinado contenido? ¿Ante quién podría asumirse ese compromiso?

La clave se encuentra, a mi juicio, en una de las ideas-fuerza sobre las que se apoya la validez de los contratos sobre actos y potestades: el interés público concreto que en cada caso debe servir la Administración puede encontrarse tan ligado a un interés particular, que sólo la colaboración entre ambos pueda satisfacer el primero. El contrato sirve para regular esa colaboración. Esta situación sólo se da cuando la Administración se enfrenta a interesados singulares, a los que afecta la disciplina *concreta* que ella puede producir mediante el ejercicio de sus potestades. Pero no se produce esta situación cuando la Administración, habilitada para ello, en su caso, por la Ley, se coloca en una perspectiva supraordenada a los sujetos singulares y establece una regulación abstracta de una determinada materia. En ese caso, que es el que refleja el ejercicio ordinario de la potestad reglamentaria, carecería de justificación que la Administración subordinara sus planteamientos, en un contrato, a los de un interesado particular, siendo así que los intereses en presencia (frente a lo que sucede en un acto administrativo ordinario) serán múltiples y abstractos.

La regulación abstracta que se acaba de describir como un obstáculo a la celebración de contratos no se da, sin embargo, en todos y cada uno de los reglamentos que dictan las Administraciones, ya que, aunque es una característica tendencial de toda norma, no tiene una vigencia absoluta, por lo que existen normas concretas, o al menos cuyo grado de abstracción es muy limitado⁹⁵. Será

⁹⁵ Como sostienen los autores que han estudiado la distinción entre actos y reglamentos: como dice SANTAMARÍA PASTOR, «Los conceptos de generalidad y abstracción (...) no designan estados absolutos, sino posiciones relativas dentro

en estos últimos casos (como sucede claramente con la modificación de instrumentos de planeamiento urbanístico), cuando sean admisibles los convenios sobre el ejercicio de la potestad reglamentaria ⁹⁶. También serán válidos esos convenios, naturalmente, cuando hayan sido previstos por una Ley, como hace la Ley 9/1987 respecto a las condiciones de trabajo de los funcionarios.

4. Órgano administrativo competente para la celebración del convenio

Los contratos sobre actos y potestades son celebrados por una Administración pública y un sujeto que se encuentre colocado en una posición de sujeción general o especial respecto a esa Administración en el asunto o potestad concreta a que se refiere el contrato ⁹⁷. En la mayoría de los casos no existe una norma que indique cuál es el órgano administrativo que debe

de una escala descendiente de singularidad o concreción» (*Fundamentos, cit.*, pág. 723).

⁹⁶ Esta perspectiva, aunque no es, como he explicado antes, la dominante en la doctrina alemana, ha sido también defendida por algunos autores. BACHOF, «Die Rechtsprechung», *cit.*, pág. 745, al discutir la posibilidad de que un particular sea titular de un derecho subjetivo al dictado de un reglamento, dice «una pretensión al dictado de un reglamento es infrecuente, pues la habilitación para dictar normas no se otorga, generalmente, en interés de personas concretas. Sin embargo, no es imposible; *es especialmente concebible en respecto de aquellas normas que están en la frontera con el acto administrativo*» (la cursiva es mía). Es el caso, claramente, del planeamiento urbanístico, especialmente sus modificaciones o los planes de nivel ejecutivo. BIRK, «Normsetzungsbefugnis und öffentlichrechtlicher Vertrag», *cit.*, pág. 1799, señala que uno de los obstáculos para la admisión de los contratos sobre normas se encuentra en que éstas afectan a la generalidad, no sólo a las partes del contrato. También esta opinión apunta la idea de que el contrato podría ser admisible si su objeto fuesen normas que sí afectasen primordialmente a un círculo reducido de intereses, o que fuesen concretas.

⁹⁷ En principio, todas las Administraciones pueden celebrar contratos sobre actos y potestades, si bien su aptitud para suscribir cada específico contrato dependerá de si son titulares o no de las competencias a cuyo ejercicio se refiere el contrato. En este sentido, con referencia a la terminación convencional, GONZÁLEZ PÉREZ/GONZÁLEZ NAVARRO, *Comentarios, cit.*, vol. I, pág. 1493.

manifestar el consentimiento de la Administración a la celebración del convenio. Ello se debe, o bien a que el contrato es atípico (es el supuesto más frecuente), o bien a que las normas que lo regulan no se refieren al órgano competente, como ocurre, *v.gr.*, en la legislación autonómica sobre convenios urbanísticos. En estos casos, la solución es sencilla: es competente para celebrar el contrato el órgano que lo habría sido para dictar el acto sustituido o afectado por el contrato. Si el convenio es válido por ser un medio adecuado para el ejercicio de una potestad administrativa, y si la decisión de celebrarlo (o de no hacerlo) tiene que basarse en una ponderación de los intereses generales a que debe servir esa potestad, debe ser el órgano a quien corresponda el ejercicio de ésta quien celebre el contrato ⁹⁸.

La atribución de la competencia para la celebración del contrato al órgano competente para dictar el acto al que aquél se refiere supone una regla especial respecto a lo dispuesto en la LCAP (así como en la LBRL y en la legislación autonómica), que otorga la competencia para contratar a unos u otros órganos según la cuantía del contrato.

Los llamados procedimientos bifásicos (o multifásicos) plantean problemas especiales. En ellos, la resolución final depende de la *voluntad* de varios órganos ⁹⁹. Cuando todos esos

⁹⁸ En el Derecho alemán, expresa esto claramente la propia cláusula general sobre el contrato de Derecho público, el § 54.2 *VwVfG*, al disponer: «La autoridad puede, en lugar de dictar un acto administrativo, celebrar un contrato con aquel sujeto a quien, en otro caso, dirigiría el acto». Queda clara la vinculación entre la competencia para dictar el acto y para celebrar el convenio. Ya con anterioridad se había proclamado este principio en la jurisprudencia. La ya citada sentencia de 5 de julio de 1974 del *BVerwG* (asunto *Flachglas*) afirma que uno de los requisitos para que un acto dictado por la Administración simplemente para cumplir un convenio previo no se vea afectado por ello en su validez, es que «se garantice el respeto del orden de competencias en materia de planeamiento [materia a la que se referían el convenio y la resolución administrativa vinculada por él]. Es decir, si la planificación corresponde al Pleno municipal, se debe asegurar su participación también en la decisión previa».

⁹⁹ Cuando en el procedimiento intervienen varios órganos, pero no para la emisión de declaraciones de voluntad en sentido estricto, sino, *v.gr.*, emitiendo informes preceptivos, pero no vinculantes, no nos encontramos, en rigor, ante un procedimiento bifásico, y sobre todo no se plantean problemas de compe-

órganos tienen la facultad de pronunciarse libremente sobre el contenido del acto, o al menos sobre si se adopta o no, el contrato deberá ser suscrito por todos ellos.

Ocurre, en ocasiones, que una norma atribuye a un órgano administrativo la competencia para la celebración de convenios, como una competencia específica, desligada de la competencia para dictar el acto o ejercer la potestad que se refiere el convenio ¹⁰⁰. Ello no plantea problemas especiales cuando la competencia para la suscripción del convenio se atribuye a un órgano superior, supraordenado (jerárquicamente o no) al órgano competente para dictar el acto que es objeto del convenio, y (éste es el dato decisivo) con un contenido de mera formalización de un acuerdo en cuya formación y adopción participa decisivamente el órgano competente en relación con el objeto del convenio ¹⁰¹.

tencia para la celebración del contrato, sino de si el contrato predetermina ilícitamente o no un procedimiento, como se ha estudiado *supra*, en el § VII.1.

¹⁰⁰ Esto ocurre en los reglamentos de adecuación de procedimientos a la LAP, ya analizados en el capítulo anterior: en el de responsabilidad patrimonial (art. 13.1, RD 429/1993), subvenciones (art. 7.3, RD 2225/1993), autorizaciones (art. 5.3, RD 1778/1994), así como en el RD 3/1996, artículo 4.4 *in fine* (aplicación del régimen de autorización administrativa previa a ciertos acuerdos sociales de las sociedades del grupo Repsol). Lo mismo sucede cuando se atribuye competencia a un órgano para la celebración de «convenios», inespecíficamente, como empieza a ser frecuente. Un ejemplo en la Ley de Puertos de 1992, que menciona, entre las competencias del Consejo de Administración de las Autoridades Portuarias [art. 40.3.o)] la de «aprobar aquellos acuerdos, pactos, convenios y contratos que el propio Consejo determine que han de ser de su competencia, en razón de su importancia o materia».

¹⁰¹ Los reglamentos de adecuación de procedimientos a la LAP son, en este aspecto, poco claros. En ocasiones parece que la decisión de celebrar o no el convenio corresponde al mismo órgano que habría sido competente para dictar el acto unilateral (en caso de que el procedimiento no hubiera terminado de forma convencional). Así sucede, *v.gr.*, en el procedimiento de concesión de subvenciones (art. 7.3), al decirse que «si la propuesta mereciere la conformidad del órgano instructor y de todos los solicitantes en el procedimiento, *se remitirá*, con todo lo actuado, *al órgano competente para resolver, quien lo hará con libertad de criterio*, y elevará la resolución, en su caso, al que corresponda a los efectos de la formalización». La misma fórmula se adopta en el RD 3/1996, sobre autorización de acuerdos de Repsol (art. 4.4; el art. 4.4 del RD 8/1997, de 10 de enero, sobre autorización de acuerdos de Telefónica, es idéntico), y otra muy similar en materia de autorizaciones (art. 5, apartados 3 y 4).

Se produce en estos casos una asimetría en el régimen jurídico de los modos de ejercicio de la potestad o de terminación del procedimiento (unilateral y convencional), pues la competencia se atribuye a órganos distintos en ambos casos: la razón es un plus de garantías formales y de publicidad en el caso de terminación convencional, además del prejuicio dogmático según el cual la manifestación de voluntad *contractual* frente a terceros de un ente administrativo debe ser llevada a cabo, exclusivamente, por el órgano al que esté atribuida la «representación» del ente (teoría de los «órganos externos») ¹⁰².

En cambio, en materia de responsabilidad patrimonial parece consagrarse el principio opuesto, de forma que quien habría sido competente para dictar una resolución que estimase o denegase la solicitud de indemnización, con fijación, en su caso, de la indemnización procedente, no tiene otra competencia, en caso de que se alcance un acuerdo, que la de remitirlo a un órgano superior para que decida o rechace su formalización: «*El órgano competente resolverá o someterá la propuesta de acuerdo para su formalización por el interesado y por el órgano administrativo competente para suscribirlo*. Cuando no se estimase procedente formalizar la propuesta de terminación convencional, el órgano competente resolverá en los términos previstos en el apartado siguiente [que regula la resolución unilateral del procedimiento en general]» (art. 13.2). Esta divergencia es prácticamente irrelevante, pues el órgano competente para resolver es, en la Administración del Estado, un Ministro (art. 142.2 LAP), por lo que él mismo será competente también para la formalización del acuerdo, de acuerdo con el principio, consagrado por el artículo 12 LCAP, según el cual la manifestación del consentimiento contractual de la Administración corresponde, en principio, a los Ministros y Secretarios de Estado.

¹⁰² De hecho, ZWAHLEN recomendaba, en aquellos casos en que el convenio se refiriese a un acto para el que fuese competente un órgano «inferior», la necesidad de su ratificación por el superior jerárquico (*Le contrat de droit administratif, cit.*, pág. 621). Con relación al Derecho francés, POUYAUD ha dicho, en este sentido, que «a veces, la autoridad competente para dictar actos unilaterales no lo es para celebrar contratos y entonces el contrato está viciado por la incompetencia de su autor» (*La nullité, cit.*, pág. 237).

La distinción entre órganos internos y externos puede explicar la atribución a algunos órganos de la competencia para «formalizar» un acuerdo ya negociado y cerrado por otro órgano, el que habría sido competente para terminar ese mismo procedimiento mediante el dictado de un acto unilateral [una exposición reciente sobre esa distinción puede encontrarse en SCOCA, «Teoria della organizzazione amministrativa», en MAZZAROLLI *et al.* (a cura di), *Diritto amministrativo, cit.*, vol. I, págs. 411 y sigs., esp. págs. 427 y sigs.]. Organos internos son aquellos que imputan a la Administración actos de relevancia meramente interna, mientras que la imputación de actos que producen efectos frente a terceros queda reservada a los órganos externos. Por razones de certeza

Por tanto, si se atribuye la competencia para celebrar convenios que vinculen el ejercicio de una potestad administrativa a un órgano distinto del que es competente para el ejercicio de esa potestad mediante actos unilaterales, una de dos: o la competencia para la celebración del convenio se refiere únicamente a su formalización (y el órgano cuyas competencias son predeterminadas o vinculadas por el convenio participa, incluso de forma decisiva, en la elaboración de éste), o bien esa competencia para la celebración del convenio se superpone a la competencia de otro órgano para dictar actos unilaterales y vincula su ejercicio, con lo que se produce un desplazamiento competencial indirecto, o un vaciamiento de la competencia del órgano a quien se encomienda el dictado de actos unilaterales, al venir el contenido de dichos actos predeterminado (en medida mayor o menor) por el convenio¹⁰³. Ese «desplazamiento competencial» supone una asimetría difícil de justificar, consistente en que la competencia se ejerce por órganos distintos, según cuál sea el modo de su ejercicio (unilateral o contractual), justamente cuando la afirmación de la que se parte es que lo importante son el fin y los límites de esa potestad, y no la figura jurídica a través

jurídica, las normas pueden atribuir a algunos órganos la competencia exclusiva para declarar, de forma vinculante frente a terceros, la voluntad de la Administración. Son órganos cuya competencia consiste exclusivamente en la «formalización» de una decisión adoptada ya por otro órgano (interno). El principio general vigente en la actualidad es que los órganos competentes para adoptar las decisiones lo son también, normalmente, para expresarlas de forma vinculante (así, no es necesario que los acuerdos del Pleno del Ayuntamiento sean formalizados en una resolución suscrita por el alcalde, de modo que sólo los actos firmados por éste vinculen a los particulares). Ese principio, que rige con claridad para los actos administrativos, no lo hace con la misma claridad para los actos procesales y contractuales, para los que en ocasiones rige el principio de que, con independencia del órgano que deba tomar la decisión correspondiente, es precisa la formalización del acto por un determinado órgano (normalmente monocrático), que es el único que puede «comprometer la voluntad» del ente hacia el exterior. Esa idea (un tanto arcaica) puede explicar la remisión de los reglamentos citados al «órgano competente para la formalización del acuerdo».

¹⁰³ Si se atribuye a un órgano la competencia para suscribir acuerdos jurídicamente vinculantes y cuyo objeto sea el ejercicio de las competencias de otro órgano, ha de presumirse que la norma pretende que el convenio vincule jurídicamente el ejercicio, por este segundo órgano, de sus competencias. Lo contrario sería admitir la conclusión de convenios de cumplimiento imposible.

de la cual se produzca su ejercicio. En todo caso, como tal desplazamiento de una atribución competencial realizada en virtud de una norma distinta, la disposición que establezca la competencia para la celebración del convenio debe estar dotada del suficiente rango normativo. En caso contrario, habría que interpretarla como una competencia de mera formalización.

5. **Carácter administrativo del convenio y potestades administrativas «exorbitantes» durante su ejecución**

El régimen jurídico de los contratos sobre actos y potestades va a depender en buena medida de su calificación como contratos administrativos o de Derecho privado. Esa calificación, al determinar la competencia de la jurisdicción contencioso-administrativa y la aplicación del privilegio de autotutela y de las potestades administrativas de modificación y resolución del contrato, supone una tutela especial de los intereses públicos afectados por el contrato, y en consecuencia puede ser un presupuesto de la validez de éste, si esa validez está condicionada, como se vio en el capítulo anterior, a que el ejercicio consensual de potestades no suponga para esos intereses un perjuicio respecto a la actuación mediante resoluciones unilaterales.

Casi toda la jurisprudencia recaída sobre convenios sobre actos y potestades procede de las Salas de lo contencioso-administrativo que además han afirmado expresamente su jurisdicción sobre esta clase de litigios ¹⁰⁴. Las únicas sentencias de la

¹⁰⁴ Así ocurrió ya, *v.gr.*, en el antiguo RD de 3 de julio de 1908, resolutorio de un conflicto, en que se atribuye a la Administración la competencia para conocer de las cuestiones «que surjan del convenio por el que el ramo de Guerra cede ciertos terrenos a un Ayuntamiento y éste se obliga en cambio a la apertura de calles y ejecución de obras de urbanización», aunque la justificación sería hoy dudosamente admisible: «Por recaer sobre servicios públicos y haberse de costear con fondos públicos, a tal punto que ni aun después de pronunciada sentencia firme de la justicia ordinaria tendría ésta medios hábiles para la ejecución del fallo».

La naturaleza administrativa de los convenios sobre actos y potestades es afirmada paradigmáticamente por la sentencia de 18 de octubre de 1977 (Ar.

Sala 1.^a sobre contratos de este tipo son relativamente antiguas y se refieren a sedicentes donaciones modales con las que las partes pretendían, en realidad, cumplir obligaciones legales o convencionales y hacer innecesaria la actuación administrativa por vía de coacción (por lo que se trataba de cesiones *solvendi causa* y no *donandi causa*)¹⁰⁵.

Esta posición jurisprudencial mayoritaria es, a mi juicio, sustancialmente correcta, siempre que se refiera estrictamente a contratos sobre actos y potestades, y no a los convenios en sentido genérico (o a los convenios urbanísticos en general, o ambientales, etc.).

La categoría jurídica «contratos sobre actos y potestades» no coincide con la categoría «contratos administrativos», porque ambas tienen una función diferente, lo que determina un ámbito de aplicación y un régimen jurídico distintos. Lo que se intenta al estudiar (o al regular) los contratos sobre actos y potestades es que, sin perjuicio de la utilización por la Administración del contrato en el ejercicio de sus potestades (dado que este instrumento jurídico parece haber llegado a serle imprescindible), ese

4364, Jiménez Hernández), ya con argumentos absolutamente actuales: «No nos hallamos ante un simple contrato de donación de inmuebles y de compromiso de cesión por venta de seis parcelas (...) y ni aun siquiera ante el convenio expropiatorio que regula el artículo 24 LEF, sino ante algo más profundo de lo cual los mencionados donación y compromiso son una mera exteriorización del acuerdo establecido, pues éste tiende a regular la relación entre un particular (...) y el Instituto Nacional de la Vivienda para la mayor y más rápida obtención de las finalidades de éste (...) un contrato de estas características rebasa ampliamente las finalidades privadas que en él aparecen (...) lo que *se compromete es el ejercicio de facultades administrativas, como lo son las relativas a la delimitación del polígono a edificar y a la forma de obtenerlo, así como la postura del Instituto Nacional de la Vivienda frente a la facultad ordenadora urbanística* (...) lo expuesto es de por sí suficiente para situar el contrato de autos dentro del ámbito de los denominados administrativos».

¹⁰⁵ La sentencia (civil) de 4 de diciembre de 1964 (Ar. 5581, Tutor y Guelbenzu) rechaza la tesis de que el convenio era una donación civil, como sostenía el demandante, y proclama en cambio que se trata de un contrato administrativo. Esta doctrina fue invocada expresamente por la sentencia (ya de lo contencioso) de 5 de noviembre de 1968 (Ar. 4908, Becerril) para afirmar la naturaleza administrativa de un convenio de cesión de terrenos a cambio de la no expropiación de otros.

recurso al contrato no vaya en detrimento de las garantías que, tanto para los particulares como para los intereses generales implicados, comporta la actuación mediante actos unilaterales. La finalidad institucional del contrato administrativo no es ésa. Si a los contratos que reciben esa calificación se aplica un régimen jurídico peculiar, es porque se asume que, dada su estrecha relación con el giro o tráfico administrativo, la Administración debe ocupar en ellos una posición similar a la que ocupa cuando actúa en ese giro mediante actos administrativos: un fuero particular (el contencioso-administrativo), el privilegio de autotutela y unas potestades de modificación y resolución que eviten que la satisfacción del interés público (y de sus cambiantes necesidades) se vea dificultada por la necesidad de respetar estrictamente el vínculo contractual ¹⁰⁶.

Ahora bien: esas razones que justifican la calificación de algunos contratos como administrativos se dan también en los contratos sobre actos y potestades, lo que determina que éstos sean, además, contratos administrativos. Ello no es difícil de probar, dado que la relación con el giro o tráfico de la Adminis-

¹⁰⁶ Las afirmaciones anteriores no implican que, a mi juicio, el contrato administrativo tutele de forma más eficaz los intereses públicos o que exista una incompatibilidad esencial entre el contrato privado y la actuación en el giro o tráfico administrativo. Verificar estas últimas tesis requeriría, en primer lugar, comparar los efectos jurídicos (incluidos los indemnizatorios) del ejercicio de las «potestades exorbitantes» de la Administración como sujeto contratante, con lo que ocurriría si el contrato fuese privado, y hubiese que calificar esas conductas como incumplimiento contractual o como desaparición de la base del negocio, o si tales potestades tuviesen que ser previstas por la Administración en el contrato y someterse a los límites que el Derecho privado impone a la facultad resolutoria *ad nutum* (esa comparación partiría de ARIÑO, *Teoría del equivalente económico*, *cit.*, y en cierto modo es lo que este autor ha llevado a cabo, con referencia al Derecho norteamericano, en su prólogo a la monografía de MONEDERO GIL, *Doctrina del Contrato del Estado*, *cit.*). Lejos defender ninguna tesis «sustancialista» sobre el contrato administrativo, de lo que se trata es de indagar cuál es el sentido que tiene la opción del legislador de 1995, de mantener la distinción entre contratos administrativos y contratos de Derecho privado. Del mismo modo que la autotutela se justifica, en nuestro Derecho, por su contribución a la eficacia administrativa (lo que habrá de tenerse en cuenta, por lo pronto, a la hora de interpretar las normas correspondientes), sin que ello signifique asumir que una dosis menor de autotutela conduciría necesariamente a una disminución de la eficacia.

tración, o con su «competencia específica», es indudable en contratos cuyo objeto es el ejercicio de potestades o la producción de actos administrativos. Parece claro que es, por ello mismo, la jurisdicción contencioso-administrativa la más adecuada para conocer de las cuestiones que puedan suscitarse, y que la Administración debe gozar, cuando celebra estos contratos, de la misma posición jurídica que se le reconoce en el ejercicio unilateral de sus potestades. Nuestro Derecho, a diferencia de otros, no considera extraña o inaceptable la aplicación de técnicas propias de los actos administrativos (la autotutela declarativa y ejecutiva) a algunos contratos, incluso si la ejecución de los mismos no tiene ninguna relación con la garantía de la continuidad o regularidad de los servicios públicos esenciales (como ocurre con los contratos de suministro de material de oficina, *v.gr.*). Y si el criterio es, como indica el artículo 5 LCAP, la vinculación del objeto del contrato con el giro o tráfico administrativo, resulta clara esa vinculación en los contratos sobre actos y potestades ¹⁰⁷.

La aplicación de la LCAP para determinar la calificación de los contratos sobre actos y potestades puede requerir alguna explicación, dado que parece dudosa la inclusión de tales contratos en su ámbito de aplicación. Cuando la LCAP excluye de su ámbito de aplicación los «convenios de colaboración con par-

¹⁰⁷ La calificación de este tipo de contratos como administrativos, con el consiguiente reconocimiento a la Administración del privilegio de autotutela, puede ser criticada como perjudicial para el derecho a la tutela judicial efectiva del contratante privado (pues ese privilegio es siempre un obstáculo a ese derecho fundamental) y puede ser tachada de innecesaria (ya que, como el ejemplo de otros países demuestra, es perfectamente posible que la Administración actúe mediante contratos privados, sin el privilegio de autotutela, incluso en materias estrechamente relacionadas con los intereses generales que le han sido encomendados). Se trataría, en definitiva, de volver a proponer en un ámbito nuevo los argumentos contrarios a la tesis «sustantivadora» del contrato administrativo. Sin poder entrar ahora en el debate sobre el contrato administrativo (ni menos aún apoyar la tesis sustancialista), lo cierto es que la «lucha» por la igualdad efectiva entre las partes del contrato, o por la reducción del privilegio de autotutela de la Administración contratante, ha de llevarse a cabo en la legislación general sobre contratos de la Administración, no a la hora de calificar una categoría específica de contratos que reúne claramente las características de los contratos administrativos.

ticulares» [art. 3.1.d)], no se refiere a los contratos sobre actos y potestades en general, sino sólo a los «contratos de fomento» o equivalentes funcionales de las subvenciones, como los antecedentes de este precepto muestran con claridad ¹⁰⁸. Pero es que, aunque todos los contratos sobre actos y potestades estuviesen exentos del ámbito de aplicación de la LCAP en virtud de ese precepto, ello no impediría el recurso a la propia LCAP para calificar el contrato como administrativo o privado, visto que esa calificación es absolutamente necesaria, aunque sólo sea al objeto de determinar la jurisdicción competente. Lo que pretende la LCAP al excluir estos «convenios» de su ámbito de aplicación es que se aplique con carácter preferente su normativa específica, tenga ésta el rango que tenga, pero los «principios» de la Ley sí son aplicables «para resolver las dudas y lagunas que pudieran presentarse» (art. 3.2).

La propia LCAP apunta a la inclusión en su ámbito de aplicación de los contratos sobre actos y potestades, en su D.A. 4.^a, que dispone:

«Terminación convencional de procedimientos.»

Se celebrarán con sujeción a lo dispuesto en esta Ley los contratos que se formalicen al amparo de lo establecido en el artículo 88 de la Ley de Régimen jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común, cuando tengan por objeto materias reguladas en la presente Ley».

La alusión a las «materias reguladas» no puede referirse a los contratos típicos, sino a aquellas cuestiones de la regulación de los contratos que, por su naturaleza, sean aplicables a los contratos sobre actos y potestades (lo que en muchos casos no sucede, *v.gr.*, con la selección del contratista). Parece, por tanto, que es posible calificar como administrativos o privados los contratos sobre actos y potestades con arreglo a la LCAP, y ello no sólo porque, como contratos de la Administración, están sometidos a esta Ley, salvo norma en contrario, sino porque la D.A. 4.^a lo dispone expresamente.

¹⁰⁸ *Vid. supra*, § III.6.

La calificación administrativa de estos contratos es confirmada por el dato de que, en todos los ordenamientos que les han dado una regulación específica (fundamentalmente, Alemania e Italia), se ha previsto el desistimiento unilateral de la Administración por causas sobrevenidas de interés público, y este punto (con la consiguiente indemnización al contratante privado) es uno de los que ha planteado más problemas a la doctrina y la jurisprudencia ¹⁰⁹. Resulta mucho más razonable calificar como administrativos estos contratos (lo que es coherente con su naturaleza, como se acaba de ver) y aplicarles, con las debidas adaptaciones, las normas de la LCAP sobre el *ius variandi* o el *fac-tum principis*, que construir con materiales foráneos un régimen jurídico particular que dé respuesta a los mismos problemas.

Otro argumento en favor de la calificación de los contratos sobre actos y potestades como administrativos es que la prestación de la Administración, en caso de que exista, consiste en el dictado de un acto administrativo o en abstenerse de dictarlo (además, en su caso, de otras prestaciones). Para exigir judicialmente el cumplimiento del contrato habrá que impugnar el even-

¹⁰⁹ Por lo que se refiere al Derecho alemán, el § 60 de la *VwVfG* codifica, en su apartado 1, la cláusula *rebus sic stantibus* (o la construcción, más reciente y de origen germánico, y dirigida al mismo fin, de la desaparición de la base del negocio), que no supone una peculiaridad de los contratos de Derecho público (puesto que se aplica a todos) ni un privilegio de la Administración (ya que la facultad resolutoria se reconoce a ambas partes). El último inciso, en cambio, sí establece una «prerrogativa» contractual de la Administración, pues dispone que «la autoridad también puede desistir del contrato para evitar o eliminar graves perjuicios al interés público». Además de las obras generales sobre el contrato citadas en el § I.4, *vid.* FLUCK, *Die Erfüllung*, *cit.*; LITTBARSKI, *Der Wegfall der Geschäftsgrundlage im öffentlichen Recht*, Frankfurt a. M.-Bern, 1982; BULLINGER, «Leistungsstörungen beim öffentlich-rechtlichen Vertrag», *cit.*; STERN, «Die clausula rebus sic stantibus im Verwaltungsrecht», en *Staat, Kirche, Wissenschaft in einer pluralistischen Gesellschaft. Festschrift zum 65. Geburtstag von Paul Mikat*, Berlin, 1989, págs. 775 y sigs.; LORENZ, «Der Wegfall der Geschäftsgrundlage beim verwaltungsrechtlichen Vertrag», *DVBl*, 112 (1997), págs. 865 y sigs.

El artículo 11 de la Ley (italiana) 241/1990 dispone: «La Administración puede resolver unilateralmente el acuerdo por circunstancias sobrevenidas de interés público, sin perjuicio de la indemnización de los eventuales perjuicios causados al particular». *Vid.* un estudio específico de este precepto en RALLO, «Appunti in tema di rinegoziazione», *cit.*

tual acto que no se ajuste al contrato, o la denegación (expresa o presunta) de la solicitud dirigida a la Administración para que dicte el acto a que se comprometió. Ello implica que la jurisdicción competente va a ser la contencioso-administrativa, y que antes de demandar en vía judicial el cumplimiento del contrato habrá que dar oportunidad de pronunciarse a la Administración, lo que supone que ésta goza del privilegio de autotutela. La calificación del contrato como administrativo explica estas dos circunstancias, puesto que forman parte del régimen típico de estos contratos.

Podría objetarse a ello que, sin perjuicio de esa exigencia en vía administrativa y contenciosa de las prestaciones contractuales consistentes en, o referidas a actos administrativos, debe considerarse que el contrato es privado en todo lo demás, y en particular respecto a las prestaciones del particular, y que por tanto la Administración no podrá exigir las haciendo uso de la autotutela, sino únicamente presentando una demanda ante la jurisdicción ordinaria. Esta conclusión, sin embargo, no es aceptable, y no sólo por los inconvenientes de los contratos de naturaleza jurídica mixta (subrayados por la doctrina y jurisprudencia alemanas, que sencillamente han descartado su existencia) ¹¹⁰, sino también, y sobre todo, porque el artículo 6 LCAP impone la calificación enteramente administrativa o enteramente privada de los contratos mixtos, y la calificación enteramente privada de los contratos sobre actos y potestades es imposible por la razón jurisdiccional que se acaba de indicar ¹¹¹.

¹¹⁰ *Vid. supra*, §§ I.4 y VI.2.

¹¹¹ En la doctrina, PAREJO, sin afirmar que lo que él llama «acuerdos administrativos consensuales» sean contratos *administrativos* (puesto que, aunque sostiene que son contratos, los separa netamente del ámbito de aplicación de la LCAP), sí les extiende el régimen de éstos, es decir, la titularidad, por parte de la Administración en cuanto sujeto contratante, del privilegio de autotutela y la atribución de las cuestiones derivadas del contrato a la jurisdicción contencioso-administrativa: «Cualesquiera cuestiones que surjan en la vida de la expresada relación jurídica son forzosamente cuestiones administrativas, cuyo conocimiento último, en caso de conflicto, corresponde al orden jurisdiccional contencioso-administrativo, lo que exige su tratamiento previo por la propia Administración. La consecuencia que de todo ello debe extraerse no es otra que la esencial *aplicabilidad aquí del régimen de la actividad unilateral, con las modulaciones que impone la expresada naturaleza contractual* del acuerdo

Calificar el convenio como contrato administrativo supone remitirse a la LCAP en todo lo relativo a la ejecución y cumplimiento del contrato, por lo que aquí se indicarán sólo las peculiaridades que se plantean en su aplicación a los convenios administrativos.

administrativo consensual. Estas modulaciones pueden reconducirse a la idea de la titularidad de las potestades generales o formales y el ejercicio de éstas corregido por el carácter contractual del acto sobre el que opera» («La terminación convencional», *cit.*, pág. 212).

DELGADO PIQUERAS propone para los convenios (cuya naturaleza contractual no le ofrece dudas) un régimen jurídico tomado del Derecho alemán y, más exactamente, del § 61 *VwVfG*. Dicho brevemente, al desconocer ese Derecho la figura del contrato administrativo, la Administración sólo puede proceder a la ejecución forzosa de sus derechos, sin recurrir a los Tribunales, cuando se apoye en un acto administrativo (estando regulada esa ejecución en la Ley de Ejecución Administrativa o *Verwaltungs-Vollstreckungsgesetz*, de 1953). La Administración, para obtener la satisfacción de aquellas de sus pretensiones que se apoyen en un contrato, debe presentar una demanda ante los Tribunales (de lo civil). La regulación por la *VwVfG*, en 1976, de los contratos de Derecho público, ha modificado parcialmente ese esquema al atribuir el conocimiento de las cuestiones derivadas de los mismos a la jurisdicción administrativa (§ 40 de la Ley de la Jurisdicción Administrativa o *VwGO*, modificada por la *VwVfG*), pero el contrato sigue sin ser un título ejecutivo para la Administración. En caso de conflicto, tanto la Administración como el particular contratante deben presentar una demanda judicial. Las partes pueden, sin embargo, establecer mediante una cláusula que el contrato sea un título ejecutivo (§ 61). *Vid.* WOLFF/BACHOF/STOBER, *Verwaltungsrecht I*, *cit.*, pág. 811 (§ 55.50); WULFF, *Zwangsvollstreckung aus Verwaltungsverträgen*, Diss. Berlín, 1975 (este autor defendía, antes de la aprobación de la *VwVfG*, que la Administración podía proceder a la ejecución forzosa de los contratos, como si fuesen actos unilaterales, págs. 82 y sigs., pero el legislador no siguió esa tesis); LERCHE, «Die verwaltungsgerichtliche Klage aus öffentlich-rechtlichen Verträgen», en KÜLZ/NAUMANN (hrsg.), *Jubiläumsschrift zum hundertjährigen Bestehen der deutschen Verwaltungsgerichtsbarkeit und zum zehnjährigen Bestehen des BVerwG*, Karlsruhe, 1963, vol. II, págs. 59 y sigs., esp. págs. 82 y sigs.; ERICHSEN, «Rechtsfragen des verwaltungsrechtlichen Vertrages», *VerwArch*, 68 (1977), págs. 69 y sigs.; FLUCK, *Die Erfüllung*, *cit.*, págs. 60-66 (que da una solución original: el eventual acto que dicte la Administración para exigir ejecutoriamente el cumplimiento del contrato sería simplemente antijurídico, pero no nulo, por lo que será, en principio, eficaz, y el particular deberá recurrirlo). Ese es el régimen que DELGADO PIQUERAS propone para los convenios en nuestro Derecho: por un lado, atribución al orden jurisdiccional contencioso-administrativo de cuantas cuestiones se deriven de los mismos (*La terminación convencional*, *cit.*, pág. 212). La Administración, sin embargo, no estará dotada de autotutela: «Aunque sea algo inhabitual, la presencia de la Administración

Normalmente, los procesos por incumplimiento del contrato suelen plantearse, o bien porque la Administración se niega a cumplir el convenio y entonces el particular obtiene un acto denegatorio mediante la técnica del silencio administrativo, o bien porque la Administración, considerando nulo o no vinculante el convenio, dicta un acto que se aparta del mismo ¹¹². Ello plantea el problema de si la Administración puede, sin más, inaplicar el convenio, o si el mero hecho de inaplicarlo sin tramitar procedimiento alguno de revisión ya debe suponer la anulación del acto que se aparta de lo convenido. Y, por último, si se puede remitir a un proceso ulterior la posible responsabilidad contractual de la Administración.

La cuestión es, pues, si, habiendo establecido la LCAP un procedimiento de revisión de oficio para los contratos públicos ¹¹³,

como demandante en el pleito contencioso-administrativo no plantea mayor inconveniente, ya que el artículo 28.3 LJ le reconoce legitimación para deducir cualquier pretensión, como un particular, cuando no pueda anular o revocar un acto del que ella misma fuera autora» (*ibíd.*). Y, por último, «y con el fin de acelerar la satisfacción de las respectivas pretensiones, podría pactarse la utilización por la Administración de sus potestades de ejecución forzosa (como si de actos administrativos se tratara) y, en favor del particular, la posibilidad de acudir contra la Administración directamente al trámite de ejecución de sentencias contencioso-administrativas. Esta fórmula es la que prevé la Ley alemana del procedimiento administrativo para dar el carácter de título ejecutivo al contrato de derecho público» (pág. 179). Un cambio tan radical del régimen administrativo (puesto que la atribución a la jurisdicción contenciosa de una cuestión sin someterla a una vía administrativa previa es algo insólito en nuestro Derecho desde hace siglo y medio, y lo mismo, en la LJ de 1956, el acceso directo al trámite de ejecución de sentencias sin que se haya dictado una resolución judicial previa) puede proponerse sólo, a mi juicio, *de lege ferenda*.

¹¹² Normalmente, la Administración simplemente dicta un acto incompatible con el convenio, sin hacer ninguna referencia a éste ni otorgar, en consecuencia, ninguna indemnización en concepto de resolución del contrato. Una vez planteado el litigio, e invocado por el recurrente el incumplimiento del convenio como fundamento de su pretensión de anulación del acto y de responsabilidad contractual de la Administración, el Tribunal desestima frecuentemente el recurso, con base en la invalidez del convenio «sin perjuicio de las consecuencias jurídicas que ya en otro terreno —por ejemplo, el indemnizatorio— pueda desencadenar el apartamiento de tales convenios» (sentencia de 19 de julio de 1994, Ar. 6382, Esteban Alamo).

