

## CAPÍTULO CUARTO

# LA ACTIVIDAD ADMINISTRATIVA LAS RESTANTES FORMAS DE ACTUACIÓN

### § I. EL REGLAMENTO<sup>1\*</sup>

#### 1. *El reglamento como norma jurídica e instrumento de la administración*

1. El reglamento es, conceptualmente, una *norma juídica dictada por un órgano del Ejecutivo*. Con este significado, ya fue tratado arriba en el marco de la teoría de las fuentes del derecho (*cfr.* § 4). El carácter de norma jurídica se aparece de manera especialmente evidente en el caso del *StVO* dictado por el ministro Ffederal de tráfico, cuya importancia para la generalidad y cada uno de los ciudadanos no le va a la zaga, con toda seguridad, a la de muchas leyes formales.

2. Pero, al mismo tiempo, el reglamento es también un *instrumento de la actividad administrativa*, y, ciertamente, tanto más cuanto más arriba se encuentra el autor del mismo en la jerarquía administrativa y cuanto más intensamente ha de ocuparse, por ello, de las funciones inmediatas de ejecución. El reglamento es pertinente cuando la administración, en ejecución y aplicación de las leyes formales, quiere o debe regular uniformemente no sólo casos singulares, sino un mayor número de casos semejantes, todavía no determinable con exactitud. Constituye el medio de que dispone la Administración para la configuración y la regulación de un espacio más amplio, de una pluralidad de personas y un cierto periodo de tiempo. Es por ello objetivamente del todo correcto que la Ley de la Administración del

<sup>1\*</sup> El § 13 ha sido traducido por Gabriel Doménech Pascual, profesor agregado de derecho administrativo de la Universidad Cardenal Herrera-CEU.

*Land* de Schleswig-Holstein, bajo el título “actuación administrativa a través de reglamento”, contemple y regule esta figura (§§ 53 y ss.).<sup>2</sup>

3. No sólo hay que delimitar el reglamento, dentro del campo de las fuentes del derecho, respecto de las demás normas jurídicas, sino también, dentro de las formas de actuación de la administración, respecto de las restantes medidas administrativas: del acto administrativo, que regula un caso concreto, se diferencia por su carácter general y abstracto (*cfr. supra*, § 9 margs. 14 y ss.); del convenio administrativo, que se aprueba con el consentimiento de las partes interesadas, por su emanación unilateral (*cfr. infra*, § 14 margs. 5 y ss.); y de las instrucciones administrativas, que (en principio) sólo tienen efectos en el ámbito interno de la administración, por su eficacia externa (*cfr. al respecto infra*, § 24).

## 2. Los requisitos jurídicos de los reglamentos

Los requisitos jurídicos de los reglamentos se determinan mediante diversas disposiciones. Como se trata de producción normativa delegada, hay que considerar, en primer lugar, las constituciones. La Ley Fundamental, en su artículo 80 I *GG*, contiene la regulación determinante para el ámbito federal. Las constituciones de los *Länder* establecen, para sus respectivos ámbitos, regulaciones equivalentes, cuyo tenor llega a coincidir la mayoría de las veces con el de aquélla.<sup>3</sup>

Las regulaciones jurídico-constitucionales han sido completadas, en parte, mediante disposiciones legales. Aquí hay que mencionar, sobre todo, las

<sup>2</sup> También la ordenanza, en especial en el ámbito local, tiene el carácter ambivalente de norma jurídica por un lado y medida administrativa por el otro. Pero el punto de gravedad de la ordenanza queda, por lo común, en su carácter de norma jurídica, toda vez que las ordenanzas no necesitan, en principio, una específica habilitación legal y, por lo tanto, no están concebidas de igual manera para la ejecución de la ley.

<sup>3</sup> Aun cuando en un *Land* no exista una regulación homologable al estándar del artículo 89 I *GG*, cómo todavía sucede en Hessen (*cfr. artículos 107 y 118 Hess. Verf.*), aquí regirían, no obstante, los principios expresados en el artículo 80 I *GG* en calidad de mandatos del Estado democrático de derecho, de acuerdo con la cláusula de homogeneidad del artículo 28 I *GG*; así, acertadamente, *BVerfGE* 41, 251, 266; 58, 257, 277; 73, 388, 400; todavía de otra opinión *BVerfGE* 34, 52, 58 y ss.; *Hess.SIGH ESVGH* 21, 1, 18 y ss. Esto vale, en cualquier caso, para el principio de la habilitación legal específica. El mandato de cita del artículo 80 I 3 *GG*, en cambio, no representa una exigencia imperativa del principio del Estado democrático de derecho (de otra opinión, *BVerfGE* 101, 1, 42 y ss., que ve en el mandato de cita un “elemento imprescindible del Estado democrático de derecho”).

leyes de policía y orden público de los *Länder*, que contienen minuciosas regulaciones sobre la aprobación de los reglamentos de policía.<sup>4</sup>

La siguiente exposición viene referida al ámbito jurídico federal (emanación de reglamentos dictados sobre la base de una habilitación legal federal). Para el ámbito de los *Länder*, empero, vale esencialmente lo mismo.

### A. *Fundamento habilitante*

El reglamento necesita de un fundamento legal habilitante suficiente. Aquí no basta que exista en general una cobertura legal, sino que ésta, antes bien, debe satisfacer las exigencias del artículo 80 I *GG*. Y cuando no se da el caso, el fundamento habilitante es inconstitucional y nulo y, en consecuencia, no constituye un fundamento válido para el reglamento. De acuerdo con el mandato de determinación del artículo 80 I *GG*, la ley que habilita al reglamento debe determinar y delimitar ella misma “el contenido, el fin y el alcance de la habilitación otorgada” (principio de la habilitación específica). El legislador parlamentario, por lo tanto, debe establecer él mismo el marco y la tendencia de la futura regulación, de modo que al autor del reglamento sólo le reste la concreción y el desarrollo del programa legislativo prefijado (*cfr.* al respecto § 4 marg. 11). En el caso particular, sin embargo, las exigencias de la habilitación específica no están exentas de dudas. El *BVerfG* ha desarrollado al respecto una jurisprudencia casuística. El tribunal relaciona el principio de determinación no tanto con el de división de poderes, cuanto con el del estado de derecho, en especial con la seguridad jurídica. El ciudadano debería saber con suficiente claridad, ya a partir de la ley habilitante misma, “en qué casos y con qué tendencia se hará uso de la habilitación, y qué posible contenido pueden tener los reglamentos dictados al amparo de la habilitación” (jurisprudencia constante, *cfr.* las referencias

<sup>4</sup> *Cfr.*, al respecto, por ejemplo —en sentido por lo general coincidente—, los §§ 10 y ss. Bad.-Württ., *PolG*; §§ 71 y ss., Hess., *SOG*; §§ 25 y sigs. *NRW OBG*. Tan sólo la competencia se regula de manera diferente. La competencia para dictar reglamentos de policía se atribuye en parte al Pleno Municipal, no al alcalde. Todo esto se aplica a los “reglamentos de policía”, pero no a las ordenanzas; porque aquéllos se dictan no en el ámbito de los asuntos de gestión autónoma, sino en el de los asuntos de gestión por encargo (asuntos cuya gestión está sujeta a instrucciones). Por eso están sometidos también a la supervisión de las autoridades policiales superiores. Sobre los reglamentos de policía, con más detalle, *cfr.* Vogel, *Drews/Wacke/Vogel/Martens, Gefahrenabwehr*, pp. 357 y ss., 484 y ss.; Götz, *PolR* margs. 602 y ss.; Knemeyer, *PolR* margs. 55 y ss.; 451 y ss.; Schenke, *PolR* margs. 607 y ss.; Hamman, *Die Gefahrenabwehrverordnung – ein Gebrauchsklassiker des Ordnungsrechts?*, NVwZ, 1994, pp. 669 y ss.

*infra*). No hace falta que la determinación exigible resulte expresamente de la propia disposición habilitante; basta que pueda constatarse por vía interpretativa considerando los demás preceptos de la ley en su conjunto.<sup>5</sup>

7 La ley habilitante ya debe haber entrado en vigor en la *fecha* de promulgación del reglamento. La subsanación posteriora de un reglamento dictado sin un fundamento habilitante suficiente mediante una ley posterior queda excluida en virtud del principio de determinación. Pero, por otro lado, y de acuerdo con la doctrina dominante, la ulterior modificación o desaparición del fundamento habilitante ya no afecta a la validez del reglamento dictado a su amparo. Esta tesis, sin embargo, sólo es sostenible para el caso de que el fundamento habilitante que resulta tras la modificación todavía preste cobertura al actual reglamento.<sup>6</sup>

Hay que tener en cuenta, además, que el legislador parlamentario, con arreglo a los principios de reserva de ley y reserva de Parlamento, debe regular él mismo todas las cuestiones esenciales en el ámbito normativo (*cfr. supra*, § 6 margs. 9 y ss.). De ello se sigue una *prohibición de delegación*. En la medida en que se trate de una cuestión esencial, reservada al legisla-

<sup>5</sup> Cfr. al respecto, por ejemplo, *BVerfGE* 1, 14, 60 (de primera importancia); *BVerfGE* 8, 274, 307 y ss.; 65, 248, 259 y ss. (Ley de Precios); *BVerfGE* 19, 354, 361 y ss. (Ley de precaución de cargas); *BVerfGE* 28, 66, 84 y ss. (Ley de la Administración Postal); *BVerfGE* 35, 179, 183 y ss. (Derecho tributario); *BVerfGE* 38, 348, 357 (Ley de Mejora de los Alquileres); *BVerfGE* 42, 191, 200 y ss. (Ley de Transporte de Pasajeros); *BVerfGE* 55, 207, 225 y ss. (Ley de Funcionarios, Reglamento de actividades paralelas); *BVerfGE* 58, 257, 276 y ss. (Derecho de la educación); *BVerfGE* 68, 319, 332 y ss. (tarifas de los médicos); *BVerfGE* 80, 1, 20 y ss. (regulación de la autorización para ejercer como médico); *BVerfGE* 101, 1, 31 y ss. (Reglamento sobre la cría de gallinas); *BVerfGE* 106, 1, 19 (modificación competencial en el ámbito de la administración fiscal); adicionalmente, los estudios jurisprudenciales de Leibholz/Rinck/Hesselberger, *Grundgesetz*, art. 80 margs. 136 y ss.; Hasskarl, *Die Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts zu Art. 80 Abs. 1 S. 2 GG*, AöR 94, 1969, pp. 85 y ss.

<sup>6</sup> Ejemplo: La *GastG*, en su antigua redacción, contenía en su § 14 una habilitación para la emanación de reglamentos sobre horarios de cierre, mientras que la nueva *GastG* hace lo propio en su § 18. Los reglamentos dictados al amparo del § 14 *GastG*, en su antigua redacción, pueden seguir siendo válidos, pues ambos fundamentos habilitantes coinciden en lo esencial; pero aquéllos se habrían vuelto ineficaces si el § 14 *GastG*, en su antigua redacción, hubiera sido derogado sin haber sido sustituido por un precepto equivalente. En contra, en el sentido de la doctrina dominante, *BVerfGE* 9, 3, 12, jurisprudencia constante, *cfr. BVerfGE* 31, 357, 362 y ss.: con limitaciones *BVerfGE* 78, 179, 198 (las resoluciones del *BVerfG* se refieren, no obstante, siempre a habilitaciones preconstitucionales); *BVerwG NVwZ* 1999, 1112; *HessVGHESVGH* 37, 57, 61; diferenciando Wilke, AöR, vol. 98, 1973, p. 234; rechazando Kotulla, *NVwZ*, 2000, pp. 1263 y ss., con numerosas referencias sobre el estado de la cuestión.

dor parlamentario, está excluida una habilitación al Ejecutivo para la normación a través de reglamentos. La ley que, a pesar de ello, contenga una habilitación tal es inconstitucional y nula.

### B. Requisitos formales

El reglamento —como cualquier acto estatal— debe satisfacer una serie de exigencias formales.

a) *Competencia*. El órgano competente para la promulgación del reglamento se determina mediante la ley habilitante. Según el artículo 80 I 1 GG, sólo cabe considerar como posibles autores del reglamento al gobierno federal, a un ministro federal o a los gobiernos de los *Länder*. Estos delegatarios primarios, sin embargo, están facultados bajo ciertos requisitos para efectuar una *ulterior habilitación* (subdelegación).<sup>7</sup>

Las regulaciones contenidas en las constituciones de los *Länder* no contemplan limitación alguna en cuanto a los delegados primarios. Es por ello que el legislador de los *Länder* puede, en principio, habilitar directamente a cualquier órgano administrativo para dictar reglamentos.

b) *Procedimiento*. El órgano del Ejecutivo legalmente habilitado puede en cualquier momento dictar un reglamento por sí mismo; tiene, pues, si se quiere establecer un paralelismo con el artículo 76 GG, el derecho de iniciativa. Es más, está obligado a ello si así resulta de la ley habilitante o del contexto global. Excepcionalmente, también otros órganos pueden tener un derecho de iniciativa. Según el artículo 80 III GG, en su redacción de 27 de octubre de 1994, el *Bundesrat*, cuando se trata de reglamentos que están

<sup>7</sup> La habilitación ulterior presupone, de acuerdo con el artículo 80 I 4 GG, que la misma 1) haya sido admitida explícitamente por la ley habilitante y 2) se produzca, por su parte, mediante un reglamento. *Ejemplo:* el § 18 I *GastG* habilita a los gobiernos de los *Länder* para fijar mediante reglamento un horario de cierre para tabernas y restaurantes (por ejemplo para el periodo de tiempo comprendido entre la 1 y las 6 horas). Acto seguido, determina también que los gobiernos de los *Länder* (los delegados primarios) están facultados para transmitir mediante reglamento la habilitación a otras autoridades. Así, por ejemplo, el Gobierno de Baden-Württemberg, mediante los §§ 1, 20 y 21 del Reglamento de establecimientos de hostelería (Dürig núm. 77), ha transmitido la habilitación para la fijación y la modificación de horarios de cierre a los municipios, los *Landratsämter*<sup>Nt1</sup> y los *Regierungspräsident*,<sup>Nt2</sup> según el caso.

<sup>Nt1</sup> Se trata de órganos administrativos de carácter bifronte: por un lado, son órganos periféricos integrados en el escalón territorial inferior de la organización de los *Länder*, por otro lado, son también órganos de los *Landkreise*, que constituyen una clase de corporaciones locales.

<sup>Nt2</sup> Literalmente, presidencias del gobierno. Véase *supra*, § 4, nota 4.

sujetos a una aprobación del Consejo Federal, puede dirigir al Gobierno Federal un proyecto de reglamento que éste, ciertamente, no queda obligado a aprobar, pero que en cualquier caso debe considerar y someter a discusión. No existen reglas de procedimiento especiales. Pero sí se prevén, en gran medida, derechos de colaboración de otros órganos. Así, con arreglo al artículo 80 II GG, los reglamentos del gobierno federal allí mencionados necesitan ya de la aprobación del *Bundesrat*. Y, más de una vez, el *Bundestag* se reserva en la ley habilitante la aprobación del reglamento. Tiene lugar entonces un procedimiento trifásico: habilitación mediante ley federal, emanación del reglamento por el gobierno federal y aprobación del *Bundestag*. A esta tradicional reserva de aprobación se ha añadido en tiempos recientes toda una serie de distintas reservas parlamentarias (reserva de conocimiento, reserva de modificación, reserva de derogación y semejantes).<sup>8</sup>

En algunas leyes se ha previsto, además, la audiencia a asociaciones no estatales, a expertos independientes o a “los círculos de interesados” (así, el § 51 *BlmSchG*) antes de la promulgación del reglamento. Ello debe permitir aprovechar los especiales conocimientos de estas organizaciones y personas y, más allá de eso, dar a las asociaciones la oportunidad de poner sobre el tapete los intereses de sus miembros. La audiencia no constituye, por regla general, un derecho procedimental de colaboración, sino que tiene lugar, por así decirlo, en el campo previo de la “preparación” del reglamento. Es por ello que la omisión de la audiencia no produce consecuencia alguna sobre la eficacia jurídica del reglamento, lo que, sin embargo, no excluye que, eventualmente, las asociaciones todavía tengan y puedan hacer valer judicialmente un derecho a la audiencia.<sup>9</sup>

<sup>8</sup> Aunque la reserva de aprobación no ha sido prevista expresamente por la Constitución, ha sido reconocida por la *BVerfGE* 8, 274, 319 y ss. y la doctrina dominante. La controvertida cuestión de si y en qué medida son lícitas las demás reservas ha sido objeto de detenidas discusiones doctrinales (cfr. últimamente Uhle, *Verordnungsgeberische Entscheidungsmacht und parlamentarischer Kontrollvorbehalt*, NVwZ, 2002, pp. 15 y ss., con numerosas referencias); esta cuestión conduce al derecho constitucional y allí debe ser tratada con más detalle, cfr., Maurer, *Staatsrecht*, § 17 margs. 153 y ss.