¹¹³ La aplicabilidad de este procedimiento a los contratos privados de la Administración suscita algunas dudas, como ha indicado SANTAMARÍA PASTOR,

tanto para la anulación directa del contrato como para la de sus actos preparatorios (procedimiento que, al estar regulado por remisión a la LAP, incluye dictamen del Consejo de Estado), puede la Administración *inaplicar* el contrato, es decir, dictar un acto que lo incumple, sin necesidad de revisarlo previamente. La conclusión a que se llegaría si se negase la facultad de inaplicar el convenio sería que el acto incompatible con el convenio no sería conforme a Derecho, y debería ser anulado, sin perjuicio de que, una vez revisado el contrato y eliminado del mundo jurídico, la Administración pudiese volver a dictarlo. Este resultado sería contrario a la jurisprudencia dominante, que examina el contrato en el proceso de impugnación del acto, y acepta implícitamente que, si el convenio carece de fuerza de obligar en sus propios términos, no es obstáculo a la validez de un acto administrativo que lo incumple ¹¹⁴.

«La invalidez de los contratos públicos», en GÓMEZ-FERRER MORANT (dir.), *Comentario a la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas*, cit., pág. 294.

¹¹⁴ Como muestra de esa jurisprudencia puede mencionarse la sentencia de 21 de septiembre de 1991 (Ar. 6818, Delgado Barrio), y las que en ella se citan. En todas ellas se desestiman recursos interpuestos contra actos administrativos que ignoraban convenios previos porque «las exigencias del interés público que justifican la potestad de planeamiento —y por tanto el “ius variandi”— implican que su actuación no puede encontrar límite en los convenios que la Administración haya concluido con los administrados». En el caso resuelto por la sentencia de 5 de diciembre de 1994 (Ar. 9821, Esteban Alamo), unos particulares habían celebrado un convenio con el Ayuntamiento de Moraña (La Coruña), por el que se comprometían a ceder una franja de terreno a cambio de que no se concedieran más licencias de edificación para una determinada zona. Otorgada una licencia, los propietarios contratantes la impugnaron con base en el convenio. El Tribunal de instancia estimó su recurso, indicando, entre otras cosas, que «el acuerdo no ha sido revocado por el Ayuntamiento con arreglo a Derecho». El Tribunal Supremo, sin embargo, estimó la apelación y aceptó que el Ayuntamiento inaplicase el convenio sin previa revisión de oficio.

La tesis contraria, que exige la revisión del contrato para poder dictar un acto opuesto al mismo, está representada por la sentencia de 26 de abril de 1980 (Ar. 1434, Martín Herrero). La mención de la posible necesidad de acudir a los procedimientos de revisión de oficio es un *obiter dictum*. El mismo argumento en la sentencia de 26 de octubre de 1987 (Ar. 8756, García Estartús): «Por lo que se refiere a la cuestión de la distancia de la vivienda al eje del camino, estima esta Sala *de muy discutible legalidad el Convenio* de 1973 por el que, a cambio de la cesión de la franja antes mencionada, se comprometió la Corporación a referir las distancias al eje primitivo del camino (...). De hecho,

Aunque el estudio de las causas de invalidez del contrato se lleva a cabo en el siguiente epígrafe, puede aceptarse provisionalmente la hipótesis de que en los convenios sobre actos y potestades, como en todos los demás contratos, tanto de la Administración como entre particulares, la regla general es que cualquier vicio da lugar a su nulidad radical, salvo aquellos supuestos concretos (vicios del consentimiento del particular) para los que se haya previsto expresamente la anulabilidad como sanción jurídica. Por tanto, el problema de la inaplicación del contrato será estudiado con referencia exclusiva al contrato nulo de pleno derecho.

Una de las notas de la nulidad radical de los actos jurídicos es su efecto inmediato: «la ineficacia del negocio nulo se produce *ipso iure*, por sí misma y sin necesidad de la intervención judicial»¹¹⁵. La obtención de una declaración judicial de nulidad (o, más en general, la puesta en marcha de un procedimiento formal para la declaración de la nulidad radical, como es la revisión de oficio) es una facultad, un remedio a disposición de los interesados si quieren destruir la apariencia de validez generada por el acto nulo. Por el contrario, para el particular afectado por un acto *administrativo* nulo, el ejercicio de la acción de nulidad es una carga si quiere evitar que la Administración proceda unilateralmente a ejecutarlo en contra suya. La inaplicación de los actos jurídicos radicalmente nulos ha sufrido una suerte dispar en Derecho administrativo: se mantiene íntegramente para los reglamentos¹¹⁶, ha desaparecido para los actos administrativos declarativos de derechos (donde, a resultas del juego combinado

sin embargo, *dicho acuerdo existió, y la Corporación no podría desconocerlo sin su previa revocación*, con la indemnización consiguiente al propietario del terreno, que comportaría además los perjuicios por no ser ya la parcela susceptible de construcción». Sin embargo, no está claro que la sentencia se esté refiriendo a la anulación por motivos de legalidad, y no a una revocación por motivos de oportunidad (pues se da por hecho que la revocación comporta automáticamente la obligación de indemnizar a la otra parte del contrato).

¹¹⁵ Vid. DE CASTRO, *El negocio jurídico*, cit., pág. 475; Díez-PICAZO, *Fundamentos*, cit., vol. I, pág. 472; críticamente, SANTAMARÍA PASTOR, *La nulidad de pleno derecho de los actos administrativos. Contribución a una teoría de la ineficacia en el Derecho público*, Madrid, 1972, págs. 174 y sigs.

¹¹⁶ Vid. en este sentido GARCÍA DE ENTERRÍA/FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, *Curso*, cit., vol. I, pág. 211.

de los artículos 102 y 105.1 LAP, es precisa la tramitación de un procedimiento de revisión de oficio, en el que se exige el dictamen favorable del Consejo de Estado) y, cuando la regulación de un procedimiento de revisión de oficio en el artículo 65 LCAP parecía haberla eliminado también de los contratos públicos, vuelve, de la mano de la jurisprudencia, para los convenios sobre actos y potestades.

La tesis jurisprudencial es, a mi juicio, correcta, es decir, la Administración que ha celebrado un convenio sobre actos y potestades puede, si lo estima ilegal y, por tanto, nulo de pleno derecho, inaplicarlo y dictar un acto contrario al mismo, sin necesidad de tramitar previamente un procedimiento de revisión de oficio del convenio y sin perjuicio de que la otra parte (el particular) pueda impugnar el acto que se aparta del convenio, alegando que, en realidad, se trata del incumplimiento de un contrato válido. El primer argumento que avala esta tesis es de carácter dogmático, y se apoya en otra de las características de la nulidad radical: su relevancia general o de *orden público*. Todo órgano jurisdiccional contencioso-administrativo debe anteponer a cualquier otro pronunciamiento el de la nulidad radical del acto impugnado, cuando la detecte, y aunque tal pronunciamiento no le haya sido pedido, o exista algún defecto en su planteamiento (extemporaneidad, falta de legitimación, etc.)¹¹⁷. Del mismo modo, demandada en un proceso la anulación de un acto con base en su incompatibilidad con un convenio que no ha sido objeto de revisión previa, y habiéndose basado la Administración, para dictar el acto o defender su validez, en la nulidad del convenio, el Tribunal, si se convence de la nulidad de dicho convenio, tendrá que declararla, con lo que la incompatibilidad con el cumplimiento del convenio dejará de ser un obstáculo jurídico a la validez del acto¹¹⁸. Sea o no admisible, como cuestión de

¹¹⁷ Vid. GARCÍA DE ENTERRÍA/FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, *Curso, cit.*, vol. II, pág. 633; SANTAMARÍA PASTOR, *La nulidad de pleno derecho, cit.*, págs. 444 y sigs., y BELADIEZ ROJO, «La nulidad y la anulabilidad. Su alcance y significación», *RAP*, 133 (1994), págs. 155 y sigs., pág. 169, nota 21.

¹¹⁸ REBOLLO PUIG estudia esta cuestión en *El enriquecimiento injusto, cit.*, págs. 377-382, a propósito de las sentencias que, ante contratos en los que presuntamente concurrían causas de invalidez, tutelan al contratista que ya ha cumplido sus obligaciones, no por la vía del enriquecimiento injusto, sino con-

principio, la técnica de la inaplicación del convenio, el resultado es el mismo: un convenio de cuya radical nulidad está convencido el Tribunal no puede ser obstáculo a la validez de un acto posterior que se aparta de su cumplimiento, y ello aunque el convenio no haya sido declarado nulo previamente a través de un procedimiento de revisión de oficio ¹¹⁹.

La admisión de la técnica de la inaplicación del convenio tampoco convierte en inútil o inaplicable la revisión de oficio de los contratos prevista por la LCAP, y por tanto la necesidad de dar una interpretación útil a esa previsión normativa no fuerza a excluir la licitud de la inaplicación del convenio. La revisión de oficio (además de permitir al particular, en cuanto acción de nulidad, el acceso al juez para obtener la eliminación de la apariencia de validez derivada del convenio) permite a la Administración anular el convenio, eliminarlo totalmente del mundo jurídico, sin perjuicio de hacer valer su nulidad de modo incidental, al producir un acto incompatible con el cumplimiento del convenio. La inaplicación de éste supone, si se quiere, una revisión indirecta del mismo, amparada por la

siderando a la Administración incumplidora de un contrato válido, pues como tal habría, según esta jurisprudencia, que tratar al contrato mientras la Administración no haya aplicado al mismo sus potestades de revisión de oficio: «De esta jurisprudencia pudiera desprenderse que mientras la Administración no haya seguido el procedimiento administrativo o el recurso de lesividad para revisar sus actos (separables) inválidos, los contratos siguen desplegando efectos, y hay que cumplir las obligaciones que de ellos derivan, con lo que se resuelven los problemas sin necesidad de la *actio in rem verso* que, en realidad, queda sin los presupuestos necesarios para su ejercicio» (pág. 377). Su conclusión es la misma que en el texto: «Si el contrato es nulo de pleno derecho, el Tribunal puede apreciar los vicios de orden público y declarar la nulidad incluso de oficio y, desde luego, no hacer valer los supuestos derechos derivados del contrato ni condenar a la Administración a cumplir las correlativas obligaciones contractuales que, sencillamente, no existen para el Derecho (efectos *ipso iure* de la nulidad absoluta)» (pág. 380).

¹¹⁹ Lo que no acepta la jurisprudencia es que la Administración inaplique un convenio con base en un vicio de *anulabilidad*, como el error. La sentencia de 29 de abril de 1989 (Ar. 3305, Jiménez Hernández) dice al respecto que «no se aleguen las facultades modificativas de la Administración, por cuanto, con independencia de que ello comporta siempre la indemnización pertinente, ello sólo es actuable en razón a un interés público constatado y no por la mera e indemostrada existencia de un error en el vínculo que se trata de alterar».

potestad de que dispone la Administración para dictar el acto, posterior al convenio e incompatible con él, cuya validez impugna el contratante privado.

La inaplicación del convenio no supone una disminución grave de garantías para el contratante privado, pues, en su calidad de interesado, se le va a dar audiencia en el procedimiento de elaboración del acto, y podrá alegar en ese momento su incompatibilidad con el cumplimiento del convenio. Unase a ello que se mantiene la garantía fundamental; es decir, la de que un tribunal contencioso-administrativo se pronuncie sobre la validez del acto y del convenio, una vez que la Administración haya dictado aquél.

Por último, conviene recordar que una de las notas del régimen del contrato administrativo (calificación que, como se ha argumentado al inicio del presente capítulo, conviene, a mi juicio, a los convenios sobre actos y potestades) es la de que el convenio no obstaculice la actuación de la Administración dentro de su «giro o tráfico», es decir, en el ejercicio de sus potestades y al servicio de los intereses que tiene encomendados (sin perjuicio de la indemnidad patrimonial del contratante privado). De ahí que la LCAP, aun estableciendo un procedimiento formal para la revisión de oficio del contrato, no imponga a la Administración el cumplimiento de ninguna formalidad específicamente contractual o relativa al contrato cuando un acto suyo, ejercicio de una de sus potestades, produzca efectos sobre el cumplimiento de lo convenido (art. 164.2 LCAP). También en este caso la adopción de un acto que supone que la Administración se aparta claramente del convenio pactado será enjuiciada y podrá dar lugar a la responsabilidad patrimonial contractual de la Administración, cuando sea calificada como incumplimiento de un contrato válido, pero en todo caso la adopción del acto no exige la previa anulación formal (es decir, a través de un procedimiento de revisión de oficio) del convenio.

En cuanto a las potestades de modificación o resolución unilateral del convenio, no sólo son implícitamente aplicables a los convenios sobre actos y potestades a resultas de su naturaleza administrativa, sino que han sido expresamente invocadas en

alguna de las normas que los regulan, como el artículo 4.1.f) de la Ley gallega 6/1996, según el cual «el contenido del convenio formará parte de la resolución definitiva (...). *Sólo por razones sobrevenidas, debidamente motivadas, podrá desatenderse el contenido del convenio o introducirse modificaciones parciales, para un mejor servicio (...)*»¹²⁰.

Sin embargo, la peculiar estructura obligacional de los convenios sobre actos y potestades da lugar a que ni esas prerrogativas tengan en ellos la misma importancia que en los contratos administrativos ordinarios, ni sean capaces de resolver, por sí solas, el problema que solucionan en esos contratos, es decir, la necesidad de evitar que la celebración de un contrato, necesaria para la gestión e inobjetable en sí misma, impida a la Administración atender las exigencias cambiantes de los intereses públicos. La razón es que esas prerrogativas se adaptan especialmente a las necesidades de los contratos de tracto sucesivo, que es donde han surgido, sin perjuicio de que, desligado el concepto de contrato administrativo de esa característica material, dichas prerrogativas se apliquen también (al menos, teóricamente) a los contratos administrativos de tracto único que puedan existir (como el de consultoría y asistencia, al menos en algunos casos)¹²¹.

Los convenios sobre actos y potestades son, con frecuencia, convenios de tracto único, que se consuman con la producción de un acto administrativo y la realización de las prestaciones que el particular haya prometido. Por ello, es relativamente poco probable que surjan nuevas circunstancias que pongan en duda la eficacia del contrato durante el tiempo que media entre la celebración y la consumación del mismo, al ser este lapso normalmente breve. Una de las circunstancias sobrevenidas de apa-

¹²⁰ Previsiones de este tipo se contienen también en las Leyes alemana e italiana, y han sido transcritas *supra*, en la nota 109 de este capítulo.

¹²¹ GARCÍA DE ENTERRÍA, «La figura del contrato administrativo», *cit.*, pág. 119, dice que «en general hay que decir que las exigencias especiales de este “giro o tráfico” administrativo, justamente por el sentido dinámico de este concepto, se manifiestan normalmente sólo en los contratos de tracto sucesivo o cumplimiento prolongado. En general, los contratos de tracto instantáneo (ventas, transacciones, permutas) no presentan nunca por eso carácter administrativo, según ha precisado la jurisprudencia analíticamente».

rición más previsible, como lo es la puesta de manifiesto, durante el procedimiento de aprobación del acto convenido en el contrato, de datos que acrediten su inadecuación para el servicio a los intereses públicos, y por tanto la inoportunidad del cumplimiento del convenio, ya ha sido estudiada en el § VII.1, donde se ha visto que la compatibilidad del acto prometido con el resultado del procedimiento es una condición implícita a que se encuentra sometida la eficacia del contrato. Esta es, como allí se explicó, la única solución respetuosa con el derecho de los interesados a participar en el procedimiento administrativo, y hace innecesario recurrir a la resolución del contrato por causas sobrevenidas, puesto que la barrera de protección se sitúa antes, en la propia eficacia del contrato.

¿Qué ocurre cuando surgen circunstancias sobrevenidas después de la ejecución del contrato, es decir, después de que haya sido dictado el acto que era objeto del mismo? Se trata de que, una vez dictado el acto, nuevas circunstancias ponen de manifiesto su inidoneidad para el servicio a los intereses públicos que la Administración estaba obligada a procurar al dictarlo. Ni la aplicación de la cláusula *rebus*, ni la de sus versiones jurídico-administrativas incluidas en la LCAP, son posibles, pues sólo proceden cuando las prestaciones de ambas partes, o al menos de alguna de ellas, está aún pendiente de ejecución ¹²². La eventual revocación del acto dictado, fundada en la aplicación de la cláusula *rebus sic stantibus*, no puede ser llevada a cabo con base en el convenio y en las facultades administrativas de intervención sobre el cumplimiento del mismo. La revocación del acto por su incompatibilidad sobrevenida con los intereses públicos habrá de regirse, en cuanto a sus presupuestos y efectos, por el régimen de la revocación de los actos unilaterales de la especie de que se trate. Cuando el dictado de un acto se convierte en objeto de convenio, o en el presupuesto a que se condiciona una prestación prometida por un sujeto, ese acto se entiende sometido en su totalidad al régimen jurídico de los actos administrativos, tanto en lo que se refiere a sus efectos como a las posibilidades de revocación.

¹²² En este sentido, *vid.* DÍEZ-PICAZO, *Fundamentos, cit.*, vol. II, pág. 897; GALGANO, *Il negozio giuridico, cit.*, pág. 486.

Ello es coherente, según se ha visto, desde el punto de vista dogmático, y tiene, en nuestro ordenamiento, consecuencias razonables desde el punto de vista material. Habitualmente, en la base del debate sobre la naturaleza contractual o unilateral de los actos, o sobre si un acto es «sólo» unilateral o tiene como fundamento un contrato previo, estaba el presupuesto de la libre revocabilidad de los actos administrativos frente a la estabilidad del contrato, que sólo puede ser modificado por acuerdo entre las partes o en caso de que se haya concedido a alguno de los sujetos la facultad de desistimiento unilateral (facultad cuyo ejercicio exige frecuentemente el pago de una indemnización). Ese presupuesto falla en nuestro Derecho, ya que el destinatario de un acto favorable no goza de una tutela jurídica inferior a la de quien ha celebrado un contrato con la Administración. Por ello, el que la revisión de los actos que se hayan dictado como consecuencia del contrato se rija por las mismas normas que regulan la revocación de los actos con carácter general, no supone una merma de garantías o de tutela jurídica para el contratante privado.

Por otro lado, hay que tener en cuenta que, normalmente, el convenio se concluye sólo con algunos de los interesados en el acto que es objeto del mismo, o que resulten afectados por el ejercicio de la potestad a la que se refiere (o que trata de vincular) el convenio. De ahí, se decía entonces, que, si el convenio predetermina un acto administrativo futuro, ese acto sólo pueda ser dictado previa la tramitación del procedimiento legalmente establecido, con participación de todos los interesados (sean o no parte en el convenio) y con sometimiento del acto al control jurisdiccional en la misma medida que cualquier acto administrativo, pues ésta es la única forma de evitar que el convenio perjudique a los terceros interesados. Del mismo modo, el acto dictado en cumplimiento o como consecuencia del convenio debe estar sometido a las potestades de revocación o modificación de que disponga la Administración en cada caso, sin consideración al fundamento negocial del mismo, ya que no tendría sentido que esas potestades, que han sido conferidas a la Administración para la tutela de los intereses generales y de los intereses legítimos de particulares, quedasen vinculadas por un convenio previo suscrito con *algunos* de los interesados.

Por tanto, la aparición de circunstancias sobrevenidas puede facultar a la Administración para dictar un acto contrario a lo pactado, o para denegar la solicitud de cumplimiento del convenio, pero lo más frecuente será que ese cambio de circunstancias dé lugar a la revocación del acto que se haya dictado en cumplimiento del convenio (o al dictado de un nuevo acto incompatible con el anterior y adaptado a las nuevas circunstancias), revocación que se regirá por las normas ordinarias sobre revocación de actos unilaterales, siendo indiferente el fundamento convencional del acto que se revisa. El sistema se completa con la posibilidad del ejercicio de acciones de enriquecimiento injusto contra la Administración, cuando la revocación del acto de ésta que había sido objeto del contrato, haga que la prestación (ya ejecutada) del otro sujeto contratante produzca un enriquecimiento sin causa a favor de la Administración. La efectividad de esta acción de enriquecimiento requiere que el particular no haya dejado de aprovechar, de forma a él imputable, el acto de la Administración antes de que fuese revisado ¹²³.

6. Las peculiaridades de los convenios y su repercusión en las causas de invalidez

El régimen de la invalidez de este tipo de convenios es, en principio, el de los contratos administrativos, sin perjuicio de las

¹²³ Así ocurrió en el supuesto resuelto por la sentencia de 15 de febrero de 1994 (Ar. 1448, Barrio Iglesias). La recurrente había firmado un convenio con el Ayuntamiento de Petrer (Alicante), comprometiéndose a realizar determinadas cesiones. La posterior revisión de las Normas Subsidiarias frustra la materialización de las expectativas de aprovechamiento lucrativo sobre las que se basaba el convenio, lo que da lugar al recurso interpuesto. Según el Tribunal, la responsabilidad del Ayuntamiento «ha de ser descartada (...) puesto que si bien es verdad que la recurrente hizo las cesiones a que se comprometió, (...) en ningún caso puede afirmarse que el Ayuntamiento incumpliese pacto alguno, ya que concedió la edificabilidad dicha y la mantuvo durante un tiempo más que prudencial para que de ella se beneficiase la recurrente, y lo que llama ésta vía indirecta de rompimiento del pacto no fue sino un legítimo ejercicio del *ius variandi* frente a una ordenación anterior cuya ejecución se había facilitado, aunque no consumado, con la aprobación del Estudio de Detalle».

modificaciones a que la especialidad de su objeto dé lugar. Como es notorio, en materia de invalidez contractual la regla es que cualquier vicio da lugar a la nulidad radical, salvo previsión en contra, y frente a lo que sucede con los actos administrativos, donde la regla es la anulabilidad ¹²⁴.

El supuesto de invalidez más interesante es el de aquellos convenios en los que la Administración se haya obligado a dictar un acto ilegal. Son convenios que exceden los límites de la «capacidad contractual» de la Administración (basada en los arts. 1.255 CC y 4 LCAP), tal como han sido desarrollados en el capítulo VI ¹²⁵.

La ilegalidad del acto prometido (que es, recordemos, causa de la *nulidad radical* del convenio) puede consistir, según las reglas generales, en su nulidad radical o en su anulabilidad. Lo más probable será la anulabilidad, dado que ésta es, normalmente, la sanción de la ilegalidad de los actos administrativos. Y aquí surge una paradoja, que consiste cabalmente en que un vicio relativamente leve de un acto (levedad que justifica que sólo sea sancionado con la anulabilidad) dé lugar a la nulidad radical (es decir, a la sanción más grave) del convenio que prevé la producción de ese acto. La paradoja es aún mayor si se piensa que, dado el respectivo régimen de legitimación y apreciación de

El mismo supuesto aparece en la jurisprudencia alemana, en particular en la sentencia del *BGH* de 11 de mayo de 1989 [publicada en *NJW*, 43 (1990), págs. 245 y sigs.].

¹²⁴ Vid. Díez-PICAZO, *Fundamentos, cit.*, vol. I, págs. 473 y 489; DE CASTRO, *El negocio jurídico, cit.*, pág. 500; GARCÍA DE ENTERRÍA/FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, *Curso, cit.*, vol. I, pág. 601; BELADIEZ ROJO, «La nulidad y la anulabilidad», *cit.*, págs. 158 y 165.

¹²⁵ El supuesto más claro de nulidad radical de un contrato es justamente éste, que Díez-PICAZO expresa así: «El haber traspasado las partes los límites de la autonomía privada, es decir, aquellos límites dentro de los cuales y sólo dentro de los cuales el ordenamiento jurídico considera tutelable una reglamentación autónoma de intereses» (supuesto perfectamente adaptable a los convenios de la Administración sin más que añadir el artículo 4 LCAP al concepto de autonomía privada; *vid. Fundamentos, cit.*, vol. I, pág. 473). El convenio estaría viciado, a su vez, por la imposibilidad jurídica de su contenido, como pone de relieve la sentencia de 15 de noviembre de 1988 (Ar. 9086, Reyes Monterreal), en la que un alcalde se había comprometido a otorgar una licencia con la simple cobertura de la aprobación provisional de un Plan.

oficio de la nulidad y anulabilidad, el contratante privado, que no puede impugnar el acto dictado por la Administración en cumplimiento del convenio (puesto que lo ha aceptado al suscribir el convenio, renunciando a su derecho a recurrirlo), sí puede hacer valer la simple anulabilidad de ese acto para pedir que se declare la nulidad del convenio (ya que la nulidad de pleno derecho es de orden público y el Tribunal que conociese del asunto tendría que declararla, pasando por encima de la aceptación del acto por el contratante privado).

En Derecho alemán, el legislador ha dictado una norma (el § 59 *VwVfG*) dirigida específicamente a evitar esa posibilidad ¹²⁶. El § 59 dispone:

«Nulidad del contrato de Derecho público:

1. Un contrato de Derecho público es nulo cuando ello resulte de la aplicación de lo dispuesto en el Código Civil (BGB).
2. Además, un contrato de Derecho público en el sentido del § 54, punto 2 (contratos que la Administración celebra con

¹²⁶ La exposición (a efectos comparativos y como prueba de la relevancia del problema planteado) del régimen alemán sobre la invalidez de los contratos de Derecho público exige dar una mínima noticia de la regulación de la invalidez de los actos administrativos en ese Derecho. El sistema no es muy diferente al español (basado en el par de conceptos nulidad/anulabilidad), aunque es notorio que en el nuestro las influencias recibidas (por el legislador de la LPA, que la LAP ha seguido en lo esencial) fueron italianas, a través sobre todo de la monografía de GARRIDO FALLA, *Régimen de impugnación de los actos administrativos*, Madrid, 1956. De acuerdo con la Ley de Procedimiento Administrativo (*VwVfG*), los actos producen efectos desde su notificación (§ 43), a no ser que sean nulos. Son causas de nulidad, en general, las violaciones más graves de las normas (§ 44). Los vicios que no den lugar a la nulidad pueden ocasionar que el acto sea «antijurídico» (traducción de *rechtswidrig* que me parece más adecuada que «ilegal», de significado más restringido) o ser simples irregularidades no invalidantes (§ 46). Los antijurídicos pueden ser privados de eficacia como consecuencia de un recurso administrativo o jurisdiccional (§ 50) o de su revisión de oficio (§ 48). Por lo tanto, y a semejanza de lo que ocurre en España, existe una categoría de invalidez que da lugar a la ineficacia *ipso iure* del acto, sin necesidad (teóricamente al menos) de declaración alguna, mientras el resto de los vicios, en caso de que puedan dar lugar a la invalidez del acto, sólo provocan su anulación si se obtiene, a través de vías jurídicas determinadas, una decisión constitutiva. *Vid.* la exposición que hace NIETO en «Proyecto de Ley», *cit.*, págs. 501-504.

sujetos a los que podría dirigir un acto administrativo), es nulo cuando:

1) Un acto administrativo que tuviera el mismo contenido sería nulo.

2) Un acto administrativo que tuviera el mismo contenido que el convenio que se suscribe sería ilegal por vicios distintos a los de simples defectos de forma a que se refiere el § 46 [irregularidades no invalidantes], y esta circunstancia sea conocida por los contratantes.

3) (...)».

Por tanto, la mera anulabilidad (es decir, en la terminología alemana, ilegalidad invalidante, pero no causante de nulidad) del acto que la Administración se compromete a dictar, o del acto sustituido por el convenio (es decir, de un acto que tuviese el mismo contenido que el convenio) no produce ni la nulidad de éste (salvo en los casos expresamente indicados en los núms. 2 y siguientes del § 59.2), ni ningún otro tipo de invalidez.

Y este precepto, que fue una originalidad del legislador, al romper con el régimen aplicado por la jurisprudencia anterior, que sancionaba con la nulidad todo contrato que previese la producción de un acto ilegal, se ha convertido en fuente de innumerables discusiones doctrinales (hasta el punto de que no es exagerado afirmar que, por sí solo, es el tema de más de la mitad de la producción bibliográfica sobre el contrato de Derecho público). La razón es que, mientras que la reducción de las causas de nulidad de los actos administrativos no provoca la «impunidad» de ninguna ilegalidad (puesto que existen dos vías, los recursos y la revisión de oficio, para obtener la anulación del acto), no puede decirse lo mismo de los contratos, que no pueden ser objeto de recurso (ni siquiera por la vía indirecta de la impugnación de los actos separables, técnica desconocida, en general, en Alemania), ni de revisión de oficio (ya que, al no aplicarse a los contratos la autotutela ni la técnica de los actos separables, la Administración no puede anular el contrato) ¹²⁷.

¹²⁷ En la etapa anterior a la *VwVfG*, se aplicaba estrictamente la teoría privatista de la nulidad del contrato, y toda violación de una norma imperativa era causa de nulidad, como indican EFSTRATIOU, *Die Bestandskraft des öffentli-*

De ahí el surgimiento de múltiples teorías, unas que sostienen la inconstitucionalidad del precepto (por impedir a los ciudadanos el acceso al juez para que declare las consecuencias del incumplimiento de las normas), otras que buscan apoyos normativos (en el § 54 y en otros) para afirmar que casi cualquier vicio del contrato produce su nulidad ¹²⁸, y otras que afirman que la

chen Vertrags, cit., pág. 77; ACHTERBERG, *Allgemeines Verwaltungsrecht*, cit., pág. 492 (§ 21.261); GÖTZ, «Hauptprobleme», cit., pág. 302. Para BONK, existían otras tesis, sobre todo en la doctrina, que preferían una solución más matizada al conflicto entre legalidad y seguridad jurídica (en STELKENS/BONK/SACHS, *VwVfG*, cit., pág. 1321, § 59.3). MAURER, «Abgestufte Rechtsfolgen bei Gesetzesverstößen der Verwaltung?», en HILL (hrsg.), *Zustand und Perspektiven der Gesetzgebung. Vorträge und Diskussionsbeiträge der 56. Staatswissenschaftlichen Fortbildungstagung 1988 der Hochschule für Verwaltungswissenschaften Speyer*, Berlín, 1989, págs. 233 y sigs., pág. 249, afirma que la *VwVfG* supuso un corte con esa elaboración doctrinal y jurisprudencial, lo que origina las dificultades posteriores para interpretarla y aplicarla.

¹²⁸ La posible integración de la remisión del § 59.1 *VwVfG* (causas de nulidad previstas en el Código Civil) con el § 134 BGB (nulidad de los negocios jurídicos contrarios a una norma prohibitiva, como nuestro artículo 6.3 CC, salvo que la norma prohibitiva haya dispuesto otra sanción en caso de infracción) ha planteado numerosos problemas, pues podría servir para vaciar de contenido el § 59.2 (que parte de la base de no toda infracción de una norma imperativa provoca la nulidad del contrato), volviendo al régimen clásico de nulidad de los contratos. La propia Exposición de Motivos del Proyecto de *VwVfG* de 1973, cit., pág. 81, ya intentó cortar esta salida, al decir que «para el resto de los casos (es decir, lo no incluidos en el § 59.2), queda claramente establecido que la antijuridicidad de un acto administrativo que tuviese el mismo contenido no afecta a la eficacia del convenio de Derecho público. No se podría lograr tampoco tal efecto de forma fraudulenta mediante la aplicación analógica del § 134 BGB. Por un lado, es dudoso que toda norma legal en materia administrativa suponga una “prohibición legal” en el sentido del § 134. (...) Además, se da aquí el supuesto previsto en el último inciso de esa norma, ya que una Ley (la *VwVfG*) dispone una consecuencia distinta para la infracción». Son partidarios, sin embargo, de la aplicación del § 134 a los contratos de Derecho público autores como ACHTERBERG, *Allgemeines Verwaltungsrecht*, cit., pág. 493 (§ 21.263); ERICHSEN en ERICHSEN/MARTENS (hrsg.), *Allgemeines Verwaltungsrecht*, cit., pág. 379 (§ 26.23), «Die Nichtigkeit und Unwirksamkeit verwaltungsrechtlicher Verträge», *Jura*, 16 (1994), págs. 47 y sigs.; BRAMSCHE, *Rechtsfolgen verwaltungsvertraglicher Gesetzesverstöße*, cit., págs. 120-127 y sigs. (como remedio para evitar la inconstitucionalidad por violación de los arts. 19.4 y 20.3 GG). WOLFF/BACHOF/STOBER, *Verwaltungsrecht*, cit., vol. I, pág. 808 (§ 54.45), también aceptan esa aplicación del § 134 a los contratos de Derecho público, aunque sin que suponga que toda infracción jurídica sea causa de nulidad (ya que se remiten a la doctrina civil que ha delimitado la eficacia invalidante del § 134).

adhesión al contrato equivale a la aquiescencia frente a un acto administrativo (es decir, a dejar transcurrir el plazo para impugnarlo), por lo que nada tiene de objetable que aquellos vicios del contrato que, si se produjeran en un acto, sólo se podrían hacer valer mediante un recurso (precisamente por no dar lugar a la nulidad, que opera *ipso iure*) no tengan consecuencias invalidatorias ¹²⁹. Sin olvidar alguna solución legislativa como la de

Algunos autores, como HENKE («Allgemeine Fragen des öffentlichen Vertragsrechts», *cit.*, pág. 98), utilizan el § 54 *VwVfG* (cláusula general de admisibilidad del contrato de Derecho público «mientras una norma no se oponga») como norma sobre la validez del contrato. La condición suspensiva a que está sometida la admisibilidad del contrato (que no haya norma opuesta) no se interpreta sólo como referida a que no haya normas que prohiban la utilización del contrato en un sector determinado, sino como excluyente de la validez de cualquier contrato que vulnere una norma imperativa. También sostiene esa opinión RECKERS, *Gesetzwidrige und gesetzesabweichende Regelungen in Verwaltungsverträgen*, *cit.*, pág. 90. En todo caso, con apoyo en el § 54 son nulos los contratos celebrados en sectores en los que existe una prohibición de contratar, y en los cuales, por lo tanto, el contrato no entra en el ámbito de la habilitación contenida en ese precepto: *vid.* WOLFF/BACHOF/STOBER, *Verwaltungsrecht*, *cit.*, vol. I, pág. 806 (§ 54.41); KREBS, «Zulässigkeit und Wirksamkeit vertraglicher Bindungen», *cit.*, pág. 54; ERICHSEN, «Die Nichtigkeit und Unwirksamkeit verwaltungsrechtlicher Verträge», *Jura*, 16 (1994), págs. 47 y sigs., pág. 50, aunque no faltan opiniones contrarias, de autores que entienden que ese contrato no sería nulo, al no estar incluida esa particular causa de nulidad en el catálogo del § 59 (así, KOPP, *VwVfG*, *cit.*, pág. 1347, § 59.7).

¹²⁹ La *voluntas legis* ha sido asumida y teorizada por autores como EFSTRATIOU (*Die Bestandskraft des öffentlichen Vertrags*, *cit.*, págs. 190 y sigs.) o FLUCK, *Die Erfüllung*, *cit.*, para quienes lo que ha hecho el legislador ha sido dotar a los contratos de Derecho público de la misma fuerza (*Bestandskraft*) que poseen los actos unilaterales una vez transcurrido el plazo para recurrir, fuerza que consiste en que sólo dejan de ser eficaces si concurre en ellos alguna de las causas de nulidad (tasadas, o por lo menos que no incluyen cualquier supuesto de ilegalidad), lo que no sería tampoco extraño, dado que ambos se utilizan en la actividad administrativa, dirigida en todos los casos a la satisfacción de los intereses públicos. Sin embargo, MAURER, «Abgestufte Rechtsfolgen», *cit.*, pág. 249, considera que esa *Bestandskraft* debe limitarse a los actos administrativos, y en el mismo sentido se manifiesta KONRAD, *Der öffentlich-rechtliche Vertrag*, *cit.*, págs. 148-149. Para SCHUSTER, *Wirksame rechtswidrige öffentlich-rechtliche Verträge*, *cit.*, pág. 157, la conclusión es que las posibilidades de impugnación de los distintos tipos de actos jurídicos dependen de un equilibrio entre seguridad jurídica y legalidad, y del mismo modo que ese equilibrio puede llevar a limitar el plazo de impugnación, también puede justificar que se elimine la posibilidad de impugnación cuando la eficacia del

introducir, asistemáticamente, la posibilidad de interponer un recurso contra el contrato (algo que ha hecho la Ley de Procedimiento de Schleswig-Holstein, en una de las escasísimas divergencias que los *Länder* han introducido sobre la Ley Federal) ¹³⁰.

El debate alemán nos interesa en cuanto pone de relieve que la conexión entre los regímenes de invalidez del contrato y del acto no es sencilla y puede dar lugar a un conflicto entre la legalidad (que tiende a garantizar que las ilegalidades sean sancionadas) y la función pacificadora del contrato (que desaparece si no se puede asegurar que los actos administrativos cuyo contenido ha sido pactado por las partes no van a ser puestos de nuevo en discusión por ellas mismas, cuando sean dictados). No se podría, sin embargo, «importar» ninguna de las teorías que (de forma aún insegura) se han formulado en ese sistema, porque el legislador de la *VwVfG* colocó la cuestión en unos términos muy distintos de aquellos en que se plantea en España.

A mi juicio, en nuestro Derecho no es posible considerar que un contrato en el que la Administración se comprometa a dictar un acto ilegal sea un contrato simplemente anulable. La anulabilidad contractual es una categoría jurídica con un ámbito de apli-

acto esté subordinada al consentimiento del ciudadano, y por tanto éste pueda negarse a concluir el contrato si lo considera ilegal. Esa misma idea es aceptada por WOLFF/BACHOF/STOBER, *Verwaltungsrecht*, *cit.*, vol. I, pág. 808; KREBS, «Verträge und Absprachen», *cit.*, pág. 808.

¹³⁰ La posibilidad de impugnar el contrato para hacer valer aquellas ilegalidades que no figuran en el catálogo de causas de nulidad del § 59 *VwVfG* está prevista en el § 126.3 de la *Landesverwaltungsgesetz* de Schleswig-Holstein (que está publicada en STELKENS/BONK/SACHS, *VwVfG*, *cit.*, pág. 1749) y ha sido sostenida con carácter general por SCHIMPF, *Der verwaltungsrechtliche Vertrag*, *cit.*, págs. 332 y sigs. Otros autores critican esta solución, por considerar que quien suscribe un contrato lo acepta, y ello debe equivaler a dejar pasar el plazo para interponer el recurso: *vid.* WOLFF/BACHOF/STOBER, *Verwaltungsrecht*, *cit.*, vol. I, pág. 807 (§ 54.43); HENKE, «Verwaltungshandeln durch Verträge und Absprachen», *cit.*, pág. 124; EFSTRATIOU, *Die Bestandskraft des öffentlichen Vertrages*, *cit.*, pág. 271, lo que permite superar la objeción de incompatibilidad con el artículo 19 GG (protección jurídica sin lagunas frente a inmisiones en derechos fundamentales). Esta equiparación no es completamente aceptable para autores como ACHTERBERG, *Allgemeines Verwaltungsrecht*, *cit.*, pág. 493 (§ 21.263), pues podría caer en la interdicción de las renuncias a derechos fundamentales.

cación fijado exhaustivamente por las normas, y que no incluye el supuesto de los contratos que desbordan el marco dejado por el ordenamiento a la capacidad o autonomía negocial de las partes, supuesto que siempre se ha considerado que produce la nulidad radical del contrato ¹³¹. No siendo anulable (sino nulo) el contrato, tampoco sería posible resolver el problema mediante la aplicación del artículo 115.2 LAP («los vicios y defectos que hagan anulable el acto no podrán ser alegados por los causantes de los mismos»), imputando la causación del vicio a todas las partes del convenio ¹³².

La posibilidad de que el contratante privado solicite la declaración de nulidad del contrato con base en la ilegalidad del acto prometido no tiene necesariamente que obstar a la función «pacificadora» del convenio (a su sentido y utilidad, en definitiva), si se estudia la situación con referencia a las distintas fases de ejecución del contrato, y se tiene en cuenta que la firma del convenio sí priva al contratante de legitimación para impugnar el acto dictado en cumplimiento del mismo (aunque esa falta de legitimación no impida al juez apreciar vicios de nulidad radical, en virtud de su consideración como vicios de orden público).

Así, antes de que la Administración cumpla el contrato (mediante la producción de un acto), el contratante privado podrá solicitar de ella que declare su nulidad si de las cláusulas del contrato se puede concluir la necesaria ilegalidad del acto que en él se haya comprometido a dictar la Administración. Si puede resultar chocante que quien acaba de suscribir un contrato solicite que se declare su nulidad, no debe olvidarse que esto ocurre en todo supuesto de nulidad contractual, lo que no impide en absoluto la existencia de esta figura, ya que la depuración de los vicios de nulidad tiene más importancia, en nuestro Derecho vigente, que la vinculación a los actos propios.

Una vez dictado el acto, la solicitud de que se declare la nulidad del contrato a causa de la ilegalidad de aquél sólo será estimada si el acto también es anulado como consecuencia de esa ilegalidad. No tendría sentido que una determinada causa de

¹³¹ En este sentido, DE CASTRO, *El negocio jurídico, cit.*, pág. 500.

¹³² *Vid.* BELADIEZ ROJO, «La nulidad y la anulabilidad», *cit.*, pág. 170.

anulabilidad no fuese suficiente para provocar la anulación del acto al que afecta, pero, en cambio, sí lo fuese para que se declare nulo el contrato en el que la Administración se comprometió a dictar ese acto. Como el contratante privado no puede recurrir el acto que se haya dictado como consecuencia del contrato (sí lo pueden recurrir los demás interesados que no lo hayan aceptado), la única posibilidad que tiene de que el acto sea anulado, abriéndose así paso a la declaración de nulidad del contrato, es que la Administración revise de oficio el acto dictado en cumplimiento de éste. Aunque el artículo 103.1 LAP da pie a varias interpretaciones, no es imposible sostener que, al igual que bajo la vigencia de la LPA, el ejercicio de la potestad de revisión de oficio respecto de actos anulables es discrecional para la Administración, que no está obligada a anularlos ni siquiera ante la constatación de su anulabilidad ¹³³.

Una vez anulado el acto, en vía administrativa o jurisdiccional, el convenio debe ser declarado nulo, por las razones antedichas (a no ser que la anulación del acto dictado en su cumplimiento no se deba a su contenido, a una defectuosa actuación administrativa en su producción, en cuyo caso el convenio es

¹³³ Esta es la tesis sostenida por GÓMEZ-FERRER MORANT [«La revisión de oficio», en LEGUINA VILLA/SÁNCHEZ MORÓN (dirs.), *La nueva Ley de Régimen Jurídico*, cit., págs. 282 y sigs.], para quien «la anulación —a diferencia de la revisión de los actos nulos de pleno derecho— no puede producirse en cualquier tiempo, *ni los interesados disponen de una acción de nulidad*» (pág. 305). En lugar de fijarse únicamente en que tanto el artículo 102.1 como el 103.1 permiten la iniciación del procedimiento de revisión de oficio «a solicitud del interesado» (lo que parece configurar una auténtica «acción de anulabilidad», alternativa a los recursos), cabe partir del artículo 114.2 (que dispone que, transcurrido el plazo del recurso, «la resolución será firme a todos los efectos»), que excluye que la revisión de oficio sea una alternativa al recurso y entender subsistente la configuración anterior de la revisión de oficio de los actos anulables, basada en su carácter discrecional, al exigirse, para la anulación del acto, además de la anulabilidad del acto, la concurrencia de un interés público en la anulación, del mismo tipo del que la Administración debía procurar al dictarlo (*vid.* por todos, BOCANEGRA SIERRA, *La revisión de oficio*, cit., pág. 237). Esta interpretación permitiría evitar los inconvenientes que produce el dejar abierto un plazo de cuatro años para la impugnación de cualesquiera actos administrativos, que ha puesto de relieve GARCÍA DE ENTERRÍA, en «Un punto de vista sobre la nueva Ley de Régimen Jurídico», *RAP*, 130 (1993), págs. 205 y sigs., pág. 216.

válido y la Administración será responsable por cumplimiento defectuoso). Esa declaración puede ser solicitada por el contratante privado, dado su interés legítimo en ella.

Solventado el problema de esa causa específica de invalidez, queda por examinar brevemente el resto de ellas, que no plantean peculiaridad alguna respecto a los contratos administrativos ordinarios. Los únicos supuestos de anulabilidad del convenio serían, a mi juicio, los propios de los contratos privados, es decir, los vicios del consentimiento del particular ¹³⁴. Conviene recordar, en relación con el consentimiento, y enlazando con lo que se indicó ya en el § II.6, que el hecho de que la Administración, en caso de que no se llegue a un acuerdo, pueda disciplinar unilateralmente la relación jurídica de que se trate, no supone en ningún caso una «intimidación» en sentido del artículo 1.267, párr. 2.º, del CC.

Declarada la nulidad del convenio, se producen las consecuencias típicas de la nulidad contractual. Por lo que respecta a la devolución recíproca de las prestaciones realizadas, y teniendo en cuenta que una de ellas es un acto administrativo que, o no se llega a dictar, o es anulado con carácter previo a la declaración de nulidad del convenio, lo normal es que la devolución afecte únicamente a la prestación del particular, en caso de que ya haya sido ejecutada.

Si la devolución es ya imposible (normalmente, por haberse construido sobre el terreno cedido una obra pública), el particular deberá ser indemnizado, con base, en su caso, en la necesidad de compensar el enriquecimiento injusto de la Administración ¹³⁵. También será frecuente en estos convenios que su nulidad dé lugar a la responsabilidad patrimonial de la Administración (por *culpa in contrahendo*), cuyos presupuestos han sido estudiados *supra* en el capítulo V.

¹³⁴ Cualquier otra causa de invalidez, como la celebración de un convenio sobre el ejercicio de potestades administrativas que no admiten esta forma de vinculación de su ejercicio, ha de considerarse sancionada con la nulidad radical.

¹³⁵ La distinción entre las consecuencias indemnizatorias de la nulidad y del incumplimiento contractual aparece con claridad en la sentencia de 18 de octubre de 1990 (Ar. 8145, Oro-Pulido López): «No incurre tampoco la senten-

Lo que en modo alguno resulta admisible es utilizar el artículo 1.302 CC para reducir la eficacia invalidante de los vicios de nulidad de pleno derecho. Algunas sentencias invocan ese precepto para declarar no ajustados a Derecho actos en los que la Administración había inaplicado el convenio amparándose en vicios que, de ser ciertos, significarían su nulidad radial ¹³⁶. El artículo 1.302 CC (cuya *ratio* es aplicada a la invalidez de los actos administrativos por el art. 115.2 LAP) se aplica exclusivamente a los contratos anulables: la acción de anulabilidad se establece sólo en beneficio del contratante perjudicado por el vicio, y no para la tutela del ordenamiento ante infracciones jurídicas relevantes para el orden público (que es lo propio de la acción de

cia apelada en incongruencia al desestimar, implícitamente, la petición subsidiaria de indemnización económica, derivada también de incumplimiento contractual pues, (...) *al reconocer la sentencia la nulidad del convenio y rechazar totalmente la pretensión de cumplimiento, tanto está rechazando la pretensión de cumplimiento "in natura" como la pretensión de cumplimiento por equivalencia*, y ello sin perjuicio de las acciones que puedan corresponder a la entidad apelante, *derivadas de la nulidad del convenio, o del enriquecimiento injusto de la Administración*, cuestión que al ser ajena a este proceso, no ha sido objeto de consideración en las presentes actuaciones, ni, por tanto, ha sido sometido a decisión jurisdiccional». La sentencia deja claro que el hecho de que tanto la nulidad como el incumplimiento del contrato puedan dar lugar a una pretensión indemnizatoria del contratante privado, no implica que el fundamento y la cuantía de esas pretensiones sean idénticos. Por ello no parece adecuado que, cuando se demanda el cumplimiento del convenio, los Tribunales se limiten, en ocasiones como ésta, a remitir las «eventuales consecuencias indemnizatorias» a otros procesos, sin indicar si esas indemnizaciones lo serán a título de incumplimiento, de *culpa in contrahendo* o de enriquecimiento injusto por imposibilidad de devolución *in natura* de las prestaciones. La confusión entre las distintas pretensiones indemnizatorias provoca que, como se verá a continuación, los Tribunales ignoren abiertamente causas de nulidad y declaren la validez del contrato, cuando crean que sería injusto privar al contratante privado de toda indemnización.

¹³⁶ Así, la sentencia de 5 de abril de 1991 (Ar. 2897, Enríquez Sancho), relativa a un convenio con un Ayuntamiento en el que se incluía una exención tributaria de dudosa legalidad, dice que la supresión de ésta «alteraría irremediabilmente al equilibrio económico tenido en cuenta por las partes al contratar, alteración unilateral tanto más rechazable cuando *deriva de la invocación de una nulidad que, de ser cierta, derivaría de la propia parte que la alega para beneficiarse de ella a costa del concesionario*». En el mismo sentido, las sentencias de 8 de junio de 1992 (Ar. 5904, Rouanet Moscardó) y 16 de noviembre de 1993 (Ar. 8443, Enríquez Sancho).

nulidad)¹³⁷. Utilizar el artículo 1.302 para neutralizar algunos vicios de nulidad radical del contrato, haciendo que la violación de normas imperativas (típico supuesto de nulidad de un convenio) carezca de consecuencias jurídicas, supone una vulneración frontal del artículo 6.3 CC, que establece la sanción de nulidad para «los actos contrarios a las normas imperativas y a las prohibitivas (...), salvo que en ellas se establezca un efecto distinto para el caso de contravención». Del mismo modo, significa desconocer la vinculación de la Administración «a la ley y al Derecho» (art. 103.1 CE), que deberá impedir, por lo demás, que operen en los contratos de la Administración las interpretaciones que excluyen, en los contratos *inter privados*, la eficacia invalidante de la vulneración de algunas normas administrativas¹³⁸. Por lo demás, el argumento jurisprudencial de que el artículo 1.302 es necesario para evitar la injusticia de la declaración de nulidad del contrato cuando el particular ya ha cumplido sus obligaciones desconoce la aplicación de técnicas como la acción de enriquecimiento injusto, que sirven para remediar la imposibilidad de la devolución *in natura* de las prestaciones ya realizadas¹³⁹.

¹³⁷ De acuerdo con el artículo 1.302, el otro contratante no puede demandar la anulación del contrato. Cuando ese otro contratante haya sido también el causante del vicio, la prohibición de solicitar la anulación se apoya también en el principio de buena fe (quien ha ocasionado un vicio en la formación del contrato debe ser sancionado por ello, no puede beneficiarse de su infracción), pero el artículo 1.302 funciona incluso si el contratante no ha causado el vicio (así, en caso de que el contrato sea anulable por falta de capacidad de uno de los contratantes, siendo así que la incapacidad, ni es causada ni tiene por qué haber sido advertida por el otro). Vid. DE CASTRO, *El negocio jurídico*, cit., pág. 507, y Díez-PICAZO, *Fundamentos*, cit., vol. I, pág. 490.

¹³⁸ Vid. DE CASTRO, *El negocio jurídico*, cit., pág. 473.

¹³⁹ En este sentido, REBOLLO PUIG, *El enriquecimiento injusto*, cit., págs. 365-374. En sentencias como la de 26 de abril de 1980 (Ar. 1434, Martín Herrero) o la de 28 de febrero de 1986 (Ar. 642, Martín Herrero) se aplica el artículo 1.302 sin aclarar si el contrato era nulo de pleno derecho o simplemente anulable (cuando sólo en este último caso es aplicable el precepto).

**CONVENIOS NO CONTRACTUALES:
LA TERMINACION CONVENCIONAL
DEL PROCEDIMIENTO ADMINISTRATIVO
Y LA ACEPTACION ANTICIPADA DE ACTOS**

1. La terminación convencional del procedimiento en la LAP y en los reglamentos de adecuación de procedimientos

La LAP dedica su artículo 88 a regular la llamada «terminación convencional» del procedimiento. Este precepto se abre con la siguiente cláusula general:

«1. Las Administraciones Públicas podrán celebrar acuerdos, pactos, convenios o contratos con personas tanto de derecho público como privado, siempre que no sean contrarios al Ordenamiento Jurídico ni versen sobre materias no susceptibles de transacción y tengan por objeto satisfacer el interés público que tienen encomendado, con el alcance, efectos y régimen jurídico específico que en cada caso prevea la disposición que lo regule, pudiendo tales actos tener la consideración de finalizadores de los procedimientos administrativos o insertarse en los mismos con carácter previo, vinculante o no, a la resolución que les ponga fin».

Se trata de una novedad respecto a la LPA, como subraya la Exposición de Motivos y ha recordado la doctrina ¹. Los juicios

¹ La única alusión que contiene la Exposición de Motivos se encuentra en su apartado 12, al decir que «se introduce la posibilidad de utilizar instrumentos convencionales en la tramitación y terminación de los procedimientos». Tal vez hubiese sido conveniente una explicación más amplia sobre el significado de esos «instrumentos» (o una explicación, sin más), dado su carácter novedoso y lo ambiguo de la regulación aprobada. Es una de las grandes novedades de la Ley, como señalan PARADA, *Régimen Jurídico*, cit., pág. 308; MENÉNDEZ REXACH, «Procedimientos administrativos», cit., pág. 267; DELGADO PIQUERAS, *La terminación convencional*, cit., pág. 20; PAREJO, «La terminación convencional», cit., pág. 155.

sobre el precepto, del que se recalca inspiración en modelos comparados ², han sido positivos en cuanto a la intención, pero bastante críticos sobre el resultado alcanzado, especialmente por su ambigüedad ³.

Sin abordar en este momento el problema de la eficacia directa del artículo 88 LAP, es evidente que éste se remite a normas de desarrollo al decir que los acuerdos que se celebren tendrán «el alcance, efectos y régimen jurídico específico *que en*

² A estos precedentes han aludido SÁNCHEZ MORÓN, «El régimen de los actos y los recursos administrativos», *cit.*, pág. 268; GONZÁLEZ PÉREZ/GONZÁLEZ NAVARRO, *Comentarios, cit.*, vol. I, pág. 1491 (con referencia exclusiva al Derecho italiano). PARADA, *Régimen Jurídico, cit.*, pág. 308, dice que «es una forma de actuación o de terminación de los procedimientos administrativos, tomada directamente de la Ley de Procedimiento Administrativo alemana de 1976, (...) aunque la regulación alemana y la nuestra difieren notablemente. Es, pues, más la fórmula, la inspiración, que el contenido lo que de allí se toma». Para MENÉNDEZ REXACH, «Procedimientos administrativos», *cit.*, pág. 263, «parece claro que los redactores de la Ley han tenido a la vista la Ley federal alemana de Procedimiento Administrativo». PAREJO, «La terminación convencional», *cit.*, dice que «en modo alguno se trata (...) de una originalidad de nuestro Derecho» (pág. 157), y considera aplicables a nuestro ordenamiento muchas conclusiones de autores alemanes (págs. 182 y 186, nota 81, al tratarse de «una regulación legal análoga a la española»). Para DELGADO PIQUERAS, *La terminación convencional, cit.*, pág. 26, «es visible la influencia en el legislador español de las previsiones en este punto de la Ley federal alemana de 1976 sobre el Procedimiento Administrativo».

³ GARCÍA DE ENTERRÍA, «Un punto de vista», *cit.*, págs. 205 y sigs., pág. 207, incluye la terminación convencional en el grupo de temas «que, partiendo de una excelente intención, no han sabido ser luego llevados a término en condiciones técnicas razonables», al realizar la Ley «la admisión genérica de una “terminación convencional”, que es en sí misma peligrosa (arts. 88 y 107.2)» (pág. 208). El artículo 88 «no es un dechado de perfección y claridad», dice SÁNCHEZ MORÓN, «El régimen de los actos y los recursos administrativos», *cit.*, pág. 267. De «sensación de frustración que produce la regulación contenida en el artículo 88 de la nueva Ley» habla MENÉNDEZ REXACH, «Procedimientos administrativos», *cit.*, pág. 267, para quien «no se trataba de copiar miméticamente la Ley alemana, pero treinta años después de la LPA se podía esperar una regulación bastante más ambiciosa». Es una regulación «estrecha», según ARIÑO (en «Transparencia y participación en la Administración Pública española», *cit.*, pág. 102), «tímida, insuficiente y discutible» (PARADA, *Régimen Jurídico, cit.*, pág. 308), y a la que GONZÁLEZ PÉREZ/GONZÁLEZ NAVARRO auguran una utilización «ni demasiado frecuente ni demasiado general» (*Comentarios, cit.*, vol. I, pág. 1491).

*cada caso prevea la disposición que lo regule»*⁴. Este desarrollo ha ido surgiendo dentro de la marea de «reglamentos de adecuación de procedimientos» que se han ido dictando a partir de la aprobación de la LAP, al amparo de su D.A. 3.^a (modificada, como es bien sabido, por el Real Decreto-Ley 14/1993, de 4 de agosto)⁵.

⁴ Tal vez sea el ambiguo contenido del artículo 88.1 lo que provoca que su redacción sea tan pesada y, en alguna medida, desconcertante para el lector. El precepto está redactado en plural, ya que el sujeto son los «acuerdos, pactos, convenios o contratos», y así se excluye que «sean contrarios...», que «versen sobre materias...», se impone que «tengan por objeto...», y se habla del interés público que «tienen encomendado». Sin embargo, se dice que tendrán «el alcance, efectos y régimen jurídico específico que en cada caso prevea la disposición que lo regule» (en singular). Ese contraste sorprende y podría hacer pensar que lo que regula la «disposición» no son los acuerdos, etc. (pues éstos son un objeto plural), sino el único objeto singular que se ha mencionado con anterioridad en el precepto (el «interés público que tienen encomendado»), lo que no sería indiferente en relación con la eficacia directa o indirecta de la norma (de hecho, PAREJO ha postulado esta interpretación en «La terminación convencional», *cit.*, pág. 188). Cuando se habla de «la disposición que lo regule», la Ley se refiere, sin embargo, como es natural, al acuerdo. La utilización del singular está justificada porque se supone que cada norma de desarrollo regulará un tipo específico de acuerdo o contrato, pero probablemente hubiese sido mejor decir que los acuerdos «tendrán el alcance que prevean las disposiciones que los regulen en cada caso».

⁵ El hecho de que la terminación convencional se haya ido introduciendo en procedimientos concretos al hilo de su adecuación a la LAP realizada en virtud de la D.A. 3.^a LAP (que deslegaliza las normas reguladoras de los procedimientos administrativos, permitiendo que esa adecuación se lleve a cabo por vía reglamentaria), hace que ya no tenga sentido preguntarse si el artículo 88 podía ser desarrollado mediante reglamento. El legislador admitía esta posibilidad, al utilizar el término «disposición», como aceptaron todos los autores: SÁNCHEZ MORÓN, «El régimen de los actos y los recursos administrativos», *cit.*, pág. 268; GONZÁLEZ PÉREZ/GONZÁLEZ NAVARRO, *Comentarios, cit.*, vol. I, pág. 1491; MENÉNDEZ REXACH, «Procedimientos administrativos», *cit.*, pág. 264; VADRÍ/PONCE, «La nueva posición de los ciudadanos en sus relaciones con la Administración pública», en TORNOS MAS (COOR.), *Administración Pública y procedimiento administrativo*, págs. 121 y sigs., pág. 151. Si el artículo 88 sólo pudiese ser desarrollado por normas con rango de Ley, sería un precepto inútil (ya que la LAP no puede vincular al legislador futuro), salvo como habilitación al legislador autonómico, a quien la Ley estatal (a la que corresponde, *ex art.* 149.1.18.^a CE, la regulación del procedimiento administrativo común) estaría remitiendo la concreción, en un punto específico, de ese procedimiento común, concreción que le estaría vedada en otro caso.

La terminación convencional fue admitida y regulada en el primero de los reglamentos estatales dictados en cumplimiento de la D.A. 3.^a LAP, el «Reglamento de los procedimientos de las Administraciones públicas en materia de responsabilidad patrimonial» (en adelante RRP), aprobado por el RD 429/1993, de 26 de marzo. El artículo 8, bajo la rúbrica «Acuerdo indemnizatorio», dispone:

«En cualquier momento del procedimiento anterior al trámite de audiencia, el órgano competente, a propuesta del instructor, podrá acordar con el interesado la terminación convencional del procedimiento mediante acuerdo indemnizatorio. Si el interesado manifiesta su conformidad con los términos de la propuesta de acuerdo, se seguirán los trámites previstos en los artículos 12 y 13 de este Reglamento».

La eventual propuesta de acuerdo, o la propuesta de resolución unilateral, se someten, en caso de que sea preceptivo, a dictamen del Consejo de Estado u órgano equiparado (art. 12), y a continuación, según el artículo 13:

«1. En el plazo de veinte días desde la recepción, en su caso, del dictamen o, cuando éste no sea preceptivo, desde la conclusión del trámite de audiencia, el órgano competente resolverá o someterá la propuesta de acuerdo para su formalización por el interesado y por el órgano administrativo competente para suscribirlo. Cuando no se estimase procedente formalizar la propuesta de terminación convencional, el órgano competente resolverá en los términos previstos en el apartado siguiente»⁶.

En caso de que se rechace la propuesta de acuerdo, por tanto, se dictará una resolución unilateral (con los requisitos de éstas,

⁶ La admisión de la terminación convencional en el procedimiento de determinación de la responsabilidad patrimonial de las Administraciones tiene como antecedente el artículo 141.4 LAP, según el cual «la indemnización procedente podrá sustituirse por una compensación en especie o ser abonada mediante pagos periódicos, cuando resulte más adecuado para lograr la reparación debida y convenga al interés público, siempre que exista acuerdo con el interesado». La posibilidad de acuerdo se extiende también a los expedientes que se tramiten por el procedimiento abreviado (arts. 15.2 y 17 del Reglamento), pero no al procedimiento sobre responsabilidad patrimonial de autoridades y personal al servicio de las Administraciones públicas (capítulo V del Reglamento), lo que es criticado por DELGADO PIQUERAS (*La terminación convencional, cit.*, pág. 217).

establecidos por el art. 13.2) ⁷. La Administración tiene siempre la última palabra, pudiendo apartarse del acuerdo alcanzado y dictar una resolución unilateral ⁸.

Por otro lado, el RRP insiste en que el acuerdo con el interesado debe limitarse exclusivamente a la determinación de la cuantía indemnizatoria ⁹, aunque la eficacia de esa distinción es dudosa. En caso de que se llegue a un acuerdo sobre la indemnización, éste se basa, lógicamente, en un reconocimiento de responsabilidad por parte de la Administración ¹⁰. Por otro lado, tal distinción podría sostenerse si la responsabilidad (es decir, la concurrencia de los presupuestos de la misma) se declarase por un acto unilateral, quedando remitida a un acuerdo posterior la determinación de la indemnización. Pero, en caso de terminación convencional, el acuerdo sustituye completamente al acto unilateral ¹¹.

⁷ Como se ha explicado en § VII.4 (nota 101), la competencia varía dependiendo de que el procedimiento termine mediante un acuerdo o con una resolución unilateral (art. 13.1).

⁸ Según PAREJO (en PAREJO/JIMÉNEZ-BLANCO/ORTEGA, *Manual, cit.*, vol. I, pág. 556), «la terminación estricta siempre es, pues, unilateral»; DELGADO PIQUERAS, *La terminación convencional, cit.*, pág. 219, habla, en cambio, de contrato de transacción.

⁹ La Exposición de Motivos del RRP dice: «Obviamente, el acuerdo de terminación convencional no puede incluir, como tal acuerdo con un particular, ningún tipo de transacción sobre la existencia o no de relación de causalidad o de reconocimiento pactado de la responsabilidad de las Administraciones públicas, sino limitarse a la determinación de la cuantía y el modo». El artículo 8 habla, como ya se ha indicado, de «acuerdo indemnizatorio».

¹⁰ DELGADO PIQUERAS, *La terminación convencional, cit.*, pág. 218, dice, a propósito de la «obvia» (según la Exposición de Motivos del RRP) limitación del acuerdo a la determinación de la cuantía de la indemnización, que «en mi opinión esto no resulta tan obvio. Desde luego, la conclusión de un acuerdo indemnizatorio presupone que la Administración reconoce su propia responsabilidad, que es parte ineludible del acuerdo».

¹¹ GARCÍA DE ENTERRÍA/FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, *Curso, cit.*, vol. II, pág. 424, indican que, si se quiere que el acuerdo se limite a la cuantía indemnizatoria, debe haber forzosamente un acto unilateral que declare la concurrencia de los presupuestos de la responsabilidad de la Administración: «Es importante notar que el acuerdo indemnizatorio no puede versar sobre la procedencia de la reparación, cuestión ésta no susceptible de transacción, por lo que su alcance se limita a la determinación de la cuantía y el modo de la compensación cuando ésta se estime procedente de acuerdo con la Ley. El RRP, en línea

El Reglamento del procedimiento para el ejercicio de la potestad sancionadora (en adelante, RPPS), aprobado por el RD 1398/1993, de 4 de agosto, sólo recoge la terminación convencional en su artículo 22.2, a propósito del procedimiento que se tramita para determinar la responsabilidad civil del sujeto sancionado por los daños causados a la Administración ¹². Tal vez lo más interesante de este supuesto de terminación convencional sea su confrontación con el supuesto anterior, el del RRP. Por un lado, se respeta rigurosamente (aquí sí) el principio de que el

con las cautelas que con carácter general enuncia el artículo 88 LPC para los casos de terminación convencional del procedimiento, se cuida de advertirlo así en su preámbulo y, por si hubiera duda, establece en su artículo 8 que “si el interesado manifiesta su conformidad con los términos de la propuesta de acuerdo, se seguirán los trámites previstos en los artículos 12 y 13 de este Reglamento”. *Esto supone que tiene que haber necesariamente en todo caso un pronunciamiento del órgano competente sobre la existencia o no del derecho al resarcimiento y que es ese pronunciamiento, completado o no por el acuerdo de indemnización, el que pone fin al procedimiento y no este último, como quizás podría dar a entender la equívoca redacción del RRP*» (la cursiva es mía). Parece claro, de todos modos, que, si bien la limitación del acuerdo a la determinación de la cuantía indemnizatoria exige lógicamente que el resto de las cuestiones (es decir, la propia existencia de responsabilidad) sean establecidas en una resolución unilateral, el RRP (de forma, tal vez, inconsecuente) no parte de esa idea y configura al acuerdo y a la resolución unilateral como totalmente alternativos y excluyentes entre sí (arts. 13.1 y 17.1). El inciso final del artículo 8, que, en caso de acuerdo, ordena que se sigan los trámites de los artículos 12 y 13, no indica, según esta interpretación, que deban existir en todo caso un acuerdo y un acto unilateral, sino que se limita a establecer que habrá que solicitar los dictámenes preceptivos, incluso si se ha alcanzado un acuerdo, y a remitir al artículo 13, que regula la terminación del procedimiento en términos claramente alternativos: «el órgano competente resolverá o someterá la propuesta de acuerdo para su formalización...».

¹² El artículo 22.2 RPPS dispone que, «cuando no concurren las circunstancias previstas en la letra b) del apartado anterior (es decir, cuando no existan elementos que permitan imponer la indemnización en la propia resolución sancionatoria), la indemnización por los daños y perjuicios causados se determinará mediante un procedimiento complementario, cuya resolución será inmediatamente ejecutiva. *Este procedimiento será susceptible de terminación convencional, pero ni ésta ni la aceptación por el infractor de la resolución que pudiera recaer implicará el reconocimiento voluntario de su responsabilidad.* La resolución del procedimiento pondrá fin a la vía administrativa». Vid. GONZÁLEZ CANO, «La exigencia de responsabilidad», *cit.*, págs. 62-64, donde se estudia este supuesto de terminación convencional como una especie de transacción.

acuerdo debe limitarse a la fijación de la cuantía de la indemnización. El acuerdo se ceñirá a determinar «la indemnización por los daños y perjuicios causados» (art. 22.2 RPPS), de forma complementaria a una resolución (unilateral en todo caso) que declara la comisión de una infracción.

La terminación convencional se prevé también en el Reglamento del procedimiento para la concesión de subvenciones públicas (aprobado por el RD 2225/1993, de 17 de diciembre) ¹³. El Reglamento condiciona la posibilidad de terminación convencional del procedimiento a que las normas reguladoras de la subvención de que se trate la prevean. Cuando esa previsión se contenga en una norma de rango inferior al del Reglamento (aprobado por RD), se deberán respetar las previsiones de éste, muy similares a las del RRP ¹⁴. En cuanto al régimen jurídico del acuerdo, no se dice sino que «éste producirá iguales efectos que la resolución del procedimiento» ¹⁵.

El RD 1778/1994, de 5 de agosto, que establece «las normas reguladoras de los procedimientos de otorgamiento, modificación y extinción de autorizaciones», prevé también, en su ar-

¹³ El artículo 7.1 del Reglamento establece que «cuando por la naturaleza de la subvención y el número y circunstancias de los posibles beneficiarios las normas reguladoras de la subvención así lo prevean, se podrá finalizar el procedimiento mediante acuerdo entre la Administración y los interesados. En cualquier caso, la terminación convencional deberá respetar el objeto, condiciones y finalidad de la subvención, así como los criterios de valoración establecidos respecto de las solicitudes o peticiones». Este precepto está dominado por una actitud de cautela y reserva frente a la terminación convencional que conduce a limitar en lo posible su ámbito de aplicación.

¹⁴ Obviamente, si la subvención, aun estando incluida, por su naturaleza estatal, en el ámbito de aplicación del Reglamento de 1993, es regulada por norma con rango de Ley o por un Real Decreto, éstos podrán prever la terminación convencional y regularla con sujeción exclusiva a la LAP, sin estar vinculados por el artículo 7 del Reglamento.

¹⁵ No se debe confundir la terminación convencional en materia de subvenciones (que es lo que regula el RD 2225/1993) con los contratos de fomento o, en la terminología de la legislación de contratos, «convenios de colaboración» [art. 3.1.d) LCAP], estudiados *supra*, en el § III.6. Estos últimos no son contratos sobre actos y potestades, sino contratos cuya causa, para la Administración, es el fomento de actividades privadas consideradas de interés público. Son convenios que equivalen, en la práctica, a subvenciones.

título 5, la terminación convencional de estos procedimientos, pero sólo cuando la regulación específica del procedimiento de que se trate lo permita, por lo que se trata de una norma de mera remisión ¹⁶. En cuanto al régimen del acuerdo, se establece simplemente que «producirá iguales efectos que la resolución (unilateral) del procedimiento» (art. 5.4).

Ya al margen del proceso de adecuación a la LAP de los procedimientos administrativos preexistentes, aunque acusando, en todo caso, la influencia de esta Ley, hay que recordar la terminación convencional en el procedimiento de autorización de determinados acuerdos sociales de empresas privatizadas (Ley 5/1995, de 23 de marzo, sobre «Régimen Jurídico de la Enajenación de Participaciones Públicas en Determinadas Empresas») ¹⁷. El acuerdo supone la ruptura del modelo teórico del procedimiento autorizatorio, en el que el particular presenta una solicitud cerrada en todos sus extremos, sobre cuya legalidad y adecuación al interés público se pronuncia la Administración. Aquí la Administración indica al solicitante las modificaciones que se deben introducir si quiere obtener la autorización, y el convenio formaliza el resultado de las negociaciones. La posibilidad de terminación convencional opera *ex lege*, sin necesidad de que una previsión normativa más concreta la active, al contrario de lo que ocurre en materia de subvenciones y autorizaciones administrativas ¹⁸.

¹⁶ El artículo 5.1 del RD citado establece: «Cuando por la naturaleza de la actividad las normas reguladoras de la autorización así lo prevean, se podrá finalizar el procedimiento mediante acuerdo entre la Administración y los interesados. En cualquier caso, la terminación convencional deberá garantizar el interés público para cuya salvaguardia se exige la autorización correspondiente».

¹⁷ Ya se ha hecho referencia a esta Ley en el § 1.2, nota 18. El artículo 5 de la Ley, que regula el procedimiento para otorgar la autorización, establece, en su apartado 2: «El procedimiento administrativo a que se refiere el apartado anterior podrá terminarse mediante suscripción de convenio sobre las características del acuerdo o acto social sujetos a aprobación, a propuesta tanto de la Administración actuante como del interesado o interesados».

¹⁸ No obstante, la normativa de desarrollo de la Ley 5/1995 se refiere también a la terminación convencional (art. 4 de los RRDD 3/1996, de 15 de enero, sobre Repsol, y 8/1997, de 10 de enero, sobre Telefónica).

2. La discutida eficacia directa del artículo 88 LAP

La ya aludida reserva del artículo 88.1 LAP, que remite «el alcance, efectos y régimen jurídico» de los acuerdos o contratos de terminación convencional a lo que «en cada caso prevea la disposición que lo regule», ha movido a la mayor parte de los autores que han escrito sobre el tema (sobre todo los que lo han hecho en el marco de obras generales sobre la LAP, no dedicadas específicamente a la terminación convencional) a negar eficacia directa a este precepto¹⁹. Su única función sería la de habilitar al reglamento (o al legislador autonómico) para prever la terminación convencional en procedimientos administrativos concretos. El artículo 88 se aplicaría en esos casos a los convenios que se celebrasen, sin perjuicio de la regulación complementaria que se establezca en las normas que autoricen su celebración. El legislador habría partido de un principio de especialidad, según el cual la terminación convencional no es adecuada para todos los procedimientos administrativos, y por tanto sólo serían válidos los convenios celebrados en procedimientos que una norma haya

¹⁹ GONZÁLEZ PÉREZ/GONZÁLEZ NAVARRO, *Comentarios, cit.*, vol. I, pág. 1491, dicen que «la LRJPA se limita a establecer un marco para las futuras regulaciones que se hagan de dicha figura, cuyo empleo exige la interposición de una disposición que regule su alcance, efectos y régimen jurídico específico (art. 88.1). Así pues, *esta forma de terminación no puede aplicarse de manera inmediata, sino que exige que primero se dicte esa disposición reguladora*». PARADA, *Régimen Jurídico, cit.*, pág. 314, dice que «es precisa (...) su anterior previsión expresa por una norma, puesto que los convenios “no tendrán más alcance, efectos y régimen jurídico que en cada caso (*sic*) prevé la disposición que lo regule”; es decir, que no basta para la celebración de un convenio acogerse a lo que dice la Ley de Régimen Jurídico y Procedimiento Administrativo Común, sino que es preciso una regulación sustantiva previa que acepte la figura, con lo que la regulación de aquélla no es más que un simple esquema de relleno de esa otra específica regulación a la que habrá de atenerse prioritariamente». Para MENÉNDEZ REXACH («Procedimientos administrativos», *cit.*, pág. 264), «si no hay previsión (que, además, ha de ser expresa, ya que debe regular el alcance, efectos y régimen jurídico), no es admisible el convenio, debiendo finalizar el procedimiento en la forma ordinaria de “resolución”». SÁNCHEZ MORÓN, «El régimen de los actos y los recursos administrativos», *cit.*, pág. 267, afirma que el artículo 88 «ni siquiera contiene una norma de aplicación inmediata y directa, puesto que se remite a lo que, más en concreto, “en cada caso prevea la disposición que lo regule”».

considerado aptos para la misma. Una forma más matizada de expresar la misma idea consiste en reconocer al artículo 88 una eficacia directa «mínima», como norma habilitadora de la conclusión de convenios informales, o «no vinculantes», cuya celebración no precisa, en realidad, fundamento jurídico alguno ²⁰.

A esa interpretación negativa se han opuesto, en los dos trabajos publicados hasta la fecha sobre la terminación convencional del procedimiento en general, DELGADO PIQUERAS y PAREJO (que se adhiere parcialmente a los argumentos del primero y aporta otros) ²¹. Para estos autores, el artículo 88 LAP habilita a las Administraciones, desde el momento de su entrada en vigor y sin necesidad de complemento normativo alguno, para celebrar convenios vinculantes. Las eventuales normas de desarrollo servirán para modular y completar el régimen de los convenios (incluida su exclusión de algunos procedimientos), en desarrollo de los criterios contenidos en el artículo 88, pero sin ser imprescindibles (como ya se ha indicado) para la aplicación de éste ²².