<sup>9</sup> Cfr. al respecto *BVerfGE* 59, 48 (participación de los sindicatos en la preparación de regulaciones funcionariales); *BayVGH* BayVBl. 1981, 719 (audiencia del consejo de progenitores); *HessVGH* NVwZ 1982, 689 (audiencia de asociación para la protección de la naturaleza); H. Schneider, *Gesetzgebung*, margs. 263 y ss.; *Ossenbühl*, HSr III (1988) § 64 margs. 59 y ss. Si la participación de estas asociaciones y organizaciones no estatales hubiese sido concebida como un verdadero derecho de colaboración y, por ende, constituyese un requisito para el reglamento, entonces la misma no sería constitucionalmente sostenible. En la duda, pues, debe ser interpretada restrictivamente.

c) *Forma*. El reglamento debe producirse, como es evidente, por escrito. Se requiere la promulgación del titular del órgano o su suplente. Y, además, el artículo 80 I 3 GG exige la indicación del fundamento jurídico. Este mandato de cita debería facilitar el examen de si el reglamento tiene un fundamento jurídico suficiente y se ha mantenido dentro de sus límites.<sup>10</sup>

e) *Publicación*. Como toda norma jurídica, el reglamento debe darse a conocer al público (“publicarse”). La publicación es de una importancia esencial: mientras no se haya producido (todavía), no existe (todavía) reglamento, ni tan siquiera uno contrario a derecho.<sup>11</sup>

### C. Los requisitos materiales

La regulación establecida por el reglamento debe mantenerse dentro del marco de su fundamento habilitante, seguir sus determinaciones y, asimismo, ser compatible con las restantes regulaciones legales y constitucionales. Desde una perspectiva jurídico-constitucional, en consecuencia, no sólo hay que examinar si el reglamento tiene un fundamento habilitante suficiente y ajustado a las exigencias del artículo 80 I GG, sino también si concuerda con las demás disposiciones de la ley fundamental, especialmente con los derechos fundamentales.

<sup>10</sup> El *BVerfG* otorga al mandato de cita una especial importancia, probablemente algo excesiva, *cfr. BVerfGE* 101, 1, 41 y ss.; véase al respecto Müller-Terpitz, *DVBl*, 2000, pp. 237 y ss. La de si el mandato de cita rige también para los reglamentos dictados al amparo del derecho comunitario es una cuestión discutida; *BVerfGE* 118, 70, 73 y ss. lo niega (para la transposición de directivas), pero en la doctrina se afirma, entre otros, por Nierhaus, *Bonner Kommentar*, artículo 80, 1988, marg. 327. Discutible puede ser la cuestión de si el artículo 80 I 3 GG se aplica directamente; pero si se atiende a la *ratio* de esta disposición (*cfr. BVerfG cit.*), entonces hay que aceptar en cualquier caso la aplicación (extensiva o analógica) al Derecho comunitario.

<sup>11</sup> La publicación tiene lugar en el *Bundesgesetzblatt* o en el *Bundesanzeiger*, *Nt3* *cfr.* al respecto artículo 82 I 2 GG y la Ley sobre la Publicación de Reglamentos del 30 de enero de 1950 (Sart. núm. 70), que hace uso de la reserva del artículo 82 I 2 GG. Sobre los pormenores, Maurer, *Bonner Kommentar*, artículo 82, 1988, margs. 142 y ss.

*Nt3* Se trata de dos diarios oficiales editados por el Ministerio Federal de Justicia. En el *Bundesgesetzblatt* se publican las normas jurídicas federales más relevantes, principalmente las leyes federales, determinados reglamentos, las decisiones a que se refiere el artículo 129 I GG, los fallos de las sentencias del *BVerfG*, los actos del Presidente de la Federación, los reglamentos internos del *Bundestag* y del *Bundesrat* y los tratados internacionales vigentes en Alemania. En el *Bundesanzeiger* se publican, además de diversos actos carentes de carácter normativo, determinados reglamentos y ciertas instrucciones administrativas.

## D. *Discrecionalidad*

Queda, en principio, a la discrecionalidad del órgano competente para dictar el reglamento el hacer uso de la habilitación legal. Sólo existe un deber al respecto cuando así haya sido precisado legalmente o cuando resulte del contexto global (por ejemplo, si no pudiera aplicarse una ley sin un reglamento de desarrollo). Algo semejante vale para el contenido de la regulación, que ya está —y, de acuerdo con el artículo 80 I 2 *GG*, debe estar— ampliamente determinado por la ley habilitante.<sup>12</sup>

### 3. *La desconformidad a derecho del reglamento y sus consecuencias jurídicas*

El reglamento es contrario a derecho cuando no se corresponde con los requisitos jurídicos expuestos. En el caso concreto, por consiguiente, habrá que examinar (según el derecho federal, aunque algo análogo rige según el derecho de los *Länder*), si 1) cuenta con un fundamento habilitante que satisface el artículo 80 I *GG*, 2) ha sido emanado en debida forma, 3) su contenido se ajusta al fundamento habilitante, 4) es compatible también con las demás normas jurídicas de rango superior y 5) ha sido dictado sin vicios relativos al ejercicio de la discrecionalidad, caso de que la misma exista.

El reglamento contrario a derecho es nulo y, por consiguiente, no vinculante. A las autoridades no les está permitido aplicarlo, y los ciudadanos no deben acatarlo. Otra cuestión —suscitada en la práctica— es si y en qué medida las autoridades administrativas están facultadas para controlar y rechazar (incidentalmente) los reglamentos, *cfr.* al respecto *supra*, § 4 marg. 57.<sup>13</sup>

<sup>12</sup> *Cfr.*, en general sobre la discrecionalidad, *supra*, § 7 y, en particular sobre la libre discrecionalidad (libertad de configuración) del autor del reglamento, las referencias en § 7 marg. 63; hay que notar, sin embargo, que la típica discrecionalidad administrativa afecta a casos concretos, mientras que la discrecionalidad reglamentaria se refiere a regulaciones generales y abstractas, por lo que debe orientarse no al caso concreto, sino al caso típico. Para más detalles sobre la discrecionalidad reglamentaria, *cfr.* Zuleeg, *Die Ermessensfreiheit des Verordnungsgebers*, DVBl, 1970, pp. 157 y ss.; Ossenbühl, HStR III, 1988, § 64 marg. 33; véase, Danwitz, *Die Gestaltungsfreiheit des Verordnungsgebers*, 1989, pp. 161 y ss. Algo semejante vale para la discrecionalidad en la emanación de ordenanzas, aunque aquí el órgano competente, como consecuencia de su autonomía, dispone de un margen de maniobra todavía mayor, *cfr.* al respecto, por ejemplo, *BVerwGE* 116, 188, 190 y ss.

<sup>13</sup> Según *BVerfGE* 101, 1, 41 y ss., una infracción del mandato de cita hace al reglamento inconstitucional y nulo en su totalidad. En cambio, según *BVerfGE* 91, 148, 175 y ss., un vicio de procedimiento (se trataba de un reglamento del gobierno federal que fue adoptado a

La garantía de la tutela judicial del artículo 19 IV GG comprende no sólo a los actos administrativos, sino también a las normas jurídicas, cuando menos a los reglamentos y a las ordenanzas. Su implementación se produce a través de las leyes procesales. Una importancia determinante, en relación con los reglamentos, tiene ante todo el llamado recurso contencioso-administrativo directo de control de normas del § 47 *VwGO*. Con arreglo al mismo, el Tribunal Contencioso-Administrativo Superior (*OVG*) debe decidir sobre la validez de los reglamentos; la demanda puede ser formulada por cualquier persona que haga valer que el reglamento lesiona sus derechos o los lesionará en un tiempo no lejano. En esa medida, este control contencioso-administrativo de normas constituye un procedimiento subjetivo de tutela judicial que se convierte en un procedimiento objetivo. El *OVG*, sin embargo, no tiene —a diferencia del *BVerfG* en el caso previsto por el artículo 100 I GG— un monopolio de rechazo. Así, todos los tribunales pueden decidir incidentalmente —por ejemplo, en el marco de un procedimiento de anulación— sobre la conformidad a derecho de un reglamento. El ciudadano tiene, en correspondencia, la posibilidad de elegir entre impugnar directamente el reglamento o esperar la aplicación del mismo y recurrir contra el acto de aplicación.

tráves de un procedimiento circular inconstitucional)Nt4 sólo debería conducir a la nulidad cuando el mismo sea *evidente*, lo que el *BVerfG* negó en el caso concreto, en vista de que la observancia de dicho procedimiento constituía una reiterada praxis estatal hasta entonces no cuestionada. Esto seguramente no está exento de problemas: ¿praxis con efecto subsanador? Tampoco la alusión general a la seguridad jurídica y a la protección de la confianza puede convencer. Existe, además, una cierta contradicción entre ambas decisiones, puesto que las dos se refieren a la conformidad formal con la Constitución de los respectivos reglamentos. Sí que merece consideración, por el contrario, el punto de vista de que la nulidad de todos los reglamentos del gobierno federal adoptados a través del procedimiento circular conduciría “a una situación que sería todavía menos acorde con el ordenamiento constitucional que la tolerancia de la praxis inconstitucional para el pasado”. Éste es un argumento que, por lo demás, también se aduce ocasionalmente para evitar la declaración de nulidad. En cualquier caso, la situación jurídica se vuelve evidente con la aclaración del *BVerfG*, por lo que las futuras infracciones de esta especie desencadenarán la nulidad. Las observaciones del *BVerwG* sobre la nulidad eventualmente limitada de los reglamentos viciados en su procedimiento (*BVerwGE* 59, 48, 50 y ss.) no permiten ulteriores conclusiones, puesto que el propio Tribunal explica que, en el caso concreto, no hace falta juzgar esta cuestión detallada y concluyentemente.

Nt4 Se trataba de un procedimiento de formación de la voluntad del gobierno federal en el que no se celebraba una sesión “presencial” para adoptar el correspondiente acuerdo, sino que se presumía que los miembros de este órgano colegiado habían votado afirmativamente sobre el asunto considerado si ninguno de ellos formulaba objeciones dentro de un determinado plazo.

El ámbito de aplicación del § 47 *VwGO* (al margen de los reglamentos y las ordenanzas urbanísticas) es limitado, ya que el mismo:

1. Sólo vale para los reglamentos pertenecientes a la esfera del derecho de los *Länder* (no para los situados en la esfera del derecho federal),
2. Sólo comprende aquellos reglamentos que entran dentro de la competencia material de la jurisdicción contencioso-administrativa general (y no, por lo tanto, los reglamentos que regulan cuestiones jurídico-civiles, jurídico-procesales, jurídico-sociales, etcétera).
3. Sólo rige cuando el legislador del correspondiente *Land* así lo haya establecido expresamente (lo que no es el caso de Nordrhein-Westfalen, Hamburg y Bremen).

Se ha discutido durante mucho tiempo sobre la tutela judicial frente a los reglamentos en el ámbito *no* comprendido por el § 47 *VwGO*. La cuestión se suscita sobre todo cuando el reglamento produce efectos inmediatos y, en consecuencia, el ciudadano no puede ser remitido a un control incidental de la norma. El *BVerfGE* ha declarado en el ínterin que en estos casos es admisible la pretensión declarativa general del § 43 *VwGO*.<sup>14</sup>

<sup>14</sup> *BVerwGE* 111, 276, 278 y ss. (pistas de aterrizaje y despegue de aeródromos establecidas mediante reglamentos); al respecto, H. H. Rupp, NVwZ, 2002, pp. 286 y ss. La decisión del *BVerwG* se produce bajo la presión del *BVerfG*, que, comprensiblemente, quiere evitar el tener que ocuparse en primera instancia de los reglamentos por la vía del amparo, *BVerfG-K NVwZ* 1998, 169 (pistas de aterrizaje y despegue), *BVerfG-K, NJW* 1999, 2031 (Reglamento de profesores de autoescuela). Ésta es la solución procedente también por la razón de que el recurso de amparo conduce simplemente a examinar la conformidad del reglamento con la Constitución, pero no con el (resto) del ordenamiento jurídico, y además está sujeto a un trámite de admisión para su resolución (§ 93a *BVerfGG*). La acción declarativa del artículo 43 I *VwGO*, no obstante, sólo produce efectos *inter partes*. En cualquier caso, de *lege ferenda*, sería mejor extender el control contencioso-administrativo de normas a todos los reglamentos. Las observaciones efectuadas sobre la tutela judicial frente a reglamentos valen igualmente para las ordenanzas.

Bibliografía sobre el § 13: Wilke, *Bundesverfassungsgericht und Rechtsverordnungen*, AÖR vol. 98, 1973, pp. 196 y ss.; Lepa, *Verfassungsrechtliche Probleme der Rechtsetzung durch Rechtsverordnung*, AÖR vol. 105, 1980, pp. 335 y ss.; Stern, *Das Staatsrecht der Bundesrepublik Deutschland*, vol. II, 1980, pp. 646 y ss.; Ossenbühl, *Richterliches Prüfrecht und Rechtsverordnungen*, Festschrift für H. Huber, 1981, pp. 283 y ss.; idem, *Rechtsverordnung*, HStR II, 1988, § 64; Hufn/Leiß, *Ausgewählte Probleme beim Erlaß von Baumschutzverordnungen*, BayVBl, 1987, pp. 289 y ss.; véase, Danwitz, *Die Gestaltungsfreiheit des Verordnungsgebers*, 1989; Lippold, *Erlaß von Verordnungen durch das Parlament und Wahrnehmung des parlamentsvorbehalts durch Schweigen*, ZRP, 1991, pp. 254 y ss.; Dittmann, *Die Rechtsverordnung als Handlungsinstrument der Verwaltung*, Biernat/

## § II. EL CONVENIO ADMINISTRATIVO<sup>15\*\*</sup>

La forma más típica y más común de actividad jurídica de la administración es el acto administrativo, la regulación unilateral de un caso concreto. Sin embargo, la administración también puede elegir la vía de la regulación consensuada y celebrar un convenio jurídico-administrativo (abreviado: un convenio administrativo; acerca del término, *cfr. infra*, margs. 5 y ss.) con un particular. El convenio administrativo, mediante su reconocimiento y regulación en la *VwVfG*, se ha visto considerablemente revalorizado: su aplicación práctica va aumentando en frecuencia y relevancia.

El ámbito de aplicación del convenio administrativo no se limita al área que comprende el acto administrativo, sino que va mucho más allá, pues también pueden entrar en esta categoría las relaciones jurídicas que, a falta de una posición de supremacía de la administración, no se pueden regular de forma unilateral, como sucede, por ejemplo, entre dos organismos públicos de rango equiparable.

Handler *et al.* (coords.), *Grundfragen des Verwaltungsrechts und der Privatisierung*, 1994, pp. 107 y ss.; Uhle, *Parlament und Rechtsverordnungen*, 1999; Pielow, *Neuere Entwicklungen beim "prinzipalen" Rechtsschutz gegen untergesetzlichen Normen*, DV 32, 1999, pp. 445 y ss.; Axer, *Normsetzung der Exekutive in der Sozialvericherung*, 2000, pp. 148 y ss., 163 y ss., 212 y ss., 362 y ss. y *passim*; Schmidt-Aßmann, *Die Rechtsverordnung in ihrem Verhältnis zu Gesetz und Verwaltungsvorschriften*, Festschrift für Vogel, 2000, pp. 477 y ss.; Müller-Terpitz, *Rechtsverordnungen auf dem Prüfstand des Bundesverfassungsgerichts*, DVBl, 2000, pp. 232 y ss. (sobre *BVerfGE* 101, 1); H. Schneider, *Gesetzgebung*, 3a. ed., 2002, pp. 161 y ss.; von Danwitz, *Rechtsverordnungen*, Jura, 2002, pp. 93 y ss.; *cfr.* además las explicaciones sobre el artículo 80 GG en los diversos comentarios a la Ley Fundamental.

Jurisprudencia sobre el § 13: *cfr.* las referencias del marg. 4 sobre el mandato de determinación; además, *BVerfGE* 8, 274, 319 y ss. (reserva de aprobación en favor del Parlamento); *BVerfGE* 41, 251, 265 y ss.; 55, 207, 225 y ss.; 58, 257, 277 (significado del artículo 80 GG para los reglamentos de los *Länder*); *BVerfGE* 91, 148 (acuerdo del Gobierno Federal relativo a un reglamento); *BVerfGE* 101, 1 (Reglamento sobre la cría de gallinas); *BVerfGE* 106, 1 (redistribución, mediante reglamento, de la competencia territorial de las Direcciones Superiores de Hacienda); *BVerfGE* 107, 1, 15 (limitación de la autonomía local mediante reglamento). *BVerwGE* 59, 48 (participación prevista legalmente de los sindicatos en la preparación de reglamentos); *BVerwGE* 70, 318; *BVerwGE* 85, 36 (reglamento regulador del *numerus clausus* en el ámbito universitario, revisión judicial); *BVerwGE* 116, 347 (reglamento de policía contra perros de lucha); *BVerwGE* 117, 313 (cláusula de “despetrificación”: una ley de un *Land* modifica un precepto reglamentario y, al mismo tiempo, lo pone a disposición del órgano competente para dictar el reglamento); *BVerfGE NVwZ* 2002, 1505 (derecho a la emanación de un reglamento); *BadWürttVGH NVwZ* 1992, 1105 (reglamento sobre la cría de perros).

<sup>15\*\*</sup> Traducido por M. Mercè Darnaculleta i Gardella, profesora lectora de derecho administrativo de la Universidad de Girona.

## 1. *Fundamentos jurídicos*

### A. *La regulación de la VwVfG*

La *VwVfG*, en sus §§ 54 a 61, contiene disposiciones relativas al convenio administrativo. Sin embargo, se limitan a unos pocos principios básicos y adolecen en conjunto de cierta fragmentariedad. Según el § 62 de la *VwVfG* son de aplicación subsidiaria las demás disposiciones de esa misma ley, además de la vigencia integradora y analógica del *BGB*.<sup>16</sup>

### B. *La regulación en el derecho tributario y de la seguridad social*

Las disposiciones de la *VwVfG* sobre convenios, como es obvio, alcanzan únicamente hasta donde llega la aplicación de la *VwVfG*. Por lo tanto, no se aplican allí donde la *VwVfG* está excluida en general ni donde existen regulaciones especiales (*cfr. supra*, § 5, margs. 8 y ss.). Entre los ámbitos en los que se excluye de forma general la *VwVfG* están el derecho de la seguridad social y el derecho tributario (*cfr.* los §§ 2 II núms. 1 y 5 de la *VwVfG*). El Código de la Seguridad Social, no obstante, contiene normas sobre convenios que, con una sola excepción, se corresponden exactamente con los §§ 54 y ss. de la *VwVfG*, de modo que no existe diferencia al respecto.<sup>17</sup>

Por el contrario, en la Ley General Tributaria (*AO*) no hay disposiciones sobre convenios que se correspondan de tal manera con los §§ 54 y ss.

<sup>16</sup>— Las “demás disposiciones” de la *VwVfG* se refieren principalmente a actos administrativos, de manera que pocas de ellas pueden aplicarse a los convenios administrativos. Sí es posible aplicar el § 3 (competencia territorial) y las reglas de procedimiento de los §§ 9 y ss. Es cuestionable hasta qué punto sucede lo mismo con el § 25 (asesoramiento e información). El § 28 (audiencia), según su propia letra, se restringe a los actos administrativos y tampoco parece tener acomodo respecto a las necesarias negociaciones contractuales, pero merece atención aquí su idea básica: que los ciudadanos no deben resultar “atropellados” por las medidas administrativas (el § 25 persigue este mismo propósito).

— Las disposiciones del *BGB* sólo se aplican por analogía, por lo cual ha de comprobarse si en el caso concreto se cumplen los requisitos de una analogía legal. En cuanto a los efectos de las irregularidades, se hace remisión específica a lo establecido en el *BGB* (§ 59 I). Sobre la aplicabilidad en general de las normas jurídico-civiles en el derecho público, *cfr. supra*, § 3, margs. 28 y ss.).

<sup>17</sup>— *Cfr.* los §§ 53 a 61 del *SGB X*. La numeración de los artículos es correlativa a la de la *VwVfG*, con un número menos cada uno. La excepción la constituye el § 53 II del *SGB X*, el cual, para proteger a los destinatarios de los servicios, prohíbe los convenios de servicios sobre los que exista un derecho legítimo, salvo que se trate de convenios de transacción o de intercambio (*cfr.* al respecto los §§ 54 II y 55 III del *SGB X*).

*VwVfG*, aunque en gran medida sigan lo regulado por ésta. Tan sólo en el § 78 *AO*, que (en consonancia con el § 12 *VwVfG*) identifica a los interesados en el procedimiento administrativo, se menciona también a “aquellos con los que la administración tributaria concluya o haya concluido un convenio de derecho público”. Esta afirmación del derecho positivo es valorada de forma diferente en la doctrina y en la jurisprudencia. Mientras que algunos interpretan que la Ley General Tributaria, aunque no regula el convenio administrativo, sí lo presupone (como muestra su § 78) y, por tanto, lo reconoce, otros, en cambio, deducen de esta falta de regulación, especialmente en comparación con la *VwVfG*, la inadmisibilidad del convenio administrativo en el derecho tributario y explican la mención incidental del § 78 de la *AO* como un error de redacción. Pero estas referencias no van más allá. Ni de los antecedentes de la Ley General Tributaria ni de su contexto general se pueden extraer conclusiones a favor ni en contra. Que los acuerdos contractuales no son totalmente extraños al derecho tributario lo demuestran el § 79 III de la Ley de Aduanas de 1961, el § 33 II de la Ley del Impuesto de Sociedades y recientemente también el § 224a *AO* (aportación de objetos de arte como pago de tributos), además de las disposiciones sobre convenios del derecho tributario local, que se remonta hasta el siglo XIX.

Así, a falta de una regulación legal específica, *son de aplicación los principios generales del derecho administrativo*, que a este respecto deben entenderse a la luz de la especial naturaleza del derecho tributario. La dificultad se atenúa considerablemente si se distingue entre la admisibilidad de la *forma convencional* (¿puede actuar la administración mediante convenios?) y la admisibilidad del *contenido contractual* (¿es conforme a derecho lo acordado?). Según los principios del derecho administrativo general, la administración está autorizada a actuar mediante convenios en la medida en que no se oponga a ello ninguna disposición legal. Una disposición contraria se encuentra en el § 155 I *AO*, según el cual los impuestos se determinan mediante “resoluciones tributarias”, esto es, mediante actos administrativos. De ello se deduce que está excluida una determinación de impuestos mediante convenio. Lo mismo sucede con la fijación de otros tributos, como los impuestos locales, las tasas, las contribuciones, etcétera. Pero, por lo demás, en todo caso son posibles los convenios entre la administración tributaria y los ciudadanos (incluso en relación con las resoluciones sobre impuestos y demás tributos). Las posibilidades del *contenido contractual*, por el contrario, son más restringidas, porque el ámbito jurídico-material de la administración tributaria está considerablemente limitado y le queda escaso margen para una actividad contractual autónoma. Pueden

considerarse, en todo caso, convenios sobre la forma y el modo del pago de impuestos (aplazamientos, fraccionamientos), relativos a la regulación de supuestos de hechos atípicos (*cfr.* A este respecto la regla de la equidad de los §§ 163 y 227 *AO*). Esto es válido especialmente no tanto en caso de impuestos sino cuando se trata de tasas y contribuciones.<sup>18</sup>

Las reflexiones sobre los convenios en el derecho tributario son igualmente válidas en relación con otras áreas no comprendidas en la *VwVfG*. En lo que respecta a su configuración específica, puede recurrirse por analogía a las disposiciones sobre convenios de la *VwVfG* en tanto en cuanto sean expresión de los principios generales del derecho administrativo (como sucede con las reglas de los §§ 54, 55 y 56). Por el contrario, no procede la aplicación analógica cuando, como en la regulación de las consecuencias de los vicios del § 59, se trate de una normativa nueva y de dudosa constitucionalidad, a no ser que entretanto haya evolucionado, dentro del marco de la ley fundamental, hasta convertirse en un principio general del derecho administrativo.<sup>19</sup>

<sup>18</sup> En la doctrina del derecho tributario se discute sobre la admisibilidad del convenio administrativo. Antes se rechazaba totalmente, pero en la actualidad aumentan las opiniones favorables a la aceptación de la *forma convencional* y que conceden al contenido también cierto margen de discrecionalidad (*cfr.* Tipke/Lang, Steuerrecht, 17a. ed., 2002, § 4, marg. 164, y § 21, marg. 19; Sontheimer, *Der verwaltungsrechtliche Vertrag im Steuerrecht*, 1987). El Tribunal Federal Económico-Administrativo siempre ha rechazado, en principio, los convenios en el campo del derecho tributario (*BFInH NVwZ* 2001, 1079, 1080), pero hace considerables concesiones al declarar admisibles y vinculantes los “entendimientos de hecho” entre la administración tributaria y el obligado tributario acerca de circunstancias fácticas difícilmente determinables, algo así como arreglos sobre cuestiones de hecho (*BFInHE* 142, 549, 557; 162, 211, 214 s.; 164, 168, 170 y ss.; 181, 103, 105 ss.), o al inclinarse por aceptar los compromisos unilaterales de la administración tributaria (*BFInH NVwZ* 2001, 1079, 1080). En el campo del derecho tributario local, por el contrario, el convenio administrativo hace largo tiempo que es reconocido, especialmente el convenio de transacción; *cfr.* Gern, KStZ 1979, 161 y ss.; Heun, DÖV 1989, pp. 1053 y ss.; Tiedemann, *DÖV*, 1996, pp. 594 y ss., cada uno con ulteriores referencias; *cfr.* también, en cuanto al convenio de transacción, *BVerwG DÖV* 1978, 611; DÖV 1980, 48; *OVG Lüneburg KStZ* 1976, 71; *BayVGH NVwZ* 1989, 167; sobre el convenio de redención en el ámbito de la contribución a las infraestructuras urbanas *BVerwGE* 64, 361; 84, 183 = DVBl, 1990, 438 con nota de Götz; *OVG Münster NVwZ-RR* 2003, 147 (admisión de la renuncia contractual a recaudar la contribución en casos concretos). En parte, el convenio está reconocido incluso expresamente por la ley en el Derecho tributario local (§ 2 II KAG de Renania-Palatinado) o, al menos, indirectamente previsto (§ 61 III *LwVfG* de Baden-Württemberg).

<sup>19</sup> Tal evolución “hacia una mayor eficacia de los convenios de derecho público”, esto es, hacia una reducción de la nulidad de los convenios contrarios a derecho, la asumió el *OVG Lüneburg*, NJW, 1988, 2126, respecto a un convenio de redención que se consideró contrario

### C. *Convenios urbanísticos*

Es inevitable que una normativa sobre convenios que abarque todas las áreas de la administración sea general y abstracta. Por eso, para algunas áreas es lógico que existan disposiciones específicas sobre contratación, lo cual presupone la elaboración de determinados tipos de convenio y, en consecuencia, el desarrollo de una normativa adecuada para cada uno. En algunos ámbitos jurídicos esto ya se ha producido desde hace tiempo mediante la práctica administrativa, la jurisprudencia y la doctrina. Sobre todo, en el derecho urbanístico, que es donde se verifican en la realidad la mayor parte de los convenios. El legislador lo ha tenido en cuenta y ha desarrollado las regulaciones pertinentes. En primer lugar están los “convenios urbanísticos”, regulados por primera vez en el § 6 de la Ley de Medidas Urbanísticas y recogidos después, en 1977, por el Código urbanístico. El § 11 I *BauGB* establece que los municipios están facultados para formalizar convenios urbanísticos con particulares (constructoras privadas, inversores, etcétera), y expone una relación de posibles contenidos contractuales. Con arreglo al § 1 III 2 *BauGB* no es válido un convenio por el cual un municipio se compromete a elaborar un plan urbanístico, pero los convenios entre el municipio y los particulares en relación con el plan urbanístico y su realización sí están expresamente reconocidos por la ley. Esto va en consonancia con la moderna tendencia hacia la cooperación en el derecho urbanístico (*public private partnership*). Son posibles contenidos contractuales, según el § 11 I *BauGB* la preparación o ejecución de medidas urbanísticas por un inversor privado a su propia costa (convenios de planificación), el fomento y la aseguración de los fines perseguidos con la planificación urbanística (convenios de ejecución del plan), la asunción de costes y demás gastos que le surjan al municipio como consecuencia de las medidas urbanísticas (convenio de gastos resultantes) y los relativos al suministro de energía. La enumeración no es exhaustiva, tal como se deduce de la reserva del § 11 I (“en particular”), y también del § 11 IV *BauGB*.<sup>20</sup>

a la *VwVfG* (el *BVerwG*, en su sentencia de casación, no compartió esta argumentación y declaró la nulidad del convenio; *cfr.* *BVerwGE* 84, 183, pp. 188 y ss.).

<sup>20</sup> En el mismo Código Urbanístico se encuentran otras normas sobre los convenios, sobre todo la del § 124 (convenio de urbanización), en los §§ 18 II 4, 28 VI 3, 43 I 1, 43 II 1 (convenios de indemnización); § 110 I (acuerdo sobre la expropiación y la indemnización); § 159 II (convenio de saneamiento); § 67 I (convenio de desarrollo). Sobre los convenios urbanísticos, *cfr.* principalmente Schmidt-Aßmann/Krebs, *Rechtsfragen stadtbaulicher Verträge*, 2a. ed., 1992; Spannowsky, *Grenzen des Vertragshandelns durch Verträge und Absprachen*, 1994, pp. 353 y ss.; sobre los convenios urbanísticos del § 11 I *BauGB*, además de

## 2. Concepto y delimitación del convenio administrativo<sup>Nt5</sup>

<sup>Nt5</sup> La institución analizada en este apartado se corresponde con la figura del contrato de derecho público o, específicamente, el contrato sobre actos y potestades públicas, que la doctrina española denomina normalmente convenio administrativo. El término alemán utilizado en este libro para referirse a la mencionada institución es *Verwaltungsvertrag*, esto es, literalmente, contrato administrativo. Sin embargo, puesto que en nuestro ordenamiento la expresión contrato administrativo remite a una realidad totalmente diversa, se ha sacrificado la literalidad en aras a una mejor comprensión del texto.

### A. Concepto

La definición legal del § 54 inciso 1 *VwVfG* se refiere a un “convenio mediante el cual se crea, se modifica o se extingue una relación jurídica en el campo del derecho público”. Por lo tanto, parte del concepto general de convenio y determina la naturaleza administrativa en función de su contenido.

a) Según la doctrina jurídica general, tal como se ha establecido sobre todo en el derecho civil, *contrato* es el acuerdo de dos (o más) sujetos de derecho sobre la producción de un determinado resultado jurídico, y se origina mediante la recíproca declaración de voluntad (oferta y aceptación) dirigida a un resultado jurídico común. A falta de tal acuerdo de voluntades queda excluido de antemano el convenio administrativo.<sup>21</sup>

b) El convenio *administrativo* se diferencia por su *objeto* de los demás instrumentos convencionales. La *VwVfG* habla continuamente del “convenio de derecho público” y, en la definición legal, de una “relación jurídica en el campo del derecho público”, y, si se atiende únicamente a la letra de la ley, quedarán comprendidos todos los convenios que se refieran a una rela-

los comentarios al *BauGB* y los manuales sobre el derecho de obra pública, *cfr. Erbguth/Witte*, Biete Planung, suche *Grundstück-Möglichkeiten und Grenzen städtebaulicher Verträge*, DVBl, 1999, pp. 435 y ss.; Pietzcker, *Probleme des städtebaulichen Vertrages*, Festschrift für Hoppe, 2000, pp. 439 y ss.; Brohm, *Städtebauliche Verträge zwischen Privat- und Öffentlichem Recht*, JZ, 2000, pp. 321 y ss.; Kahl, *Das Kooperationsprinzip im Städtebaurecht*, DÖV, 2000, pp. 793 y ss.; Birk, *Städtebauliche Verträge*, 4a. ed., 2002; Hamann, *Der Verwaltungsvertrag im Städtebaurecht*, 2002; Lorz, *Unzulänglichkeiten des Verwaltungsvertragsrechts am Beispiel der städtebaulichen Verträge*, DÖV, 2002, pp. 177 y ss.; Grziwotz, *Städtebauliche Verträge und AGB-Recht*, NVwZ, 2002, pp. 391 y ss.

<sup>21</sup> Si falta la declaración de voluntad típica y necesaria para un convenio administrativo, puede haber, en su caso, un acuerdo informal; *cfr. al respecto infra*, § 15, margs. 14 y ss.

ción de derecho público. Sin embargo, de las limitaciones generales del § 1 I (actividad jurídico-pública de la administración) y § 9 (concepto del procedimiento administrativo) de la *VwVfG* se concluye que solamente recaen bajo esta definición los convenios celebrados por una *administración* y que se puedan clasificar en el ámbito del *derecho administrativo*.<sup>22</sup>

La referencia al derecho público sirve como *distinción ante el contrato privado* (*cfr. infra*, margs. 8 y ss.), pero no supone una extensión a todos los convenios de derecho público. Los tratados y los convenios inter-administrativos entre la Federación y los *Länder* o de éstos entre sí, los convenios Estado-Iglesia y los internos de las iglesias, así como los tratados internacionales no entran en esta categoría, si bien no cabe duda de su naturaleza jurídico-pública.<sup>23</sup>

Para mayor claridad, en lo sucesivo en contra de la terminología de la *VwVfG*, se utilizará la expresión *convenio administrativo*, para designar un convenio que tiene por objeto las relaciones jurídico-administrativas y que crea, modifica o extingue derechos y obligaciones jurídico-administrativas.

## B. Diferenciación con el contrato de derecho privado

a) *El problema.* Dado que la administración puede actuar tanto de forma jurídico-pública como jurídico-privada (*supra*, § 3), en el caso concreto se plantea la cuestión de si un contrato en que participe un organismo público (como representante de la entidad gubernativa con capacidad jurídica) debe considerarse de derecho público o de derecho privado. Es de vital im-

<sup>22</sup> La fórmula “en el ámbito del derecho público” coincide con la correspondiente característica del concepto de acto administrativo (*cfr. el* § 35 inciso 1 *VwVfG*); pero aquí igual que allí debe considerarse una restricción al derecho administrativo (*cfr. supra*, § 9, margs. 14 y 24).