²⁰ Esta es la tesis de MENÉNDEZ REXACH, «Procedimientos administrativos», *cit.*, pág. 264.

²¹ *Vid.* DELGADO PIQUERAS, *La terminación convencional*, *cit.*, págs. 186-189, y PAREJO, «La terminación convencional», *cit.*, págs. 184-191.

²² Según DELGADO PIQUERAS, *La terminación convencional*, *cit.*, pág. 189, «no se puede descartar la eficacia directa de la Ley 30/1992 respecto de la terminación convencional y los acuerdos preparatorios, que deben ser admitidos sin recelo desde ya. A falta de un ulterior desarrollo normativo complementario, los efectos y alcance de los contratos se deducirán de su propio contenido, una vez aceptada su validez conforme a los elementos de su régimen jurídico establecidos en dicha Ley». En el mismo sentido, PAREJO, «La terminación convencional», *cit.*, pág. 185, al decir que «la posición de F. DELGADO PIQUERAS es la más convincente». Su conclusión (pág. 189) es que «el artículo 88.1 LRjAPyPac es una norma completa, que formula un apoderamiento general, de directa aplicación, para la actuación por la Administración pública de forma convencional (en calidad de alternativa a la unilateral), y que consecuentemente configura, también directamente, la capacidad de obrar de dicha Administración en los procedimientos administrativos ordinarios. En la economía del precepto legal, la remisión que efectúa a las disposiciones sectoriales de pertinente aplicación por razón de la materia tiene la finalidad de asegurar el ejercicio de [la] capacidad de obrar —perfecta desde el expresado artículo de la LRjAPyPac— de manera conforme a la finalidad y las características de la regulación material de dichas disposiciones. En consecuencia, si bien éstas no son precisas para completar la capacidad de obrar de la Administración, sí que

El primer argumento de la que podemos llamar «tesis positiva» es el propio tenor del artículo 88.1, que contiene inequívocamente una habilitación (todo lo matizada que se quiera) en favor de la Administración para la celebración de acuerdos de terminación convencional²³. El valor de ese argumento aumenta (como ponen de relieve DELGADO PIQUERAS y PAREJO) si se piensa que la actual redacción del artículo 88 (es decir, su redacción como habilitación matizada) no fue simplemente aceptada por las Cortes como parte del Proyecto de Ley enviado por el Gobierno, sino que fue mantenida frente a dos enmiendas (una presentada en el Congreso de los Diputados y la otra en el Senado) que pedían que fuese sustituida por una fórmula prohibitiva de la celebración de convenios, salvo habilitación normativa expresa. Optar por la tesis negativa supone, por consiguiente, ignorar que ésta fue expresamente rechazada en el Parlamento²⁴.

pueden modular el juego de la técnica convencional (hasta llegar a imponerlo, excluyendo el acto unilateral), por relación justamente a su alcance, efectos y régimen jurídico, e, incluso, excluir completamente su juego en la materia».

²³ Vid. DELGADO PIQUERAS, *La terminación convencional*, cit., pág. 187.

²⁴ Los antecedentes de la LAP han sido publicados por las Cortes Generales (bajo la dirección de SAINZ MORENO) en el volumen *Ley de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común*, Madrid, 1993. El actual artículo 88 LAP procede, sin variación alguna, del artículo 86 del Proyecto gubernamental (el desplazamiento numérico se debe a la inserción del art. 15 en el Congreso y del 46 en el Senado). El Grupo Popular presentó en el Congreso (núm. 494) y en el Senado (núm. 426) dos enmiendas de idéntico contenido, que pretendían que el texto del actual artículo 88.1 fuese del siguiente tenor:

«Las Administraciones públicas no podrán celebrar con personas de derecho público o privado más acuerdos, pactos, convenios o contratos que los que le permita expresamente el ordenamiento jurídico con vistas a la mejor satisfacción de los fines públicos que tengan encomendados, y de acuerdo con los principios, condiciones y procedimiento que el ordenamiento establezca en garantía del interés público y de la igualdad de los ciudadanos ante la ley y ante los beneficios y cargas públicas».

Ambas enmiendas fueron rechazadas. El debate en el Congreso se produjo en la Sesión del 17 de junio de 1992 de la Comisión de Régimen de las Administraciones Públicas. Defendió la enmienda el diputado señor Núñez Pérez, con las siguientes palabras: «La previsión del proyecto es anómala y muy peligrosa por abrir las puertas de forma indeterminada a posibles arreglos entre la Administración y determinados administrados que podrían ser contrarios a

Aquellos reglamentos que (como ocurre en materia de subvenciones y autorizaciones) admiten la terminación convencional sólo cuando las normas reguladoras del procedimiento de que se trate la prevean (es decir, cuando sea admitida por normas que

principios como el de interdicción de la arbitrariedad, seguridad jurídica e igualdad de los ciudadanos, publicidad y concurrencia, etc.» (*op. cit.*, pág. 382). A ello respondió, en defensa del texto del Proyecto, el diputado del Grupo Socialista señor Lloret Llorens: «Todos conocemos cómo se ha producido en la práctica, sobre todo en nuestros Ayuntamientos durante estos últimos años, algo que con las suficientes garantías de publicidad y de control por parte de los ciudadanos —por ejemplo, el tema de los convenios urbanísticos—, ha permitido importantes resultados desde el punto de vista de lo que es una visión moderna de la Administración. A mí me preocupa que muchas veces reclamemos el término de modernización de la Administración pública, y cuando se plantea una solución novedosa, con las suficientes garantías como las contenidas en el artículo 86 [actual 88], que efectivamente permite la terminación convencional como un nivel de solución al procedimiento, perfectamente reglada y yo creo que con un contenido, reitero, muy garantista, pongamos en duda lo que debía de ser algo ajustado a ese principio de modernidad que estamos recabando» (pág. 384).

El debate en el Senado se produjo en el Pleno del 29 de octubre de 1992. El senador del Grupo Popular, señor Gómez Martínez-Conde afirmó que «dicho en la forma positiva en que se redacta el párrafo (...), daría lugar a mucha arbitrariedad, a poca seguridad jurídica y a que se pudieran hacer muchas componendas en algunos casos entre algunos representantes de la Administración y algunos administrados y haber hasta connivencias peligrosas que podrían dar lugar a unas chapuzas (*sic*) muchas veces sorprendentes y cuya posibilidad no queremos nadie que exista. Además, ello iría contra los principios de la seguridad jurídica y de la igualdad de los ciudadanos ante la ley, incluso hasta con publicidad. (...) Vamos a evitar, señorías, que exista esa posibilidad, por si se da alguna tentación o debilidad tanto por parte de los representantes de la Administración como de los administrados» (pág. 849). Por parte del Grupo Socialista, intervino el senador señor Pérez García en estos términos: «Al Grupo Popular le preocupa que en los supuestos de terminación convencional de los procedimientos administrativos a los que se refiere, como una innovación, este proyecto de ley, se asegure el principio de legalidad, en primer lugar; el principio de igualdad, en segundo lugar. Es decir, que a través de la terminación convencional no puedan darse situaciones de ilegalidad y, sobre todo, no puedan darse situaciones de convenios entre la Administración con los particulares que vulneraran un principio de igualdad, de libertad de concurrencia, que son principios característicos de nuestra legislación de contratación administrativa. Tengo que decirle al senador señor Gómez Martínez-Conde que las garantías de legalidad están suficientemente definidas a lo largo de todo este proyecto de ley y en el propio precepto al que nos referimos, que dice, yo creo que con meridiana claridad, los límites dentro de los cuales debe moverse esta

desarrollan la LAP en segundo y último grado), son también utilizados como argumento por DELGADO PIQUERAS. Para él, estos reglamentos llevan a cabo, en sus ámbitos respectivos (subvenciones y autorizaciones), una prohibición de la terminación convencional bajo reserva de autorización que sólo tiene sentido si se parte de que el artículo 88.1 ha efectuado previamente, con alcance general, una autorización bajo reserva de prohibición. Si se parte, en cambio, de la tesis negativa, dice DELGADO PIQUERAS, los reglamentos sobre autorizaciones y subvenciones no harían más que reiterar, de forma incomprensible, la regla prohibitiva que (según esta tesis) contiene el artículo 88 ²⁵.

También sostienen estos autores que la tesis negativa contradice la *voluntas legis*, al propugnar para los acuerdos sobre actos

fórmula, nueva, alternativa, de terminación convencional de los procedimientos administrativos. Y el principio de igualdad, que en absoluto pretende este proyecto escamotear al introducir esta nueva fórmula de terminación convencional de los expedientes administrativos, es un principio que está recogido y se recogerá, sin lugar a dudas, con toda la solemnidad debida, en la legislación de contratación administrativa. No se preocupen los senadores del Grupo Popular, porque no hay aquí una puerta abierta a esa arbitrariedad en la formalización de contratos entre las Administraciones y los particulares. Lo establece la legislación de contratos del Estado, lo establecerá la futura legislación de contratos, y lo establecen las legislaciones que en el ámbito de las corporaciones locales regulan este tipo de actuación de la administración de la Administración: la actuación tendente a formalizar contratos con los particulares» (pág. 851).

DELGADO PIQUERAS, *La terminación convencional*, *cit.*, pág. 187, dice al respecto que «si la intención del legislador hubiera sido alumbrar una terminación convencional congelada en su eficacia, habría aprobado la enmienda núm. 494 del Grupo Popular, que literalmente prohibía tal posibilidad salvo en los casos expresamente previstos por el ordenamiento». En el mismo sentido, PAREJO, «La terminación convencional», *cit.*, pág. 188, nota 84. MENÉNDEZ REXACH, «Procedimientos administrativos», *cit.*, pág. 262, nota 5, coherentemente con su postura general, sostiene que «a pesar de las apariencias, no hay diferencia sustancial entre la propuesta rechazada y el texto que prosperó, porque, tal como está redactado, los convenios sólo son posibles cuando estén expresamente previstos».

²⁵ DELGADO PIQUERAS, *La terminación convencional*, *cit.*, pág. 187, dice, en efecto, que los reglamentos señalados «se preocupan de señalar que la terminación convencional sólo cabrá cuando las normas reguladoras de la subvención o autorización concreta así lo prevean (arts. 7 y 5, respectivamente), precisión que resultaría redundante e innecesaria si la eficacia de lo previsto en el artículo 88 LRJ-PAC estuviera diferida».

y potestades un régimen más restrictivo que el anteriormente vigente, cuando la intención del legislador ha sido claramente la contraria, la de introducir, como novedad, la posibilidad de celebrar acuerdos de terminación convencional. La tesis negativa colocaría a los acuerdos en la misma situación de incertidumbre anterior, haciendo inútil el intento clarificador del legislador ²⁶.

PAREJO añade un argumento de orden jurídico-formal, derivado de la distinta redacción de los artículos 107.2 (que exige rango de Ley a las normas que pretendan actualizar las fórmulas que ese precepto prevé como alternativa al tradicional recurso administrativo) y 88.1 (que se refiere a una simple «disposición»). Partiendo de que la decisión de admitir el convenio como forma de ejercicio de las potestades administrativas (alternativa a su ejercicio mediante resoluciones unilaterales) está sometida a reserva de ley (material y formal), resulta que si la LAP admite que un simple reglamento desarrolle el artículo 88 es porque este precepto ha agotado por sí mismo la regulación de la materia sometida a reserva de ley, y ha remitido al reglamento exclusivamente el complemento de esa decisión normativa. El artículo 88.1 LAP ya habría decidido la cuestión de si la Administración puede celebrar acuerdos de terminación convencional y lo habría hecho en sentido positivo, dado su tenor literal ²⁷.

No todos los argumentos empleados por DELGADO PIQUERAS o PAREJO son igualmente plausibles. Parece claro que la celebración de acuerdos no vinculantes no requiere habilitación normativa alguna (precisamente porque la habilitación normativa para la producción de cualquier acto jurídico sirve para otorgarle efectos jurídicos, mientras que los acuerdos no vinculantes carecen, por definición, de efectos *en cuanto tales acuerdos*, sin perjuicio de su funcionamiento como límite de la discrecionalidad administrativa o como fundamento de la responsabilidad patrimonial de la Administración) ²⁸. Por lo mismo, afirmar que la Administración puede celebrar acuerdos de terminación convencional *siempre que no sean vinculantes* (como hace MENÉNDEZ

²⁶ Vid. DELGADO PIQUERAS, *La terminación convencional*, cit., pág. 188.

²⁷ Vid. PAREJO, «La terminación convencional», cit., págs. 186-187.

²⁸ Vid. *supra*, capítulos IV y V.

REXACH) no supone reconocer eficacia directa alguna al artículo 88 LAP, cuya suerte se juega exclusivamente con respecto a los acuerdos jurídicamente vinculantes: sólo tendrá eficacia directa si es título habilitante suficiente para que la Administración los celebre (aun respetando determinados límites) sin necesidad de un complemento normativo.

Aunque es cierto (como afirman DELGADO PIQUERAS y PAREJO) que el artículo 88.1 está redactado en términos afirmativos (frente a la enmienda rechazada en ambas Cámaras), no es posible deducir simplemente de ello que las ulteriores normas que prevean en procedimientos concretos la terminación convencional son complementos de un precepto directamente eficaz. Para que el artículo 88.1 fuese directamente aplicable, sería preciso que la habilitación en él contenida tuviese un contenido mínimamente identificable, lo que no ocurre. El artículo 88.1 se refiere tanto a los convenios vinculantes como a los no vinculantes, y remite la concreción de su alcance a las disposiciones de desarrollo. Aun admitiendo que el artículo 88.1 tenga un contenido mínimo aplicable incluso en ausencia de disposición de desarrollo, ¿qué razón hay para afirmar que ese contenido incluye la celebración de acuerdos vinculantes? Más razonable parece suponer que, en ausencia de normas de desarrollo, los convenios celebrados tendrán el contenido mínimo de los admitidos por el artículo 88.1, es decir, el de convenios no vinculantes ²⁹.

El argumento de que los reglamentos que excluyen, en su ámbito, la terminación convencional, salvo previsión específica (como los de subvenciones y autorizaciones), sólo son inteli-

²⁹ Podría sostenerse que, aun admitiendo que el artículo 88.1 carece de eficacia directa, ese precepto impone al legislador o a los reglamentos que disciplinan los diferentes procedimientos la obligación de regular la terminación convencional, permitiendo en algunos casos la celebración de acuerdos vinculantes o incluso sustitutivos de la resolución, y dando así un efecto útil al artículo 88. Respecto al legislador, sería absurdo pretender que está vinculado en ese sentido por el artículo 88. Por lo que se refiere a los reglamentos de adecuación o disciplina de los procedimientos, el propio de artículo 88 viene a reconocerles un amplísimo margen de apreciación (virtualmente infiscalizable) para determinar en cada caso si se permite o no la terminación convencional, y en qué términos.

bles si se parte de la eficacia directa del artículo 88.1 LAP, parece poco convincente. Según esa interpretación, tales reglamentos serían más refractarios a la terminación convencional del procedimiento que aquellos que no la mencionan en absoluto (ya que éstos la estarían admitiendo tácitamente, sin recortar en nada su ámbito de aplicación, sin otros límites que los genéricos del art. 88 LAP, vigentes en todo caso). Sin embargo, es indiscutible que los reglamentos repetidamente mencionados sobre subvenciones y autorizaciones figuran, dentro de la serie de reglamentos de desarrollo de la LAP, entre los más favorables a la terminación convencional, de lo que dan testimonio sus respectivos preámbulos, transcritos *supra* ³⁰.

Las afirmaciones anteriores ponen de manifiesto, a mi juicio, que el problema de la validez de los acuerdos de terminación convencional del procedimiento no puede ser resuelto con base, exclusivamente, en la interpretación gramatical del artículo 88 LAP. Si el aserto anterior puede ser predicado de prácticamente cualquier cuestión jurídica de algún porte, está especialmente justificado ante un precepto como el artículo 88 LAP, que ha renunciado, de hecho, a regular la institución jurídica que constituye su objeto ³¹, y que no ha acertado en absoluto a expresar la *voluntas legislatoris* paladinamente declarada en los trabajos preparatorios, puesto que la redacción finalmente aprobada difícilmente puede recibir una interpretación distinta de la que habría sido procedente si se hubiese aprobado la enmienda dos veces rechazada.

³⁰ No es sostenible seriamente que, mientras que los reglamentos sobre subvenciones y autorizaciones admiten con cuentagotas la terminación convencional, ésta sea admitida sin tasa por los reglamentos que no la mencionan. El propio DELGADO PIQUERAS, *La terminación convencional*, cit., págs. 221-222, no adopta esa solución radical en el caso concreto del procedimiento sancionador. La alusión exclusiva a la terminación convencional en el artículo 22 RPPS (limitado, como ya se ha estudiado, al procedimiento adicional para la determinación de la indemnización debida por la responsabilidad civil derivada de la conducta sancionada) no implica admisión implícita de la terminación convencional en el procedimiento sancionador *stricto sensu*, sino más bien su exclusión (aunque le parezca criticable), de modo que sólo será posible el acuerdo indirecto, o negociación del contenido de la propuesta de resolución.

³¹ *Vid.* la argumentación al respecto *supra*, § VI.1.

Una interpretación del artículo 88.1 que deduzca del mismo la prohibición (salvo habilitación normativa expresa) de toda clase de acuerdo jurídicamente vinculante sobre el dictado de un acto o el ejercicio de una potestad administrativa, parece difícilmente admisible, porque tal afirmación supone aplicar a los acuerdos un régimen más restrictivo que el vigente con anterioridad a la LAP, cuando la intención del legislador ha sido la contraria, la de introducir, todo lo limitadamente que se quiera, el consenso en la acción administrativa, pero no la de restringir o eliminar los escasos resquicios del mismo existentes con anterioridad ³².

El Tribunal Supremo (que no ha tenido aún ocasión de pronunciarse sobre el art. 88 LAP) ha reconocido la validez de contratos sobre el ejercicio de potestades administrativas carentes de apoyo normativo, y les ha reconocido validez (al menos en el sentido de hacer responsable contractualmente a la Administración en caso de que decida ejercer sus potestades en sentido distinto al pactado en el contrato) ³³. No es razonable suponer, persistiendo las mismas circunstancias que llevan a la celebración de contratos y acuerdos sobre la actuación administrativa, que la Ley haya querido privar de toda tutela al particular que contrata con la Administración, colocándole en una situación peor a la anterior a su aprobación, al declarar nulo cualquier acuerdo carente de habilitación normativa ³⁴.

Por otra parte, sin embargo, tampoco es posible apoyar exclusivamente en el artículo 88 (y, especialmente, en su interpretación gramatical) la validez y los límites de los acuerdos sobre el ejercicio de potestades administrativas. Se trata de una

³² Así, FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, *Manual de Derecho urbanístico*, cit., pág. 196, considera que la Ley da una cobertura genérica a este tipo de actividad. VADRÍ/PONCE, «La nueva posición de los ciudadanos», cit., pág. 151, dicen que «la nueva Ley se limita, por tanto, a establecer la posibilidad de su celebración, pero remite a otras disposiciones su concreto desarrollo».

³³ *Vid. supra*, § VI.6, nota 85.

³⁴ Una norma que excluyese terminantemente la celebración de acuerdos de terminación convencional sería, además, un grave obstáculo a la tutela del particular por la vía de la responsabilidad extracontractual, ya que sería muy difícil, ante una norma tan clara, considerar a la Administración culpable de la nulidad del contrato.

norma deliberadamente abierta (aunque tal vez su redacción no acierte a expresar esa idea), con la que el legislador no ha pretendido decidir una cuestión (la de las condiciones de validez de los acuerdos celebrados en el marco del procedimiento administrativo), sino señalar una dirección (la admisión, dentro de lo posible, de este tipo de acuerdos). Lo que el legislador ha pretendido no es, a mi juicio, introducir un nuevo mandato en el sistema normativo, sino remitir a normas ulteriores la determinación, para cada caso concreto, del ámbito de compatibilidad de dos mandatos ya vigentes: el principio de eficacia (del que se deriva la necesidad de permitir el recurso a los acuerdos en la actuación administrativa, como medio más rápido y seguro de resolución de conflictos) y el de legalidad (identificando en él a todas las reglas, derivadas del concepto de Estado de Derecho, que limitan la actividad administrativa consensual). El ámbito y condiciones de validez de los acuerdos vendrán definidos por el margen de compatibilidad de esos principios, es decir, los convenios serán válidos (e incluso exigidos por el principio de eficacia) en cuanto sean compatibles con el principio de legalidad.

Hasta ahora, la determinación de esas condiciones de validez se dejaba a la jurisprudencia, como presupuesto de la resolución de las cuestiones litigiosas³⁵. Lo que el legislador ha hecho es dar una cobertura genérica a este tipo de actuación (atribuyéndole un valor positivo en la economía del procedimiento administrativo, de modo que no se puede decir que sea una figura jurídica que sirva exclusivamente a los intereses de los particulares, en perjuicio de los públicos), y encomendar a las normas de desarrollo la determinación, en cada ámbito sectorial, de las condiciones y límites de validez de los acuerdos, con una precisión superior a la que, lógicamente, puede proporcionar su análisis doctrinal o jurisprudencial, por fuerza ligado a la formulación de principios y reglas generales o, al contrario, a la solución de casos concretos.

Un argumento adicional para impugnar la tesis de que el artículo 88 supone una prohibición (salvo habilitación expresa) de

³⁵ Lo que se ha hecho *supra*, en el capítulo VII, es indicar esas condiciones de validez que el principio de legalidad (y los demás a que está sometida la actuación administrativa) imponen a los *contratos* sobre actos y potestades.

la actuación administrativa consensual es que la terminación convencional, y la propia regulación del procedimiento en general, no agotan esta clase de actividad. La LAP, en cuanto norma reguladora del procedimiento administrativo común, puede regular (también en sentido limitativo) la forma de terminación de éste, y puede imponer a la Administración el acto unilateral (y no el convenio) como forma de ejercicio de sus potestades, pero no restringe la capacidad contractual de la Administración (como parte de su capacidad de obrar), sobre la que se basa la celebración de los acuerdos y contratos sobre actos y potestades ³⁶. El artículo 88, al remitir a normas de desarrollo la determinación del alcance de los acuerdos de terminación convencional, difiere a estas normas la posibilidad de sustituir actos unilaterales por convenios, pero no impide el juego del artículo 4 LCAP (y del 1.255 CC), que permiten a la Administración celebrar contratos, incluidos aquellos que vinculan de algún modo el ejercicio de sus potestades, dentro de los límites del «ordenamiento jurídico» (como dice el propio art. 88.1 LAP), que se ha intentado precisar en el capítulo anterior.

3. La adhesión a un acto administrativo

Con frecuencia se producen, en el curso de un procedimiento administrativo, negociaciones entre la Administración y los particulares de las que resulta un acuerdo, un punto de vista común, sobre la forma en que va a actuar la primera. Los interesados se

³⁶ *Vid. supra*, § VI.4, donde se distingue entre los contratos *sustitutivos* de actos (es decir, que producen por sí mismos los efectos de un acto administrativo), que necesitan una habilitación de la legislación sobre procedimiento administrativo, y los contratos que simplemente se refieren al ejercicio de potestades administrativas (que se basarían en la capacidad contractual de las Administraciones, y tendrían los límites de ésta). Como dice, en este sentido, DELGADO PIQUERAS, en *La terminación convencional*, *cit.*, pág. 188, «la autonomía negocial de la Administración es anterior a la Ley 30/1992 y estaba en plena vigencia legal, jurisprudencial y práctica merced a la habilitación del artículo 3 LCE. La discusión parlamentaria del Proyecto de Ley tampoco permite pensar que el legislador hubiera querido eliminar o recortar esta libertad».

muestran conformes con que la Administración dicte un determinado acto, aunque no se trate de un acto favorable, por tratarse de la solución que, dentro de las posibles, les resulta más conveniente. A su vez, la Administración, al negociar con los interesados en lugar de limitarse a recibir sus alegaciones en el trámite de audiencia, intenta reducir las resistencias a la resolución que se dispone a dictar, y excluir así que ésta sea simplemente el punto de arranque de un largo contencioso de incierto resultado y que puede impedir, en último término, la eficacia o el éxito de la acción que se propone llevar a cabo a través de esa resolución. La cuestión es conocer la eficacia vinculante de ese acuerdo, es decir, si la resolución que se dicte, sin dejar de ser una resolución unilateral ni convertirse en un contrato, puede considerarse consentida por el particular, de modo que se evite un pleito posterior sobre la misma ³⁷.

Ambas partes tienen interés en llegar a ese acuerdo, como se ha visto antes. La Administración puede estar dispuesta a dar al acto un contenido más favorable al particular (dentro de su margen de discrecionalidad), si adquiere la seguridad de que el acto no va a ser impugnado. La adhesión del particular le impide recurrir el acto, aunque no suponga la convalidación de los eventuales vicios de éste ³⁸. La Administración opera, desde el punto

³⁷ La figura en examen debe ser distinguida del acto administrativo necesitado de colaboración (estudiado en el capítulo III). En este último supuesto, el consentimiento del particular (sea en forma de solicitud, aceptación, conformidad, etc.) es necesario, o bien para que el acto produzca efectos, o bien para que sea válido. El consentimiento del particular es uno de los elementos del supuesto de hecho de la potestad administrativa. El acto dictado sin ese consentimiento adolece de un vicio que puede ser reconducido, en último término, al de incompetencia (*vid.* GARCÍA DE ENTERRÍA/FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, *Curso, cit.*, vol. I, págs. 625 y sigs.). La adhesión a un acto, sin embargo, no es necesaria para la eficacia o validez de éste, sino, exclusivamente, para evitar el surgimiento de un contencioso posterior a su dictado. Otra cosa es que, en los actos necesitados de colaboración, el consentimiento del particular suponga, en algunos casos, además de un presupuesto de validez o eficacia, la adhesión al acto, lo que impide su impugnación posterior (como ya indicaba MIELE, en *La manifestazione de volontà del privato nel diritto amministrativo*, Roma, 1931, pág. 78, nota 99).

³⁸ Sobre la diferencia entre el consentimiento prestado a un acto y su convalidación, *vid.* VILLAR PALASÍ, «La doctrina del acto confirmatorio», *RAP*, 8 (1952), págs. 11 y sigs., pág. 32, y BELADIEZ ROJO, *Validez y eficacia, cit.*, pág. 275.

de vista material, con la hipótesis de que sólo el destinatario del acto, con el que ha llegado a un acuerdo, habría estado dispuesto a impugnarlo, siendo muy improbable tanto su impugnación por terceros interesados como su revisión de oficio. En todo caso, el consentimiento o adhesión a un acto administrativo no supone un contrato entre la Administración y el particular. Su efecto propio (la irrecurribilidad del acto por quien ha pactado con la Administración, en caso de que el contenido del acto se ajuste a lo acordado) se realiza mediante mecanismos jurídico-procesales (inadmisión o desestimación del recurso) y no a través de acciones de incumplimiento contractual.

Los acuerdos de este tipo son una de las técnicas consensuales que caben en la amplia enumeración del artículo 88 LAP («acuerdos, pactos, convenios o contratos»), y se trata, además, a mi juicio, de la figura adecuada para explicar buena parte de los supuestos de terminación convencional surgidos tras la aprobación de esta Ley ³⁹. Los reglamentos sobre responsabilidad

³⁹ En este sentido se ha pronunciado SÁNCHEZ MORÓN, «El régimen de los actos y los recursos», *cit.*, pág. 269, al decir que una de las «modalidades» de terminación convencional sería «la adopción de acuerdos sobre el contenido que un acto administrativo o parte del mismo debe tener (por ejemplo, el acuerdo sobre la cuantía del justiprecio en el seno de un procedimiento expropiatorio), en cuyo caso el régimen general aplicable será el de los actos administrativos, con las matizaciones necesarias, entre ellas las derivadas de la prohibición de ir contra los propios actos (sin perjuicio de las facultades administrativas de revisión de oficio)», así como que «en algunos casos esos acuerdos tendrán naturaleza contractual; entonces habría que pensar en aplicar un régimen, que a lo mejor no es el mismo, pero sería semejante al de los contratos administrativos. Y en otros casos serían actos administrativos, pero de contenido pactado» (pág. 315).

Otros autores que han escrito sobre el tema, sin embargo, sostienen la naturaleza contractual de todos los acuerdos de terminación convencional, aunque esa calificación suponga poco más que una afirmación voluntarista de su carácter vinculante y no se traduzca después en consecuencias concretas al estudiar los diversos reglamentos que han previsto fórmulas convencionales. DELGADO PIQUERAS estudia la cuestión en *La terminación convencional*, *cit.*, págs. 171-177, afirmando que todas las figuras enumeradas en el artículo 88.1 LAP «se engloban en la categoría contractual y en la práctica se usan indistintamente, con independencia de que cada una de estas denominaciones pueda apuntar matices». Los distintos argumentos opuestos al carácter contractual de estos acuerdos son rechazados, incluido el relativo al enlace causal de las prestaciones, porque «la causalidad entendida como reciprocidad de las obligaciones o

patrimonial, subvenciones, autorizaciones y acuerdos de empresas privatizadas, tienen en común, como se ha visto al comienzo de este capítulo, el hecho de regular procedimientos administrativos dirigidos a la producción de un acto unilateral, durante la tramitación de los cuales el órgano instructor puede llegar a un acuerdo con el o los interesados, sobre el que, finalmente, se pronuncia el órgano competente para resolver.

No parece aceptable considerar tal acuerdo como un contrato por el que la Administración se obligue a dictar un acto administrativo, o como un contrato al que el ordenamiento haya reconocido la virtualidad de sustituir a un acto. Tan alambicada construcción no explicaría el régimen jurídico de esos acuerdos, tal y como lo regulan las disposiciones que los prevén, y ello por varias razones.

El acuerdo de terminación convencional que, en su caso, pone fin al procedimiento de que se trate (responsabilidad patrimonial, subvenciones, autorizaciones, etc.), sólo puede tener el mismo contenido que el acto al que sustituye, es decir, el acto unilateral que se dictaría en defecto de acuerdo⁴⁰. La única diferencia, el único elemento adicional del acuerdo, es que, al contrario que el acto unilateral, no se basa exclusivamente en una potestad de que es titular la Administración, sino también en la voluntad del particular, de modo que cuenta, de antemano, con el consentimiento de éste.

Por otro lado, es un órgano administrativo quien finalmente resuelve el procedimiento, tanto si esa resolución se produce mediante un acto unilateral en sentido estricto, como si se llega a un acuerdo de terminación convencional. El acuerdo se suscribe por el instructor y por el interesado, pero el órgano competente decide, «con libertad de criterio», si la terminación del procedi-

prestaciones no es un requisito que se exija o al que se ligue la vinculatoriedad del contrato en todo caso» (pág. 174). En el mismo sentido se pronuncia PAREJO, en «La terminación convencional», *cit.*, págs. 158, 171 y 178 (texto y nota 65).

⁴⁰ Así, el artículo 7.1 *in fine* del reglamento sobre otorgamiento de subvenciones establece que «en cualquier caso, la terminación convencional deberá respetar el objeto, condiciones y finalidad de la subvención, así como los criterios de valoración establecidos respecto de las solicitudes o peticiones».

miento se va a producir en los términos del acuerdo, o bien si ignora éste y dicta una resolución unilateral ⁴¹. La diferencia entre una y otra alternativa es que el órgano competente para resolver sabe que, si acepta la propuesta de acuerdo, la resolución final cuenta con la avenencia del particular.

Por último, las diversas normas aclaran que «formalizado, en su caso, el acuerdo, éste producirá iguales efectos que la resolución del procedimiento» ⁴². De ello se deduce, en primer lugar, que el acuerdo es *sustitutivo* del acto, en lugar de predeterminarlo o vincular a la Administración a dictarlo. No es que la Administración quede obligada, en virtud del acuerdo, a emitir el acto cuyo contenido se haya pactado (a cambio, en su caso, de otras prestaciones), sino que el acuerdo produce los efectos del acto, y ningún otro efecto, ya que su contenido ha de ceñirse al del acto sustituido, como se acaba de ver.

Pero la igualdad de efectos entre acto y contrato no acaba ahí, sino que supone también la aplicación al acuerdo, en cuanto acto jurídico que puede plantear problemas de incumplimiento, ilegalidad, impugnación, etc., del régimen jurídico de los actos unilaterales, en lugar del régimen de los contratos de la Administración. La única peculiaridad del régimen aplicable a los acuerdos de terminación convencional (o actos dictados de acuerdo con su destinatario) frente a las resoluciones unilaterales ordinarias, son las restricciones a su impugnación por el particular, derivadas del consentimiento prestado por éste al contenido del acto ⁴³.

⁴¹ El reglamento sobre concesión de subvenciones dispone, en efecto, en su artículo 7.3 (todo el precepto lleva la rúbrica «terminación convencional»), que «si la propuesta mereciere la conformidad del órgano instructor y de todos los solicitantes en el procedimiento, *se remitirá*, con todo lo actuado, *al órgano competente para resolver, quien lo hará con libertad de criterio*, y elevará la resolución, en su caso, al que corresponda a los efectos de la formalización». Los mismos términos en los reglamentos de responsabilidad patrimonial (art. 13.1), autorizaciones (art. 5.3), autorización de acuerdos del grupo Repsol (art. 4.4 *in fine*).

⁴² Así en los reglamentos sobre concesión de subvenciones (art. 7.4), autorizaciones (art. 5.4), autorización de acuerdos del grupo Repsol (art. 4.4 *in fine*).

⁴³ La interpretación propuesta en el texto, basada en la identificación de los acuerdos de terminación convencional con una adhesión o aceptación antici-

La aceptación del particular es un negocio jurídico por el que éste se compromete, en el caso de que la Administración dicte un determinado acto administrativo (cuyo contenido, tiempo de producción, etc., se especifican en esa promesa del particular), a aceptarlo y, por tanto, a no impugnarlo. La promesa del particular se explica, como ya se ha dicho más arriba, como resultado de negociaciones con la Administración (en las que ésta se declara dispuesta a dar al acto ese contenido siempre que se asegure su no impugnación). Esto supone que la Administración va a aceptar la promesa del particular, de modo que ésta no es exactamente una promesa unilateral ⁴⁴.

El consentimiento del particular no sana los eventuales vicios del acto que se deriven del incumplimiento de normas imperativas y por tanto no impide su impugnación por otros interesados, ni su revisión de oficio por la Administración ⁴⁵.

Para saber si es válida la aceptación «atípica» de actos administrativos, es decir, la que no está prevista por norma alguna, debe partirse de lo que esa aceptación supone, es decir, la renuncia a la posición jurídica en virtud de la cual el particular puede impugnar ese acto. En Derecho italiano, donde los problemas de

pada del particular al contenido del acto, podría parecer desmentida por el artículo 22.2 del RPPS. Como se recordará, dicho precepto regula el procedimiento especial para determinar la indemnización debida en concepto de responsabilidad civil derivada de la comisión de una infracción administrativa, y dispone que «este procedimiento será susceptible de *terminación convencional*, pero *ni ésta ni la aceptación* por el infractor de la resolución que pudiera recaer implicará el reconocimiento voluntario de su responsabilidad». El tenor literal de la norma parece distinguir «terminación convencional» de «aceptación de la resolución». A mi juicio, sin embargo, el criterio de distinción es meramente cronológico (la terminación convencional es anterior a la resolución, mientras que la aceptación es posterior), y no se basa en una supuesta diferencia de naturaleza entre ambas figuras (contractual una, mera aceptación de un acto la otra).

⁴⁴ A esta cuestión, en relación con los contratos sobre actos y potestades, se ha hecho ya referencia *supra*, § 1.3.

⁴⁵ Tanto la posibilidad de revisión del acto por la Administración como la de su impugnación por terceros son afirmadas por todos los autores: *vid.* VILLAR PALASÍ, «La doctrina del acto confirmatorio», *cit.*, pág. 32; BELADIEZ ROJO, *Validez y eficacia*, *cit.*, pág. 275; SÁNCHEZ MORÓN, «El régimen de los actos y los recursos», *cit.*, págs. 315-316.

la adhesión al acto administrativo han sido objeto de una atención especial dentro de la figura de la *acquiescenza*, GIANNINI ha sostenido que la aquiescencia supone un acto de disposición del particular sobre el interés legítimo, que es la situación jurídica cuyo ejercicio le habría permitido la impugnación del acto ⁴⁶. Entre nosotros, la introducción por GARCÍA DE ENTERRÍA de la figura del «derecho subjetivo reaccional», como categoría que explique la situación jurídica cuya titularidad habilita a los ciudadanos para impugnar los actos administrativos, ha permitido a este autor excluir, incidentalmente, la renuncia anticipada a la impugnación de los actos ilegales ⁴⁷.

Esta tesis parece rechazar la aceptación anticipada de los actos, al excluir que antes del dictado de la resolución exista un objeto idóneo de la eventual renuncia. Sin embargo, parece que lo relevante para que se admita o no la validez de la aceptación del acto (es decir, de la renuncia a su impugnación) no es el momento en que se produzca, sino que se trate de la renuncia a

⁴⁶ Vid. GIANNINI, *Diritto amministrativo, cit.*, vol. II, pág. 305. Sobre la *acquiescenza* en general, vid. ALESSI, *Principi, cit.*, vol. II, pág. 836; GIANNINI, *op. cit.*, vol. II, págs. 305 y sigs., así como su voz «Acquiescenza (dir. administrativo)», *Enc. dir.*, vol. I (1958), págs. 506-508; E. FERRARI, «Acquiescenza (ricorso giudiziale amministrativo)», *Dig. dis. pubbl.*, vol. I (1987), págs. 79 y sigs.; C. FERRARI, «Acquiescenza (diritto amministrativo)», *Enc. giur.*, vol. I (1988); GIOVENCO, «Notazioni in tema di acquiescenza al provvedimento amministrativo», *RTDP*, IX (1959), págs. 844 y sigs.; CASSARINO, «L'impugnabilità degli atti amministrativi in corso di perfezionamento», *RTDP*, XII (1962), págs. 839 y sigs. En España, la referencia más reciente se encuentra en BELADIEZ ROJO, *Validez y eficacia, cit.*, pág. 274. nota 5.