<sup>23</sup> Respecto a los tratados correspondientes al derecho constitucional, *cfr. BVerfGE* 22, 221 y 42, 345 (los llamados convenios de integración: Coburgo/Baviera y Pyrmont/Prusia), y *BVerfGE* 94, 297, 310 (convenio de unión). Éstos precisan de la autorización del Parlamento, mientras que los convenios inter-administrativos son competencia del ejecutivo y, por lo tanto, sólo pueden ser formalizados por el gobierno o por los ministros competentes [*cfr. al respecto* también *Rudolf*, HStR IV, 1990, § 105, marg. 52]. Son convenios inter-administrativos en este sentido, pese a su designación, el Tratado sobre la Adjudicación de Plazas Universitarias, del 20 de octubre de 1972 (*BVerfGE* 42, 103, 113 y ss.; *BVerwGE* 50, 124, 130 y ss.) y el Tratado entre los *Länder* sobre la Creación y el Funcionamiento de una Institución Común de Radiodifusión (*BVerwGE* 60, 162, 173), con la consecuencia de que, en caso de conflicto, no es competente el *BVerfG*, sino el *BVerwG*, conforme al § 50 I núm. 1 *VwGO*. La *VwVfG*, en cualquier caso, no se aplica a estos convenios inter-administrativos pertenecientes al ámbito competencial del gobierno.

portancia aclarar esta cuestión, ya que de ello depende cuál sea el derecho contractual aplicable, cuál sea la normativa sobre la responsabilidad, qué posibilidades de ejecución existen y qué procedimiento haya que seguir en caso de conflicto.

Sin embargo, tampoco se ha de dar demasiado relieve a las diferencias entre el convenio de derecho público y el contrato de derecho privado de la administración. No se puede obviar que a menudo existen aproximaciones mutuas e incluso coincidencias. Y esto se debe a diversos motivos. Por un lado, el contrato en sí mismo se caracteriza por unas estructuras predefinidas que son comunes a todas las áreas del derecho. Por otro lado, la legislación actual sólo regula el convenio jurídico-público de forma muy genérica y fragmentaria, de manera que es necesario recurrir continuamente, de forma integradora, a las disposiciones sobre el contrato de derecho privado, siguiendo también lo establecido en el § 62 inciso 2 *VwVfG*. En tercer lugar, la normativa sobre contratos jurídico-privados en el ámbito de la administración queda superpuesta y modificada (*supra*, § 3, margs. 6 y ss.) por el derecho público, principalmente por los derechos fundamentales y los principios generales de la administración (y también por los principios administrativos recogidos por la *VwVfG*). Pero estas influencias recíprocas no deben llevar a la confusión y a la equiparación, sobre todo porque el convenio administrativo y el contrato de derecho privado tienen sus propios y específicos ámbitos de aplicación. De cualquier modo, para resolver los casos concretos ha de estarse a lo dispuesto en el respectivo derecho contractual.<sup>24</sup>

<sup>24</sup> Desde el punto de vista terminológico, persisten ciertas diferencias. Algunos autores utilizan el término *convenio administrativo* como concepto genérico, común tanto a los convenios jurídico-públicos como a los jurídico-privados de la administración. Según esa concepción, es convenio administrativo todo convenio formalizado entre dos entidades gubernativas o entre una entidad gubernativa y un particular. En contraposición estaría el *contrato privado*, que es el que existe exclusivamente entre particulares (cfr. Krebs, *Grundfragen des öffentlichen Vertrages*, p. 41, que probablemente se anticepe demasiado al hablar de una “terminología que se va introduciendo”). Esta terminología no se sigue aquí por razones tanto jurídico-dogmáticas como de práctica jurídica. Los §§ 54 y ss. de la *VwVfG* sitúan al convenio administrativo junto al acto administrativo de forma integradora y analógica: ambas son las formas específicas de actividad de la administración para regular de forma vinculante los casos concretos, lo cual encuentra su más clara formulación en las expresiones *acto administrativo* y *convenio administrativo*. En tal caso, debería acentuarse la distinción entre el convenio de subordinación y el de coordinación. Es bien sabido que la normativa sobre convenios de los §§ 54 y ss. de la *VwVfG* es excesivamente estricta en general, por lo que ya se ha propuesto incorporar a la *VwVfG* el *convenio de cooperación* como una nueva y genérica modalidad contractual. El nuevo § 54a debería decir: “En el ámbito del derecho público pueden formalizarse convenios de cooperación para hacer participar a los particu-

b) *El derecho de elección de la administración.* La naturaleza jurídica (pública o privada) del convenio se debe determinar por *criterios objetivos*; es indiferente la intención subjetiva de las partes. Sin embargo, ha de tenerse en cuenta que a la administración, en el ámbito de la prestación de servicios, le asiste un derecho (limitado) a elegir entre formas de actuación jurídico-públicas o jurídico-privadas. En consecuencia, aquí sí es posible que la voluntad de la administración sea determinante, al menos en principio. Pero si hace uso de su facultad de elección y encauza su actuación hacia un determinado ámbito, entonces debe ser consecuente y seguir por el camino trazado.<sup>25</sup>

c) *Delimitación en función del objeto del convenio.* Según el § 54 inciso 1 *VwVfG*, que corresponde con la doctrina y la jurisprudencia anteriores, la naturaleza jurídica viene determinada por el objeto del convenio.<sup>26</sup>

El *objeto* del convenio viene determinado por su contenido. Depende de si se refiere a una situación de hecho que se pueda considerar de derecho público y, especialmente, de si la obligación asumida contractualmente o

lares en la realización de funciones públicas” (*cfr.* el informe, NVwZ 2002, 834-835). Pero también este convenio debería quedar limitado al derecho *público*.

<sup>25</sup> Ejemplo: Queda a criterio de la administración local decidir si configura el reglamento de utilización de la biblioteca municipal de forma jurídico-pública o jurídico-privada, pero, si se decide por la forma jurídico-privada de utilización, todos los contratos que formalice a este respecto serán también de naturaleza privada. La decisión general inicial predestina, por tanto, todas las relaciones jurídicas particulares que surjan después.

<sup>26</sup> Así, es *indiferente la situación jurídica de las partes*. El hecho de que una de las partes contratantes o las dos la constituya un organismo público no determina por sí solo la presencia de un convenio administrativo. Es posible incluso que un convenio entre dos entidades gubernativas sea de naturaleza privada, por ejemplo, si el municipio A compra al municipio B un vehículo con arreglo al § 433 *BGB*. De igual manera, es posible un convenio administrativo entre dos particulares y, en caso de facultación especial por la ley, admisible, como sucede con el acuerdo celebrado conforme al § 110 *BauGB* cuando el afectado y el beneficiado por la expropiación son particulares, algo que sucede con gran frecuencia (la autoridad expropiadora no es en sí parte del convenio, sino mediadora), o bien con la aceptación contractual de la obligación jurídico-pública de limpiar las calles (*cfr.* OVG Lüneburg OVGE 27, 341, 343), o bien con la cesión contractual de un derecho (jurídico-público) de rentas (*cfr.* BSozGE 70, 37, 39). Discrepan de esto Gern, *Der Vertrag zwischen Privaten über öffentlichrechtliche Berechtigungen und Verpflichtungen*, 1977; Kasten/Rapsch, *Der öffentlich-rechtliche Vertrag zwischen Privaten—Phänomen oder Phantom?*, NVwZ, 1986, pp. 708 y ss., con notas adicionales. La *VwVfG*, en todo caso, no contempla los *convenios administrativos* entre particulares (*cfr.* su § 1 I: actividad administrativa de las *autoridades*), salvo que una de las partes o las dos actúen con funciones de autoridad (Erichsen, VerwR § 24, marg. 10); *cfr.* también al respecto *BVerwG DVBl.* 1992, 1295 (transmisión de la naturaleza jurídico-pública a un cementerio libre).

la disposición acordada por convenio tienen carácter jurídico-público. Así, por ejemplo, estamos ante un convenio administrativo:

- Si sirve para la ejecución de normas de Derecho público (como el caso del llamado acuerdo en los procedimientos de expropiación de esta modalidad según el § 110 *BauGB*).
- Si contiene la obligación de realizar un acto administrativo o alguna otra actuación oficial (como la concesión de un permiso de obras).
- Si se refiere a una autorización u obligación jurídico-pública del ciudadano (como el deber urbanístico de disponer plazas de aparcamiento para vehículos, o el deber de limpieza de las calles).

Las dificultades surgen cuando las obligaciones son, de por sí, *neutrales* o *indiferentes*. Sobre todo, sucede con las obligaciones de pagar una cantidad de dinero, pues en sí mismas no son ni de derecho público ni de derecho privado. En estos casos debe atenderse al *fin* de la obligación y al carácter del convenio *en conjunto*: Si se obliga a un ciudadano al pago de un dinero para obtener una determinada prestación oficial de la administración, estamos ante un convenio administrativo, y no sólo si la actividad administrativa se promete o incluso se realiza en el convenio, sino también en el caso de que, sin estar siquiera mencionada en él expresamente, constituya, no obstante, la base del convenio (es el caso del llamado “convenio de intercambio *cojo*”). Lo mismo debe suponerse cuando el particular no se comprometa contractualmente al pago de una cantidad de dinero, sino a la transmisión de un bien inmueble. La doctrina mayoritaria rechaza, con razón, la división de tales convenios en una parte jurídico-pública y una jurídico-privada (los *convenios mixtos*), que en consecuencia también deberían tener una valoración jurídica diferenciada. La consecuencia es que se amplía sustancialmente el ámbito de aplicación del convenio administrativo, pues basta con que el acuerdo contractual contenga *una* obligación jurídico-pública (no secundaria) o que siquiera se refiera a tal obligación, sin embargo, sólo será así si las contraprestaciones del convenio están relacionadas entre sí. También es posible que dos regulaciones contractuales independientes se puedan concretar externamente en un mismo instrumento contractual; por ejemplo, un contrato de compraventa de inmueble y un convenio de redención urbanística.<sup>27</sup>

<sup>27</sup> Ejemplo práctico: A quiere construir un edificio comercial en el centro de la ciudad y solicita el correspondiente permiso de obra. Dado que no está en condiciones de disponer en

### C. *Tipos de convenios administrativos*

a) *Convenios de coordinación y de subordinación.* Esta clasificación se basa en la relación entre las partes contratantes.

su terreno las plazas de aparcamiento obligatorias, solicita además que se le dispense de esta exigencia legal. La autoridad consiente en acceder a lo solicitado si A paga diez mil marcos para la construcción de un edificio de aparcamientos que se construirá próximamente en las cercanías. El convenio resultante es el siguiente: la administración se compromete a la concesión de la dispensa y A, al pago de diez mil marcos (convenio de dispensa de construcción). Se trata de un convenio de naturaleza jurídico-pública (*cfr. BVerwGE* 23, 213; *BGHZ* 32, 214; 56, 365, 368 y ss.; *HessVGH DÖV* 1984, 118), y lo sería también si sólo considerase la obligación de A de pagar diez mil marcos, siempre que dicho pago tuviera por objeto la concesión de la dispensa (*cfr. BVerwGE* 42, 331, 332 y 333 sobre convenios de gastos resultantes; no es específico: entiende estos casos como contratos jurídico-privados *Lange*, JuS, 192, 503 y 504).

*Cfr.* también, a favor de la naturaleza pública del convenio, *BVerwG NJW*, 1976, 2360 (convenio de permuta de terrenos en relación con una disputa acerca de una contribución especial); *BGHZ* 58, 386, 388 y 389; *BGH DVBl.* 1986, 409 (convenio de urbanización); *BGH JZ*, 1973, 420, con comentario de *Rüfner* (cesión gratuita de una parcela como anticipo de una futura contribución especial). El *BGH* tenía antes a concebirlos como contratos de derecho civil (*cfr. BGH DVBl.* 1972, 824: convenio de cesión de terrenos con vistas a una dispensa de construcción), pero posteriormente se ha acercado a la jurisprudencia del *BVerwG* (sobre todo, *cfr. BGHZ* 56, 365, 367 y ss.). Pero la delimitación no siempre es sencilla. Probablemente estemos ante un contrato de carácter privado de compraventa cuando un ciudadano venda a la administración un terreno para evitar una inminente expropiación (*cfr. BGHZ* 84, 1, 3; 95, 1, 4). Según *BVerwG MDR* 1976, 874, también es jurídico-privado un contrato entre un artista y el estado como organizador de una exposición, en tanto en cuanto la exposición se realice en cumplimiento de funciones públicas pero de forma privada; también es privado, según la jurisprudencia (*BVerwGE* 92, 56, 58 y 59; *BGHZ* 153, 93, 96 y 97) el convenio urbanístico relativo al llamado modelo local (controvertido: *cfr. Brahm*, *JZ*, 2000, pp. 321 y ss.; *Grziwotz*, *NJW* 1997, pp. 237 y 238).

La polémica cuestión de si son de naturaleza pública o privada los convenios entre mutualidades de salud (corporaciones de derecho público) y empresas privadas sobre el suministro de material sanitario y otros instrumentos la resolvió el *GemS-OBG* a favor de la segunda opción (*BVerwGE* 74, 368). Sin embargo, la decisión desde entonces ha quedado obsoleta, al menos en lo que respecta al procedimiento, debido a la nueva regulación del § 51 II *SGG* en la versión de la Ley de Reforma de la Sanidad del 20 de diciembre de 1988 (*BGBl.* I, p. 2477), según la cual son competentes para conocer de los conflictos relacionados con tales convenios los Tribunales de lo social. Pero eso solamente se refiere a la cuestión procesal, con lo que el problema doctrinal de la naturaleza jurídica de estos convenios no ha quedado resuelto legalmente, si bien puede suponerse que el legislador los entiende como jurídico-públicos. Los convenios entre un organismo de servicios sociales (corporación de derecho público) y las entidades privadas de la Asistencia Libre sobre la asunción de los costes de asistencia sufridos por la organización privada con arreglo al § 93 II *BSHG* (los llamados acuerdos de dieta asistencial), según la doctrina mayoritaria y la jurisprudencia, son de naturaleza jurídico-pública; *cfr. BGHZ* 116, 339, 341 y ss., con notas adicionales; *BVerwGE* 94, 202, 204).

aa) Son *convenios de coordinación* aquellos que se formalizan entre partes de rango básicamente equiparable, especialmente entre organismos de la administración pública con capacidad jurídica. Se refieren a relaciones jurídicas que no pueden regularse con actos administrativos.<sup>28</sup>

bb) Por el contrario, son *convenios de subordinación* los que se celebran entre partes a las que une una relación de subordinación, es decir, entre la administración por un lado y los ciudadanos, o bien entre personas jurídicas subordinadas a la administración, por otro lado.<sup>29</sup>

Los ejemplos muestran que el convenio de subordinación a veces versa sobre el deber de realizar un acto administrativo (acto administrativo–actividad de preparación), a veces sustituye a un acto administrativo (acto administrativo–actividad de sustitución), pero también a veces carece de toda relación inmediata con acto administrativo alguno.

<sup>28</sup> Ejemplos: Un convenio entre dos municipios sobre el mantenimiento de un río que discurre por el límite entre sus respectivos términos; convenios de modificación de los límites entre dos municipios (*cfr.*, por ejemplo, los §§ 16 y ss. de la Ley de Régimen Municipal de Hessen; un convenio entre un municipio y un distrito sobre la transmisión del deber de retirada de basuras (*BadWürttVGH* *ESVGH* 26, 51); un acuerdo administrativo entre el *Bund* y un *Land* sobre el cumplimiento de funciones de éste por los organismos de aquél (*cfr. BVerwG DÖV* 1976, 319); un convenio entre el *Bund* y un municipio sobre la puesta en servicio de trenes especiales para el transporte escolar a cambio del reembolso de los costes operativos (*cfr. BVerwGE* 81, 312), aun tras la privatización de los ferrocarriles, continúa siendo un convenio administrativo de coordinación. Cuando, de forma excepcional, un convenio administrativo es entre dos particulares (*supra*, marg. 10), estamos en todo caso ante un convenio de coordinación.