⁴⁷ Vid. GARCÍA DE ENTERRÍA, «Sobre los derechos públicos subjetivos», *REDA*, 6 (1975), págs. 427 y sigs., pág. 442, y ahora en GARCÍA DE ENTERRÍA/FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, *Curso, cit.*, vol. II, pág. 53 (la cursiva es mía): «Antes de la infracción del deber legal no existe propiamente un derecho subjetivo, porque si existiese podría su titular disponer de él y esa disponibilidad (renuncia anticipada a exigir responsabilidad —cláusulas de exclusión de responsabilidad—, renuncia anticipada al ejercicio de acciones de nulidad, etc.; aquí *renuncia previa a impugnar los actos administrativos ilegales*) no es admitida por el ordenamiento, lo cual acreditaría que el deber de que se trata en el otro sujeto es un deber objetivo hacia la Ley y no una obligación subjetiva hacia otra persona de que ésta sea titular activo; sólo cuando la lesión del ámbito vital de intereses se ha producido surge el verdadero derecho subjetivo por parte del lesionado, un derecho de *redressement* o de eliminación del perjuicio».

impugnar un acto concreto (lo que sería admisible, ya se produzca la renuncia antes o después de la producción del acto), o bien de la renuncia a la potestad de impugnar actos administrativos, con carácter general (lo que no sería admisible). El derecho subjetivo reaccional, título de legitimación, según GARCÍA DE ENTERRÍA, para la interposición del recurso contencioso-administrativo (salvo en aquellos casos en que el particular es titular de un derecho subjetivo típico u ordinario) sólo surge cuando un acto administrativo afecta ilegalmente al «círculo vital» del ciudadano, y esa razón excluye que se pueda renunciar a la potestad de recurso con carácter general, es decir, al margen de un acto concreto. Ahora bien, cuando se renuncia a la impugnación de un concreto acto futuro, a condición de que ese acto tenga el contenido que se especifica, con todos sus detalles, en el acto de renuncia (y es ésta la hipótesis que se estudia en este epígrafe), ya no hay una renuncia general, sino una renuncia a la impugnación de un acto cuya capacidad para afectar o perjudicar al propio círculo vital son perfectamente cognoscibles y evaluables *a priori*.

Esta es, por otro lado, la posición dominante en Alemania, donde el planteamiento constitucional es el mismo que entre nosotros, al estar configurada la tutela judicial frente a los actos administrativos como un derecho fundamental (art. 19.4 GG). Se distingue claramente la renuncia general a ese derecho fundamental (que sería nula, por referirse a un objeto indisponible), de la renuncia a su ejercicio en asuntos concretos, renuncia que sí es admisible en cuanto fruto de una elección libre, de un ejercicio de la libertad individual a la que se ha querido ligar el recurso a los Tribunales al configurarlo como un derecho subjetivo. Lo que diferencia un supuesto de otro es que la renuncia tenga un objeto determinado, es decir, que el ciudadano haya podido valorar el acto cuyas eventuales inimizaciones en su propio «círculo vital» está renunciando a denunciar en vía judicial: aunque esa determinabilidad del objeto de la renuncia exige normalmente que ésta sea posterior a la producción y notificación del acto, se admite también la renuncia a la impugnación de un acto futuro, siempre que éste sea delimitado en la propia renuncia, y ésta esté condicionada a la

correspondencia del acto finalmente dictado con el proyecto de acto aceptado por el ciudadano ⁴⁸.

También en Derecho italiano se planteó el problema de la aquiescencia o renuncia a la impugnación de un acto futuro, y la conclusión a la que se ha llegado, superando las posiciones originarias, es la de que el tiempo o el momento de la renuncia o aquiescencia son indiferentes, siempre que el objeto de la misma sea, o un acto ya dictado, o un proyecto de acto definido con detalle, de modo que la aceptación sólo obligue al particular en caso de que el acto se dicte finalmente con el contenido pactado ⁴⁹.

⁴⁸ SCHMIDT-ASSMANN ha dicho, en su comentario al artículo 19.4 GG, incluido en el autorizado *Grundgesetz Kommentar* dirigido por MAUNZ/DÜRIG, que «la renuncia sólo es eficaz cuando el titular del derecho haya podido calibrar (*überschauen*) las consecuencias de su declaración. Por regla general, esto sólo se produce cuando el acto del poder público de cuya impugnación se trata ya haya sido dictado y dado a conocer al interesado. *Sin embargo, ése no es un dogma invariable. El dato decisivo es la posibilidad de valorar las consecuencias (die Überschaubarkeit der Konsequenzen). Por consiguiente, una renuncia previa es eficaz cuando se haya producido bajo la condición de que la decisión administrativa tenga el contenido previsto*» (la cursiva es mía; el comentario de SCHMIDT-ASSMANN lleva fecha de 1985 y el texto entrecomillado se encuentra en el núm. marginal 247). A la misma conclusión había llegado ya en 1978 PIETZCKER, «Die Rechtsfigur des Grundrechtsverzichts», *cit.*, págs. 527 y sigs.: «El legislador y la jurisprudencia han admitido sustancialmente, en relación con el artículo 19.4 GG, la renuncia a derechos de impugnación y de acción concretos, *siempre que el acto administrativo en cuestión ya haya sido dictado o al menos se puedan prever sus contornos*, mientras que una renuncia general a los recursos frente a actos futuros sería rechazada». La distinción entre renuncia general y renuncia a la impugnación de actos concretos aparece también en BETTERMANN, «Die Rechtsweggarantie des Art. 19 Abs. 4 GG in der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts», *AöR*, 96 (1971), págs. 528 y sigs. (pág. 557); PAPIER en ISENSEE/KIRCHHOF (hrsg.), *Handbuch des Staatsrechts*, *cit.*, vol. VI, pág. 1257 (§ 154.58); JARASS en JARASS/PIEROTH, *GG Kommentar*, München, 1989, pág. 294 (§ 19.31); SPANOWSKY, *Grenzen*, *cit.*, pág. 291.

⁴⁹ La posición negativa inicial se encuentra aún en ALESSI, *Principi*, *cit.*, vol. II, pág. 836: la aquiescencia presupone «el conocimiento de la resolución». La sentencia del Consejo de Estado de 7 de noviembre de 1958, núm. 798 [*Foro amministrativo*, 34 (1958), I, pág. 754], a propósito «del problema de la validez o no de la aquiescencia a una resolución futura, dictada a solicitud del interesado», dice que «la Sección no puede en este sentido sino invocar la jurisprudencia constante de este Consejo que, salvo en algún caso concreto, ha

BELADIEZ ROJO ha propuesto recientemente un argumento original en contra de la admisión de la aquiescencia previa en nuestro Derecho, al decir que la renuncia anticipada a la impugnación de un acto, en la medida en que fuese vinculante para quien la emite, sería incompatible con el derecho a desistir de las solicitudes, reconocido hoy en los artículos 90-91 LAP⁵⁰. No parece, sin embargo, que ese argumento pueda ser considerado decisivo o excluyente de la aquiescencia o renuncia anticipada, puesto que, en primer lugar, ésta se puede producir también (o,

excluido siempre que la aquiescencia sea admisible durante el procedimiento de formación del acto o, en general, antes de su dictado».

Con posterioridad, la tesis que admite la aquiescencia previa o «preventiva» ha acabado por ser dominante. E. FERRARI, en «Acquiescenza», *cit.*, pág. 83, pone como ejemplo el mismo que se estudia en este epígrafe: «El caso típico de quien, consultado previamente, preste su consenso y en su caso colabore a la formación del acto que después impugna». En este sentido, *vid.* la sentencia del Consejo de Estado de 8 de mayo de 1963, núm. 235 [*Foro amministrativo*, 39 (1963), I, pág. 723]. C. FERRARI, en su artículo «Acquiescenza (dir. amm.)», *cit.*, también acepta la aquiescencia preventiva, señalando que no perjudica en nada al particular, ya que, en caso de que la Administración no respete el acuerdo y dé al acto un contenido distinto del pactado, el sujeto puede impugnarlo. GIANNINI defendió esa hipótesis ya en 1958, en su voz «Acquiescenza (dir. amm.)», *cit.*, pág. 508, al decir: «El acto de aquiescencia puede producirse, como acto de asentimiento formal, también antes de la emisión de la resolución (si bien puede devenir ineficaz en caso de que haya diferencia con la resolución dictada). Sin embargo, una cosa es la aceptación anticipada (*assenso preventivo*), y otra es la solicitud del particular que inicia el procedimiento: ésta no puede ser considerada en ningún caso como acto de aquiescencia». La relación con el derecho a la tutela judicial no escapa a este autor, al decir, sin mengua de lo anterior, que «sería inconstitucional una norma que impusiese la renuncia a impugnar resoluciones futuras» (*ibíd.*). En todo caso, la aquiescencia previa sólo es admisible, como es lógico, cuando tenga por objeto un (futuro) acto definido en todos sus detalles, de modo que sólo sea eficaz si el acto definitivamente dictado se ajusta a ese proyecto. *Vid.*, en este sentido, BELADIEZ ROJO, *Validez y eficacia*, *cit.*, pág. 274, nota 7.

⁵⁰ *Vid.* BELADIEZ ROJO, *Validez y eficacia*, *cit.*, pág. 274: «Al estar expresamente previsto en la Ley de Procedimiento Administrativo, la posibilidad de desistir [de] un procedimiento iniciado a instancia del particular, y tener la Administración —según establece la Ley de Procedimiento— la obligación de aceptarlo “de plano” (sin perjuicio de que si hay otros terceros interesados el procedimiento continúe para ellos), es claro que el particular no se encuentra vinculado por su petición, pudiendo apartarse de ella durante la tramitación del procedimiento, lo que supone que, en nuestro Derecho, el consentimiento sólo tiene relevancia una vez que se ha dictado el acto».

incluso, especialmente), en procedimientos iniciados de oficio, en los que ni siquiera se plantea la posibilidad de desistimiento. Por otro lado, la aquiescencia o renuncia anticipada no impide, en rigor, el desistimiento, pues a lo que obliga al particular es a no recurrir el acto *en caso de que sea dictado*, no necesariamente a no desistir del procedimiento (aunque resulta difícil imaginar que quien se ha mostrado de acuerdo con que la Administración dicte un determinado acto desista a continuación del procedimiento dirigido a la producción de ese acto)⁵¹.

Las habilitaciones normativas para la celebración de acuerdos previos al dictado de actos administrativos, aunque no son necesarias para la validez de tales acuerdos, como se ha visto, no son inútiles. En ausencia de norma habilitante, al asentimiento prestado por el particular no producirá otro efecto que el de impedirle impugnar el acto con posterioridad, pero no alterará el contenido que deba asumir ese acto, o el procedimiento preciso para su dictado. Si existe una norma que prevea el acuerdo previo al dictado del acto, esa norma podrá «incentivar» el acuerdo, ligando al mismo un contenido más favorable del acto o permitiendo prescindir en ese caso de algunos trámites procedimentales.

La admisión de la renuncia anticipada a la impugnación de actos administrativos, incluso sin que una norma la admita expresamente, que es la solución que aquí se defiende, podría parecer una tesis peligrosa para el derecho a la tutela judicial efectiva, en cuanto el particular puede verse situado en la necesidad de renunciar a la impugnación del acto, si quiere que se dé a éste un contenido respetuoso con sus intereses⁵². Este peligro

⁵¹ La facultad de desistimiento sí desmiente la vieja tesis que veía en la propia solicitud de iniciación del procedimiento una aceptación anticipada del acto final, tesis criticada ya por la doctrina italiana (por todos, GIANNINI, «Acquiescenza», *cit.*, pág. 508), pero eso no impide que el particular muestre de antemano su avenencia con un acto futuro, que le impedirá impugnarlo en caso de que la Administración lo dicte.

⁵² De lo que ciertamente está libre la solución propuesta en el texto es de la acusación de ser poco respetuosa con la legalidad o peligrosa para los intereses públicos, pues el consenso del particular no exime a la Administración del cumplimiento de norma alguna, y no impone a la Administración ninguna obligación indemnizatoria para el caso de que decida no dictar el acto que el particular se haya comprometido a aceptar.

sólo es tal si se parte de una situación patológica de la jurisdicción administrativa, situación que ha de encontrar su solución en el propio ámbito de la jurisdicción, y no mediante una arbitraria alteración de las instituciones sustantivas. El sistema de justicia administrativa ha de servir para que el ciudadano obtenga una tutela efectiva de sus derechos e intereses legítimos, es decir, para que esté en condiciones de imponer a la Administración, en tiempo útil, el respeto al ordenamiento jurídico, cuando su infracción afecte a sus derechos e intereses. Si el sistema funciona correctamente, ningún peligro hay de que la Administración «chantajee» al particular, exigiéndole la renuncia al recurso si quiere obtener una resolución que ambas partes consideren razonable. En esta situación, admitir que el particular disponga de su derecho a impugnar un acto determinado no sólo no es perjudicial para sus intereses, sino que es la única solución acorde con su consideración constitucional como verdadero derecho subjetivo, y por tanto dejado a la disposición de su titular.

También hay que determinar, por último, si la aquiescencia del particular frente al acto administrativo le impide impugnarlo en todo caso, o bien (segunda posibilidad) el destinatario del acto, aun habiéndolo consentido, puede recurrirlo si el acto adolece (según su criterio) de un vicio de nulidad radical ⁵³. Es obvio que la segunda hipótesis reduce la utilidad del acuerdo, al permitir al particular desatenderlo y convertir el acto en litigioso, siempre que invoque una causa de nulidad radical. En realidad, la respuesta a la cuestión viene dada, a mi juicio, por las reglas propias del proceso contencioso-administrativo. La aquiescencia al acto convierte a éste en consentido, aplicándose, por tanto, la causa de inadmisibilidad del artículo 40.a) LJ ⁵⁴.

⁵³ SÁNCHEZ MORÓN se ha pronunciado en favor de la segunda posibilidad al estudiar los actos de contenido pactado como una de las fórmulas de terminación convencional en «El régimen de los actos y los recursos», *cit.*, pág. 315. Este autor es partidario de introducir, respecto de los convenios que se traducen en actos pactados, una distinción entre «manifiesta ilegalidad» (donde sería admisible la impugnación, aunque vaya contra el principio de vinculación a los actos propios) e «ilegalidad simple» (prevaleciendo aquí la vinculación a los actos propios sobre el principio de legalidad).

⁵⁴ El consentimiento a un acto puede derivarse tanto de una declaración expresa (que es el supuesto que se estudia en este epígrafe) como del simple

Cualquier recurso que el destinatario del acto interponga contra éste deberá ser inadmitido, en aplicación de ese precepto. Ello no impide, sin embargo, que el Tribunal declare de oficio la nulidad del acto, a pesar del carácter inadmisibile del recurso, al afectar al orden público los vicios de orden público⁵⁵.

4. Límites de los acuerdos de adhesión a un acto administrativo. La adhesión incentivada en procedimientos sancionadores

En los ejemplos de «adhesión a un acto» examinados hasta ahora, que son tanto la adhesión no prevista por norma alguna, como los acuerdos de terminación convencional de los reglamentos de adecuación de determinados procedimientos a la LAP, la adhesión no ejerce ninguna influencia sobre el contenido del acto. La Administración, en caso de disponer de un margen de apreciación, podrá mostrarse dispuesta a dar al acto un contenido más favorable a las pretensiones del particular en caso de que éste lo acepte, y ello será lo que dé lugar, normalmente, a los acuerdos de adhesión, pero esta adhesión es irrelevante a la hora de enjuiciar la validez del contenido del acto: sólo en la medida en que la adhesión del particular (y la consiguiente, casi segura, ausencia de impugnación del acto) pueda entenderse que favorece el interés público que la Administración debe perseguir al dictar ese acto, podrá ser invocada para dar al acto un contenido distinto, dirigido precisamente a obtener la aquiescencia del particular.

Lo que va a ser objeto de estudio en este epígrafe son aquellos casos en que una norma permite dar al acto un contenido

hecho de dejar pasar el plazo de interposición del recurso procedente, como indica VILLAR PALASÍ, «La doctrina del acto confirmatorio», *cit.*, pág. 21.

⁵⁵ *Vid.* GARCÍA DE ENTERRÍA/FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, *Curso, cit.*, vol. II, pág. 633. En contra, BELADIEZ ROJO, *Validez y eficacia, cit.*, pág. 273, para quien «por muy nulo de pleno derecho que sea ese acto, si no se siguen los cauces procesales oportunos los Tribunales inadmiten, sin más, ese recurso». La cuestión depende, en todo caso, del sentido de la nulidad radical y su carácter de orden público, más que del acuerdo o la aquiescencia en sí mismos.

distinto, más favorable a los intereses de su destinatario, cuando éste lo acepta. Esta técnica ha sido profusamente utilizada en Derecho administrativo sancionador⁵⁶. La LAP, sin embargo, ni siquiera la menciona al regular los «principios del procedimiento sancionador», y la norma más general que se refiere a la misma es el artículo 8 RPPS, que dispone que, en caso de pago voluntario, «en los términos o períodos expresamente establecidos por las correspondientes disposiciones legales, se podrán aplicar reducciones sobre el importe de la sanción propuesta».

Por su parte, el artículo 82.3 LGT (en la redacción dada al mismo por la Ley 25/1995, de 20 de julio, que ha modificado, entre otros, el Capítulo V del Título II, dedicado a las «Infracciones y Sanciones Tributarias») dispone:

«La cuantía de las sanciones por infracciones tributarias graves se reducirá en un 30 por 100 cuando el sujeto infractor o, en su caso, el responsable, manifiesten su conformidad con la propuesta de regularización que se les formule»⁵⁷.

La conformidad también se admite en las sanciones en materia de tráfico⁵⁸.

⁵⁶ Sobre sus primeras manifestaciones, *vid.* LOZANO, *La extinción de las sanciones administrativas y tributarias*, Madrid, 1990, págs. 103 y sigs.

⁵⁷ La nueva redacción convierte en reglado el efecto de la conformidad del infractor sobre la cuantía de la sanción. En la redacción anterior [art. 82.h)], la conformidad era simplemente, en su caso, uno de los factores que contribuían a la graduación de la sanción, sin una cuantificación concreta de su efecto, si bien el Reglamento sobre el Procedimiento Sancionador (RD 2631/1985, de 18 de diciembre, todavía no adaptado a la nueva redacción de la LGT), disponía en su artículo 13.2, párr. 1.º, que la rebaja en caso de conformidad del sancionado sería del 50 por 100. Sobre esta cuestión se había producido un cierto debate doctrinal. Para LOZANO, *La extinción de las sanciones*, *cit.*, pág. 130, el carácter reglado de estas medidas es un requisito absolutamente imprescindible de su constitucionalidad. En cambio, PASTOR PRIETO, «Qué hacer con los conflictos fiscales. Un análisis económico de las propuestas de Actas de Conformidad», *Hacienda Pública Española*, 132 (1995), págs. 225 y sigs., pág. 243, defiende la tesis contraria, es decir, la de que sólo a la vista de las circunstancias de cada caso se determine la rebaja por conformidad.

⁵⁸ El artículo 67, párr. 2.º, del Real Decreto Legislativo 339/1990, de 2 de marzo, por el que se aprobó el Texto Articulado de la Ley sobre Tráfico, Circulación de Vehículos a Motor y Seguridad Vial, establece que «las sanciones de multa previstas en el párrafo anterior, cuando el hecho no esté castigado en las

La primera cuestión que plantean estas normas es si la conformidad que exige la LGT, o el pago voluntario que establecen el RPPS o la Ley sobre Tráfico, como requisito de la reducción del importe de la sanción, impiden a quienes los realizan impugnar la resolución sancionadora. La LGT (en la redacción de la Ley 10/1985) sí vinculaba la conformidad y la renuncia a la impugnación del acto⁵⁹. Aunque la Ley no establecía con clari-

Leyes Penales ni puedan dar origen a la suspensión de las autorizaciones (...), podrán hacerse efectivas dentro de los diez días siguientes a la notificación de la denuncia, con una reducción del 20 por 100 sobre la cuantía que se fije provisionalmente en la forma que reglamentariamente se determine».

⁵⁹ Su artículo 89.2, en efecto, establecía que «las sanciones tributarias sólo podrán ser condonadas de forma graciable, lo que se concederá discrecionalmente por el ministro de Economía y Hacienda, el cual ejercerá tal facultad directamente o por delegación. *Será necesaria la previa solicitud de los sujetos infractores o responsables y que renuncien expresamente al ejercicio de toda acción de impugnación correspondiente al acto administrativo.* En ningún caso será efectiva hasta su publicación en el “Boletín Oficial del Estado”».

La Ley 25/1995 ha dado nueva redacción a este precepto, que ahora reza: «Las sanciones tributarias *firμες* sólo podrán ser condonadas de forma graciable, lo que se concederá discrecionalmente por el ministro de Economía y Hacienda. La solicitud se formulará previa petición del interesado por el director de la Agencia Estatal de Administración Tributaria o por sus delegados especiales *cuando la ejecución de la sanción impuesta afectare grave y sustancialmente al mantenimiento de la capacidad productiva y nivel de empleo de un sector de la industria o de la economía nacional, o bien produjere grave quebranto para los intereses generales del Estado*». La reforma suscita algunas observaciones generales, como la plausible novedad consistente en enunciar los presupuestos que pueden justificar la condonación (lo que facilitará el control de estos actos discrecionales), o la incorrección que supone hablar de *solicitud* del director de la Agencia Tributaria al ministro (la solicitud sería del sancionado, y el director formulará una *propuesta*). Por lo que respecta a la impugnación de sanciones en caso de condonación, caben dos «lecturas» posibles del precepto. Por un lado, al eliminarse la exigencia de renuncia previa a dicha impugnación, parece que se adopta una actitud más favorable al derecho a la tutela judicial efectiva. Sin embargo, se habla sólo de sanciones *firμες* (mientras que la redacción anterior no distinguía). Obviamente, no es preciso renunciar a la impugnación de las sanciones firmes, precisamente porque lo son. El único remedio impugnativo que cabe frente a ellas es el recurso de revisión, y no sería admisible en ningún caso la renuncia anticipada al mismo, con carácter general (es decir, antes de que se manifieste un motivo concreto de su interposición). Lo que resultaría preocupante es que el legislador hubiese querido dejar fuera de la LGT la condonación de sanciones definitivas, pero que aún no son firmes, colocadas bajo el principio de casi total libertad que consa-

dad esa consecuencia en el caso de la conformidad con las propuestas de sanción, la STC 76/1990, de 26 de abril (de la que fue ponente el prof. Leguina Villa, y que resuelve diversos recursos y cuestiones interpuestos contra la reforma de la LGT operada por la Ley 10/1985), la dio por descontada ⁶⁰.

La relación entre pago anticipado de la sanción y renuncia a su impugnación no admite, a mi juicio, una respuesta única, válida para todos los casos. Las normas generales (es decir, las que no se refieren a sanciones tributarias) hablan, simplemente, de «pago voluntario». Se trata de una conducta del sancionado, claramente voluntaria, potestativa (pues se trata de sanciones que aún no son ejecutivas, y en todo caso su pago se produce antes de que la Administración haya realizado los trámites necesarios para proceder a su cobro por vía de apremio), que no implica aceptación de los hechos, ni conformidad con la calificación administrativa de su conducta, ni menos aún renuncia a la impugnación de la resolución. No olvidemos, además, que esa renuncia debería ser expresa: en este concreto supuesto de renuncia, el principio general que excluye las renunciaciones implícitas se refuerza por tratarse de la renuncia al ejercicio de un derecho fundamental. No habiendo, por estas razones, renuncia en sentido estricto, una eventual impugnación posterior no sería contraria al principio de vinculación a los propios actos.

Pero es que, además, la renuncia a la impugnación del acto no es necesaria, desde el punto de vista lógico o institucional,

gra el artículo 105.1 LAP. En ese caso, la nueva redacción de la LGT estaría permitiendo toda clase de negociaciones con la condonación de las sanciones, incluida por supuesto la exigencia de renuncia previa a la interposición de recursos.

⁶⁰ Así, «la Ley no obliga al contribuyente a prestar su conformidad, ni impide tampoco que, una vez prestada ésta, se puedan ejercitar las acciones de impugnación. Pero es lógico, aunque la Ley no lo diga, que si se impugna la liquidación y la correspondiente multa, en cuya determinación se ha tenido en cuenta por la Administración la conformidad a la propuesta de liquidación de la deuda tributaria, deje entonces de operar ese criterio y su efecto de disminución de la cuantía. Mantener la conformidad es, pues, una facultad —no una obligación, ni siquiera un deber— para conservar el beneficio de su consideración como un elemento más en la graduación *in melius* de la cuantía de la sanción pecuniaria».

para que la reducción de la cuantía de la sanción tenga sentido. Es fácil comprender que si, como dice la STC 76/1990, la reducción del importe de la sanción como consecuencia de la conformidad del infractor sólo fuese coherente si éste se comprometiera a no impugnarla, entonces ese compromiso habría de considerarse implícito en la aquiescencia del ciudadano, con la necesaria consecuencia de que, o bien la impugnación posterior sería inadmisibile, o bien comportaría la privación de las ventajas derivadas de la conformidad. Pues bien: esto último *no* sucede en el caso del pago voluntario de la sanción. Ese pago voluntario es perfectamente explicable incluso si no impide al particular la impugnación de la sanción: el pago voluntario permite a la Administración percibir el importe (reducido) de la multa *antes* (sin necesidad de esperar a que sea ejecutiva, para lo que se necesita el agotamiento de la vía administrativa) y de forma más económica (puesto que se ahorran los gastos de la ejecución), y además evita la interposición de recursos exclusivamente «tácticos», dirigidos a retrasar el pago de la sanción: el particular recurrirá sólo cuando tenga expectativas fundadas de obtener la anulación del acto ⁶¹.

La conclusión es que el simple hecho de que una norma prevea que el importe de una sanción administrativa sufrirá una

⁶¹ El hecho de que los recursos no tengan, en nuestro sistema, como regla general, efecto suspensivo sobre la ejecución de los actos recurridos, no excluye que se puedan interponer recursos cuya única finalidad sea precisamente la de retardar la ejecución del acto. Esto ocurre, por de pronto, con los recursos administrativos frente a resoluciones sancionadoras, dado que éstas sólo son ejecutivas cuando pongan fin a la vía administrativa (art. 138.3 LAP), y puede suceder también cuando la Administración, en actos repetidos en masa (pequeñas sanciones, etc.), y que no son objeto de ejecución forzosa con carácter general, prefiera ejecutar preferentemente las sanciones no recurridas, confiando en que esos ciudadanos serán los que opongan menor resistencia jurídica a la ejecución. La idea planteada en el texto, de que el pago anticipado de la sanción impedirá la interposición de recursos meramente dilatorios y, por tanto, carentes sustancialmente de fundamento, no es sino la que GARCÍA DE ENTERRÍA apunta en *La batalla por las medidas cautelares*, Madrid, 1995 (2.ª ed.), págs. 339 y sigs., de medidas provisionales al margen de la iniciación de un proceso concreto, que disuadirían a la Administración de continuar numerosos procesos contenciosos que sabe perdidos de antemano, con la única finalidad de diferir lo más posible el cumplimiento de sus obligaciones.

determinada reducción en el caso de que sea pagada voluntariamente en un plazo determinado, no implica que el sancionado no pueda impugnar la resolución sancionadora ⁶².

El resultado es distinto en aquellos casos en los que, aunque no haya una aceptación o reconocimiento de responsabilidad explícitos por parte del particular, el pago voluntario se produce al inicio del procedimiento (en un determinado plazo a contar desde la notificación de la infracción presuntamente cometida), con el resultado de que ese pago hace innecesario el resto de la tramitación, pasando el procedimiento directamente a la fase de terminación. El pago del particular libera a la Administración de la carga, a que está sometida con carácter general, de demostrar la culpabilidad de un sujeto, en un procedimiento, si quiere imponerle una sanción. En este caso, por lo tanto, y al revés de lo que sucedía en el supuesto anterior, el pago voluntario no sólo facilita a la Administración el cobro de la sanción, sino que tiene como finalidad igualmente importante (al menos) la de hacer innecesaria la tramitación del procedimiento casi en su totalidad. En este caso, la renuncia a impugnar en vía judicial la sanción impuesta es algo implícito en el pago voluntario.

Ello se deriva de la propia estructura del supuesto, que carecería de sentido en otro caso, es decir, en caso de que sí fuese posible impugnar la sanción después del pago voluntario al inicio del procedimiento. Sería absurdo que el legislador premiase con una reducción en la cuantía de la multa una aquiescencia que, liberando, sí, a la Administración de la (relativamente débil) carga de la tramitación de un procedimiento administrativo, dejase suspendida, sin embargo, la firmeza de la sanción

⁶² En este mismo sentido, GIANNINI dice (*Diritto amministrativo, cit.*, vol. II, pág. 305) que la aquiescencia puede producirse de forma expresa o tácita, pero ésta debe consistir en un acto inequívoco, «no bastando la simple actividad material de ejecución del acto». Con referencia a la regulación positiva de las actas de conformidad en nuestro Derecho, J. ARRIETA MARTÍNEZ DE PISÓN ve su principal diferencia respecto a la transacción en que ésta precluye el planteamiento judicial de la cuestión, mientras que en caso de conformidad, el particular puede impugnar la resolución administrativa, perdiendo, eso sí, las ventajas derivadas de la conformidad (*Las actas de la inspección de los tributos*, Madrid, 1994, pág. 395).

hasta el final de un largo (en años) proceso contencioso-administrativo. Además, no tiene sentido reconocer la propia responsabilidad (que es a lo que equivale renunciar al procedimiento pagando el importe consignado en la notificación de la denuncia), y acto seguido plantear ante un Tribunal la validez de fondo de la sanción. No tiene sentido porque lo que el Tribunal hará para comprobar esa validez será, justamente, repasar el expediente, que en ese caso carecerá prácticamente de contenido, precisamente a causa de la conformidad del imputado.

Por lo tanto, en estos casos, la interposición del recurso procedente, a que se refiere el RPPS, debe entenderse que alude a la impugnación de la resolución sancionadora por vicios en el consentimiento del particular, por incompetencia del órgano, por defectos en la notificación, etc., pero sin que quepa el replanteamiento fáctico o jurídico del fondo de la cuestión, es decir, la existencia de la infracción y la corrección de la sanción impuesta.

El efecto preclusivo de la interposición de recursos parece mucho más claro en el caso de las sanciones tributarias. La reducción del importe de la sanción no se deriva aquí de un acto concluyente (su pago voluntario en un determinado plazo), sino de una declaración expresa de *conformidad* con la misma. La conformidad no exige el pago simultáneo del importe (reducido) de la sanción, y por tanto su único sentido, es decir, el único sacrificio por parte del ciudadano sancionado que puede justificar la reducción de la cuantía de la multa, es la renuncia de éste a su impugnación posterior, y ello aunque esa consecuencia sea explicitada sólo a nivel reglamentario y no legal, por un comprensible escrúpulo del legislador que, sin embargo, y paradójicamente, acaba volviéndose en perjuicio del sancionado, que no sabe en qué medida han quedado afectadas sus facultades de impugnación. Téngase en cuenta que la declaración de conformidad no es un reconocimiento de responsabilidad o una aceptación por el imputado de su culpabilidad. La resolución sancionadora es expresión de una potestad administrativa que no precisa del consentimiento del particular para poder ser ejercitada. La propia observación de lo que sucede en la práctica indica que el ciudadano que manifiesta su conformidad lo hace para obtener

unos determinados efectos jurídicos, y lo hace disponiendo de los poderes de los que él es titular, es decir, de su derecho a impugnar el acto. De ahí que la renuncia al ejercicio de ese poder en relación con un acto administrativo concreto esté implícita en la conformidad con la sanción ⁶³.

Una vez puesta al descubierto la variedad de contenido o de efectos jurídicos de la adhesión a las resoluciones sancionadoras, es necesario abordar la cuestión de su compatibilidad con el derecho a la tutela judicial efectiva, que es la cuestión permanentemente abierta en relación con esta figura jurídica ⁶⁴. En el contexto de este trabajo, el problema concreto es saber si las conclusiones del epígrafe precedente, es decir, la sustancial compatibilidad de los acuerdos de renuncia anticipada a la impugnación de un acto (renuncia condicionada a que el acto tenga finalmente un determinado contenido) con el derecho fundamental a la tutela judicial efectiva, deben ser o no modificadas cuando esa adhesión o conformidad con una resolución administrativa sea «incentivada» por una norma que ordene que a la misma corresponda una redacción del acto administrativo más favorable al particular.

El TC, en su sentencia 76/1990, ha afirmado la constitucionalidad de esta técnica, cuya compatibilidad con el artículo 24.1 CE había sido puesta en duda. Los argumentos empleados son dos, y a ambos se ha hecho referencia en el epígrafe anterior. Por un lado, la distinción entre renuncia al derecho fundamental (nula), y renuncia a su ejercicio en un supuesto concreto. Esta segunda renuncia no sólo no debe ser considerada inadmisibles como la anterior, sino que constituye en cierto modo una forma de ejercicio del derecho [F.J. 7.b)]. Por otro lado, la sentencia

⁶³ Esta es, por lo demás, y como se ha visto en el epígrafe anterior, la tesis de GIANNINI sobre la aquiescencia (*vid.* «Aquiescenza», *cit. supra*, en la nota 46 de este capítulo), que concibe no como una aceptación (jurídicamente innecesaria, y que nada puede aportar a la eficacia del acto), sino como un acto de disposición sobre el interés legítimo del particular, un acto preclusivo de su impugnación posterior del acto.

⁶⁴ *Vid.* LOZANO, *La extinción de las sanciones*, *cit.*, págs. 117 y sigs.; ORTEGA, «La coacción institucional para desistir del acceso al juez», *RAP*, 100-102 (1983), págs. 1437 y sigs.

niega que la admisión de la conformidad permita su utilización desviada (como instrumento de presión ilícita) por la Administración: la conformidad (es decir, la renuncia a la impugnación de la sanción), si bien puede ser requisito de la obtención de un acto favorable al que el particular no tendría derecho en otro caso (ese acto es la reducción de la cuantía de la sanción), nunca puede ser exigida por la Administración como «contrapartida» del cumplimiento de las normas, pues ese cumplimiento puede ser exigido y obtenido por el particular mediante el ejercicio de los recursos correspondientes, sin e incluso contra la voluntad de la Administración ⁶⁵.

La posible censura al abuso de las técnicas de conformidad en los procedimientos sancionadores debe partir, a mi juicio, de un análisis de la política legislativa que está detrás de las mismas. La conformidad con la resolución no disminuye en absoluto el disvalor o reprochabilidad de la conducta infractora del imputado. La conformidad no puede ser comparada a la atenuante penal de «arrepentimiento espontáneo» ⁶⁶. La razón por la que se reduce la cuantía de la sanción en caso de conformidad no es la menor gravedad de la infracción, sino el intento de neutralizar el ejercicio por el particular de sus derechos de defensa.

Con un adecuado funcionamiento de la Administración sancionadora, no existiría la reducción por pago anticipado o conformidad, sino que la Administración impondría y ejecutaría la

⁶⁵ Este argumento aparece en el F.J. 7.b), *in fine*: «Sólo la conformidad del contribuyente tiene expresamente reconocido en la Ley un efecto graduatorio de la sanción, y obviamente con un sentido mitigador de la misma. En consecuencia, no puede admitirse que dicho criterio —o, por mejor decir, su contrario: la disconformidad— pueda jugar también *in pejus* para agravar la sanción al sujeto pasivo, retenedor o responsable, pues ello conllevaría un injustificable efecto intimidatorio que menoscabaría el derecho de defensa de los interesados dentro de un procedimiento sancionador de carácter contradictorio».

⁶⁶ El artículo 24 del Código Penal menciona en el artículo 21, como circunstancias atenuantes: «4.ª La de haber procedido el culpable, antes de conocer que el procedimiento judicial se dirige contra él, a confesar la infracción a las autoridades». Ese elemento de espontaneidad o desinterés que es necesario para que se dé el supuesto de hecho de esta atenuante falta en la conformidad administrativa, que se da, en todo caso, una vez que la Administración ha dado a conocer al particular que existe un procedimiento dirigido contra él.

sanción procedente en cada caso, teniendo en cuenta exclusivamente la infracción cometida. El peso de «vencer» a los imputados en un procedimiento administrativo, y de sostener la validez de la resolución en un eventual proceso contencioso, no debería ser excesivo ni insuperable para la Administración. Por otra parte, una tramitación diligente del procedimiento, que reduzca al máximo las irregularidades en el mismo, es el mejor remedio para reducir las impugnaciones y, además, las sentencias estimatorias de las mismas.

Si los expedientes no se tramitan diligentemente, cualquier ejercicio de los derechos de defensa, cualquier recurso contencioso, ocasionan a la Administración dificultades casi insuperables, ya que, como casi todas las resoluciones adolecen de vicios procedimentales (por hipótesis), sólo podrán ser ejecutadas aquellas sanciones que los interesados no recurran. Este último resultado se logra a veces por medios inconfesables, como lo antieconómico del recurso en sanciones de escasa cuantía, o el efecto disuasorio derivado de la lentitud del proceso contencioso, agravada por el carácter no suspensivo del recurso ⁶⁷.

Frente a esta situación, la salida lógica sería acomodar el tamaño de la actividad sancionadora encomendada a la Administración a la capacidad efectiva de gestión de ésta, a fin de lograr que los procedimientos se tramiten adecuadamente, de modo que se produzcan resoluciones correctas en cuanto al fondo, válidas formalmente y convincentes para el imputado. De este modo disminuirían las impugnaciones, la Administración estaría en condiciones de ejecutar las sanciones que se impusiesen y aumentaría la eficacia disuasoria de éstas (lo que produce, en último término, la propia disminución de las infracciones y las sanciones, que serían cada vez más fáciles de gestionar).

La conformidad supone, en cambio, una salida fácil a este problema: se perdona parcialmente la sanción a cambio de una renuncia parcial a los derechos de defensa. Sabiendo lo mal que se le da a la Administración vencer a los particulares en los procedimientos administrativos y en los procesos contenciosos

⁶⁷ Vid. NIETO, *Derecho administrativo sancionador*, cit., págs. 26 y sigs.

(siempre que aquéllos recurran, lo que es, en todo caso, minoritario), se exime a la Administración de ese esfuerzo, a cambio de una reducción en el importe de la sanción.

La potestad sancionadora de la Administración está inequívocamente sometida, entre otros, al principio de proporcionalidad ⁶⁸. Sólo estarán justificadas aquellas sanciones cuya gravedad guarde relación con la reprochabilidad, en términos de perjuicio para intereses o valores calificados como públicos o generales, de las conductas infractoras. La proporcionalidad de una determinada sanción puede ser apreciada, bien por comparación con las sanciones que se aplican para proteger otros bienes jurídicos, bien teniendo en cuenta los criterios de graduación que sirven para determinar la concreta sanción aplicable, de entre las varias posibles, para una infracción determinada.

Una norma que autorice u obligue a la Administración a reducir la cuantía de la sanción en caso de que el infractor la acepte (es decir, se comprometa a no impugnarla) puede vulnerar el principio de proporcionalidad de dos formas distintas. En primer lugar, si aumenta de forma considerable la cuantía de la sanción «pura» (es decir, no aceptada), con el fin de incentivar la aceptación de las sanciones. En ese caso, a quien no acepta la infracción se le impone (tras la tramitación del procedimiento) una sanción excesiva en relación a la infracción cometida, exceso que no tiene otro objeto que evitar que los particulares utilicen las garantías, procedimentales y judiciales, que la regulación de la potestad sancionadora les reconoce, en lugar de

⁶⁸ Sobre este principio, *vid.* TORNOS MAS, «Infracción y sanción administrativa: el tema de su proporcionalidad en la jurisprudencia contencioso-administrativa», *REDA*, 7 (1975), págs. 607 y sigs. Este artículo se centra en la proporcionalidad como criterio que debe respetar el órgano sancionador al elegir la sanción aplicable, de entre las varias posibles, a una infracción concreta. La perspectiva en la que se va a insistir en el texto es la de la proporcionalidad como principio que debe respetar la norma que establece las sanciones aplicables a determinadas conductas y los criterios de su graduación, que es lo que el Tribunal Constitucional ha llamado «proporcionalidad abstracta» en su sentencia 65/1986, de 22 de mayo. Sobre este último aspecto, *vid.* NIETO, *Derecho administrativo sancionador*, *cit.*, págs. 243 y sigs.; GARBERÍ LLOBREGAT, *La aplicación de los derechos y garantías constitucionales a la potestad y al procedimiento administrativo sancionador*, Madrid, 1989, págs. 93 y sigs.

renunciar a las mismas y aceptar una sanción inferior. En este caso, la Administración, a través de la oportuna reforma normativa, estaría intentando conseguir el fin que la STC 76/1990 consideraba absolutamente vedado: que la no aceptación de la sanción juegue como agravante de la misma, siendo así que la no aceptación de la sanción no añade nada a la reprochabilidad de la infracción.

La conformidad también puede atentar contra el principio de proporcionalidad cuando haya una diferencia excesiva e injustificada entre la cuantía de la sanción para el caso de su no aceptación por el infractor, y la cuantía a que queda reducida si el infractor presta su conformidad. Dado que la conformidad es, tanto para la Administración que la propone como para el sujeto infractor, una decisión estratégica que ni añade ni quita nada a la reprochabilidad de la infracción, su trascendencia en la determinación de la cuantía de la sanción ha de ser modesta, so pena de que la sanción «pura» (es decir, la que se establece en caso de que no haya conformidad) quede convertida en un mero pretexto sin otra función que la de empujar al imputado a la conformidad. En ese caso, al condicionarse la interposición de un recurso a la renuncia al sustancial beneficio producido por la conformidad, se estaría poniendo a esa interposición un obstáculo difícilmente compatible con el derecho fundamental a la tutela judicial efectiva ⁶⁹.

⁶⁹ Esto es lo que ocurre, *v.gr.*, con la figura, prevista en diversas ordenanzas municipales sobre sanciones en materia de regulación del aparcamiento (ORA), de la «anulación de denuncia». Si el ciudadano paga, en un breve plazo a contar desde la emisión de la denuncia, una pequeña cantidad, el procedimiento sancionador no llega a iniciarse. La relación entre ambas cantidades es absolutamente desproporcionada (las cantidades pueden ser unas 300 ptas. en el caso de la «anulación de denuncia», frente a las 10.000 de la sanción). El término «anulación de denuncia» parece inadecuado: la presentación de denuncias ante la comisión de hechos presuntamente constitutivos de infracción es una conducta debida de los agentes de la Administración, y su anulación o revocación a cambio de una cantidad de dinero indicaría, tomada en sus propios términos, la subordinación de un interés general (como lo es, por hipótesis, la regulación del aparcamiento, para cuya efectividad dispone la Administración de la potestad sancionadora) al interés puramente fiscal o económico de la Administración. En realidad, se trata de un supuesto típico de sanción en cuantía reducida por pago voluntario antes de la iniciación del procedimiento

El principio de proporcionalidad fue justamente el fundamento de la sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos de 27 de febrero de 1980 (asunto *Deweer*)⁷⁰. La renuncia al ejercicio, en un caso concreto, del derecho a la tutela judicial, no es contraria al mismo, a no ser que sea fruto de una amenaza. Y

(art. 8.2 RPPS), con la peculiaridad de que la reducción del importe de la sanción es superior a un 90 por 100. Dada esa desproporción entre ambas cantidades, no es pensable que un sujeto espere al final del procedimiento y se exponga a pagar el importe completo de la multa, sólo para poder recurrirla. Por ello, desde la perspectiva de la Administración, la verdadera cuantía de la sanción es la cantidad reducida, que, eso sí, logra cobrar sin necesidad de tramitar un procedimiento y sin el riesgo de la interposición de un recurso.

⁷⁰ Esta sentencia ha sido comentada por ORTEGA ÁLVAREZ, «La coacción institucional», *cit.*, y por LOZANO, *La extinción de las sanciones, cit.*, págs. 128 y sigs. Se ha manejado la traducción de la sentencia realizada por MONTEJO y publicada en *Tribunal Europeo de Derechos Humanos, 25 años de jurisprudencia, 1959-1983*, Boletín de Jurisprudencia Constitucional (Cortes Generales), Madrid, 1983, págs. 608-621 (traducción que contiene algunas erratas en frases decisivas de la sentencia). Un particular (belga) al que se imputaba la comisión de diversas infracciones pagó voluntariamente la sanción en la cuantía reducida prevista por la norma aplicable («acuerdo amistoso») para evitar la continuación del procedimiento sancionador (y del cierre cautelar de su establecimiento comercial), y renunció con ello a impugnar la sanción. Lo que aquí interesa es si se considera compatible con el artículo 6 del Convenio (que establece el derecho a un juicio en materia civil y penal, sin que haya que entrar aquí en la discutida cuestión de si ello incluye o no a la justicia administrativa) una renuncia al derecho a recurrir que esté motivada por la obtención de una importante reducción en cuantía de la sanción aplicable. Para el Tribunal, los hechos son claros: «Ingresando los 10.000 francos belgas (...) el señor Deweer renunciaba a prevalerse de un derecho a un examen de su pretensión por un tribunal. En el sistema jurídico interno de los Estados contratantes semejante renuncia se encuentra frecuente (*sic*) en el plano civil, concretamente bajo la forma de cláusulas contractuales de arbitraje, y en el penal bajo la de, entre otras, multas de composición. Presentando para los interesados como para la administración de justicia ventajas indeclinables, *no se opone en principio al Convenio*». Ahora bien, «entre las condiciones a satisfacer figura en todo caso la ausencia de amenaza», y en el caso enjuiciado «existía una “disposición” (*sic*; debe decir “desproporción”) flagrante entre los dos términos de la alternativa ofrecida al demandante», por lo que concluye que ha habido violación del artículo 6 del Convenio. Como dice ORTEGA (*op. cit.*, pág. 1444), el Tribunal no ha cerrado la puerta a las «multas de composición» o renunciadas incentivadas, sino que ha venido a condicionar su compatibilidad con el Convenio a la proporcionalidad entre las ventajas ofrecidas en caso de aquiescencia y la cuantía de la sanción en caso de que no sea aceptada voluntariamente.

esa «amenaza» ilegítima puede consistir en que la renuncia opere como condición de la obtención de una ventaja desproporcionada con la cuantía e importancia del acto a cuya impugnación se renuncia y con la finalidad de ese acto.

El resultado final es, por tanto, que la conformidad no es una figura unitaria, sino que existen, por el contrario, una multiplicidad de supuestos distintos (a los que en modo alguno es aplicable la misma solución), y que la validez constitucional del recurso a la conformidad en los procedimientos sancionadores queda remitida a la interpretación de un concepto jurídico indeterminado, el de proporcionalidad. Sin duda, será fundamental en esta línea (en el caso, naturalmente, de que el legislador siga confiando la efectividad del sistema sancionador administrativo al remedio de la conformidad, en lugar de atacar sus problemas a un nivel más profundo), la jurisprudencia que se vaya formando, una jurisprudencia que permita ir más allá del punto alcanzado por la STC 76/1990 ⁷¹.

⁷¹ Excedería de los límites del presente trabajo avanzar criterios interpretativos del concepto de «proporcionalidad», es decir, señalar cuándo la diferencia entre las cuantías íntegra y reducida de la sanción deviene incompatible con el derecho fundamental a la tutela judicial efectiva. Puede apuntarse, sin embargo, que el problema se enmarca en la idea de que el derecho consagrado en el artículo 24.1 CE es un derecho de configuración legal, el derecho a obtener la tutela de los órganos jurisdiccionales *a través del sistema de acciones legalmente establecido*, lo que otorga justificación constitucional a todas las normas procesales y procedimentales que supongan obstáculos y requisitos al ejercicio de acciones, siempre que tales obstáculos no sean excesivos en comparación con la finalidad pretendida. En ese sentido, la reducción de cuantía de las sanciones se inserta en el contexto de otras medidas que producen efectos análogos, y sobre cuya compatibilidad con el derecho a la tutela judicial ya existen líneas más seguras: así, la pérdida de depósitos o la agravación *ex lege* de la sanción en caso de desestimación del recurso administrativo interpuesto contra ella, cuya inconstitucionalidad parece clara (GARCÍA DE ENTERRÍA/FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, *Curso, cit.*, vol. II, pág. 202), o la aplicación en materia de costas del principio del vencimiento, sin exigencia de temeridad (que también supone una «coacción» contra el empleo de los recursos, pero que no es considerada inconstitucional).

CONCLUSIONES

Las Administraciones Públicas celebran con asiduidad convenios y contratos con los particulares en el ejercicio de sus potestades. No se trata sólo de acuerdos informales o no vinculantes, sino de auténticos contratos en los que se promete el ejercicio (o la abstención) de esas potestades, o el dictado de un concreto acto administrativo, o bien se trata de convenios en los que los particulares se comprometen a realizar determinadas prestaciones o conductas siempre que la Administración apruebe un determinado acuerdo o resolución. Aunque se celebran acuerdos en el ejercicio de todo tipo de poderes jurídico-públicos, sólo son objeto de estudio los relativos a potestades administrativas. Para determinar la validez y la naturaleza jurídica de los acuerdos es necesario tener en cuenta, además, la clase de potestad que tienen por objeto (lo que permite distinguir los convenios sobre potestades discrecionales de los convenios de ejecución) y el contenido (es decir, la medida en que el convenio pretende vincular el ejercicio futuro de la potestad).

Esta práctica convencional presenta dos aspectos opuestos. Por un lado, se trata de formas de actuación que han surgido al margen de la Ley, que permiten vulnerar fácilmente el principio de igualdad y que dan un aspecto consensual a la acción administrativa cuando, en realidad, la Administración sigue pudiendo actuar unilateralmente y además puede utilizar el convenio para exigir prestaciones que la Ley no autoriza y que serían ilegales en un acto administrativo. Por lo demás, aunque el convenio parece representar el máximo de la participación ciudadana en la elaboración de las decisiones administrativas, puede producir el efecto contrario, convirtiéndose los procedimientos y la audiencia a los interesados en un simulacro ritual, al haber sido ya tomada la decisión con anterioridad, en un acuerdo entre la Administración y algunos particulares. El convenio parece, en fin, una vuelta a la concepción del poder público como bien susceptible de tráfico privado, de intercambio, una concepción que parecía superada en un Estado de Derecho.

Los convenios presentan, sin embargo, un segundo aspecto. Y es que, aunque la prohibición o invalidez de los convenios parece derivarse fácilmente de los argumentos anteriores, la realidad se opone tozudamente a ella. El convenio se ha convertido en un modo normal de actuación administrativa en todos los ordenamientos de nuestro entorno, e incluso en un instrumento imprescindible en algunos campos, dada la complejidad de la normativa a aplicar, la necesidad de hacer previsible las decisiones administrativas para aquellos particulares cuyas actividades e inversiones dependen de ellas y requieren un cierto margen de seguridad en el tiempo, y la conveniencia de articular jurídicamente la actuación de la Administración y de los particulares, en aquellos ámbitos en que la satisfacción del interés público depende de la colaboración entre ambos. El convenio ha llegado a ser imprescindible para la Administración, si se quiere que ésta pueda cumplir mínimamente las misiones que tiene encomendadas. El recurso al contrato por parte de quien está apoderado para actuar unilateralmente tampoco supone una contradicción ni algo incompatible con el carácter bilateral del contrato, pues éste es utilizado con toda normalidad para el ejercicio de los poderes de Derecho privado (derechos potestativos, facultades de configuración jurídica), que también permiten a un sujeto imponer a otro la constitución de una relación jurídica.

Visto, por tanto, que el convenio es un instrumento necesario para la actuación administrativa, un cauce para la satisfacción de intereses dignos de tutela jurídica, se hace necesario buscar su encaje en el conjunto de instituciones del Derecho administrativo.

A esta pregunta se ha venido respondiendo en la doctrina con un repaso de la polémica sobre el contrato de Derecho público, surgida en Alemania y reproducida después (con influencias francesas) en Italia y España. Los argumentos desarrollados en esa polémica no pueden proporcionar una respuesta al problema planteado, pues allí no se trataba de determinar si la Administración puede vincular convencionalmente el ejercicio de sus potestades, o necesita una habilitación normativa para ello: de lo que se trataba era de calificar como contratos o como actos necesitados de colaboración aquellos supuestos en los que

la Administración necesita del consentimiento de otro sujeto para la producción de un determinado efecto jurídico. Este problema es diferente al de la validez de los convenios sobre actos y potestades, y además hoy no se plantea en los (apriorísticos) términos de la ya casi centenaria polémica: un análisis de los requisitos conceptuales del contrato muestra que, en algunos casos, el ordenamiento puede configurar una relación jurídica como contractual o como basada en un acto unilateral dictado en virtud del consentimiento del particular, mientras que otras relaciones jurídicas no pueden ser contractuales, aunque la Administración necesite el consentimiento de otro sujeto para constituir las.

Una vía para conceder, indirectamente, eficacia a los convenios, si es que no se les reconoce validez como contratos, es el control de la discrecionalidad administrativa. Si la Administración decide, al dictar un acto, apartarse de aquello a lo que se ha comprometido previamente en un convenio, deberá motivar esa decisión, y dicha motivación estará sometida al control judicial. Este mecanismo ha sido utilizado en Italia y Alemania para conciliar la asunción de compromisos por la Administración con su potestad de eludir su cumplimiento si, como resultado de la tramitación del procedimiento, decide que ello es lo más adecuado para el interés público. Sin embargo, esta técnica es insuficiente para garantizar la eficacia del convenio. Difícilmente se podrá lograr que los particulares adquieran compromisos si la Administración no queda vinculada por el convenio nada más que a tenerlo en cuenta, como si de una simple alegación se tratase.

Otro de los mecanismos a que se acude cuando se quiere evitar el reconocimiento de validez contractual a los convenios, es la responsabilidad patrimonial de la Administración. La celebración de un contrato que después es declarado nulo da lugar a la responsabilidad de una de las partes (en este caso, de la Administración) cuando la causa de la nulidad le fuese conocida o, al menos, imputable, habiendo creado en el otro contratante una confianza legítima en la validez del convenio. Se trata de uno de los supuestos típicos de *culpa in contrahendo*, encuadrable, por tanto, en la responsabilidad extracontractual de la Administración. Tampoco este mecanismo otorga al convenio una eficacia suficiente, que lo convierta en un medio adecuado para discipli-

nar la colaboración patrimonial entre la Administración y los particulares. La nulidad del convenio supone un fenómeno patológico, el fracaso del programa pactado por las partes, cuando lo que éstas necesitan es un instrumento jurídico de efectos predecibles y fijados por ellas mismas. Además, la cuantía de la indemnización en caso de responsabilidad patrimonial de la Administración se limita al llamado interés negativo, tendente a dejar indemne al particular de los efectos producidos por el acto dañoso, y es, por tanto, distinta al interés positivo o interés en el cumplimiento, que es la medida de la responsabilidad por incumplimiento contractual.

Ante la insuficiencia de estas alternativas, es necesario apurar las posibilidades de que un convenio sobre actos y potestades tenga eficacia contractual. Para ello, se ha de partir de su especificidad respecto a los contratos ordinarios, que consiste en que su objeto es un acto o el ejercicio de una potestad administrativa. Esas condiciones específicas de validez se aplicarán siempre que la obtención de un acto o el ejercicio de una potestad sean la causa del contrato, aunque no aparezcan reflejadas en el mismo como obligaciones asumidas por la Administración.

La validez de un contrato de estas características no puede estar condicionada, en todo caso, a la existencia de una habilitación normativa específica para su celebración, ya que no hay ningún principio o regla que imponga semejante conclusión. La indisponibilidad de las potestades administrativas excluye su renuncia o cesión, pero no un pacto sobre su ejercicio en un supuesto concreto y perfectamente delimitado. El hecho de que la legislación sobre régimen jurídico y procedimiento administrativo común haya establecido (con carácter unitario, además, para todas las Administraciones, al amparo del art. 149.1.18.^a CE) al acto unilateral como instrumento para el ejercicio de las potestades administrativas excluye, sí, que se celebren contratos *sustitutivos*, a través de los cuales se ejercite directamente la potestad, sin una habilitación normativa, pero no excluye en todo caso un contrato que vincule de algún modo el dictado de un acto futuro.

La Administración no puede obligarse válidamente en un contrato, en ausencia de una habilitación normativa expresa, a

dictar un acto administrativo, pues ello equivaldría a predeterminar el resultado de un procedimiento administrativo antes de su tramitación, y vulneraría el derecho de participación en el mismo de los interesados o, en su caso, de cualquier ciudadano. Idéntica predeterminación ilícita se produce si la Administración se compromete a pagar una cantidad de dinero, como garantía, en caso de que no dicte el acto previsto en el convenio. De ahí que la única forma de evitar que el convenio que prevé el dictado de un acto administrativo implique una tramitación fraudulenta del procedimiento establecido para la producción de éste, sea condicionar la eficacia de las obligaciones contractuales a su compatibilidad con el resultado del procedimiento. Esta condición permite también solucionar el problema de los convenios que no son suscritos por todos los interesados en el procedimiento, que son válidos, ya que los que decidan no suscribir el convenio no sólo no resultan vinculados por él, sino que pueden tutelar su posición jurídica ante la Administración del mismo modo que si el convenio no se hubiese celebrado, interviniendo en el procedimiento previo al dictado del acto al que se refiera el convenio e impugnando, en su caso, ese acto.

La celebración de un convenio no permite a la Administración liberarse de ninguno de los límites a que está sometida cuando actúa unilateralmente. No sólo (como se acaba de ver) en cuanto al procedimiento, sino también en cuanto al contenido de sus actos. El hecho de que un acto administrativo haya sido previsto o pactado previamente en un convenio no permite a la Administración incorporar válidamente a ese acto un contenido que habría sido ilegal en otro caso. Esta regla tiene pocas excepciones: sólo cuando se trate de normas dispositivas, cuya aplicación puede ser desplazada con el consentimiento del particular, o cuando el particular asuma obligaciones que, a pesar de no estar previstas por la Ley y de que, por tanto, la Administración no habría podido imponérselas en un acto unilateral, lo que hacen es eliminar los obstáculos jurídicos o hacer surgir los requisitos necesarios para que la Administración dicte un acto discrecional que le es favorable.

La LAP alude, por primera vez en una norma sobre el procedimiento administrativo común, a los convenios sobre actos y

potestades, en su artículo 88. La norma no abarca todos los supuestos posibles, dada su referencia exclusiva a la terminación convencional del procedimiento, y tampoco dicta por sí misma las condiciones de validez y el régimen jurídico, al remitirse a las normas de desarrollo. En todo caso, la LAP no ha pretendido someter la validez de los convenios a condiciones más rigurosas que las exigibles con anterioridad, y por ello sigue sin ser necesaria una habilitación normativa para que puedan ser celebrados en todo caso.

En cuanto al régimen jurídico del convenio, hay que partir de la aplicación supletoria de la regulación de los contratos administrativos, dada su relación con el giro o tráfico específico de la Administración. Ello supone la atribución al orden jurisdiccional contencioso-administrativo de las cuestiones derivadas de los mismos, así como la posibilidad de que la Administración utilice el privilegio de autotutela y sus facultades de modificación del contrato. Como es normal en todo contrato, la ilegalidad de los convenios sobre actos y potestades conlleva normalmente la sanción de nulidad radical. La Administración, si estima que el convenio es nulo, puede dictar un acto que se aparte de lo pactado sin necesidad de tramitar un procedimiento específico de revisión de oficio del contrato, pues ello, como la jurisprudencia ha venido a reconocer, es conforme tanto con el régimen de la nulidad radical como con el carácter administrativo del contrato.

Con independencia de los contratos, en sentido estricto, sobre actos y potestades, la legislación reconoce y son posibles, dentro de la expresión genérica «convenio», otros tipos de acuerdo entre la Administración y los particulares basados en la aceptación por éstos de un acto administrativo, es decir, en la renuncia a su impugnación, formulada con anterioridad a que el acto sea dictado y condicionada siempre a que el contenido del acto se ajuste a lo pactado por las partes.

BIBLIOGRAFIA

a) Obras generales

- AA.VV., *Ciudadanos y reforma administrativa*, Universidad Carlos III de Madrid (Cátedra Joaquín Ruiz-Giménez de Estudios sobre el Defensor del Pueblo), Madrid, 1995 (Jornadas celebradas los días 27 y 28 de junio de 1994).
- AA.VV., *El pactismo en la Historia de España*, Instituto de España, Madrid, 1980.
- AA.VV., *Procedimento amministrativo e diritto di accesso (Legge 7 agosto 1990, n. 241)*, Edizioni Scientifiche Italiane, Napoli, 1991 (Actas del Congreso celebrado en Perugia en febrero de 1991).
- ACHTERBERG, Norbert, *Allgemeines Verwaltungsrecht. Ein Lehrbuch*, C. F. Müller, Heidelberg, 1986 (2.^a ed.).
- ALBALADEJO, Manuel (dir.), *Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales*, tomo VII, vol. 2.^o (arts. 530-608 CC), por Manuel AMORÓS GUARDIOLA, José M.^a CHICO Y ORTIZ y Juan ROCA JUAN, EDESA, Madrid, 1990 (2.^a ed.).
- ALBERTI, Piergiorgio; AZZARITI, Gaetano; CANAVESIO, Giorgio; GALLO, Carlo Emanuele; QUAGLIA, Mario Alberto, *Lezioni sul procedimento amministrativo*, Giappichelli, Torino, 1992.
- ALESSI, Renato, *Principi di diritto amministrativo* (2 vols.), Giuffrè, Milano, 1974 (3.^a ed.).
- ALONSO GARCÍA, Ricardo, *Derecho Comunitario. Sistema Constitucional y Administrativo de la Comunidad Europea*, CEURA, Madrid, 1994.
- ANSCHÜTZ, Gerhard, *Grundzüge des Deutschen Staatsrechts*, Duncker und Humblot, Leipzig, 1903.
- CAMMEO, Federico, *Corso di diritto amministrativo*, Antonio Milani, Padova, 1960 (reimpresión con notas de puesta al día).
- CASTÁN TOBEÑAS, José, *Derecho Civil Español, Común y Foral*, tomo III (Derecho de obligaciones. La obligación y el contrato en general), Reus, Madrid, 1967.
- CASSESE, Sabino, *Cultura e politica del diritto amministrativo*, Il Mulino, Bologna, 1971.
- *Le basi del diritto amministrativo*, Garzanti, Milano, 1996 (reimpresión de la 3.^a ed., de 1995).
- CASTIELLO, Francesco, *La legge 241/1990 sul procedimento amministrativo e le sue disposizioni di principio*, Bentham Editrice, Roma, 1993.

- CASTRO Y BRAVO, Federico de, *Derecho Civil de España*, Parte General, Tomo I, Libro Preliminar (Introducción al Derecho Civil), Instituto de Estudios Políticos, Madrid, 1949 (2.^a ed.).
- CENDON, Paolo (dir.), *Commentario al codice civile*, vol. III, UTET, Torino, 1991.
- CORDERO, Franco, *Procedura penale*, Giuffrè, Milano, 1993.
- CORSO, Guido; TERESI, Francesco, *Procedimento amministrativo e accesso ai documenti. Commento alla legge 7 agosto 1990, n. 241*, Maggioli, Rimini, 1991.
- DÍEZ-PICAZO, Luis, *Fundamentos del Derecho Civil Patrimonial* (vol. I: Introducción y teoría del contrato, y vol. II: Las relaciones obligatorias), Civitas, Madrid, 1996 (5.^a ed.).
- DÍEZ-PICAZO, Luis; GULLÓN BALLESTEROS, Antonio, *Sistema de Derecho Civil*, vol. I (Introducción. Derecho de la persona. Autonomía privada. Persona jurídica), Tecnos, Madrid, 1989 (7.^a ed.).
- DUGUIT, Leon, *Traité de Droit Constitutionnel*, vol. I, Fontemoing/Bocard, París, 1921 (2.^a ed.).
- EISENMANN, Charles, *Cours de Droit Administratif* (2 vols.), LGDJ, París, 1983.
- ERICHSEN, Hans-Uwe (hrsg.), *Allgemeines Verwaltungsrecht*, de Gruyter, Berlín-Nueva York, 1995 (10.^a ed.).
- FABER, Heiko, *Verwaltungsrecht*, Mohr, Tübingen, 1995 (4.^a ed.).
- FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, Tomás-Ramón, *Manual de Derecho Urbanístico*, Abella, Madrid, 1995 (11.^a ed.).
- FLEINER, Fritz, *Instituciones de Derecho Administrativo* (trad. de la 8.^a ed. alemana, Tübingen, 1928, por Sabino ÁLVAREZ-GENDÍN, Sabino), Labor, Barcelona-Madrid-Buenos Aires, 1933.
- FORSTHOFF, Ernst, *Lehrbuch des Verwaltungsrechts*, Beck, München, 1973 (10.^a ed.). Hay una traducción española (*Tratado de Derecho administrativo*, Instituto de Estudios Políticos, Madrid, 1958) de la 5.^a ed. alemana (de 1955), pero se cita por la última edición alemana.
- FRANCO, Italo, *Il nuovo procedimento amministrativo. Partecipazione. Diritto di accesso. Semplificazione dell'azione amministrativa. Commentario alla legge 7 agosto 1990 n. 241*, Pragma, Bologna, 1995 (3.^a ed.).
- GALGANO, Francesco, *Diritto civile e commerciale*, vol. I (*Le categorie generali. Le persone. La proprietà*), CEDAM, Padova, 1990.
- GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo; FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, Tomás-Ramón, *Curso de Derecho Administrativo* (2 vols.), Civitas, Madrid, 1997 (vol. I, 8.^a ed.) y 1993 (vol. II, 4.^a ed.).
- GARRIDO FALLA, Fernando, *Tratado de Derecho Administrativo*, vol. II, Tecnos, Madrid, 1992 (10.^a ed.).

- GARRIGUES DÍAZ-CAÑABATE, Joaquín, *Curso de Derecho Mercantil*, tomo I, Imprenta Aguirre, Madrid, 1982 (7.^a ed., puesta al día con la colaboración de Alberto BERCOVITZ).
- GERBER, Carl Friedrich von, *Diritto pubblico*, Giuffrè, Milano, 1971 (traducción y selección de Pier Luigi LUCCHINI).
- GIACOMETTI, Zaccaria, *Allgemeine Lehre des rechtsstaatlichen Verwaltungsrechts (Allgemeines Verwaltungsrecht des Rechtsstaates)*, vol. I, Polygraphischer Verlag, Zürich, 1960.
- GIANNINI, Massimo Severo, *Diritto amministrativo* (2 vols.), Giuffrè, Milano, 1993 (3.^a ed.).
- GÓMEZ-FERRER MORANT, Rafael (dir.), *Comentario a la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas*, Civitas, Madrid, 1996.
- GONZÁLEZ PÉREZ, Jesús, *Comentarios a la Ley del Suelo (Texto Refundido de 1992)* (3 vols.), Civitas, Madrid, 1993 (6.^a ed., con la colaboración de Pedro GONZÁLEZ SALINAS).
- GONZÁLEZ PÉREZ, Jesús, y GONZÁLEZ NAVARRO, Francisco, *Comentarios a la Ley de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y Procedimiento Administrativo Común* (2 vols.), Civitas, Madrid, 1997.
- HAURIOU, Maurice, *Principes de droit public*, Sirey, París, 1910.
- ISENSEE, Josef; KIRCHHOF, Paul (hrsg.), *Handbuch des Staatsrechts*; C. F. Müller, Heidelberg, vol. III, *Das Handeln des Staates* (1996, 2.^a ed.), vol. VI, *Freiheitsrechte* (1989).
- ITALIA, Vittorio; BASSANI, Mario (a cura di), *Procedimento amministrativo e diritto di accesso ai documenti (Legge 7 agosto 1990, n. 241)*, Giuffrè, Milano, 1991.
- JARASS, Hans D.; PIEROTH, Bodo, *GG Kommentar*, Beck, München, 1989.
- JELLINEK, Walter, *Verwaltungsrecht*, Julius Springer, Berlín, 1931 (3.^a ed.).
- JÈZE, Gaston, *Principios generales del Derecho Administrativo* (7 vols.), vol. III (El funcionamiento de los servicios públicos), Depalma, Buenos Aires, 1949. Traducción de la 3.^a ed. francesa (*Les principes généraux du droit administratif*, Giard, París, 1926) por Julio N. SAN MILLÁN ALMAGRO.
- KLEIN, Franz; ORLOPP, Gerd, *Abgabenordnung Kommentar*, Beck, München, 1995 (5.^a ed.).
- KNACK, Hans Joachim (hrsg.), *Verwaltungsverfahrensgesetz (VwVfG) Kommentar*, Carl Heymanns, Köln-Berlín-Bonn-München, 1996 (5.^a ed.).
- KOPP, Ferdinand O., *Verwaltungsgerichtsordnung (VwGO)*, Beck, München, 1994 (10.^a ed.).

- *Verwaltungsverfahrensgesetz (VwVfG)*, Beck, München, 1996 (6.^a ed.; concluida por Ferdinand J. KOPP).
- KOSCHAKER, Paul, *Europa und das römische Recht*, 1947; hay traducción española, por la que se cita, realizada por José SANTA CRUZ TEJERO, *Europa y el Derecho Romano*, Editorial Revista de Derecho Privado, Madrid, 1955.
- LABAND, Paul, *Le Droit Public de l'Empire Allemand* (4 vols.), traducción francesa (realizada por el autor) de la última edición alemana (3.^a, 1895), y publicada por Giard y Brière, París, 1900 (4 volúmenes). Fechas de publicación de cada vol.: vol. I (1900), vol. II (1901), vol. III (1902), vol. IV (1903).
- LAFERRIÈRE, Edouard, *Traité de la juridiction administrative et des recours contentieux* (2 vols.), Berger-Levrault, París-Nancy, 1896 (2.^a ed.).
- LARENZ, Karl, *Allgemeiner Teil des deutschen Bürgerlichen Rechts. Ein Lehrbuch*, Beck, München, 1977 (4.^a ed.).
- LAUBADÈRE, André de, *Droit public économique*, Dalloz, París, 1979 (3.^a ed.).
- LAUBADÈRE, André de; MODERNE, Franck; DELVOLVÉ, Pierre, *Traité des contrats administratifs* (2 vols.), LGDJ, París, 1983 (vol. I, 2.^a ed.), 1984 (vol. II, 2.^a ed.).
- LEGUINA VILLA, Jesús; SÁNCHEZ MORÓN, Miguel (dirs.), *La nueva Ley de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común*, Tecnos, Madrid, 1993.
- MARTÍN-RETORTILLO BAQUER, Sebastián, *Derecho Administrativo Económico*, vol. I, La Ley, Madrid, 1988.
- MATTERA, Alfonso, *El Mercado Unico Europeo. Sus reglas, su funcionamiento*, trad. esp. de ZAPICO LANDROVE, Cora, Civitas, Madrid, 1991.
- MAUNZ, Theodor; DÜRIG, Günter, *Grundgesetz Kommentar*, Beck, München (en hojas intercambiables de actualización periódica).
- MAURER, Hartmut, *Allgemeines Verwaltungsrecht*, Beck, München, 1994 (9.^a ed.).
- MAYER, Otto, *Deutsches Verwaltungsrecht*, 1895 (1.^a ed.). Se utiliza la traducción española, a cargo de Horacio HEREDIA, y Ernesto KROTOSCHIN, *Derecho administrativo alemán*, Depalma, Buenos Aires, 1949 (4 vols.), que lo es de la traducción francesa (realizada por el propio autor), publicada por Giard et Brière, París, 1903.
- MAZZAROLLI, Leopoldo, *et al.* (a cura di), *Diritto amministrativo* (2 vols.), Monduzzi, Bologna, 1993.
- MENGOZZI, Paolo, *Il diritto delle Comunità Europee*, CEDAM, Padova, 1990.

- MEYER, Hans; BORGS-MACIEJEWSKI, H., *Kommentar zum Verwaltungsverfahrensgesetz*, Alfred Metzner Verlag, Frankfurt am Main, 1982 (2.^a ed.).
- MIELE, Tommaso, *Il procedimento amministrativo e il diritto di accesso. Lo stato di attuazione della legge 7 agosto 1990, n. 241, con ampia rassegna di giurisprudenza*, Giappichelli, Torino, 1995.
- NICOSIA, F. M., *Il procedimento amministrativo. Principi e materiali. Commento alla legge 241/1990 e alla sua attuazione con i D.P.R. 300 e 352/1992*, Jovene, Napoli, 1992.
- NIGRO, Mario, *Giustizia amministrativa*, Il Mulino, Bologna, 1994 (4.^a ed., por Enzo CARDI y Alessandro NIGRO).
- OBERMEYER, Klaus (continuado por Dirk EHLERS y Ch. LINK), *Kommentar zum Verwaltungsverfahrensgesetz*, Luchterhand, Neuwied-Frankfurt a. M., 1990 (2.^a ed.).
- OTTO, Ignacio de, *Derecho Constitucional. Sistema de fuentes*, Ariel, Barcelona, 1987.
- PARADA VÁZQUEZ, José Ramón, *Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común (Estudio, comentarios y texto de la Ley 30/92, de 26 de noviembre)*, Marcial Pons, Madrid, 1993.
- *Derecho Administrativo* (3 vols.), Marcial Pons, Madrid, 1995 (vol. I, 7.^a ed.), 1995 (vol. II, 9.^a ed.).
- PAREJO ALFONSO, Luciano; JIMÉNEZ-BLANCO, Antonio; ORTEGA ALVAREZ, Luis, *Manual de Derecho Administrativo* (2 vols.), Ariel, Barcelona, 1996 (4.^a ed.).
- PETERS, Hans, *Lehrbuch der Verwaltung*, Springer-Verlag, Berlín-Göttingen-Heidelberg, 1949.
- RAMAJOLI, Sergio, *I procedimenti speciali nel codice di procedura penale*, CEDAM, Padova, 1993.
- ROMANO, Santi, *Corso di diritto amministrativo. Principii generali*, CEDAM, Padova, 1937 (3.^a ed.).
- *Frammenti di un dizionario giuridico*, Giuffrè, Milano, 1947. Se cita por la traducción española (realizada por Santiago SENTÍS MELENDO y Marino AYERRA REDÍN), *Fragmentos de un diccionario jurídico*, Ediciones Jurídicas Europa-América, Buenos Aires, 1964.
- SACCO, Rodolfo; DE NOVA, Giorgio, *Il contratto* (2 vol.), UTET, Torino, 1993. La obra es el tomo I del *Trattato di diritto civile*, dirigido por SACCO.
- SAINZ DE BUJANDA, Fernando, *Hacienda y Derecho. Estudios de Derecho financiero*, vol. III, Instituto de Estudios Políticos, Madrid, 1963.
- SÁNCHEZ MORÓN, Miguel, *Derecho de la función pública*, Tecnos, Madrid, 1996.