<sup>29</sup> Ejemplos: Son convenios que se dan básicamente en el derecho urbanístico; *cfr.* los convenios ya citados en los margs. 4 y 11; asimismo, un convenio entre el jefe de servicio y un funcionario para el reembolso de los gastos de formación en caso de baja prematura en el empleo (*BVerwGE* 30, 65; 40, 237; 52, 183; 91, 200; *cfr.* también *BVerwGE* 74, 78: pena contractual); un convenio entre la autoridad policial y el obligado por un deber de policía sobre el cumplimiento de ese deber (*OVG Münster OVGE* 16, 12: retirada de un kiosco); un convenio sobre el pago de los gastos de una ejecución subsidiaria (*OVG Münster OVGE* 26, 180); un convenio sobre el uso privativo del espacio público (el llamado convenio de uso privativo, *BadWürttVGH* *ESVGH* 43, 10); un convenio sobre el pago de los costes adicionales de una canalización (el llamado convenio de exceso de costes, *OVG Lüneburg NJW* 1992, 1404); un convenio mediante el cual un tercero se compromete, con arreglo al § 68 de la Ley de Residencia (y al § 84 de la Ley de Extranjería), a soportar los gastos de manutención de un extranjero en Alemania (*cfr.*, en relación con el primer precepto, Schlette, NVwZ 1998, pp. 125 y ss.; una diferente opinión en *BVerwGE* 108, 1, 5: declaración de voluntad unilateral y vinculante; Hölscheidt, DVBl, 2000, pp. 385 y 386, con ulteriores referencias; asimismo, recientemente sobre el § 68 de la Ley de Residencia, *OVG Lüneburg NdsVBl.* 2006, 42); un convenio sobre el otorgamiento y el pago de una subvención; un contrato sobre la utilización de un establecimiento público. Más ejemplos, en Maurer/Bartscher, *Die Praxis des Verwaltungsvertrags im Spiegel der Rechtssprechung*, 2a. ed., 1997, pp. 49 y ss.).

cc) La *VwVfG* presupone la distinción entre convenios de coordinación y de subordinación sin mencionar expresamente tales términos (*cfr.* la justificación oficial, *BT-Drs.* 7/910, pp. 78 y ss.). En el § 54 inciso 2 *VwVfG* se introduce el convenio de subordinación; ciertas disposiciones, como los §§ 55, 56, 59 II y 61 de la *VwVfG* hacen referencia al § 54 inciso 2 y se aplican por tanto solamente a los convenios de subordinación.<sup>30</sup>

b) *Convenios de obligación y de disposición*. Esta clasificación, común sobre todo en el derecho civil, se basa en el objeto de la regulación. Estamos ante un convenio de obligación cuando una de las partes contratantes o las dos se obligan a determinadas prestaciones y, en consecuencia, la otra parte obtiene un derecho al cumplimiento de las obligaciones asumidas. Por el contrario, el convenio de disposición (en cumplimiento de deberes tanto contractuales como legales o de cualquier otro origen) es la causa de una modificación jurídica inmediata. Esta distinción de orientación jurídico-civil, sin embargo, no debe conducir a conclusiones erróneas. En concreto, no sería acertado ver una *disposición* en todo acto administrativo y considerar convenio de disposición todo convenio administrativo que sustituye a un acto administrativo. El acto administrativo puede dirigirse a una inmediata modificación jurídica (actos constitutivos de derechos como, por ejemplo, la autorización), pero también puede tener por objeto derechos y obligaciones que exigen el cumplimiento previo de un deber (imposición de pagos monetarios, disposiciones de policía).<sup>31</sup>

<sup>30</sup> Sin embargo, la interpretación del § 54 inciso 2 no deja de suscitar dudas. Si se atiende a su tenor literal, parece comprender únicamente aquellos convenios administrativos que *sustituyan* un acto administrativo. Pero las interpretaciones histórica, teleológica y sistemática permiten concluir que están incluidos *todos* los convenios administrativos subordinados (*cfr.* *BVerwGE* 111, 162, 165 y 166). Esto es así al menos en la medida en que en los mencionados preceptos se haga referencia al “convenio previsto en el § 54 II”, ya que, por ejemplo, la prohibición de desconexión de las prestaciones del § 56 no es lógico que se aplique únicamente a una parte relativamente pequeña de los convenios de subordinación. La desafortunada redacción del artículo podría llegar a significar que se trata de convenios *del ámbito* que en general se puede regular también mediante actos administrativos, esto es, de forma jurídicamente subordinada. Por lo demás, esta disposición *permite* regular también mediante convenio administrativo un supuesto regulable por acto administrativo.

<sup>31</sup> El ámbito principal de aplicación del convenio administrativo sustitutivo de actos administrativos será, en todo caso, el segundo grupo: la administración, por ejemplo, puede fijar una subvención unilateralmente mediante un acto administrativo o acordarla mediante convenio (en ambos casos, el acto jurídico precisa de una ejecución). De igual manera, una persona sujeta a un deber de policía puede ser obligada a la subsanación de una situación contraria al orden público mediante una disposición de policía o por acuerdo con la autoridad policial (también aquí es preciso en ambos casos el cumplimiento). En cambio, resulta más problemático el primer grupo, en que es dudoso si la autorización para construir pue-

c) *Tipos especiales de convenio.* La *VwVfG* nombra dos convenios: el convenio de transacción (§ 55) y el convenio de intercambio (§ 56), aunque no limita los convenios administrativos a estas dos categorías. No existe un *numeris clausus* de convenios jurídico-administrativos. Los dos que aquí se nombran merecen una mención especial porque no sólo se presentan con gran frecuencia en la práctica, sino que además son fuente de situaciones típicas de riesgo que precisan de una especial regulación.

Los convenios de transacción y de intercambio pueden tomar la forma tanto de convenios de coordinación como de subordinación. Los artículos 55 y 56 de la *VwVfG* hacen referencia al § 54 inciso 2, por lo que regulan únicamente los ahí llamados *convenios de subordinación* y los de coordinación no se sujetan, al menos directamente, a las limitaciones que ahí se contienen.

aa) El *convenio de transacción* pretende remediar, mediante concesiones recíprocas, una incertidumbre resultante de la razonable valoración de una situación de hecho o de derecho. Por lo tanto, presupone: 1) que exista una incertidumbre relacionada con situaciones de hecho o con puntos de vista jurídicos, 2) que dicha incertidumbre no pueda ser remediada o que no lo pueda ser sin un considerable esfuerzo y 3) que ambas partes contratantes cedan, esto es, que hagan ciertas concesiones.<sup>32</sup>

La regulación del § 55 *VwVfG* encuentra aplicación también en las *transacciones procesales* de derecho administrativo, pues éstas poseen una doble naturaleza: de actuación procesal (sometida a la *VwGO*) y de convenio administrativo (sometido a la *VwVfG*).

bb) Los *convenios de intercambio* son convenios que generan obligaciones recíprocas. A fin de proteger a los ciudadanos y para evitar “el comercio con derechos de soberanía” (*cfr.* la justificación oficial, *BT-Drs.* 7/910, p. 79), sólo se admiten en presencia de determinados presupuestos: la contra-

de plasmarse en un convenio administrativo, en lugar del acto administrativo (permiso de obras); *cfr.* al respecto *infra*, marg. 27.

<sup>32</sup> *Cfr.* al respecto *BVerwGE* 49, 359, 364; 84, 157, 165 (permiso de obras: la incertidumbre y la concesión deben referirse al mismo aspecto); *BVerwGE* 98, 58, 62 y 63 (también en relación con un reglamento urbanístico); *BVerwGE DÖV* 1977, 206 (convenio de urbanización: incertidumbre sobre la situación jurídica antes de una resolución judicial en la máxima instancia); *BayVGH DVBl.* 1980, 62 (inadmisibilidad de transacción sobre una cuestión jurídica en el procedimiento electoral); también, Meyer-Hesemann, *Die Zulässigkeit gesetzesinkongruenter verwaltungsrechtlicher Vergleichsverträge und Prozeßvergleiche*, DVBl., 1980, pp. 869 y ss.; Degenhart, *Der öffentlichrechtliche Abfindungsvergleich*, NVwZ, 1982, pp. 71 y ss.; Erfmeyer, *Die Beseitigung einer Ungewissheit über den Sachverhalt durch Abschluß eines Vergleichsvertrages*, DVBl., 1998, pp. 753 y ss.

prestación del ciudadano 1) debe dirigirse a un fin determinado, 2) debe servir para el cumplimiento de funciones públicas, 3) debe ser proporcionada y 4) debe estar relacionada objetivamente con la prestación contractual (la llamada prohibición de desconexión de las prestaciones). Cuando exista un derecho a una prestación de la administración, la contraprestación sólo será admisible si puede ser objeto de una cláusula accesoria a un acto administrativo (*cfr.* § 56 II *VwVfG*, y *supra*, § 12, margs. 19 y ss.). Estos requisitos no sólo se aplican al convenio de intercambio propiamente dicho, en que la prestación y la contraprestación se recogen en el mismo texto contractual, sino también al llamado convenio de intercambio *cojo*, que tan solo contiene la obligación del particular y en que la contraprestación de la administración la presuponen las partes como fundamento económico o como fin perseguido por la regulación (*supra*, marg. 11).<sup>33</sup>

#### D. Relación entre acto administrativo y convenio administrativo

a) *Diferencias*. El convenio administrativo es (como el acto administrativo) una regulación jurídico-administrativa de un caso concreto con eficacia externa. Por lo tanto, ambos entran en el concepto del § 9 *VwVfG*: actos que ponen fin a un procedimiento. La única diferencia con consecuencias relevantes consiste, sin embargo, en la forma de verificación: el acto administrativo lo realiza la administración *unilateralmente* y el convenio administrativo surge *de común acuerdo* entre la administración y los particulares.

Esta sola diferencia imprime al convenio administrativo no sólo un carácter totalmente diferente, sino también sustanciales consecuencias jurí-

<sup>33</sup> Son casos típicos de convenio de intercambio los antes citados convenios de dispensa de obra (exención a cambio de pago o de cesión de terrenos). En el caso de las plazas de aparcamiento, citado en el marg. 11 anterior, se dan los requisitos: 1) El dinero debe servir para la construcción de un determinado edificio de aparcamientos, 2) La construcción de tal edificio ha de ser en bien del interés público, 3) El importe es proporcionado si se calcula en función de un porcentaje del coste total de la construcción del aparcamiento o si se corresponde con el ahorro obtenido por A con la dispensa, 4) La conexión material deriva de que con el pago se posibilita la construcción de las plazas de aparcamiento que hubiera debido disponer el propietario en sus terrenos pero que, por las limitadas condiciones de espacio, no pudo hacerlo. *Cfr.* al respecto *BVerwGE* 23, 213; *BVerwG NJW*, 1980, 1294; *OVG Münster DVBl*, 1977, 903; *BadWürttVGH VBlBW*, 1996, 218 (la mayoría de las legislaciones urbanísticas de los *Länder* han ido incorporando normas sobre la obligación de reservar plazas de aparcamiento). *Cfr.* también, sobre el convenio de intercambio, especialmente al respecto de la prohibición de desconexión de las prestaciones, *BVerwGE* 42, 331, 338 y ss. (convenio de costes resultantes en el derecho urbanístico); *BGH DVBl*, 1972, 824 (dispensa de construcción a cambio de cesión de terrenos).

dicas en cuanto a los requisitos de validez, la eficacia vinculante, las consecuencias de los vicios, la posibilidad de revisión en caso de alteración de las circunstancias jurídicas o materiales, así como en las posibilidades de ejecución forzosa.<sup>34</sup>

b) *Distinción respecto al acto administrativo sujeto a consentimiento.* Existen actos administrativos que sólo pueden ser realizados si el sujeto afectado ha declarado su consentimiento, lo que generalmente sucede mediante la solicitud de adopción del acto administrativo, pero también puede ser por otras vías. El acto administrativo sujeto a consentimiento es siempre una regulación unilateral por parte de la administración, y la necesidad del consentimiento no tiene por objeto el hacer participar al ciudadano en la decisión del proceso regulatorio (lo que sí sucede en el convenio administrativo), sino garantizar que no se le obliga a aceptar un acto administrativo que no desea. La declaración del particular en el convenio es un requisito esencial y, para el acto administrativo sujeto a consentimiento, un requisito de validez y, con frecuencia, también un presupuesto de su eficacia jurídica. Si no se produce esa declaración en un pretendido convenio, éste no llega a existir, pero, si no se produce la declaración en el acto administrativo sujeto a consentimiento, sí habrá un acto administrativo, si bien será contrario a derecho y anulable o inválido.<sup>35</sup>

En algunos casos concretos pueden surgir dudas sobre si estamos ante un convenio administrativo o ante un acto administrativo ya consentido. Es determinante en este sentido la voluntad de las partes, sobre todo de la administración, voluntad que (como suele ser) debe inferirse de las respectivas declaraciones y del contexto general. Es un indicio importante si el ciudadano ha tenido ocasión de influir en el contenido de la regulación (si es así, será un convenio) o si sencillamente ha tenido la posibilidad de evitar la adopción del acto negándose a declarar el consentimiento (en tal caso, será un acto administrativo).<sup>36</sup>

<sup>34</sup> No obstante, existe una cierta tendencia a allanar estas diferencias (por ejemplo, en cuanto a los efectos de las irregularidades), lo cual no es posible sino de forma matizada.

<sup>35</sup> Cfr., acerca del acto administrativo sujeto a consentimiento, *supra*, § 9, marg. 25. Ejemplos: El nombramiento de funcionarios, la matriculación, el permiso para abrir un bar. El consentimiento tiene sentido, sobre todo, porque a la naturaleza favorable del acto pueden ir ligadas determinadas cargas (las tareas del funcionario, impuestos de licencia, etcétera).

<sup>36</sup> Puede plantearse que la administración y el particular tuvieran intenciones divergentes. Si la administración pretendía formalizar un convenio pero el particular entendía su declaración como simple solicitud de realización de un acto administrativo (sujeto a consentimiento), a falta de la voluntad común no existe convenio y, por lo demás, tampoco existe ningún acto administrativo. Si, por el contrario, la administración pretendía dictar un acto

c) *El acto administrativo con cláusulas accesorias.* En la definición de objetivos a menudo se aproximan considerablemente el convenio administrativo, que condiciona la adopción de un acto administrativo a una contraprestación del particular, y el acto administrativo vinculado a un deber o a una condición dilatoria. En ambos casos se puede imponer al ciudadano una obligación adicional para eliminar dudas u obstáculos que aún existen para la adopción del acto administrativo, bien de forma unilateral por la administración (mediante cláusulas accesorias), bien de común acuerdo (por medio de convenio administrativo).<sup>37</sup>

En todos estos casos, por cierto, el particular puede *oponerse a la obligación adicional* (renunciando al mismo tiempo, como es lógico, al aspecto favorable): en el convenio administrativo, no emitiendo la declaración de voluntad necesaria para la perfección del convenio; en la obligación adicional, no aprovechándose del acto administrativo principal, con lo que no necesita corresponder a la carga; y en la condición dilatoria, simplemente no cumpliéndola.

d) *Convenio administrativo y promesa.* Existe además un evidente paralelismo entre el convenio obligacional y la promesa o garantía. La administración puede comprometerse mediante una u otra fórmula a una determinada actividad u omisión o a tolerar una determinada conducta; en el primer caso, de forma bilateral (eventualmente, asumiendo el ciudadano las pertinentes obligaciones) y, en el segundo caso, de forma unilateral.<sup>38</sup>

administrativo pero el ciudadano consideraba su declaración como constitutiva de un convenio, tampoco habrá convenio, pero sí un acto administrativo (si bien contrario a derecho y posiblemente también inválido).

<sup>37</sup> Ejemplos: G solicita un permiso para abrir un bar con arreglo al § 2 I de la Ley de Restauración. La autoridad competente considera que es necesario instalar en el local una protección contra los ruidos. Entonces puede bien condicionar el acto administrativo al cumplimiento de un determinado deber o condición (*cfr. supra*, § 12, marg. 10), o bien cerrar un convenio con G en que éste se compromete a instalar la protección y la administración se compromete a conceder el permiso. De igual manera podría desarrollarse el caso en que la administración estaba dispuesta a conceder una dispensa a cambio del pago de diez mil marcos (*supra*, margs. 11 y 17). En lugar de un convenio (convenio de dispensa de construcción), la administración podría conceder la licencia bajo la condición o la carga de que el propietario abonara diez mil marcos (*cfr.* también *BVerwGE* 65, 139).

<sup>38</sup> *Cfr.* al respecto también *supra*, § 9, marg. 61. Desde el punto de vista jurídico, la promesa debe someterse a las reglas de acto administrativo y el convenio administrativo, a las contractuales. Así, una promesa contraria a derecho puede ser revocada, mientras que el convenio obligacional contrario a derecho recae en la regulación de los vicios del § 59 *VwVfG* (*cfr. infra*, margs. 36 y ss., especialmente el 49).

### **3. Evolución y relevancia del convenio entre el Estado y los ciudadanos**

El convenio de subordinación merece un especial interés, ya que se refiere a la relación Estado-ciudadano, hoy tan profusamente regulada, por lo que plantea problemas muy específicos.