- SANDULLI, Aldo Maria, *Manuale di diritto amministrativo* (2 vols.), Jovene, Napoli, 1989 (15.^a ed., puesta al día por Maria Alessandra SANDULLI).
- SANTAMARÍA PASTOR, Juan Alfonso, *Fundamentos de Derecho Administrativo*, vol. I, CEURA, Madrid, 1991 (1.^a reimpresión de la 1.^a ed., de 1988).
- SATTA, Filippo, *Introduzione ad un corso di diritto amministrativo*, CEDAM, Padova, 1980.
- SAVIGNY, Friedrich Karl von, *System des heutigen römischen Rechts* (8 vols. e índice), Veit und Co., Berlín, 1840 (se ha manejado la reimpresión de Scientia Verlag, Aalen, 1973).
- STELKENS, Paul; BONK, Heinz Joachim; SACHS, Michael, *Verwaltungsverfahrensgesetz Kommentar*, Beck, München, 1993 (4.^a ed.).
- TORNOS MAS, Joaquín (coor.), *Administración Pública y procedimiento administrativo. Comentarios a la Ley 30/1992*, Bosch, Barcelona, 1994.
- TRIEPEL, Heinrich, *Völkerrecht und Landesrecht*, C. L. Hirschfeld, Leipzig, 1899 (se ha manejado la reimpresión de Scientia Verlag, Aalen, 1958).
- ULE, Carl Hermann; LAUBINGER, Hans-Werner, *Verwaltungsverfahrenrecht. Ein Studienbuch*, Carl Heymanns Verlag, Köln-Berlín-Bonn-München, 1995 (4.^a ed.).
- URÍA, Rodrigo, *Derecho Mercantil*, Marcial Pons, Madrid, 1996 (23.^a ed.).
- VEDEL, Georges; DELVOLVÉ, Pierre, *Droit administratif* (2 vols.), PUF, París, 1990 (11.^a ed.).
- VILLAR PALASÍ, José Luis, *Lecciones sobre contratación administrativa*, Sección de Publicaciones de la Facultad de Derecho de la Universidad Complutense, Madrid, 1969.
- VILLAR PALASÍ, José Luis (dir.), *Derecho Administrativo II*, UNED, Madrid, 1977.
- VILLAR PALASÍ, José Luis; VILLAR EZCURRA, José Luis, *Principios de Derecho Administrativo*, tomo III (Contratación administrativa), Sección de Publicaciones de la Facultad de Derecho de la Universidad Complutense, Madrid, 1983.
- VITTA, Cino, *Diritto amministrativo*, UTET, Torino, 1962 (5.^a ed., puesta al día por E. CASSETTA).
- WEBER, Max, *Wirtschaft und Gesellschaft, Grundriss der Verstehender Soziologie*, Tübingen, 1922. Se cita por la traducción española (realizada por José MEDINA ECHEVARRÍA, Juan ROURA PARELLA, Eugenio IMAZ, Eduardo GARCÍA MÁYNEZ y José FERRATER MORA), *Economía y sociedad, esbozo de sociología comprensiva*, Fondo de

- Cultura Económica, México, 1992 (1.^a reimpr. de la 2.^a ed. española, de 1964).
- WIEACKER, Franz, *Privatrechtsgeschichte der Neuzeit*, Vandenhoeck und Ruprecht, Göttingen, 1967 (2.^a ed.).
- WOLFF, Hans J.; BACHOF, Otto; STÖBER, Rolf, *Verwaltungsrecht* (3 vols.), vol. I, Beck, München, 1994 (10.^a ed.).
- ZANOBINI, Guido, *Corso di diritto amministrativo* (5 vols. más índices), vol. I, Giuffrè, Milano, 1958 (8.^a ed.).

b) Monografías

- AA.VV., *L'accordo nell'azione amministrativa*, Formez, Roma, 1988.
- AA.VV., *Convención y arbitraje en Derecho Tributario*, Instituto de Estudios Fiscales-Marcial Pons, Madrid, 1996.
- ALBANESE, Giovanna, *Il procedimento amministrativo e la riforma delle autonomie locali*, CEDAM, Padova, 1993.
- D'ALBERTI, Marco, *Le concessioni amministrative. Aspetti della contrattualità delle pubbliche amministrazioni*, Napoli, Jovene, 1981.
- ALBI CHOLVI, Fernando, *Los contratos municipales*, Horizontes, Valencia, 1944.
- ALVAREZ GENDÍN, Sabino, *Los contratos públicos*, Reus, Madrid, 1934.
- AMIRANTE, Carlo (a cura di), *La contrattualizzazione dell'azione amministrativa*, Giappichelli, Torino, 1993.
- APELT, Willibalt, *Der verwaltungsrechtliche Vertrag*, Leipzig, 1920 (se ha manejado la reimpresión de Scientia Verlag, Aalen, 1964).
- ARIÑO ORTIZ, Gaspar, *Teoría del equivalente económico en los contratos administrativos*, Instituto de Estudios Administrativos, Madrid, 1968.
- ARRIETA MARTÍNEZ DE PISÓN, Juan, *Las actas de la inspección de los tributos*, Civitas, Madrid, 1994.
- ASÚA GONZÁLEZ, Clara I., *La culpa «in contrahendo» (Tratamiento en el Derecho alemán y presencia en otros ordenamientos)*, Universidad del País Vasco, Bilbao, 1989.
- BACIGALUPO, Mariano, *La discrecionalidad administrativa*, Marcial Pons, Madrid, 1997.
- BAÑO LEÓN, José María, *Los límites constitucionales de la potestad reglamentaria (remisión normativa y reglamento independiente en la Constitución de 1978)*, Civitas/Servicio de Publicaciones de la Facultad de Derecho de la Universidad Complutense, Madrid, 1991.
- BARBAGALLO, Giuseppe; FOLLIERI, Enrico; VETTORI, Giuseppe (a cura di), *Gli accordi fra privati e pubblica amministrazione e la disciplina generale del contratto*, Edizioni Scientifiche Italiane, Napoli, 1995.
- BELADIEZ ROJO, Margarita, *Validez y eficacia de los actos administrativos*, Marcial Pons, Madrid, 1994.

- BELTRÁN DE FELIPE, Miguel, *Discrecionalidad administrativa y Constitución*, Tecnos, Madrid, 1995.
- BENZ, Arthur, *Kooperative Verwaltung. Funktionen, Voraussetzungen und Folgen*, Nomos, Baden-Baden, 1994.
- BERGONZINI, Gherardo, *L'attività del privato nel procedimento amministrativo*, CEDAM, Padova, 1975.
- BOBBIO, Norberto, *Stato, governo, società. Per una teoria generale della politica*, Einaudi, Torino, 1985.
- BOCANEGRA SIERRA, Raúl, *La revisión de oficio de los actos administrativos*, IEAL, Madrid, 1977.
- BODIN, Jean, *Los seis libros de la república (1575)*. Se cita por la traducción española de Gaspar DE AÑASTRO ISUNZA (publicada en 1590), reeditada por José Luis BERMEJO CABRERO, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1992 (2 vols).
- BOSSE, Wolfgang, *Der subordinationsrechtliche Verwaltungsvertrag als Handlungsform öffentlicher Verwaltung unter besonderer Berücksichtigung der Subordinationsverhältnisse*, Duncker und Humblot, Berlín, 1974.
- BRAMSCHE, Ilse, *Rechtsfolgen verwaltungsvertraglicher Gesetzesverstöße: insbesondere Nichtigkeitsfolgen durch entsprechende Anwendung d. § 134 BGB im Rahme d. § 59 Abs. 1 VwVfG sowie Vereinbarkeit d. § 59 VwVfG mit d. Verfassungsrecht*, Mannhold Verlag, Gelsenkirchen, 1986.
- BRUTI LIBERATI, Eugenio, *Consenso e funzione nei contratti di diritto pubblico tra amministrazioni e privati*, Giuffrè, Milano, 1996.
- BULLINGER, Martin, *Vertrag und Verwaltungsakt*, Kohlhammer, Stuttgart, 1962.
- BUSCEMA, Salvatore; BUSCEMA, Angelo, *I contratti della pubblica amministrazione*, CEDAM, Padova, 1994 (2.^a ed.).
- CALASSO, Francesco, *I glossatori e la teoria della sovranità. Studio di diritto comune pubblico*, Giuffrè, Milano, 1951.
- CANO MURCIA, Antonio, *Teoría y práctica del convenio urbanístico: doctrina, legislación, jurisprudencia y formularios*, Aranzadi, Pamplona, 1996.
- CARTABIA, Marta, *La tutela dei diritti nel procedimento amministrativo. La legge n. 241 del 1990 alla luce dei principi comunitari*, Giuffrè, Milano, 1991.
- CASTRO Y BRAVO, Federico de, *El negocio jurídico*, Instituto Nacional de Estudios Jurídicos, Madrid, 1971 (se ha manejado la reimpresión de Civitas, Madrid, 1991)
- CHINCHILLA, Carmen, *La desviación de poder*, Civitas, Madrid, 1989.
- CLAVAGNIER, Brigitte, *Subventions et associations*, Juris Service, Lyon-París, 1993.

- CLAVERO ARÉVALO, Manuel Francisco, *La inalienabilidad del dominio público*, Universidad de Sevilla/Instituto García Oviedo, Sevilla, 1958.
- COSTANTINO, Michele (a cura di), *Convenzioni urbanistiche e tutela nei rapporti tra privati*, Giuffrè, Milano, 1995 (reimpresión de la edición original de 1978, acompañada de un apéndice de actualización).
- CUÉTARA, Juan Miguel de la, *Las potestades administrativas*, Tecnos, Madrid, 1986.
- DELGADO BARRIO, Javier, *El control de la discrecionalidad del planeamiento urbanístico*, Civitas, Madrid, 1993.
- DELGADO PIQUERAS, Francisco, *La terminación convencional del procedimiento administrativo*, Aranzadi, Pamplona, 1995.
- DÍAZ LEMA, José Manuel, *Subvenciones y crédito oficial en España*, Instituto de Estudios Fiscales-Instituto de Crédito Oficial, Madrid, 1985.
- DOSSMANN, Martin, *Die Bebauungsplanzusage. Eine Untersuchung der kommunalen Selbstverpflichtung zur Aufstellung eines Bebauungsplanes durch einseitige und vertragliche Zusagen*, Diss. Münster, 1985.
- DUGATO, Marco, *Atipicità e funzionalizzazione nell'attività amministrativa per contratti*, Giuffrè, Milano, 1996.
- EΦSTRATIOU, Pavlos-Michael, *Die Bestandskraft des öffentlichen Vertrags. Eine vergleichende Untersuchung zum griechischen, französischen und insbesondere deutschen Verwaltungsrecht*, Duncker und Humblot, Berlín, 1988.
- EHLERS, Dirk, *Verwaltung im Privatrechtsform*, Duncker und Humblot, Berlín, 1984.
- FACKLER, Christian, *Verfassungs- und verwaltungsrechtliche Aspekte eines Individualanspruchs auf Bauleitplanung*, Duncker und Humblot, Berlín, 1989.
- FALCON, Giandomenico, *Le convenzioni pubblicistiche. Ammissibilità e caratteri*, Giuffrè, Milano, 1984.
- FERNÁNDEZ DOMÍNGUEZ, Juan José; RODRÍGUEZ ESCANCIANO, Susana, *La negociación colectiva de los funcionarios públicos*, CEDECS, Barcelona, 1996.
- FERNÁNDEZ FARRERES, Germán, *La subvención: concepto y régimen jurídico*, Instituto de Estudios Fiscales, Madrid, 1983.
- *El régimen de las ayudas estatales en la Comunidad Europea*, Civitas, Madrid, 1993.
- FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, Tomás-Ramón, *El urbanismo concertado y la reforma de la Ley del Suelo*, Instituto de Estudios Administrativos, Madrid, 1974.
- *Arbitrariedad y discrecionalidad*, Civitas, Madrid, 1991.

- FERNÁNDEZ DE VELASCO, Recaredo, *Los contratos administrativos*, IEAL, Madrid, 1945 (2.^a ed., puesta al día por José GASCÓN MARÍN y Eduardo LEIRA COBEÑA, la 1.^a edición es de 1927).
- FERRARA, Rosario, *Gli accordi tra i privati e la pubblica amministrazione*, Giuffrè, Milano, 1985.
- FLUCK, Jürgen, *Die Erfüllung des öffentlich-rechtlichen Verpflichtungsvertrages durch Verwaltungsakt*, Duncker und Humblot, Berlín, 1985.
- FORSTHOFF, Ernst, *Rechtsfragen der leistenden Verwaltung*, Kohlhammer, Stuttgart, 1959. Se cita por la traducción española, de Celestino FERNÁNDEZ DE LA VEGA, *Sociedad industrial y Administración Pública*, Escuela Nacional de Administración Pública y BOE, Madrid, 1967.
- GALGANO, Francesco, *Il negozio giuridico*, Giuffrè, Milano, 1988. La obra es el vol. III, t. 1, del *Trattato di diritto civile e commerciale* dirigido por Antonio CICU y Antonio MESSINEO, y continuado por Luigi MENGONI.
- GARBERÍ LLOBREGAT, José, *La aplicación de los derechos y garantías constitucionales a la potestad y al procedimiento administrativo sancionador*, Trivium, Madrid, 1989.
- GARCÍA RUBIO, M.^a Paz, *La responsabilidad precontractual en el derecho español*, Tecnos, Madrid, 1991.
- GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo, *Los principios de la nueva Ley de Expropiación Forzosa*, Instituto de Estudios Políticos, Madrid, 1956 (se ha manejado la reimpresión de Civitas, Madrid, 1989).
- *Dos estudios sobre la usucapión en Derecho Administrativo*, Tecnos, Madrid, 1974 (2.^a ed.).
- *La batalla por las medidas cautelares*, Civitas, Madrid, 1995 (2.^a ed.).
- GARCÍA-PELAYO, Manuel, *Las transformaciones del Estado contemporáneo*, Alianza Universidad, Madrid, 1996 (10.^a reimpresión de la edición de 1985).
- GARCÍA-TREVIJANO FOS, José Antonio, *Los convenios expropiatorios*, EDESA, Madrid, 1979.
- GARRIDO FALLA, Fernando, *Régimen de impugnación de los actos administrativos*, Instituto de Estudios Políticos, Madrid, 1956.
- GASSNER, Max-Theo, *Die Abwälzung kommunaler Folgekosten durch Folgekostenverträge*, Florenz, München, 1982.
- GASSNER, Otto, *Der freihändige Grunderwerb der öffentlichen Hand*, Beck, München, 1983.
- GIACOMINI, Sergio, *Verwaltungsrechtlicher Vertrag und Verfügung im Subventionsverhältnis «Staat-Privater»*, Universitätsverlag Freiburg Schweiz, 1992.

- GIANNINI, Massimo Severo, *Il potere discrezionale della pubblica amministrazione. Concetto e problemi*, Giuffrè, Milano, 1939.
- *L'attività amministrativa*, Ed. Jandi Sapi, Roma, 1962.
- *Le obbligazioni pubbliche*, Ed. Jandi Sapi, Roma, 1964.
- GITZINGER, Hans-Lutwin, *Verwaltungsakt auf Unterwerfung, Antragsbedingter Verwaltungsakt oder Öffentlicher Vertrag. Ein Beitrag zur Systematik mitwirkungsbedürftiger Staatsakte*, Diss. Saarland, 1963.
- GONZÁLEZ-VARAS IBÁÑEZ, Santiago, *El Derecho administrativo privado*, Montecorvo, Madrid, 1996.
- GUILARTE GUTIÉRREZ, Vicente, *La constitución voluntaria de servidumbres en el Derecho español*, Montecorvo, Madrid, 1984.
- GULLÓN BALLESTEROS, Antonio, *La transacción*, Instituto Nacional de Estudios Jurídicos, Madrid, 1964.
- HENKE, Wilhelm, *Das Recht der Wirtschaftssubventionen als öffentliches Vertragsrecht*, Mohr, Tübingen, 1979.
- HILL, Hermann (hrsg.), *Zustand und Perspektiven der Gesetzgebung. Vorträge und Diskussionsbeiträge der 56. Staatswissenschaftlichen Fortbildungstagung 1988 der Hochschule für Verwaltungswissenschaften Speyer*, Duncker und Humblot, Berlín, 1989.
- *Verwaltungshandeln durch Verträge und Absprachen*, Nomos, Baden-Baden, 1990.
- IMBODEN, Max, *Der verwaltungsrechtliche Vertrag*, Helbing und Lichtenhahn, Basel, 1958.
- JELLINEK, Georg, *System der subjektiven öffentlichen Rechte*, Tübingen, 1919 (2.^a ed.; se ha manejado la 2.^a reimp., Scientia Verlag, Aalen, 1979).
- KELSEN, Hans, *El contrato y el tratado analizados desde el punto de vista de la teoría pura del Derecho*, Imprenta Universitaria, México, 1943. Traducción del original francés (no publicado hasta entonces) por Eduardo GARCÍA MÁYNEZ.
- KIRCHHOF, Paul, *Verwalten durch «mittelbares» Einwirken*, Carl Heymanns, Köln-Berlín-Bonn-München, 1977.
- KONRAD, Hans, *Der öffentlich-rechtliche Vertrag. Institution oder Trugbild?*, Diss. Würzburg, 1975.
- KOPP, Ferdinand Johannes, *Vorläufiges Verwaltungsverfahren und vorläufiger Verwaltungsakt*, Peter Lang, Frankfurt a. M.-Berlín-Bern-Nueva York-París-Wien, 1992.
- KORMANN, Karl, *System der rechtsgeschäftlichen Staatsakte*, Julius Springer, Berlín, 1910.
- LAMARQUE, Jean, *Recherches sur l'application du droit privé aux services publics administratifs*, LGDJ, París, 1960.

- LAYER, Max, *Zur Lehre vom öffentlich-rechtlichen Vertrag*, Leuschner und Lubenskn's Universitäts-Buchhandlung, Graz und Leipzig, 1916.
- LEGUINA VILLA, Jesús, *La responsabilidad civil de la Administración pública*, Tecnos, Madrid, 1983 (2.^a ed.)
- LITTBARSKI, Sigurd, *Der Wegfall der Geschäftsgrundlage im öffentlichen Recht*, Peterlang, Frankfurt a. M.-Bern, 1982.
- LÓPEZ BENÍTEZ, Mariano, *Naturaleza y presupuestos constitucionales de las relaciones especiales de sujeción*, Civitas, Madrid, 1994.
- LOZANO, Blanca, *La extinción de las sanciones administrativas y tributarias*, Marcial Pons, Madrid, 1990.
- MACCHIA, Alberto, *Il patteggiamento*, Giuffrè, Milano, 1992.
- MADIOT, Yves, *Aux frontières du contrat et de l'acte administratif unilatéral: recherches sur la notion d'acte mixte en droit public français*, LGDJ, París, 1971.
- MALARET I GARCÍA, Elisenda, *Régimen jurídico-administrativo de la reconversión industrial*, Civitas/Generalidad de Cataluña, Madrid, 1991.
- MARAVALL, José Antonio, *Estado moderno y mentalidad social (Siglos XV a XVII)* (2 vols.), Revista de Occidente, Madrid, 1972.
- DI MARCO, Eugenio, *La negoziazione legislativa*, CEDAM, Padova, 1984.
- MARTENS, Joachim, *Die Praxis des Verwaltungsverfahrens*, Beck, München, 1985.
- MARTÍN REBOLLO, Luis, *La responsabilidad patrimonial de la Administración en la jurisprudencia*, Madrid, 1977.
- MARTÍN-RETORTILLO BAQUER, Sebastián, *El Derecho civil en la génesis del Derecho administrativo y de sus instituciones*, Civitas, Madrid, 1996 (2.^a ed.)
- MARZLIN, Karl, *Die Abgrenzung des öffentlich-rechtlichen Vertrages und des privatrechtlichen Vertrages der Verwaltung im französischen Recht unter vergleichender Berücksichtigung des deutschen Rechts*, Diss. Mainz, 1966.
- MARZUOLI, Carlo, *Principio di legalità e attività di diritto privato della pubblica amministrazione*, Giuffrè, Milano, 1982.
- MASUCCI, Alfonso, *Trasformazione dell'amministrazione e moduli convenzionali. Il contratto di diritto pubblico*, Jovene, Napoli, 1988.
- MAURER, Hartmut; HÜTHER, Birgit, *Die Praxis des Verwaltungsvertrags im Spiegel der Rechtsprechung*, Hartung-Gorre, Konstanz, 1989.
- MENÉNDEZ REXACH, Angel, *Los convenios entre Comunidades Autónomas*, IEAL, Madrid, 1982.

- MERUSI, Fabio, *L'affidamento del cittadino*, Giuffrè, Milano, 1970.
- MIELE, Giovanni, *La manifestazione di volontà del privato nel diritto amministrativo*, Anonima Romana Editoriale, Roma, 1931.
- MONEDERO GIL, José Ignacio, *Doctrina del Contrato del Estado*, Instituto de Estudios Fiscales, Madrid, 1977.
- MUTI, Santa, *Introduzione allo studio delle convenzioni amministrative*, Jovene, Napoli, 1984.
- NIETO GARCÍA, Alejandro, *Derecho administrativo sancionador*, Tecnos, Madrid, 1994 (2.ª ed.).
- PARADA VÁZQUEZ, José Ramón, *Los orígenes del contrato administrativo en el Derecho español*, Instituto García Oviedo, Sevilla, 1963.
- PAREJO ALFONSO, Luciano, *Crisis y renovación en el Derecho Público*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1991.
- PITSCHAS, Rainer, *Verwaltungsverantwortung und Verwaltungsverfahren. Strukturprobleme, Funktionsbedingungen und Entwicklungsperspektiven eines konsensualen Verwaltungsrechts*, Beck, München, 1990.
- POUYAUD, Dominique, *La nullité des contrats administratifs*, LGDJ, París, 1991.
- PUBUSA, Andrea, *L'attività amministrativa in trasformazione. Studi sulla l. 7 agosto 1990, n. 241*, Giappichelli, Torino, 1993.
- PUENTE SEGURA, Leopoldo, *La conformidad en el proceso penal español*, Colex, Madrid, 1994.
- REBOLLO PUIG, Manuel, *El enriquecimiento injusto de la Administración Pública*, Marcial Pons, Madrid, 1994.
- RECKERS, Hans, *Gesetzwidrige und gesetzesabweichende Regelungen in Verwaltungsverträgen zwischen Bürger und Staat*, Diss. Tübingen, 1988.
- DI RENZO, Fabio, *I contratti della Pubblica Amministrazione*, Giuffrè, Milano, 1969.
- REY GUANTER, Salvador del, *Estado, sindicatos y relaciones colectivas en la función pública*, INAP, Alcalá de Henares, 1986.
- RODRÍGUEZ DE SANTIAGO, José M.ª, *Los convenios entre Administraciones Públicas*, Marcial Pons, Madrid, 1997.
- ROMANO, Salvatore, *La revoca degli atti giuridici privati*, CEDAM, Padova, 1935.
- ROQUETA BUJ, Remedios, *La negociación colectiva en la función pública*, Tirant lo Blanch-Universitat de Valencia, Valencia, 1996.
- RÜFNER, Wolfgang, *Formen öffentlicher Verwaltung im Bereich der Wirtschaft. Untersuchungen zum Problem der leistenden Verwaltung*, Duncker und Humblot, Berlín, 1967.
- SALZWEDEL, Jürgen, *Die Grenzen der Zulässigkeit des öffentlich-rechtlichen Vertrages*, de Gruyter, Berlín, 1958.

- SÁNCHEZ ISAC, Jaime, *Estudios prácticos sobre contratación local*, Civitas, Madrid, 1982.
- SÁNCHEZ MORÓN, Miguel, *La participación del ciudadano en la Administración Pública*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1980.
- SÁNCHEZ MORÓN, Miguel; TRAYTER, Juan Manuel; SÁNCHEZ BLANCO, Angel, *La apertura del procedimiento administrativo a la negociación con los ciudadanos en la Ley 30/1992 de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común*, Instituto Vasco de Administración Pública, Oñati, 1995.
- SANTAMARÍA PASTOR, Juan Alfonso, *La nulidad de pleno derecho de los actos administrativos. Contribución a una teoría de la ineficacia en el Derecho público*, Instituto de Estudios Administrativos, Madrid, 1972.
- SANVITI, Giuseppe, *Gli accordi fra lo Stato e le imprese nel quadro della contrattazione programmata*, Giuffrè, Milano, 1974.
- *Convenzioni e intese nel diritto pubblico*, Giuffrè, Milano, 1978.
- SCHIMPF, Christian, *Der verwaltungsrechtliche Vertrag unter besonderer Berücksichtigung seiner Rechtswidrigkeit*, Duncker und Humblot, Berlín, 1982.
- SCHMIDT-ASSMANN, Eberhard; KREBS, Walter, *Rechtsfragen städtebaulicher Verträge: Vertragstypen und Vertragsrechtslehren*, Deutscher Gemeindeverlag/Kohlhammer, Köln, 1992 (2.ª ed.).
- SCHUSTER, Helmut, *Wirksame rechtswidrige öffentlich-rechtliche Verträge. Zugleich ein Beitrag zu den verfassungsrechtlichen und dogmatischen Grundlagen des öffentlich-rechtlichen Vertrages*, Diss. Tübingen, 1990.
- SOLAS RAFECAS, José María de, *Contratos administrativos y contratos privados de la Administración*, Tecnos, Madrid, 1990.
- SPANNOWSKY, Willy, *Grenzen des Verwaltungshandelns durch Verträge und Absprachen*, Duncker und Humblot, Berlín, 1994.
- STICCHI DAMIANI, Ernesto, *Attività amministrativa consensuale e accordi di programma*, Giuffrè, Milano, 1992.
- TORNOS MAS, Joaquín, *Régimen jurídico de la intervención de los poderes públicos en relación con los precios y las tarifas*, Real Colegio de España, Bolonia, 1982.
- ULE, Carl Hermann; BECKER, Franz, *Verwaltungsverfahren im Rechtsstaat*, Grote, Köln-Berlín, 1964.
- VELASCO CABALLERO, Francisco, *Las cláusulas accesorias del acto administrativo*, Tecnos, Madrid, 1996.
- VIRGA, Pietro, *Il provvedimento amministrativo*, Giuffrè, Milano, 1972 (4.ª ed.).

- WALTER, Peter, *Die Koppelungsgeschäfte der öffentlichen Hand*, Diss. Würzburg, 1974.
- WULFF, Claus-Peter, *Zwangsvollstreckung aus Verwaltungsverträgen*, Diss. Berlín, 1975.
- ZWAHLEN, Henri, *Le contrat de droit administratif*, Helbing & Lichtenhahn, Basel, 1958. Ponencia presentada por el autor a la *Schweizerischer Juristenverein* y publicado en su colección *Referate und Mitteilungen*, 4 (1958).

c) Artículos de revista, contribuciones en obras colectivas y voces de enciclopedia

- AICARDI, Nicola, «La disciplina generale e i principi degli accordi amministrativi: fondamento e caratteri», *RTDP*, XLVII (1997), págs. 1 y sigs.
- ALBIÑANA GARCÍA-QUINTANA, César, «Los convenios como tercera categoría de los contratos del Estado», en *Homenaje a José Antonio García-Trevijano Fos*, Colegio Universitario de Estudios Financieros/Instituto de Estudios de Administración Local, Madrid, 1982, págs. 451 y sigs.
- ALCALDE HERNÁNDEZ, José Carlos, «La nueva regulación de la gestión de las subvenciones», *Presupuesto y Gasto Público*, 4 (1991), págs. 87 y sigs.
- ALONSO GARCÍA, Enrique, «Legislación sectorial de medio ambiente», *RAP*, 137 (1995), págs. 57 y sigs.
- ALONSO PÉREZ, «La responsabilidad precontractual», *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, XLVII (1971), núm. 485, págs. 859 y sigs.
- AMORTH, Antonio, «Osservazioni sui limiti all'attività amministrativa di diritto privato», *Arch. dir. pubbl.*, III (1938), págs. 455 y sigs.
- ANDRÉ, Jean-Marc, «La responsabilité de la puissance publique du fait de diverses formes d'engagements non contractuels de l'Administration», *AJDA*, 1976, págs. 20 y sigs.
- ANDREANI, Antonio, «Funzione amministrativa, procedimento, partecipazione nella legge 241/90 (quaranta anni dopo la promulgazione di F. Benvenuti)», *Dir. proc. amm.*, X (1992), págs. 655 y sigs.
- APELT, Willibalt, «Der verwaltungsrechtliche Vertrag», *AöR*, 84 (1959), págs. 249 y sigs.
- ARIAS ABELLÁN, M.^a Dolores, «La indisponibilidad de la obligación tributaria: análisis del artículo 36 de la L.G.T.», en *Comentarios a la Ley General Tributaria y líneas para su reforma. Homenaje a Fernando Sáinz de Bujanda*, IEF, Madrid, 1991, vol. I, págs. 619 y sigs.
- ARIÑO ORTIZ, Gaspar, «Transparencia y participación en la Administración Pública española», en AA.VV., *Ciudadanos y reforma administrativa*, págs. 69 y sigs.

- AUTEXIER, Christian J., «Verträge und Absprachen zwischen der Verwaltung und Privaten in Frankreich», *VVDStRL*, 52 (1993), págs. 285 y sigs.
- BACHOF, Otto, «Die Rechtsprechung des Bundesverwaltungsgerichts», *JZ*, XVII (1962), págs. 745 y sigs.
- BAECHI, Walter, «Verwaltungsakt auf Unterwerfung, zweiseitiger Verwaltungsakt oder Vertrag?», *Zeitschrift für öffentliches Recht*, XIV (1934), págs. 62 y sigs. (se ha manejado la reimpresión de Sauer und Auvermann, Frankfurt, 1969).
- BALLBÉ, Manuel, «Actos administrativos», *NEJ*, vol. II, Barcelona, 1983, págs. 294 y sigs.
- «Derecho Administrativo», *NEJ*, vol. I, Barcelona, 1975, págs. 55 y sigs.
- BASSI, Franco, «Autorità e consenso», *RTDP*, XLII (1992), págs. 744 y sigs.
- BASSOLS COMA, Martín, «Consideraciones sobre los convenios de colaboración de la Administración con los particulares para el fomento de actividades económicas privadas de interés público», *RAP*, 82 (1977), págs. 61 y sigs.
- BAUER, Hartmut, «Informelles Verwaltungshandeln im öffentlichen Wirtschaftsrecht», *VerwArch*, 78 (1987), págs. 241 y sigs.
- BEINHARDT, Gerd, «Der öffentlich-rechtliche Vertrag im deutschen und französischen Recht», *VerwArch*, 55 (1964), págs. 151 y sigs. y 210 y sigs.
- BELADIEZ ROJO, Margarita, «La nulidad y la anulabilidad. Su alcance y significación», *RAP*, 133 (1994), págs. 155 y sigs.
- BERTI, Giorgio, «Dalla unilateralità alla consensualità nell'azione amministrativa», en AA.VV., *L'accordo nell'azione amministrativa*, págs. 25 y sigs.
- BESSONE, Mario, «Natura giuridica dei piani di lottizzazione», en COSTANTINO (a cura di), *Convenzioni urbanistiche e tutela nei rapporti tra privati*, pág. 236.
- BETTERMANN, Karl August, «Die Rechtsweggarantie des Art. 19 Abs. 4 GG in der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts», *AöR*, 96 (1971), págs. 528 y sigs.
- BINDING, Karl, «Die Gründung des norddeutschen Bundes», en *Festgabe für B. Windscheid*, Duncker und Humblot, Leipzig, 1888.
- BIRK, Dieter, «Normsetzungsbefugnis und öffentlichrechtlicher Vertrag», *NJW*, 30 (1977), págs. 1797 y sigs.
- BLANCO ESTEVE, Avelino, «La negociación colectiva de los funcionarios públicos», *REDA*, 52 (1986), págs. 509 y sigs.
- BLANKENAGEL, Alexander, «Folgenlose Rechtswidrigkeit öffentlich-rechtlicher Verträge?», *VerwArch*, 76 (1985), págs. 276 y sigs.

- BLECKMANN, Albert, «Verfassungsrechtliche Probleme des Verwaltungsvertrages», *NVwZ*, 9 (1990), págs. 601 y sigs.
- BRANCA, Giorgio, «Servitù prediali», en *Comentario al codice civile Scialoja/Branca sub Artt. 1027-1099*, Zanichelli/Foro Italiano, Bologna, 1987 (6.^a ed.).
- BRAUN, Winfried, «Der öffentlich-rechtliche Vertrag im Spannungsfeld zwischen Verwaltungsakt und verwaltungsprivatrechtlichem Rechtsgeschäft», *JZ*, 38 (1983), págs. 841 y sigs.
- BROHM, Winfried, «Beschleunigung der Verwaltungsverfahren-Straf-fung oder konsensuales Verwaltungshandeln?», *NVwZ*, 10 (1991), págs. 1025 y sigs.; se cita por la trad. esp. a cargo de NICOLÁS MUÑIZ, Jaime, «Sobre la aceleración de los procedimientos administrativos: ¿Una mayor disciplina o una consensuación de la acción administrativa?», *DA*, 235-236 (1993), págs. 377 y sigs.
- «Rechtsgrundsätze für normersetzende Absprachen —Zur Substitution von Rechtsverordnungen, Satzungen und Gesetzen durch kooperatives Verwaltungshandeln—», *DöV*, 46 (1992), págs. 1025 y sigs.
- BUDEBERG, Theodor, «Rechtssoziologie des öffentlich-rechtlichen Vertrages», *AöR*, 8 (1925), págs. 85 y sigs.
- BULLING, Manfred, «Kooperatives Verwaltungshandeln (Vorverhandlungen, Arrangements, Agreements und Verträge) in der Verwaltungspraxis», *DöV*, 42 (1989), págs. 277 y sigs.
- BULLINGER, Martin, «Zur Notwendigkeit funktionalen Umdenkens des öffentlichen und privaten Vertragsrechts im leistungsintensiven Gemeinwesen», *Gedächtnisschrift Hans Peters*, Springer, Berlín-Heidelberg-Nueva York, 1967, págs. 667 y sigs.
- «Leistungsstörungen beim öffentlich-rechtlichen Vertrag», *DöV*, 30 (1977), págs. 812 y sigs.
- «Procedimientos administrativos al ritmo de la economía y de la sociedad (directivas constitucionales para una reforma)», *REDA*, 69 (1991), págs. 5 y sigs. (traducido por Mariano BACIGALUPO).
- BURMEISTER, Joachim, «Verträge und Absprachen zwischen der Verwaltung und Privaten», *VVDStRL*, 52 (1993), págs. 190 y sigs.
- CABANILLAS SÁNCHEZ, Antonio, «El ámbito de la responsabilidad precontractual o *culpa in contrahendo*», *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, LXXI (1995), núm. 628, págs. 747 y sigs.
- CALVO CHARRO, María, «Naturaleza jurídica del ejercicio de la potestad reglamentaria y consecuencias de la pasividad administrativa», *RAP*, 137 (1995), págs. 239 y sigs.
- CAMMEO, Federico, «La volontà individuale e i rapporti di diritto pubblico», *Giurisprudenza Italiana*, LII (1900), parte IV, cols. 1 y sigs.

- CARNELUTTI, «Contratto e diritto pubblico», *Studi in onore di A. Ascoli*, Giuseppe Principato, Mesina, 1931, págs. 7 y sigs.
- CARRERA ORTIZ, Carlos, «Naturaleza y eficacia jurídicas de la negociación colectiva en la función pública en España», *Revista Española de Derecho del Trabajo*, 38 (1989), págs. 263 y sigs.
- CASSARINO, Sebastiano, «L'impugnabilità degli atti amministrativi in corso di perfezionamento», *RTDP*, XII (1962), págs. 839 y sigs.
- CASSESE, Sabino, «Il privato e il procedimento amministrativo», *Arch. giur. Serafini*, CLXXIX (1970), págs. 25 y sigs.
- CASTIELLO, Francesco, «Procedimenti ed accordi amministrativi: dagli "accordi ufficiosi" agli accordi codificati con la L. 241/90», en AMIRANTE (a cura di), *La contrattualizzazione dell'azione amministrativa*, págs. 51 y sigs.
- «Gli accordi integrativi e sostitutivi di provvedimenti amministrativi», *Dir. proc. amm.*, XI (1993), págs. 124 y sigs.
- CAVALLO, Bruno, «Accordi e procedimento amministrativo», en AA.VV., *Procedimento amministrativo e diritto di accesso*, págs. 65 y sigs.
- CERULLI IRELLI, Vincenzo, recensión a MAZZARELLI, *Le convenzioni urbanistiche*, *RTDP*, XXXIV (1984), págs. 600 y sigs.
- COMPORITI, M., «Servitù (dir. priv.)», *Enc. dir.*, vol. XLII (1990), págs. 274 y sigs.
- CORSO, Guido, «Attività amministrativa informale», *Nuove autonomie*, 4 (1995/1), págs. 5 y sigs.
- CUCHILLO FOIX, Monserrat, «La revisión de oficio y la revocación en la LRJPAC», en TORNOS MAS (coor.), *Administración Pública y procedimiento administrativo. Comentarios a la Ley 30/1992, de 26 de noviembre*, págs. 347 y sigs.
- DÍEZ-PICAZO, Luis, «Los llamados contratos forzosos», *ADC*, IX (1956), págs. 85 y sigs.
- DOLDE, Klaus-Peter, «Die Entwicklung des öffentlichen Baurechts 1977/78», *NJW*, 32 (1979), págs. 889 y sigs.
- DOLDE, Klaus-Peter; UECHRTZ, Michael, «Ersatzansprüche aus Bauplanungsabreden», *DVBZ*, 102 (1987), págs. 446 y sigs.
- DÖRING, Rainer, «Verträge zur Erschließung von Bauland», *NVwZ*, 13 (1994), págs. 853 y sigs.
- DUPUIS, Georges, «Définition de l'acte unilatéral», en *Recueil d'études en hommage a Charles Eisenmann*, Cujas, París, 1975, págs. 205 y sigs.
- EBSEN, Ingwer, «Der Bauplanungsgarantievertrag — ein neues Mittel vertraglicher Bindung der Gemeinde bei der Bauleitplanung?», *JZ*, 40 (1985), págs. 57 y sigs.
- EHLERS, Dirk, «Rechtsstaatliche und prozessuale Probleme des Verwaltungsprivatrechts», *DVBZ*, 98 (1983), págs. 422 y sigs.