#### **A. Evolución**

a) *La doctrina jurídico-administrativa.* Mientras que el acto administrativo obtuvo su configuración característica a finales del siglo XIX gracias a *Otto Mayer* y desde entonces adquirió una posición predominante en el sistema del derecho administrativo, el convenio administrativo entre el Estado y los ciudadanos ha sido rechazado durante mucho tiempo o, al menos, desatendido. No obstante, a pesar de una difundida opinión, ya era conocido y ampliamente reconocido en la ciencia del derecho administrativo desde el siglo XIX. Así, los manuales de derecho administrativo de *Loening* y de *Stengel* (1884 y 1886, respectivamente) mencionaban, junto a la disposición (el acto administrativo), el convenio jurídico-público como otra forma de actuación de la administración. *Laband*, con relación al convenio, estableció que el Estado, en su supremacía, podía servirse de la fórmula jurídica que prefiriera (AöR vol. 2, 1887, p. 159). Ya entonces una considerable parte de la doctrina interpretaba la contratación de los funcionarios públicos como convenios jurídico-públicos. Frente a ellos, y en contra de la aceptación de un convenio jurídico-público en la relación Estado-ciudadanos, se pronunció enérgicamente *Otto Mayer*. Para él “no eran posibles” los convenios entre el Estado y los ciudadanos en el ámbito del derecho público, pues el convenio presupone la equiparación de los sujetos de derecho, mientras que el derecho público está determinado por la posición dominante del Estado (*cfr.* sobre todo AöR vol. 3, 1888, pp. 3 y ss., especialmente p. 42). El veredicto de *Otto Mayer* se impuso durante largo tiempo, pero no sin contestación: siempre hubo autores que se pronunciaron a favor del convenio administrativo, como Willibalt Apelt, *Der verwaltungsrechtliche Vertrag*, 1920 (comentado por *Otto Mayer* en AöR, vol. 40, 1921, pp. 244 y ss.). Y casi todos los manuales de derecho administrativo general publicados a partir de 1945 apuntaban, siquiera incidentalmente, al convenio administrativo como posible forma de actividad de la administración. En el año 1958 aparecieron ya tres obras que se ocupaban principalmente de la admisibilidad

jurídica del convenio administrativo y posibilitaron su penetración definitiva en la ciencia jurídica.<sup>39</sup>

b) La *práctica administrativa*, a pesar de las reservas de la doctrina, ha recurrido al convenio administrativo desde hace mucho tiempo, lo que evidencia la necesidad de esta forma de actuación. También la *jurisprudencia* se ha tenido que ocupar una y otra vez de los convenios administrativos, pese a lo cual el *BVerwG* en 1966 volvió a considerar necesario examinar a fondo y poner a prueba la admisibilidad de esta categoría, pero, tal como era de esperar, llegó a una conclusión positiva (*cfr. BVerwGE* 23, 213).

c) Con la *promulgación de la VwVfG*, el convenio administrativo ha quedado definitivamente consagrado, e incluso merece igual consideración que el acto administrativo (*cfr. § 9 VwVfG*).<sup>40</sup>

d) *Actualmente* ya no se discute que el convenio administrativo sea por principio admisible, a pesar de que ocasionalmente se sigan elevando voces críticas o contrarias. Ahora se trata de la penetración dogmática del derecho convencional administrativo, en especial de la aclaración de los requisitos jurídicos, de la configuración jurídica y de los efectos de las irregularidades. Una aclaración que podría entenderse también como una condición esencial para impulsar la aplicación práctica del convenio administrativo.<sup>41</sup>

<sup>39</sup> Cfr. Imboden, *Der verwaltungsrechtliche Vertrag*, 1958; Salzwedel, *Die Grenzen der Zulässigkeit des öffentlich-rechtlichen Vertrags*, 1958; Stern, *Zur Grundlegung einer Lehre des öffentlich-rechtlichen Vertrages*, *VerwArch*, vol. 49, 1958, pp. 106 y ss.; en contra se manifestó Bullinger, *Vertrag und Verwaltungsakt*, 1962, pronunciándose una vez más contra el convenio administrativo, pero teniendo en cuenta esta vez más adversarios y críticas. Acerca de la evolución histórica, véase las referencias aportadas por Maurer, *DVBl*, 1989, pp. 799 y ss.

<sup>40</sup> Las disposiciones sobre convenios ya figuraban en el proyecto de ley de 1963 (*supra*, § 5, marg. 5), lo que supuso un auténtico trabajo de pioneros, ya que los autores del borrador se encontraban en gran medida en terreno aun no explorado. Esas disposiciones influyeron ya en la doctrina y en la práctica jurídica, aunque también desataron intensos debates y, en parte, fueron sometidas a una dura crítica, sobre todo la regulación de los vicios del § 59 *VwVfG*. Por eso tiene aún más significación que el legislador, acostumbrado a seguir las sugerencias de la doctrina, aceptara sin apenas cambios las disposiciones del proyecto relativas al convenio administrativo. Se puede ver ahí una invitación a la doctrina y a la práctica jurídica a terminar de configurar la de por sí fragmentaria regulación de los convenios de la *VwVfG*, a continuar su desarrollo y, en caso de duda, a interpretarla conforme a la Constitución. Los pocos principios generales del derecho administrativo que hasta entonces persistían en el ámbito del derecho de los convenios jurídico-públicos fueron incorporados a la *VwVfG*, de forma que desde entonces nadie puede negar su reconocimiento al convenio-administrativo.

<sup>41</sup> Cfr. de nuevo, respecto la crítica fundamental, Burmeister, *Referat auf der Staatsrechtslehrertagung 1992 mit anschließender Diskussion*, *VVDStRL* 52, 1993, pp. 190 y ss.; Püttner, *Wider den öffentlich-rechtlichen Vertrag zwischen Staat und Bürger*, *DVBl*, 1982, pp. 122

### B. Relevancia y problemática del convenio administrativo

a) El convenio administrativo (de subordinación) es considerado hoy en día de forma general como un *necesario y legítimo instrumento de regulación de la administración*. Posibilita una administración flexible y, sobre todo, adaptable a los casos atípicos. Se corresponde particularmente con un concepto de administración moderno, democrático, de Estado de derecho, que ve al ciudadano no como mero subordinado, sino como sujeto autónomo de derecho y socio de la administración, por lo cual, en la medida de lo posible, se le hace participar de forma corresponsable en la gestión administrativa.

b) Sin embargo, cuanto más se extiende el convenio administrativo, menos se corresponde con el modelo de la configuración individual de la relación contractual. Si el convenio administrativo se convierte en un instrumento cotidiano de la actividad administrativa, las autoridades cada vez más tenderán a desarrollar formularios contractuales tipificados e impresos de antemano que determinen esencialmente el contenido del convenio y tan sólo permitan añadir los datos individuales del dato concreto. En consecuencia, tal *convenio-tipo* se diferencia en la práctica del acto administrativo únicamente por el hecho de que el ciudadano suscribe la regulación propuesta por la administración, con lo cual se somete a una vinculación mayor.

También en lo que respecta a las posibilidades de influir del ciudadano, son escasas las diferencias entre el convenio y el acto administrativos, como veremos a continuación. Por una parte, al ciudadano, en el momento de formalizar el convenio administrativo, a menudo no le queda más remedio que aceptar la regulación ofrecida por la administración, si es que está interesado en las ventajas que ésta comporta. Por otro lado, antes de la adopción de un acto administrativo también puede presentar sus alegaciones mediante las facultades procesales que se le reconocen en el procedimiento adminis-

y ss., con réplica de Heberlein, *Wider den öffentlich-rechtlichen Vertrag?*, DVBl, 1982, pp. 763 y ss.; además, Püttner, *Festschrift für Maurer*, 2001, pp. 718 y 719.

Sobre la práctica contractual, cfr. Maurer/Bartscher, *Die Praxis des Verwaltungsvertrags im Spiegel der Rechtsprechung*, 2a. ed., 1997; Bartscher, *Der Verwaltungsvertrag in der Behördenpraxis*, 1997; Schlette, *Die Verwaltung als Vertragspartner*, 2000, pp. 235 y ss.; además, los informes de la Presidencia del Gobierno de Stuttgart por Arnold, VerwArch, vol. 80, 1989, pp. 125 y ss., y Bulling, DÖV, 1989, pp. 277, 282 y ss. (aquí hay que señalar que no se ha observado una actividad similar en el resto de Alemania, tal como han constatado los estudios del autor), además de los informes de diferentes áreas de la administración y distintos Länder en Hill (coord.), *Verwaltungshandeln durch Verträge und Absprachen*, 1990.

trativo, influyendo así en la resolución. El “acto administrativo negociado”, referido a un asunto complejo y dictado únicamente tras largas negociaciones entre la administración y el particular, se distingue del convenio administrativo en la apariencia externa, pero no tanto en su proceso formativo ni en su contenido regulatorio.<sup>42</sup>

c) El *problema principal* del convenio administrativo, desde el punto de vista jurídico, es el *principio de legalidad de la administración*. Mientras que el derecho civil se caracteriza por la autonomía privada y, por ese motivo, está prácticamente abocado al contrato como instrumento de desarrollo, el derecho administrativo está dominado por el principio de legalidad. El entramado jurídico de la administración es cada vez más estrecho en relación con los ciudadanos, tal como muestran la extensión de la reserva de ley, la normación de la discrecionalidad, el reconocimiento de derechos subjetivos y el desarrollo del derecho a la tutela judicial. Cuanto más fina es la trama de la red menor es el margen de discrecionalidad para una auténtica configuración de los convenios. En principio, se encuentra generalmente admitido que la administración está vinculada permanentemente por el principio de legalidad, tanto si actúa por medio de actos administrativos como de convenios administrativos, de modo que no puede ampliar mediante acuerdos contractuales su margen de discrecionalidad legalmente establecido. Sin embargo, los principales problemas del derecho contractual administrativo se refieren al principio de legalidad. Se plantea, por un lado, la cuestión de si por la vía contractual (es decir, con el consentimiento del ciudadano) pueden dictarse regulaciones que no podrían establecerse mediante acto administrativo. Y, por otro lado, la cuestión de hasta qué punto pueden llegar a desplegar su eficacia convenios contrarios a derecho.

Pero esto no puede poner en duda los aspectos positivos del convenio administrativo, que representa un claro enriquecimiento de las posibilidades de actividad administrativa. Tan solo debe tenerse en cuenta que el convenio administrativo, que surge en un contexto diferente al del contrato jurídico-privado, tiene sus problemas específicos y en cierto modo conduce a contradicciones estructurales.

<sup>42</sup> Acerca del convenio “involuntario”, esto es, el convenio para cuya formalización el ciudadano no tiene auténtica capacidad de elección por haberle sido impuesta la prestación de la administración, véase el detenido examen con consecuencias jurídicas de Schilling, *Der “unfreiwillige” Vertrag mit der öffentlichen Hand. Erscheinungsformen und Rechtsschutz*, VerwArch, vol. 87, 1996, pp. 191 y ss.

## 4. Los presupuestos jurídicos del convenio administrativo

### A. La admisibilidad de la forma convencional

En virtud del § 54 *VwVfG*, la administración está autorizada para actuar mediante convenio siempre que no existan disposiciones de derecho contrarias a ello. Con esto queda zanjada en el derecho positivo la anterior controversia sobre si la actividad convencional de la administración precisa o no de una especial habilitación. Las “disposiciones contrarias” no son solamente prohibiciones expresas, que en todo caso aparecen con escasa frecuencia, sino que sobre todo se trata de preceptos que, según su propio sentido y finalidad, excluyen una regulación mediante convenio. Es particularmente inadmisible el convenio administrativo siempre que esté prescrita la forma del acto administrativo, tanto expresamente como de forma que se pueda deducir del contexto.<sup>43</sup>

Es dudoso si las *autorizaciones* urbanísticas, industriales, profesionales, etcétera, pueden formularse mediante convenio administrativo. En teoría, no se excluye la posibilidad, por ejemplo, de que el permiso de obras, esto es, el levantamiento de la prohibición general establecida por motivos de control preventivo (*supra*, § 9, marg. 51), no se declare por acto administrativo, sino en forma de convenio administrativo. Las leyes urbanísticas, sin embargo, están hechas a medida de la primera modalidad. La segunda sólo será posible, por tanto, cuando la normativa referida a los actos administrativos también pueda ser respetada mediante la actividad convencional.<sup>44</sup>

Pero también es posible que un permiso de obras sea *una promesa en el marco de un convenio administrativo*, si bien, desde el punto de vista jurídico, se considere un *acto administrativo independiente*. En este caso, el

<sup>43</sup> El nombramiento de los funcionarios debe realizarse mediante acto administrativo, tal como se deduce de las leyes de funcionariado y de sus especiales disposiciones formales (acerca de la anteriormente discutida situación legal, *cfr. supra*, marg. 21). También la llamada a filas, la determinación de deudas tributarias y demás impuestos, los resultados de los exámenes, etcétera, deben hacerse mediante acto administrativo.

<sup>44</sup> Ejemplo: El permiso de obras puede y debe ser revisado de oficio o revocado en determinadas circunstancias. La revisión de oficio y la revocabilidad, por tanto, deben quedar recogidas en el convenio del permiso de obras mediante las correspondientes reservas. Pero sigue planteando dudas si es suficiente con eso. Por lo demás, esta alternativa es especialmente peligrosa para el propietario del inmueble debido al § 58 I *VwVfG*, pues queda a merced del consentimiento escrito de los vecinos, siempre que sus derechos se vean afectados. Es posible que hasta pasados varios años no se detecte la necesidad de ese consentimiento, pero entonces se verá que éste no fue prestado y el permiso de obras será nulo.

instrumento contractual contendrá, junto a las disposiciones contractuales propiamente dichas, una declaración oficial vinculada pero totalmente externa al convenio, con carácter de acto administrativo. En caso de duda, ésta sería la interpretación correcta. También en otras áreas, como en el derecho civil, se presentan semejantes puntos de contacto, como la compraventa o cesión en un documento contractual.

Si es obligatoria la forma de acto administrativo, esto lógicamente no excluye que, *vinculado* a tal acto, se formalice un convenio.<sup>45</sup>

### B. La legitimidad formal del convenio administrativo

a) *Perfección*. El convenio administrativo se perfecciona, al igual que el contrato jurídico-civil, mediante dos declaraciones de voluntad coincidentes y recepticias: una *propuesta* de contratación (oferta) y su *aceptación* (§ 62 inciso 2 *VwVfG*, en combinación con los §§ 145 y ss. del *BGB*).<sup>46</sup>

b) *Forma escrita*. El convenio administrativo, conforme al § 57 *VwVfG*, precisa de la forma escrita. Por lo tanto, sus requisitos son más estrictos que los del acto administrativo, que no exige forma alguna (§ 37 II *VwVfG*), aunque la mayor parte de las veces también se haga por escrito. La exigencia de forma escrita tiene, obviamente, una doble función: por un lado,

<sup>45</sup> Ejemplo: La administración acuerda mediante convenio con B, quien ha de ser nombrado funcionario, que éste, tras su nombramiento y transcurrido un plazo determinado, sea promocionado. Lo que puede prometerse de forma vinculante mediante un acto de garantía, en principio, también ha de poder ser objeto de promesa contractual.

<sup>46</sup> Caso práctico: La administración envía a un ciudadano interesado en construir un convenio redactado por ella pero aún sin firmar, según el cual el particular se compromete a pagar diez mil marcos y la administración, en contrapartida, le dispensa de su obligación de disponer plazas de aparcamiento (el llamado convenio de dispensa de construcción de plazas de aparcamiento). El ciudadano lo firma y lo devuelve a la administración. Entonces lo firma el funcionario competente y añade el formulario a las actas sin remitir al particular un duplicado. Cinco años después, la administración reclama el importe pactado y adjunta a la demanda el documento del convenio: es en ese momento cuando el ciudadano ve por primera vez el escrito firmado por ambas partes. ¿Existe una obligación contractual? Solución: El envío del formulario contractual no es aún una oferta válida, pues le falta la firma, necesaria en la forma escrita (*infra*, marg. 29). Con la devolución del formulario por él firmado a la administración, el particular ha realizado una oferta contractual. La declaración de aceptación por el organismo público (la firma del funcionario) nunca hasta ahora le había llegado al ciudadano. Cuando éste la recibe, con motivo del juicio celebrado cinco años después, la declaración ya ha caducado, conforme a los §§ 62 inciso 2 *VwVfG* y 147 II *BGB*, pues el ciudadano en ese momento tan tardío ya no estaba obligado a esperar la aceptación. No se ha perfeccionado el convenio, con lo que no existe la obligación convencional de pagar (*cfr. OVG Saarland NJW* 1993, 1612).

protege a los interesados, especialmente a los ciudadanos, de una formalización apresurada con su correspondiente vinculación (función de advertencia); por otro, asegura que el cierre y el contenido del convenio queden inequívocamente documentados (función de prueba). El § 157 *VwVfG* establece una sola regla, pero si existen disposiciones legales más estrictas, se ha de estar a ellas. Por otro lado, mediante el correspondiente precepto jurídico se puede renunciar también a la forma escrita.<sup>47</sup>

c) *Consentimiento.* Un convenio administrativo que interfiera en los derechos de terceros precisa de su consentimiento (§ 58 I *VwVfG*). Esto es algo lógico, dado que en principio no es lícito un acuerdo a costa de terceros. La exigencia de consentimiento se aplica, en todo caso, a los convenios de disposición, y es dudoso si también se sujetan a ella los convenios de obligación (es la posición dominante en la doctrina: Erichsen, *VerwR* § 26, marg. 8, con ulteriores referencias). Debe admitirse que es así en el caso que la administración, debido a un convenio de obligación, deba intervenir sobre los derechos de terceros o si el cumplimiento del convenio por la administración afecta a los derechos de terceros, ante lo cual éstos no se podrían defender porque el convenio es la base jurídica adecuada. Para juzgar si y en qué medida se dan estos presupuestos no hay que examinar esta cuestión de forma aislada, sino en relación con la aún no aclarada regulación de los vicios del § 59 *VwVfG*.

<sup>47</sup> Una forma más estricta es, por ejemplo, la *escritura pública notarial*, obligatoria, con arreglo al § 62 inciso 2 *VwVfG* en combinación con el § 311b I *BGB*, para los convenios administrativos en que se pacta la obligación de ceder un bien inmueble (*cfr.*, en parte anteriores a la *VwVfG*, *BGHZ* 58, 386, 392 y ss.; 65, 368, 372; *BVerwGE* 70, 247, 254 y 255; también la doctrina mayoritaria: *Schlette*, p. 466, con ulteriores referencias). La renuncia a la forma escrita se da especialmente en los convenios en masa cotidianos, como los que se perfeccionan para la utilización de una piscina pública municipal mediante la entrega de una entrada. Si tal renuncia no está incluida en la reserva del § 57 *VwVfG*, lo cual es ampliamente aceptado por la doctrina, se extrae de todos modos de la subsidiariedad de la *VwVfG*. Sólo cabría preguntarse si una ordenanza sería suficiente. En los mencionados convenios cotidianos del ámbito municipal, que carecen de consecuencias relevantes, habría que admitirlo. En todo caso, las funciones de la forma escrita aquí no tienen relevancia.

Asimismo, existe también controversia, por ejemplo, acerca de si las declaraciones contractuales deben plasmarse en un solo documento o pueden comprender escritos separados, complementarios (intercambio de cartas); *cfr.* al respecto, con detalle, Weihrauch, *Verwaltungsrechtlicher Vertrag und Urkundeneinheit*, *VerwArch*, vol. 82, 1991, pp. 543 y ss.; *OVG Lüneburg NJW* 1998, 2921 (la forma escrita exige la firma de ambas partes en *un solo* documento). El *BVerwG* aún no ha resuelto de forma general esta cuestión, pero en casos concretos ha declarado suficiente la declaración por escrito en dos documentos separados (*BVerwGE* 96, 326, 332 y ss.).

Lo mismo sucede si un convenio administrativo pretende sustituir a un acto administrativo para cuya realización sea preciso el consentimiento de otro organismo público (§ 58 II *VwVfG*). También aquí se trata de que las restricciones establecidas legalmente no puedan ser eludidas mediante la elección de la forma convencional.

### C. La legitimidad material del convenio administrativo

Ante todo, el contenido del convenio administrativo debe estar en consonancia con el derecho vigente.

a) En la medida en que la *administración está vinculada por la ley*, si bien puede formalizar un convenio siempre que no esté prohibida la forma convencional (*supra*, marg. 26), en él sólo podrá *pactar* lo que ya esté establecido en la ley. Por lo tanto, tales convenios de mera ejecución legal por lo común tienen poco sentido, aunque pueden resultar útiles, por ejemplo, en la regulación de supuestos de hecho complejos de relaciones de suministro y de prestación de servicios, con recíprocos derechos y obligaciones. En principio, no es admisible una desviación de las prescripciones legales obligatorias.<sup>48</sup>

b) El ámbito de aplicación propio del convenio administrativo es aquél en que la administración pueda actuar conforme a su *discrecionalidad* o donde no esté vinculada por disposiciones legales. Precisamente, la facultad que le confiere a la administración la libre discrecionalidad para actuar de forma diferenciada puede ejercerse por medio de acuerdos con los ciudadanos. Esto se presta especialmente si en el ejercicio de la discrecionalidad han de considerarse los intereses particulares. Sin embargo, también

<sup>48</sup> Caso práctico: El alcalde del municipio M, que carece de buenas comunicaciones, quiere fomentar el establecimiento de industria en su término municipal. El empresario E se muestra interesado, pero le disuaden la situación desfavorable y los gastos adicionales con ella relacionados. Después de diversas negociaciones, el municipio y E acuerdan mediante convenio que en los primeros dos años se eximirá a E del impuesto de actividades industriales y, en los dos años siguientes, se le bonificará con la mitad de dicho impuesto. ¿Cómo debe juzgarse este convenio? Se trata de un convenio administrativo, pues trata del impuesto de actividades industriales, de naturaleza jurídico-pública, pero es un convenio contrario a derecho, pues la exención de los impuestos y tributos *debe* hacerse mediante las correspondientes disposiciones legales (*cfr.* al respecto *BVerwGE* 8, 329; 48, 166, 168 y 169; 64, 361, 363; *OVG Koblenz, NVwZ*, 1986, 68).

aquí deben respetarse los límites de la legalidad, incluidos los límites de la discrecionalidad.<sup>49</sup>

c) En los *convenios de transacción y de intercambio* deben respetarse además los correspondientes requisitos y límites legales (*cfr.* §§ 55 y 56 *VwVfG* y *supra*, margs. 16 y 17).

Es esencial a la transacción que la regulación establecida en ella, quizá no obligatoriamente, pero sí en la mayor parte de las ocasiones, no concuerde plenamente con el derecho aplicable, sino que simplemente se aproxime más o menos a él. Esta (velada) discrepancia se tolera porque, en ciertos casos, un total esclarecimiento de la cuestión no es posible o sólo lo es haciendo un esfuerzo desproporcionado, por lo que parece una solución jurídicamente adecuada dirimir las diferencias de opinión mediante concesiones recíprocas. Por eso mismo se hace aquí totalmente necesario respetar las especiales exigencias legales de la transacción.<sup>50</sup>

d) *¿Relajación de la vinculación a la ley por consentimiento del particular?* Las anteriores reflexiones partían de la vinculación de la administración a la ley, que en principio afectan también a la actividad convencional. Pero ésta era sólo una cara de la moneda. En la otra, los ciudadanos, bajo ciertas condiciones, consienten injerencias públicas, desisten de posiciones jurídicas, prometen o realizan voluntariamente prestaciones a las que no les obliga la ley. En resumen, pueden sintetizarse estas reflexiones (en consonancia con la terminología dominante, aunque no siempre unívoca, y a veces dudosa) con la palabra *renuncia*.<sup>51</sup>

<sup>49</sup> El § 53 II *SGB X*, *restringe* expresamente los convenios sobre servicios sociales a las áreas donde exista un *ámbito de discrecionalidad*. Por lo tanto, excluye la posibilidad de acuerdos contractuales acerca de servicios sociales vinculados legalmente. Este precepto, que pretende proteger a los ciudadanos, demuestra que el legislador considera mejor protegidos los derechos de los ciudadanos, al menos en este campo, si la administración no actúa mediante convenio, sino mediante acto administrativo. La norma no se aplica, por cierto, a los convenios de transacción y de intercambio, cuyos especiales requisitos ya protegen suficientemente a los ciudadanos (*cfr.* §§ 54 y 55 *SGB X*).

<sup>50</sup> Ejemplo: No es posible determinar con seguridad si A ha percibido o no el prometido pago suplementario de una pensión de quinientos euros. La autoridad competente y A se ponen de acuerdo, mediante transacción, en que se paguen trescientos euros más. Visto objetivamente, A podría exigir solamente quinientos euros o nada, pero como no es posible saber exactamente los hechos reales, este *arreglo* se justifica como una especie de solución intermedia.

<sup>51</sup> Ejemplos: El ciudadano se somete voluntariamente a un examen médico oficial (consentimiento de una injerencia en el § 2 II *GG*), o autoriza la entrada en su domicilio (consentimiento de una injerencia en el § 13 *GG*), o renuncia a una licencia de actividad o

Siempre que el ciudadano pueda, mediante una declaración unilateral, expresar su renuncia, con la consecuencia de que la administración vaya a poder hacer algo a lo que, en caso, contrario, no estaría facultada, debe admitirse también la fórmula del convenio entre el Estado y el ciudadano. La pregunta de hasta qué punto puede un ciudadano renunciar a sus posiciones jurídicas también es interesante, por tanto, en la valoración de la legitimidad de los convenios administrativos. *Es requisito para una renuncia (unilateral o contractual):*

1. Que la posición jurídica en cuestión sea *renunciable*, lo que sólo sucede si esa posición se creó exclusivamente *en interés del beneficiario* y, por tanto, está a su disposición.
2. Que la renuncia *en el caso concreto* no contrarie la *prohibición de desconexión de las prestaciones*, que se extrae de los principios de justicia material y de coherencia material.

Aquí ha de distinguirse también entre reserva de ley y primacía de la ley. La reserva de ley se dirige tanto a la protección individual como al reparto de competencias entre el Parlamento y el Ejecutivo. Pero cuando se trata de injerencias *concretas* en la libertad y la propiedad del ciudadano, la protección individual se sitúa en primer plano de tal manera que hace legítima cualquier renuncia. Por lo que respecta a la primacía de la ley, en cada caso ha de estarse a lo establecido en la normativa vigente.<sup>52</sup>

d) La cuestión antes controvertida de si el municipio puede comprometerse contractualmente a la *aprobación o modificación de un plan de urbanismo* ha sido posteriormente regulada por la ley de forma inequívoca: el § 1 II *BauGB* prohíbe expresamente tales convenios. Esta prohibición no es solamente una decisión legislativa, sino que se extrae obligatoriamente del contexto jurídico de los planes de urbanismo: una vinculación previa del consistorio eludiría el mandato de ponderación del § 1 VII *BauGB*, así como los derechos de participación de los ciudadanos con arreglo al §

a una subvención que le corresponde, o *dona* una suma de dinero o un terreno para la construcción de una guardería municipal.

<sup>52</sup> Cfr. al respecto, con más detalle, *Erichsen*, VerwR § 26, margs. 9 y ss.; *Schmidt-Aßmann/Krebs*, pp. 177 y ss.; *Maurer*, DVBl, 1989, pp. 804 y 805; *BVerwGE* 42, 331, 335 y 336 (convenio administrativo y reserva de ley); *OVG Lüneburg* DVBl, 1978, 179, 180 y 181 (renuncia, convenio administrativo y prohibición de desconexión de las prestaciones); de forma general y básica sobre la renuncia a derechos fundamentales, *Stern*, Staatsrecht III, pp. 887 y ss.

3 *BauGB* y los de los organismos públicos y autoridades implicados según el § 4 *BauGB*.<sup>53</sup>

## 5. Las consecuencias jurídicas de la invalidez de los convenios administrativos

Antes se defendía de manera casi unánime la postura de que los convenios administrativos contrarios a derecho son nulos. Sin embargo, la *VwVfG* no ha recogido esa doctrina, sino que ha establecido una regulación diferenciada.

### A. Examen de la regulación del § 59 *VwVfG*

La regulación de los vicios del § 59 *VwVfG* viene determinada por dos consideraciones básicas:

- a) Sólo existe *una* consecuencia del vicio: la nulidad del convenio administrativo contrario a derecho.
- b) No se da nulidad ante cualquier infracción de derecho, sino sólo ante las *causas de nulidad* enumeradas en el § 59 *VwVfG*.

<sup>53</sup> Por esos motivos, antes de la citada legislación tales convenios eran ya rechazados por la jurisprudencia y la doctrina mayoritaria; *cfr. BVerwG DVBl. 1980, 686; BGHZ 71, 386, 390 y 391; 76, 16, 22*. Pero esto no excluye también a los convenios relacionados con el plan de urbanismo, que incluso han recibido el apoyo del legislador (*supra*, marg. 4). Merece especial mención en este sentido el llamado convenio de proyectista del § 12 I 1 *BauGB*. La jurisprudencia había hecho ya previamente referencia a soluciones alternativas. Así, es posible que en la ponderación se incluya, como interés privado o público, el interés específico de un inversor privado en la aprobación de un determinado plan de urbanismo sea incluido como interés privado o público en la ponderación del § 1 VII *BauGB* y que éste incluso acabe constituyendo el punto de vista determinante (*cfr. BVerwG DÖV 1981, 878*), o que el acuerdo sobre un plan de urbanismo en ciertas condiciones sea interpretado o reinterpretado de manera que el municipio asuma el riesgo para el caso de que un determinado plan de urbanismo no se llegue a realizar (*cfr. BGHZ 76, 16, 24 y ss.; más en profundidad, BGH ZfBR 1984, 146*).

A este respecto y al de las distintas acciones que entran aquí en consideración (acciones derivadas de una asunción contractual de riesgo, de una *culpa in contrahendo*, de una responsabilidad patrimonial de la administración por ejercicio del cargo, etcétera), *cfr. Dolde/Uechtritz, Ersatzansprüche aus Bauplanungsabreden*, DVBl. 1987, pp. 446 y ss.; Looman, “Ausverkauf von Hoheitsrechten”, *Verträgen zwischen Bauherrn und Gebietskörperschaften*, NJW, 1996, pp. 1439, 1441 y ss.; Brohm, *Baurecht*, § 7, marg. 19; Schlette, pp. 206 y ss., 269 y ss., con ulteriores referencias.

Esto significa que los convenios administrativos inválidos sólo son nulos en casos muy concretos, pero en las demás ocasiones son pese a ello eficaces y su eficacia, inatacable. Al contrario del acto administrativo, no es posible una impugnación por los afectados, ni una revocación mediante recursos, ni una revisión de oficio por la administración, ni otras soluciones alternativas.<sup>54</sup>

Asimismo, el § 59 *VwVfG* distingue entre convenios de coordinación y de subordinación. El apartado 1 se aplica a *todos los convenios administrativos* y se remite a las correspondientes disposiciones aplicables del *BGB*. El apartado 2, por el contrario, sólo se aplica a los *convenios de subordinación* y prevé para ellos causas de nulidad adicionales.

### **B. Las causas de nulidad del § 59 II *VwVfG***

Un convenio de subordinación es nulo, *además* (es decir, aparte de las causas de nulidad del § 59 I *VwVfG*):

1. si fuese nulo un acto administrativo con igual contenido.
2. si fuese invalido un acto administrativo con igual contenido, si la invalidez no se basa en un vicio de procedimiento en el sentido del § 46 *VwVfG* y si *ambas* partes conocen la invalidez del convenio.
3. en caso de transacción contractual, si no se cumplen sus requisitos (*cfr.* § 55 *VwVfG*).
4. en caso de convenio de intercambio, si la contraprestación no es admisible con arreglo al § 56 *VwVfG*.

El número 1 se remite a la regla de la nulidad del § 44 *VwVfG*, que adquiere en este contexto su auténtica razón de ser, ya que la nulidad de pleno derecho que se produce en los actos administrativos carece de relevancia teórica y práctica debido a su impugnabilidad y revocabilidad, pero en el convenio administrativo constituye la única solución posible. El número 2

<sup>54</sup> Únicamente mediante el *artículo 60 de la VwVfG* puede la administración *rescindir* un convenio a fin de evitar graves perjuicios para el interés general. Esta “cláusula de emergencia”, que ha de interpretarse de forma estricta, está pensada básicamente para circunstancias sobrevenidas perjudiciales o cambios legislativos, pero no se puede aplicar en caso de invalidez originaria del convenio. Por otro lado, debe tenerse en cuenta también el artículo 58 de la *VwVfG*, según el cual los convenios sujetos a consentimiento sólo son efectivos desde que se verifica ese consentimiento, de modo que antes de ello son *provisionalmente ineficaces* y, tras denegarse el consentimiento, *definitivamente ineficaces*.

pretende evitar que las partes de un convenio eludan mediante colaboración consciente y voluntaria ciertos preceptos legales. Los números 3 y 4 quieren asegurar que no se pasen por alto y queden sin sanción las específicas exigencias que afectan al convenio de transacción y al de intercambio, respectivamente.