- «Die Zulässigkeit von öffentlich-rechtlichen Verträgen über die Ablösung der Stellplatz- oder Garagenbaupflicht», *DVBl*, 101, (1986), págs. 529 y sigs.
- ENTRENA CUESTA, Rafael, «Consideraciones sobre la teoría general de los contratos de la Administración», *RAP*, 24 (1957), págs. 39 y sigs.
- ERICHSEN, Hans-Uwe, «Rechtsfragen des verwaltungsrechtlichen Vertrages», *VerwArch*, 68 (1977), págs. 65 y sigs.
- «Die Nichtigkeit und Unwirksamkeit verwaltungsrechtlicher Verträge», *Jura*, 16 (1994), págs. 47 y sigs.
- FALZEA, Angelo, «Accertamento (teoria generale)», *Enc. dir.*, vol. I (1958), págs. 205 y sigs.
- FANLO LORAS, Antonio, «La Ley italiana de 7 de agosto de 1990, de nuevas normas en materia de procedimiento administrativo y de derecho de acceso a los documentos administrativos», *RAP*, 124 (1991), págs. 461 y sigs.
- FERNÁNDEZ FARRERES, Germán, «Convenio (D.º Administrativo)», *Enciclopedia Jurídica Básica Civitas*, 1995.
- FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, Tomás-Ramón, «Administración imperativa y administración concertada en la vida económica», en *El nuevo Derecho de la empresa*, Cámara de Comercio e Industria de Madrid, Madrid, 1989 (conferencia pronunciada el 18 de mayo de 1987), págs. 51 y sigs.
- FERNÁNDEZ SEGADO, Francisco, «Partidos políticos, representación parlamentaria e interdicción del mandato imperativo», *Revista de las Cortes Generales*, 32 (1994), págs. 35 y sigs.
- FERNÁNDEZ DE VELASCO, Recaredo, «Relaciones jurídicas bilaterales de origen no contractual», *Revista General de Legislación y Jurisprudencia*, 144 (1924), págs. 566 y sigs., ahora también en *Variaciones de Derecho y política*, Bosch, Barcelona, 1932, págs. 34 y sigs.
- FERRARI, C., «Acquiescenza (diritto amministrativo)», *Enc. giur.*, vol. I (1988).
- FERRARI, E., «Acquiescenza (ricorso giudiziale amministrativo)», *Dig. dis. pubbl.*, vol. I (1987).
- FIANDACA, Giovanni, «Pena "patteggiata" e principio rieducativo: un arduo compromesso tra logica di parte e controllo giudiziale», *Foro italiano*, CXIII (1990), I, cols. 2385 y sigs.
- FLOGAÏTIS, Spyridon, «Contrat et acte administratif unilatéral», en *L'État de Droit: mélanges en l'honneur de Guy Braibant*, Dalloz, París, 1996, págs. 229 y sigs.
- FORTI, Ugo, «Natura giuridica delle concessioni amministrative», *Giurisprudenza italiana*, vol. LII (1900), IV, cols. 369 y sigs.

- FRANCO, Italo, «La legge n. 241 del 1990 nell'attuale contesto ordinamentale», *TAR*, XVII (1991), II, págs. 233 y sigs.
- GALLEGO ANABITARTE, Alfredo, «La acción concertada: nuevas y viejas técnicas jurídicas de la Administración», en *Libro Homenaje al Prof. Juan Galvañ Escutia*, Universidad de Valencia/Facultad de Derecho, Valencia, 1980, págs. 191 y sigs.
- GALLO, Mario, «Contratto di diritto pubblico», *Novissimo Digesto Italiano*, vol. IV, UTET, Torino, 1957, págs. 644 y sigs.
- GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo, «Dos regulaciones orgánicas de la contratación administrativa», *RAP*, 10 (1953), págs. 241 y sigs.
- «La figura del contrato administrativo», *RAP*, 41 (1963), págs. 99 y sigs.
- «La organización y sus agentes: revisión de estructuras», en su libro *La Administración española*, Alianza Editorial, Madrid, 1985 (reimpresión de la edición de 1972; la primera edición del libro es de 1961).
- «Las competencias y el funcionamiento del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas: Estudio analítico de los recursos», en GARCÍA DE ENTERRÍA/GONZÁLEZ CAMPOS/MUÑOZ MACHADO (dirs.), *Tratado de Derecho Comunitario Europeo*, Civitas, Madrid, 1986, vol. I, págs. 656 y sigs.
- «Un punto de vista sobre la nueva Ley de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y de Procedimiento Administrativo Común de 1992», *RAP*, 130 (1993), págs. 205 y sigs.
- «Ambito de aplicación de la Ley (arts. 1 a 9, inclusive)», en GÓMEZ-FERRER MORANT (dir.), *Comentario a la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas*, págs. 107 y sigs.
- GARCÍA-TREVIJANO FOS, José Antonio, «Principios sobre los contratos de la Administración con especial referencia a la esfera local», *REVL*, 87 (1956), págs. 301 y sigs.
- GARRIDO FALLA, Fernando, «Sustancia y forma del contrato administrativo en Derecho español», en *Studi in memoria di G. Zanobini*, Giuffrè, Milano, 1965, vol. I, págs. 525 y sigs.
- GIANNINI, Massimo Severo, «Accertamento (diritto costituzionale e amministrativo)», *Enc., dir.*, vol. I (1958), págs. 219 y sigs.
- «Acquiescenza (dir. amministrativo)», *Enc. dir.*, vol. I (1958), págs. 506 y sigs.
- GIORGIANNI, Michele, «Accertamento (negozio di)», *Enc. dir.*, vol. I (1958), págs. 227 y sigs.
- GIOVENCO, Luigi, «Notazioni in tema di acquiescenza al provvedimento amministrativo», *RTDP*, IX (1959), págs. 844 y sigs.

- GÓMEZ-FERRER MORANT, Rafael, «La revisión de oficio», en LEGUINA VILLA/SÁNCHEZ MORÓN (dirs.), *La nueva Ley de Régimen Jurídico*, págs. 282 y sigs.
- GONZÁLEZ CANO, M.^a Isabel, «La exigencia de responsabilidad por daños y perjuicios derivados de la infracción administrativa: exclusividad jurisdiccional y autotutela de la Administración», *REDA*, 85 (1995), págs. 49 y sigs.
- GONZÁLEZ SALINAS, Pedro, «La negociación colectiva en la Función Pública: el carácter reglamentario de los acuerdos (Sentencia del Tribunal Supremo de 10 de marzo de 1993. Pte., Conde Martín de Hijas)», *REDA*, 80 (1993), págs. 697 y sigs.
- GONZÁLEZ-VARAS IBÁÑEZ, Santiago, «El contrato administrativo privado. Un nuevo sistema de contratación fruto del impacto del ordenamiento comunitario sobre el nacional», en *La Constitución Española en el ordenamiento comunitario europeo* (I), XVI Jornadas de Estudio de la Dirección General del Servicio Jurídico del Estado (2 vols.), Centro de Publicaciones del Ministerio de Justicia e Interior, Madrid, 1995, vol. I, págs. 293 y sigs.
- GÖTZ, Volkmar, «Hauptprobleme des verwaltungsrechtlichen Vertrages», *JuS*, 10 (1970), págs. 1 y sigs.
- GRZIWOTZ, Herbert, «Städtebauliche Verträge zu Lasten Dritter?», *NJW*, 48 (1995), págs. 1927 y sigs.
- GUICCIARDI, Enrico, «Le transazioni degli enti pubblici», *Arch. dir. pubbl.*, vol. I (1936), págs. 64 y sigs. y 205 y sigs.
- GUSY, Christopher, «Zulässigkeit gemeindlicher Verpflichtungen zum Erlaß oder zum Nichterlaß eines Bebauungsplans?», *BauR*, 12 (1981), págs. 164 y sigs.
- «Öffentlich-rechtliche Verträge zwischen Staat und Bürger», *DVBZ*, 98 (1983), págs. 1222 y sigs.
- HARTMANN, Angelika, «Zum Anspruch auf Erlaß untergesetzlicher Normen im öffentlichen Recht», *DöV*, 45 (1991), págs. 62 y sigs.
- HÄUSLER, Rudolf, «Konsensuales Verwaltungshandeln durch Absprachen aus der Sicht des Rechtsanwalts am Beispiel des Baurechts und des Umweltrechts», en HILL (hrsg.), *Verwaltung durch Verträge und Absprachen*, 1990, págs. 171 y sigs.
- HEBERLEIN, Ingo, «Wider den öffentlich-rechtlichen Vertrag?», *DVBZ*, 97 (1982), págs. 763 y sigs.
- HEINZ, Kersten, «Verwaltungshandeln durch Verträge und Absprachen», *DVBZ*, 104 (1989), págs. 752 y sigs.
- HENGSTSCHLÄGER, Johannes, «Verträge und Absprachen zwischen der Verwaltung und Privaten in Österreich», *VVDStRL*, 52 (1993), págs. 298 y sigs.

- HENKE, Wilhelm, «Allgemeine Fragen des öffentlichen Vertragsrechts», *JZ*, 1984, 441 y sigs., ahora en *Ausgewählte Aufsätze* (editados por GRÖSCHNER, Rolf, y SCHAPP, Jan), J. C. B. Mohr, Tübingen, 1994, págs. 89 y sigs.
- «Verwaltungshandeln durch Verträge und Absprachen», en HILL (hrsg.), *Verwaltung durch Verträge und Absprachen*, 1990, págs. 115 y sigs.
- HUERGO LORA, Alejandro, «La discrecionalidad en la aplicación de potestades administrativas de gravamen: remedios jurídicos», *RAP*, 137 (1995), págs. 189 y sigs.
- IHERING, Rudolf von, «*Culpa in contrahendo* oder Schadenersatz bei nichtigen oder nicht zur Perfection gelangten Verträgen», *Jahrbücher für die Dogmatik der heutigen römischen und deutschen Privatrechtes*, 4 (1861), págs. 13 y sigs., publicado también en sus *Gesammelte Aufsätze*, Jena, 1861, vol. I, págs. 327 y sigs. Existe una trad. francesa, a cargo de MEULENAERE, en *Oeuvres choisies*, París, 1893, vol. II, págs. 1 y sigs.
- JARASS, Hans D., «Besonderheiten des französischen Verwaltungsrechts im Vergleich», *DöV*, 34 (1981), págs. 813 y sigs.
- JARROSSON, Charles, «L'arbitrage en droit public», *AJDA*, 1997, págs. 16 y sigs.
- JELLINEK, Walter, «Zweiseitiger Verwaltungsakt und Verwaltungsakt auf Unterwerfung», en *Festgabe zur Feier des fünfzigjährigen Bestehens des Preußischen Oberverwaltungsgerichts*, Carl Heymanns Verlag, Berlín, 1925, págs. 84 y sigs.
- KELSEN, Hans, «Zur Lehre vom öffentlichen Rechtsgeschäft», *AöR*, 31 (1913), págs. 53 y sigs. y 190 y sigs.
- Recensión a LAYER, *Zur Lehre vom öffentlich-rechtlichen Vertrag* (Graz und Leipzig, 1916), *Zeitschrift für öffentliches Recht*, I (1919-1920), págs. 165 y sigs.
- KLOEPFER, Michael, «Zu den neuen umweltrechtlichen Handlungsformen des Staates», *JZ*, 46 (1991), págs. 737 y sigs.
- KNOTHE, Hans-Georg, «Die Rücknahme von Widersprüchen gegen Errichtungsgenehmigungen von Kraftwerken gegen Entgelt –BGHZ 79, 131», *JuS*, 23 (1983), págs. 18 y sigs.
- KNUTH, Andreas, «Konkurrentenklage gegen einen öffentlichrechtlichen Subventionsvertrag –OVG Münster, NVwZ 1984, 522», *JuS*, 26 (1986), págs. 523 y sigs.
- KOHRA, Valentine, «Comfort Letters-Reflections on the Perfume Cases», *European Law Review*, 1981, págs. 14 y sigs.
- KREBS, Walter, «Zulässigkeit und Wirksamkeit vertraglicher Bindungen kommunaler Bauleitplanung», *VerwArch*, 72 (1981), págs. 49 y sigs.

- «Konsensuales Verwaltungshandeln im Städtebaurecht», *DöV*, 42 (1989), págs. 969 y sigs.
- «Verträge und Absprachen zwischen der Verwaltung und Privaten», *VVDStRL*, 52 (1993), págs. 248 y sigs.; se cita por la trad. esp. (a cargo de Julia NIETO KÖNIG), «Contratos y convenios entre la Administración y particulares», *DA*, 235-236 (1993), págs. 55 y sigs.
- KUNIG, Philip, «Verträge und Absprachen zwischen Verwaltung und Privaten», *DVBl*, 107 (1992), págs. 1193 y sigs.
- LABAND, Paul, recensión a MAYER, Otto, *Theorie des französischen Verwaltungsrechts*, *AöR*, 2 (1887), págs. 149 y sigs.
- Recensión a WENZEL, Max, *Zur Lehre der vertragsmäßigen Elemente der Reichsverfassung*, *AöR*, 26 (1910), págs. 365 y sigs.
- LADEUR, Karl-Heinz, «Die Zukunft des Verwaltungsakts», *VerwArch*, 86 (1995), págs. 511 y sigs.
- LAFUENTE BENACHES, Mercedes, «Régimen jurídico de las subvenciones estatales en la Ley de Presupuestos 31/1990, de 27 de diciembre», *RVAP*, 30 (1991), págs. 239 y sigs.
- LAGUNA DE PAZ, José Carlos, «La renuncia de la Administración pública al Derecho administrativo», *RAP*, 136 (1995), págs. 210 y sigs.
- LANGE, Klaus, «Die Abgrenzung des öffentlichrechtlichen Vertrages vom privatrechtlichen Vertrag», *NVwZ*, 2 (1983), págs. 313 y sigs.
- LAUBADÈRE, André de, «Administration et contrat», en *Mélanges offerts à Jean Brethe de la Gressaye*, Bière, Bordeaux, 1967, págs. 453 y sigs.
- LAVILLA RUBIRA, Juan José, «La telefonía móvil y la ruptura del monopolio del servicio telefónico básico», *REDA*, 92 (1996), págs. 593 y sigs.
- LERCHE, Peter, «Die verwaltungsgerichtliche Klage aus öffentlichrechtlichen Verträgen», en H.-R. KÜLZ y R. NAUMANN, (ed.), *Jubiläumsschrift zum hundertjährigen Bestehen der deutschen Verwaltungsgerichtsbarkeit und zum zehnjährigen Bestehen des BVwG*, C. F. Müller, Karlsruhe, 1963, vol. II, págs. 59 y sigs.
- LINDE PANIAGUA, Enrique, «La Ley de Procedimiento Administrativo de la República Federal Alemana», *RAP*, 83 (1977), págs. 477 y sigs.
- LOOMAN, Gudula, «“Ausverkauf von Hoheitsrechten” in Verträgen zwischen Bauherren und Gebietskörperschaften», *NJW*, 49 (1996), págs. 1439 y sigs.
- LÓPEZ MENUDO, Francisco, «Los principios generales del procedimiento administrativo», *RAP*, 129 (1992), págs. 19 y sigs.
- LORENZ, Dieter, «Der Wegfall der Geschäftsgrundlage beim verwaltungsrechtlichen Vertrag», *DVBl*, 112 (1997), págs. 865 y sigs.

- LÜDER, Klaus, «“Triumph des Marktes im öffentlichen Sektor?” Einige Anmerkungen zur aktuellen Verwaltungsreformdiskussion», *DöV*, 49 (1996), págs. 93 y sigs.
- MALARET I GARCÍA, Elisenda, «Los principios del procedimiento administrativo y el responsable del procedimiento», en TORNOS MAS (COOR.), *Administración Pública y procedimiento administrativo. Comentarios a la Ley 30/1992, de 26 de noviembre*, págs. 301 y sigs.
- MANZANARES SECADES, Alberto, «La naturaleza de la responsabilidad precontractual o *culpa in contrahendo*», *ADC*, XXXVIII (1985), págs. 979 y sigs.
- MARTENS, Joachim, «Normenvollzug durch Verwaltungsakt und Verwaltungsvertrag», *AöR*, 89 (1964), págs. 429 y sigs.
- MARTÍN REBOLLO, Luis, «La responsabilidad patrimonial de las Administraciones Públicas en España: estado de la cuestión, balance general y reflexión crítica», *DA*, 237-238 (1994), págs. 11 y sigs.
- MARTÍN REBOLLO, Luis; PANTALEÓN PRIETO, Fernando, «Exigibilidad de los convenios interadministrativos y consecuencias patrimoniales de su incumplimiento», en *Escritos jurídicos en memoria de Luis Mateo Rodríguez*, Servicio de Publicaciones de la Universidad de Cantabria, Santander, 1993, vol. I, págs. 305 y sigs.
- MAURER, Hartmut, «Abgestufte Rechtsfolgen bei Gesetzesverstößen der Verwaltung?», en HILL (hrsg.), *Zustand und Perspektiven der Gesetzgebung*, págs. 233 y sigs.
- «Der Verwaltungsvertrag: Probleme und Möglichkeiten», *DVBl*, 104 (1989), págs. 798 y sigs. También en HILL (hrsg.), *Verwaltungshandeln durch Verträge und Absprachen*, págs. 15 y sigs.
- MAYER, Otto, «Zur Lehre von öffentlichrechtlichen Verträge», *AöR*, 3 (1888), págs. 3 y sigs.
- Recensión a APELT, *Der verwaltungsrechtliche Vertrag. Ein Beitrag zur Lehre von der rechtswirksamen Handlung im öffentlichen Rechte*, publicada en *AöR*, 40-41 (1921-1922), págs. 244 y sigs.
- MAZZARELLI, Valeria, «Convenzioni urbanistiche», *Enc. giur.*, vol. IX (1988).
- MEILÁN GIL, José Luis, «La actuación contractual de la Administración Pública española: una perspectiva histórica», *RAP*, 99 (1982), págs. 7 y sigs.
- MENÉNDEZ REXACH, Angel, «Procedimientos administrativos: finalización y ejecución», en LEGUINA VILLA/SÁNCHEZ MORÓN (dirs.), *La nueva Ley de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común*, Tecnos, Madrid, 1993, págs. 246 y sigs.

- MENGER, Christian-Friedrich, «Zum Koppelungsverbot bei öffentlich-rechtlichen Verträgen», *VerwArch*, 64 (1973), págs. 203 y sigs.
- «Zu den Handlungsformen bei der Vergabe von Subventionen», *VerwArch*, 69 (1978), págs. 93 y sigs.
- MERUSI, Fabio, «Il coordinamento e la collaborazione degli interessi pubblici e privati dopo la riforma delle autonomie locali e del procedimento amministrativo», en AA.VV., *Gerarchia e coordinamento degli interessi pubblici e privati dopo la riforma delle autonomie locali e del procedimento amministrativo*, Actas del XXXVII Congreso de Varenna (septiembre de 1991), Giuffrè, Milano, 1994, págs. 39 y sigs.
- MIGUEL, Mingo de, «Los convenios expropiatorios. Régimen jurídico. La colaboración entre la iniciativa privada y el interés público. Estudios de casos», *Curso de la Revista de Derecho Urbanístico sobre Gestión de las Dotaciones Públicas y Expropiación Urbanística*, 1996 (inédito).
- MOREAU, Jacques, «De l'interdiction faite a l'autorité de police d'utiliser une technique d'ordre contractuel. Contribution à l'étude des rapports entre police administrative et contrat», *AJDA*, 1966, págs. 3 y sigs.
- MUÑOZ MACHADO, Santiago, «Las concepciones del Derecho Administrativo y la idea de participación en la Administración», *RAP*, 84 (1977), págs. 519 y sigs.
- MUTIUS, Albert von, «Zulässigkeit und Grenzen verwaltungsrechtlicher Verträge über kommunale Folgelasten», *VerwArch*, 65 (1974), págs. 201 y sigs.
- NICOLÁS MUÑIZ, Jaime, «Programa político y legislativo del Gobierno. Pactos de coalición y contrato de legislatura», *DA*, 188 (1980), págs. 385 y sigs.
- NIETO GARCÍA, Alejandro, «El procedimiento administrativo en la doctrina y la legislación alemanas», *RAP*, 32 (1960), págs. 75 y sigs.
- «Proyecto de Ley de Procedimiento administrativo en la República Federal Alemana», *RAP*, 47 (1965), págs. 483 y sigs.
- «La Administración sirve con objetividad los intereses generales», en *Estudios sobre la Constitución Española. Homenaje al Profesor Eduardo García de Enterría*, Civitas, Madrid, 1991, vol. III, págs. 2185 y sigs.
- NIGRO, Mario, «Conclusioni», en AA.VV., *L'accordo nell'azione amministrativa*, págs. 79 y sigs.
- OJEDA AVILÉS, Antonio, «Los derechos de representación y negociación de los funcionarios públicos según la Ley 9/1987, de 12 de mayo», *Relaciones Laborales*, 1988-II, págs. 200 y sigs.

- ORTEGA ALVAREZ, Luis, «La coacción institucional para desistir del acceso al juez», *RAP*, 100-102 (1983), vol. II, págs. 1437 y sigs.
- PAILLET, Michel, «Faute de service», *Juris Classeur (Administratif)*, fasc. 818 (1993).
- PALAZZOLO, Salvatore, «Servitù coattive», *Enc. giur.*, vol. XXVIII (1992).
- PALEOLOGO, Giovanni, «La l. 1990 n. 241: procedimenti amministrativi ed accesso ai documenti dell'amministrazione», *Dir. proc. amm.*, IX (1991), págs. 8 y sigs.
- PANTALEÓN PRIETO, Fernando, «Las nuevas bases de la responsabilidad contractual», *ADC*, XLVI (1993), págs. 1719 y sigs.
- «Los anteojos del civilista: hacia una revisión del régimen de la responsabilidad patrimonial de las Administraciones públicas», *DA*, 237-238 (1994), págs. 239 y sigs.
- PAPIER, Hans-Jürgen, «Gründerverträge mit "Bauplanungsabreden". BVerwG, NJW 1980, 2538», *JuS*, 21 (1981), págs. 498 y sigs.
- PAREJO ALFONSO, Luciano, «Dominio público: un ensayo de reconstrucción de su teoría general», *RAP*, 100-102 (1983), vol. III, págs. 2379 y sigs.
- «La terminación convencional del procedimiento administrativo como forma alternativa de desarrollo de la actividad unilateral de la Administración», en *Eficacia y Administración. Tres estudios*, INAP (MAP)-BOE, Madrid, 1995, págs. 153 y sigs.
- PAREJO GÁMIR, Roberto, «Contratos administrativos atípicos», *RAP*, 55 (1968), págs. 383 y sigs.
- PASTOR PRIETO, Santos, «Qué hacer en los conflictos fiscales. Un análisis económico de las propuestas de Actas de Conformidad», *Hacienda Pública Española*, 132 (1995), págs. 225 y sigs.
- PERICU, Giuseppe, «L'attività consensuale della pubblica amministrazione», en MAZZAROLLI *et al.* (a cura di), *Diritto amministrativo*, vol. II, págs. 1285 y sigs.
- PIETZCKER, Jost, «Die Rechtsfigur des Grundrechtsverzichts», *Der Staat*, 17 (1978), págs. 527 y sigs.
- PIÑAR MAÑAS, José Luis, «Las estructuras de participación y representación del personal al servicio de las Administraciones públicas», *REDA*, 65 (1990), págs. 47 y sigs.
- PITSCHAS, Rainer, «Entwicklung der Handlungsformen im Verwaltungsrecht-Vom Formendualismus des Verwaltungsverfahrens zur Ausdifferenzierung der Handlungsformen», en Willi BLÜMEL y Rainer PITSCHAS (hrsg.), *Reform des Verwaltungsrechts*, Duncker und Humblot, Berlín, 1994, págs. 229 y sigs.

- PONCE SOLÉ, Julio, «Una aproximación al fenómeno privatizador en España», *RAP*, 139 (1996), págs. 345 y sigs.
- PÜTTNER, Günter, «Wider den öffentlich-rechtlichen Vertrag zwischen Staat und Bürger», *DVBl*, 97 (1982), 122 y sigs.
- RALLO, Andrea, «Appunti in tema di rinegoziazione negli accordi sostitutivi di provvedimenti», *Dir. proc. amm.*, XI (1993), págs. 298 y sigs.
- RANELLETTI, Oreste, «Concetto e natura delle autorizzazioni e concessioni amministrative», *Giurisprudenza amministrativa*, XLVI (1894), parte IV, cols. 7 y sigs.
- REBOLLO PUIG, Manuel, «Juridicidad, legalidad y reserva de Ley como límites a la potestad reglamentaria del Gobierno», *RAP*, 125 (1991), págs. 7 y sigs.
- RENCK, Ludwig, «Verwaltungsakt und verwaltungsrechtlicher Vertrag. BVerwG, NJW 1969, 809», *JuS*, 11 (1971), págs. 77 y sigs.
- RITTER, Ernst-Hasso, «Der kooperative Staat. Bemerkungen zum Verhältnis von Staat und Wirtschaft», *AöR*, 104 (1979), págs. 389 y sigs.
- RIVERO, Jean, «Existe-t-il un critère du droit administratif?», *RDP*, LXIX (1953), págs. 279 y sigs.
- RÖHL, Hans Christian, «Verwaltung und Privatrecht-Verwaltungsprivatrecht?», *VerwArch*, 86 (1995), págs. 531 y sigs.
- ROMANO, Alberto, «Il cittadino e la pubblica amministrazione», en AA.VV., *Il diritto amministrativo degli anni '80, Atti del XXX Convegno di Varenna* (septiembre de 1984), Giuffrè, Milano, 1987, págs. 155 y sigs.
- RUPP, Hans Heinrich, «Zum Anwendungsbereich des verwaltungsrechtlichen Vertrages», *JuS*, 1 (1961), págs. 59 y sigs.
- SACHS, Michael, «Die normsetzende Vereinbarung im Verwaltungsrecht», *VerwArch*, 74 (1983), págs. 25 y sigs.
- «“Volenti non fit iniuria”. Zur Bedeutung des Willens des Betroffenen im Verwaltungsrecht», *VerwArch*, 76 (1985), págs. 398 y sigs.
- SAINZ MORENO, Fernando, «Invalidez de los contratos de la Administración», en PENDÁS GARCÍA (coord.), *Derecho de los contratos públicos*, págs. 463 y sigs.
- SALAS HERNÁNDEZ, Javier, «El régimen de acción concertada», *RAP*, 56 (1968), págs. 435 y sigs.
- SÁNCHEZ MORÓN, Miguel, «Participación, neocorporativismo y Administración económica», en *Estudios sobre la Constitución Española. Homenaje al Profesor Eduardo García de Enterría*, Civitas, Madrid, 1991, vol. V, págs. 3943 y sigs.
- «El régimen de los actos y los recursos administrativos en la Ley de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Proce-

- dimiento Administrativo Común», en AA.VV., *Ciudadanos y reforma administrativa*, págs. 249 y sigs.
- «La apertura del procedimiento administrativo a la negociación con los ciudadanos», en SÁNCHEZ MORÓN/TRAYTER/SÁNCHEZ BLANCO, *La apertura del procedimiento administrativo a la negociación con los ciudadanos en la Ley 30/1992*, págs. 7 y sigs.
- SCHERER, Joachim, «Rechtsprobleme normersetzender “Absprachen” zwischen Staat und Wirtschaft am Beispiel des Umweltrechts», *DöV*, 44 (1991), págs. 1 y sigs.
- SCHERZBERG, Arno, «Grundfragen des verwaltungsrechtlichen Vertrages», *JuS*, 32 (1992), págs. 205 y sigs.
- SCHILLING, Theodor, «Der “unfreiwillige” Vertrag mit der öffentlichen Hand. Erscheinungsformen und Rechtsschutz», *VerwArch*, 87 (1996), págs. 191 y sigs.
- SCHMIDT-ASSMANN, Eberhard, «Die Lehre von den Rechtsformen des Verwaltungshandelns. Ihre Bedeutung im System des Verwaltungsrechts und für das verwaltungsrechtliche Denken der Gegenwart», *DVBl*, 104 (1989), págs. 533 y sigs. Hay traducción española (por la que se cita), realizada por Jaime NICOLÁS MUÑIZ, «La doctrina de las formas jurídicas de la actividad administrativa. Su significado en el sistema del Derecho administrativo y para el pensamiento administrativista actual», *DA*, 235-236 (1993), págs. 7 y sigs.
- SCHMIDT-SALZER, Joachim, «Tatsächlich ausgehandelter Verwaltungsakt, zweiseitiger Verwaltungsakt und verwaltungsrechtlicher Vertrag», *VerwArch*, 62 (1971), págs. 135 y sigs.
- SCHNEIDER, Jens-Peter, «Kooperative Verwaltungsverfahren. Problem-ebenen der Kooperation in multilateralen Interessenstrukturen, aufgezeigt am Beispiel von Nachvollziehender Amtsermittlung, Vorhaben- und Erschließungsplan sowie Konfliktmittlung», *VerwArch*, 87 (1996), págs. 38 y sigs.
- SCOCA, Franco Gaetano, «Teoria della organizzazione amministrativa», en MAZZAROLLI *et al.* (a cura di), *Diritto amministrativo*, cit., vol. I, págs. 411 y sigs.
- SCOGNAMIGLIO, Andreina, «Sui collegamenti tra atti di autonomia privata e procedimenti amministrativi», *RTDP*, XXXIII (1983), págs. 290 y sigs.
- SORACE, Domenico; MARZUOLI, Carlo, «Concessioni amministrative», *Digesto delle discipline pubblicistiche*, UTET, Torino, vol. VI (1991), págs. 178 y sigs.
- STEIN, Ekkehart, «Der Verwaltungsvertrag und die Gesetzmäßigkeit der Verwaltung», *AöR*, 86 (1961), págs. 320 y sigs.

- STEINVORTH, Ulrich, «Über die Rolle von Vertrag und Konsens in der politischen Theorie», *Archiv für Rechts- und Sozialphilosophie*, LXXII (1986), págs. 21 y sigs.
- STERN, Klaus, «Zur Grundlegung einer Lehre des öffentlich-rechtlichen Vertrages», *VerwArch*, 49 (1958), págs. 106 y sigs.
- «Die clausula rebus sic stantibus im Verwaltungsrecht», en *Staat, Kirche, Wissenschaft in einer pluralistischen Gesellschaft. Festschrift zum 65. Geburtstag von Paul Mikat*, Duncker und Humblot, Berlín, 1989, págs. 775 y sigs.
- STETTNER, Rupert, «Die Bindung der Gemeinde durch den Folgekostenvertrag», *AöR*, 102 (1977), págs. 544 y sigs.
- STICCHI DAMIANI, Ernesto, «Gli accordi amministrativi», en AMIRANTE (a cura di), *La contrattualizzazione dell'azione amministrativa*, págs. 23 y sigs.
- STICH, Rudolf, «Die heutige Bedeutung vertraglicher Regelungen zwischen Gemeinden und Investoren für die städtebauliche Entwicklung», *DVBl*, 112 (1997), págs. 317 y sigs.
- STURM, Gerd, «Probleme eines Verzichts auf Grundrechte», en *Menschenwürde und freiheitliche Rechtsordnung. Festschrift für Willi Geiger zum 65. Geburtstag*, Mohr, Tübingen, 1974, págs. 173 y sigs.
- TORNOS MAS, Joaquín, «Infracción y sanción administrativa: el tema de su proporcionalidad en la jurisprudencia contencioso-administrativa», *REDA*, 7 (1975), págs. 607 y sigs.
- «La ordenación administrativa de los precios privados (Análisis del ordenamiento italiano)», *RAP*, 86 (1978), págs. 237 y sigs.
- TUCCARI, Emanuele, «Appunti per una teoria sulla normazione negoziale», *RTDP*, XXXVI (1986), págs. 76 y sigs.
- VADRÍ FORTUNY, M. Teresa; PONCE SOLÉ, Julio, «La nueva posición de los ciudadanos en sus relaciones con la Administración pública», en TORNOS MAS (coor.), *Administración Pública y procedimiento administrativo*, págs. 121 y sigs.
- VASSEUR, Michel, «Un nouvel essor du concept contractuel. Les aspects juridiques de l'économie concertée et contractuelle», *Revue Trimestrielle de Droit Civil*, 62 (1964), págs. 5 y sigs.
- VENAFRIO, Emma, «Natura giuridica ed effetti della diminuzione di pena disposta in sede di giudizio abbreviato e di patteggiamento», *Rivista italiana di diritto e procedura penale*, nueva época, 36 (1993), págs. 1107 y sigs.
- VILLAR PALASÍ, José Luis, «La doctrina del acto confirmatorio», *RAP*, 8 (1952), págs. 11 y sigs.
- «Las técnicas administrativas de fomento y de apoyo al precio político», *RAP*, 14 (1954), págs. 11 y sigs.

- «Concesiones administrativas», *NEJ*, vol. IV, Barcelona, 1981.
- VIRGA, Pietro, «Contratto. Teoria generale del contratto di diritto pubblico», *Enc. dir.*, vol. IX (1961), págs. 979 y sigs.
- WALINE, Marcel, «La responsabilité du fait d'engagements illégalement pris au nom de l'État», *RDP*, LXXX (1964), págs. 799 y sigs.
- WÜRTEMBERGER, Thomas, «Akzeptanz durch Verwaltungsverfahren», *NJW*, 1991, págs. 257 y sigs.; se cita por la trad. esp. a cargo de Julia NIETO KÖNIG, «Aceptación a través del procedimiento administrativo», *DA*, 235-236 (1993), págs. 313 y sigs.
- ZEZSCHWITZ, Friedrich von, «Rechtsstaatliche und prozessuale Probleme des Verwaltungsprivatrechts», *NJW*, 36 (1983), págs. 1873 y sigs.
- ZORNOZA PÉREZ, Juan, «¿Qué podemos aprender de las experiencias comparadas? Admisibilidad de los convenios, acuerdos y otras técnicas transaccionales en el Derecho tributario español», *Crónica Tributaria*, 77 (1996), págs. 121 y sigs.

d) Documentación (por orden cronológico)

- Verwaltungsrechtsordnung für Württemberg. Entwurf eines Gesetzes mit Begründung*, Kohlhammer Verlag, Stuttgart, 1931.
- Ergänzungsband zur Verwaltungsrechtsordnung für Württemberg. Entwurf eines Gesetzes mit Begründung*, Kohlhammer Verlag, Stuttgart, 1936.
- Musterentwurf eines Verwaltungsverfahrensgesetzes (EVwVfG 1963). 2. Auflage, mit Anhang «Münchener Fassung»*. Grote, Köln-Berlín, 1968.
- Proyecto de VwVfG de 21 de septiembre de 1970, con Exposición de Motivos (*Verhandlungen des Deutschen Bundestags*, 6. Wahlperiode, Band 142, Drucksache 6/1173).
- Proyecto de VwVfG de 18 de julio de 1973, con Exposición de Motivos (*Verhandlungen des Deutschen Bundestags*, 7. Wahlperiode, Band 178, Drucksache 7/910).
- El urbanismo heredado: el convenio urbanístico como instrumento de gestión*, Ayuntamiento de Madrid-Gerencia Municipal de Urbanismo, Madrid, 1982 (2.^a ed.).
- Tribunal Europeo de Derechos Humanos, 25 años de jurisprudencia, 1959-1983*, Boletín de Jurisprudencia Constitucional (Cortes Generales), Madrid, 1983.
- La riforma del procedimento amministrativo. I lavori preparatori della legge 7 agosto 1990, n. 241*, Camera dei Deputati (colección *Serie blu*), Roma, 1991.

- SAINZ MORENO (ed.), *Ley de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común* (trabajos parlamentarios), Cortes Generales, Madrid, 1993.
- MINISTERIO PARA LAS ADMINISTRACIONES PÚBLICAS, *Procedimientos Administrativos: Reglamentos de Adecuación de sus Normas Regulatorias a la Ley 30/1992*, Madrid, 1994.

M O N O G R A F I A S C I T I V A S

Alejandro Huergo Lora
Doctor en Derecho

LOS CONTRATOS SOBRE LOS ACTOS Y LAS POTESTADES ADMINISTRATIVAS

Prólogo de Eduardo GARCÍA DE ENTERRÍA
Catedrático de Derecho Administrativo

Los «convenios» entre las Administraciones Públicas y los particulares se han convertido en una figura usual en el tráfico jurídico-administrativo, a la que el legislador estatal ha intentado responder al regular la terminación convencional del procedimiento en la Ley 30/1992. Los convenios ofrecen múltiples ventajas a quienes los celebran (lo que explica su éxito, en España y fuera de ella), pero plantean también numerosos problemas y dudas, desde los más prácticos y elementales hasta otros de mayor calado, como es la inserción del convenio en un sistema de Derecho Administrativo orientado alrededor de los conceptos de poder público y acto administrativo (unilateral).

El presente libro intenta contribuir a la resolución de tales interrogantes, a partir de un estudio tanto del Derecho español como de otros sistemas (en especial, el alemán y el italiano) donde el régimen jurídico de la actuación administrativa consensual está más consolidado. Para ello se analizan los distintos tipos de convenios, determinando cuáles son auténticos contratos, cuáles deben ser canalizados hacia otras instituciones de Derecho Administrativo y qué características propias tienen estos peculiares contratos sobre los actos y las potestades administrativas.

ISBN: 84-470-1062-7



9 788447 010622