### C. *Las causas de nulidad del § 59 I VwVfG*

a) De la remisión general del § 59 I *VwVfG* a las disposiciones correspondientes del *BGB* se extrae que un convenio administrativo es nulo:

- Cuando una de las partes contratantes no tiene capacidad de obrar porque, por ejemplo, no tiene capacidad de actuar en el procedimiento (§ 105 *BGB*, § 12 I núms. 1 y 2 *VwVfG*). En caso de capacidad de obrar limitada (menores de edad con siete años o más), el convenio celebrado sin el consentimiento del representante legal es, en virtud de los §§ 106 y ss. *BGB*, en principio, provisionalmente ineficaz.
- En caso de reserva mental, de simulación o de falta de seriedad en el sentido de los §§ 116 a 118 *BGB*.
- Si el convenio infringe alguna formalidad (§ 125 *BGB*). Si no se respeta la forma escrita del § 57 *VwVfG*, el convenio administrativo es nulo (*BVerwGE* 96, 326, 332). Lo mismo sucede si hay prescrita alguna forma más estricta (escritura pública, § 311 b I *BGB*) y no se ha cumplido.
- Si el convenio administrativo es contrario a las buenas costumbres (§ 138 *BGB*).
- Al contrario del § 306 *BGB*, antigua versión, el contrato que tenga por objeto una prestación objetivamente imposible (ya) no es nulo, sino ineficaz (§ 311a I *BGB*); no genera ningún derecho primario a exigir el cumplimiento (§ 275 I *BGB*), pero sí el derecho a indemnización (§ 311 a II *BGB*). Lo mismo sucede (como hasta ahora) con la imposibilidad subjetiva y la imposibilidad objetiva sobrevenida: ya antes no constituían un problema de vicios, sino de cumplimiento, con lo que su relevancia se observaba en el campo de los incumplimientos (cfr. *BVerwG DVBl.* 1978, 610, 613, “imposibilidad jurídica de cumplimiento sobrevenida”).

b) La remisión al *BGB* abarca también la *nulidad declarada a partir de una impugnación* (jurídico-civil). Un convenio administrativo es, por tanto,

también nulo (§ 142 I *BGB*) si una parte impugna su consentimiento por haberlo dado bajo error, información falsa, engaño fraudulento o amenaza (§§ 119, 120 y 123 *BGB*).

c) Es problemático y controvertido hasta qué punto puede recurrirse de igual manera al § 134 *BGB*. Considerado de forma aislada el § 59 I *VwVfG*, no existe motivo para negar la aplicabilidad del § 134 *BGB*, la principal norma de los vicios del derecho civil. Ello conduciría a que todos los convenios administrativos contrarios a derecho fueran nulos, pues la administración está sujeta a la ley, por lo que le está prohibida toda actuación ilícita (principio de legalidad). Pero las dudas surgen cuando entra en consideración el § 59 II *VwVfG*: la enumeración de las (añadidas) causas de nulidad sería superflua e incoherente si ya en función del apartado anterior *todo* convenio administrativo contrario a derecho fuera nulo. Según la postura (subjetiva) del legislador, el § 134 *BGB* es obvio que no se aplica aquí (*cfr.* *BT-Drs.* 7/910, pp. 81 y 82).<sup>55</sup>

En la doctrina y en la jurisprudencia se ha impuesto, entretanto, una postura intermedia. Según ésta, el § 134 *BGB* se aplica por principio, pero no comprende toda infracción jurídica, sino sólo los casos de “invalidz cualificada” (*BVerwGE* 98, 58, 63). En consecuencia, debe distinguirse entre convenios administrativos simplemente inválidos que, pese a todo, son eficaces (siempre que no concurra otra causa de nulidad) y convenios administrativos cualificadamente inválidos, que son nulos de raíz. Si se acepta este punto de vista, surge, no obstante, la cuestión de cuándo se da una invalidz cualificada y, por tanto, la infracción de una prohibición legal en el sentido del § 59 *VwVfG* y del § 134 *BGB*. Hasta ahora no se ha propuesto ninguna fórmula sencilla y manejable, pero realmente tampoco es posible. Se pueden citar como criterios fundamentales: la interpretación literal y teleológica de la norma en que se basa la invalidz del convenio administrativo; el interés público existente en el caso concreto en que se mantenga el orden lesionado con el convenio administrativo inválido o, al contrario,

<sup>55</sup> La exclusión del § 134 *BGB* tendría, sin embargo, peligrosas consecuencias, como muestran los siguientes ejemplos: Un convenio de coordinación, aun con evidentes y graves infracciones de preceptos jurídico-materiales, sería eficaz y vinculante. Igualmente sería eficaz un convenio de subordinación que tuviera como objeto el nombramiento de un funcionario y que, por tanto, contrariara la prohibición de forma convencional del § 54 inciso 1 *VwVfG*; o un convenio que obligara a la administración a conceder un permiso de obras contrario a derecho, o que previera la exención de un impuesto establecido por ley, si en todos estos casos, excepcionalmente, no pudiera recurrirse al § 59 II núms. 1 y 2 *VwVfG*: el nombramiento *contractual* del funcionario sería firme y el impuesto legalmente establecido no podría exigirse (*cfr.* la solución propuesta *infra*, marg. 51).

el interés (público o privado) en que se mantenga el convenio pese a su invalidez, lo cual en definitiva hace necesaria una ponderación. Asimismo, se acepta que sólo existe infracción de una prohibición legal cuando la ley desaprueba el *contenido* del convenio administrativo, esto es, el resultado jurídico o económico perseguido con él, pero no cuando simplemente afecta a las modalidades de la regulación contractual, especialmente a cuestiones de procedimiento o de forma.<sup>56</sup>

Dado que los criterios de delimitación antes citados son muy generales, no sorprende que los defensores de la solución diferenciada lleguen a conclusiones divergentes cuando comienzan a dar ejemplos prácticos. La jurisprudencia tiende en cierta manera a aplicar la norma del § 134 *BGB* a los convenios administrativos contrarios a derecho, con o sin referencia al § 59 I *VwVfG*.<sup>57</sup>

Una infracción de la prohibición de la forma convencional del § 54 inciso 1 *VwVfG* conduce directamente a la nulidad del convenio. Pero esto no es consecuencia del mismo § 54 *VwVfG*, sino del § 59 I *VwVfG* en combinación con el § 134 *BGB* o el 125 *BGB*.<sup>58</sup>

<sup>56</sup> Cfr. *BVerwGE* 89, 7, 10 y 11; 98, 58, 63 y 64; Schenke, JuS 1977, 288 y ss.; Weyreuther, *Festschrift für Reimers*, 1979, pp. 379 y ss.; Schimpf, *cit.* marg. 59, pp. 283 y ss.; Gusy, DVBl, 1983, pp. 1227 y 1228; Efstratiou, *cit.* marg. 59, pp. 222 y ss.; Schmidt-Aßmann, *Festschrift für Gelzer*, pp. 125 y 126; Schlette, *cit.* marg. 59, pp. 549 y ss.

<sup>57</sup> Cfr., sobre todo, *BVerwGE* 89, 7 (convenio de urbanización); *BVerwGE* 90, 310 (convenio sobre los gastos resultantes de la construcción); *BVerwGE* 98, 58, 63 y 64 (convenio de transacción); también *BVerwGE* 64, 361, 363 y 364; 84, 183, 185 y sigs.; 87, 77, 82 y ss. (convenio de exención urbanística); *BVerwGE* 52, 183, 189 y ss. (acuerdo sobre el reembolso de los gastos de formación); *BVerwGE DVBl*, 1980, 686 y DÖV 1981, 878 (compromiso contractual de aprobar un plan urbanístico); *BVerwGE NJW*, 1980, 1294 (infracción de una disposición de la legislación urbanística regional). Por otro lado, *BayVGH BayVBI*, 1980, 719 (convenio de gastos resultantes); *HessVGH DÖV*, 1984, 118 (acuerdo de cogestión); *OVG Münster NVwZ*, 1984, 522 (convenio de subvención); *OVG Lüneburg NJW*, 1982, 2126 (contrato de compraventa con valoración alzada de los gastos de urbanización futuros); *BayVGH NVwZ* 1990, 979 (el llamado modelo local); *BadWürttVGH NVwZ*, 1991, 583 (el llamado convenio de cargas derivadas); *OVG Münster NVwZ*, 1992, 988 (convenio de dispensa de aparcamiento). Por otro lado, *BGHZ* 76, 16, 22 (compromiso contractual a aprobar un plan de urbanismo).

<sup>58</sup> Así, en la doctrina mayoritaria *cfr.*, por ejemplo, Henneke, en Knack, *VwVfG*, § 54, marg. 19; Erichsen/Ehlers, *VerwR* § 26, marg. 26; Schlette (marg. 59), pp. 559 y ss.; otra opinión: Schenke, JuS, 1977, 290. Por su parte, según la opinión de Krebs, *VerwArch* 72, 1981, p. 54 (y antes, Erichsen, *Jura*, 1994, 50 y 51), la nulidad en caso de infracción de la prohibición de la forma convencional no se deriva del § 59 I *VwVfG*, sino directamente del § 54 inciso 1 *VwVfG*, ya que la administración, si existe algún precepto legal que se oponga a ello, *no puede* celebrar convenios, por lo que no está capacitada para ello. Esta postura no resulta convincente. El verbo *poder* simplemente expresa que la administración, dentro

La interpretación de que el § 134 *BGB* no comprende los vicios de procedimiento ni de forma no debe conducir, sin embargo, a la idea equivocada de que esos vicios no afectan en absoluto a la efectividad jurídica del convenio administrativo (*cfr.*, empero, Schenke, *cit.*, marg. 42b). Según el § 59 I *VwVfG* en combinación con el § 125 *BGB*, los defectos de forma suponen la nulidad. Hay motivos para pensar que este precepto no se aplica solamente a la infracción de una exigencia de forma escrita (§ 57 *VwVfG*), sino a todos los defectos *formales*, lo que incluye analógicamente los defectos de procedimiento y de competencia, pudiéndose también recurrir (en cuanto a la competencia) a los §§ 105 y 164 y ss. *BGB*. No obstante, esta postura podría conducir a contradicciones con el § 59 II *VwVfG*, según el cual los defectos de procedimiento y de forma deben ser tenidos en cuenta lo menos posible.

#### D. *Infracción del derecho comunitario*

Entre las leyes que incluyen prohibiciones en el sentido del § 59 I *VwVfG* y § 134 *BGB* se encuentran también las *disposiciones obligatorias del derecho de la Comunidad Europea*. A este respecto no existe, en principio, margen para la ponderación y la diferenciación: el principio de la vigencia efectiva del derecho comunitario exige una estricta aplicación de sus disposiciones y, en consecuencia, la nulidad de los convenios contrarios a él.<sup>59</sup>

de los límites de la frase encabezada por “siempre que”, está autorizada para contratar. Si sobrepasa esos límites, el convenio es contrario a derecho, pero sobre las consecuencias de esa invalidez no hay nada dicho todavía. Y más aún cuando el § 59 *VwVfG* pretende regular de forma exhaustiva los casos de vicio. Por otro lado, el § 126 III Núm. 2 *Schl.-Holst. LVwG* contiene una disposición especial según la cual la infracción de la prohibición de la forma convencional subsana la *ineficacia* del convenio, para cuya impugnación se dispone de un mes de plazo. Este precepto puede justificar para Schleswig-Holstein la conclusión *a contrario* de que el convenio celebrado en contra de esa prohibición no es nulo, pero no permite extraer conclusiones para las demás leyes de procedimiento administrativo.

<sup>59</sup> Así, *BVerwGE* 70, 41, 44 y 45; Ehlers, *DVBl*, 1991, 613; Erichsen, *Jura*, 1994, 50; Spannowski, *Grenzen des Verwaltungshandelns durch Verträge und Absprachen*, 1994, p. 306, nota 33; otro punto de vista: Papier, *Die Entwicklung des europäischen Gemeinschaftsrechts auf das nationale Verwaltungs- und Verfahrensrecht*, Kloepfer/Merten et al. (coord.), *Die Bedeutung der Europäischen Gemeinschaften für das deutsche Recht und die deutsche Gerichtsbarkeit*, 1989, p. 51 (59). En la práctica recobran actualidad en todo caso poco frecuentes convenios de subsidio (convenios de subvención), contrarios a los artículos 87 y 88 del *EGV* (anteriores 92 y 93), ya que se plantea el correspondiente problema de la revocación de las resoluciones de subsidio (o subvención) contrarias al derecho comunitario (*supra*, § 11, margs. 38 y ss.). No se discute que los convenios de subvención

### **E. Consecuencias de la nulidad del convenio administrativo**

a) El convenio administrativo nulo *no despliega efecto jurídico alguno*. No genera (en cuanto convenio de obligación) deberes de prestación y (en cuanto convenio de disposición) no obra modificaciones jurídicas. La nulidad debe ser tenida en cuenta por toda autoridad administrativa y todo órgano judicial y puede ser alegada por cualquier ciudadano.<sup>60</sup>

b) Si la invalidez y la nulidad del convenio administrativo afecta sólo a *una parte* del convenio, éste será todo él nulo si no puede suponerse que hubiera sido celebrado aun sin la parte nula (§ 59 III *VwVfG*). También es una cuestión de la *divisibilidad del contenido contractual* y de la *presumible voluntad de las partes*.<sup>61</sup>

contrarios a la prohibición de subsidio del artículo 87 I del *EGV* son nulos, en todo caso, si su infracción del derecho comunitario ha sido determinada por la Comisión con arreglo al artículo 88, apartado 3, del *EGV*. Pero sí existe polémica en torno a la situación jurídica en el caso de que el convenio de subvención hubiera sido celebrado anteriormente, con lo que se ha incumplido la prohibición de ejecución del artículo 88, apartado 3, tercera frase, del *EGV* (esto es, el deber de informar a la Comisión de las subvenciones previstas y esperar a su dictamen). En la doctrina, por ejemplo, se defiende la postura de que tal convenio será provisionalmente ineficaz con arreglo al § 58 II *VwVfG* (consentimiento de la autoridad facultada para intervenir) hasta la decisión definitiva de la Comisión (*Spannowski, cit.* p. 310; *Schlette, Die Verwaltung als Vertragspartner*, 2000, pp. 555 y 556). Dado que es obvio que el § 58 II *VwVfG* no encaja aquí, se impone en todo caso una interpretación conforme al derecho comunitario, si bien ésta resulta difícil de justificar. Por eso hay que estar de acuerdo con la opinión contraria: que el convenio de subvención contrario a la prohibición de ejecución del artículo 88 III 3 *EGV* es nulo y, si la comisión se pronuncia posteriormente de forma positiva al respecto, será necesaria una nueva celebración del convenio (*Remmert, EuR* 2000, pp. 473 y ss.). Según una opinión intermedia, la infracción del mencionado precepto comunitario lleva sólo a la nulidad del convenio si es capaz de desvirtuar la competencia (*Oldiges, NVwZ* 2001, pp. 634 y 635). Esta opción es en principio plausible, pero en la práctica no siempre resulta fácil de aplicar. *Cfr.* también, al respecto de todo esto, Ehlers, *GewArch*, 1999, 318 y 319, así como la resolución del *BGH NVwZ* 2004, 636, que, si bien se refiere a un contrato civil (como a menudo sucede en este terreno), resuelve idénticas cuestiones.

<sup>60</sup> En principio, tiene las mismas consecuencias que con el acto administrativo (*supra*, § 10, margs. 35 y ss.). Si un convenio de dispensa de construcción es nulo, ni la administración puede conceder el permiso de obras ni el ciudadano debe pagar la contraprestación pecuniaria prometida. En cuanto a la cuestión de si debe concederse la dispensa, debe estarse (de nuevo) exclusivamente a las disposiciones aplicables (por ejemplo, el § 31 II *BauGB*). Por otro lado, si un convenio contrario a derecho es eficaz, deben realizarse las prestaciones en él previstas. El convenio constituye la base jurídica de esas prestaciones, y la referencia a su invalidez es irrelevante en cuanto a la eficacia del convenio.

<sup>61</sup> Ejemplo: Los padres del niño N celebran un convenio con el municipio para la asistencia de N a la guardería. En el convenio se establece que la cuota depende del volumen

c) *Las prestaciones* realizadas en virtud de un convenio nulo y, por ende, sin base jurídica, en principio, deben ser *restituidas*. La parte contractual que ha realizado la prestación tiene una acción de reintegro jurídico-pública (*infra*, § 28, marg. 20 y ss.). Pero esta reclamación puede constituir un *abuso de derecho*, especialmente cuando la contraprestación ya no puede ser devuelta o ya no puede ser compensada.<sup>62</sup>

Un acto administrativo adoptado en virtud de un convenio nulo es también inválido (salvo que se fundamente en alguna otra base jurídica) y debe tratarse con arreglo a las normas de las consecuencias de los actos administrativos contrarios a derecho. En principio, es impugnable y revisable, y sólo excepcionalmente (en las condiciones del § 44 *VwVfG*) nulo. La revisión de oficio de un acto administrativo favorable basado en un convenio nulo, si ha de protegerse la buena fe del afectado, o no es posible o sólo lo es mediante indemnización (*cfr.* § 48 II y III *VwVfG*).

de ingresos netos de la familia, para cuyo cálculo el convenio (al contrario de la legislación vigente) prevé, por simplificar, unas deducciones estandarizadas de los ingresos brutos. El matrimonio paga al principio las cuotas resultantes de ese cálculo, pero después se da cuenta de que el método legal de cálculo hubiera arrojado unos ingresos netos inferiores y, por tanto, les hubiera correspondido una cuota menor. Entienden que el convenio es nulo en su totalidad y exigen el reembolso de todas las cuotas abonadas, ¿es correcto? Solución: En tanto en cuanto el cálculo contractual de los ingresos ha dado como resultado una cuota superior al método (definitivamente) legal de cálculo, el convenio es nulo, pues la administración ha exigido una contraprestación incorrecta (§ 58 II Núm. 4 *SGB X*, o bien § 59 II Núm. 4 *VwVfG*). Pero el convenio sí que es eficaz, pues puede presumirse tal voluntad de las partes, y a los padres se les ha de devolver solamente una (pequeña) parte de las cuotas pagadas; *cfr.* *OVG Berlin NJW* 1982, 954; sobre la nulidad parcial, *cfr.* también *BGHZ* 65, 368, con ulteriores referencias (en cuanto a la anterior situación legislativa sobre el convenio de urbanización); acerca de la admisibilidad de las cuotas de guardería escalonadas según los ingresos, *BVerfGE* 97, 332.

<sup>62</sup> En cuanto a la devolución o compensación según el principio del enriquecimiento sin causa, *cfr.* *BVerwG NJW* 1980, 2538; sobre el abuso de derecho en la reclamación, *BVerwG NJW*, 1974, 2247; *BVerwGE* 55, 337; *OVG Münster DVBl*, 1978, 305 y *NJW* 1980, 2093; sobre la denegación de la pretensión de cumplimiento, *BVerwG NJW*, 1974, 2250; sobre la exigencia de una parte de que se cumpla el convenio pese a la nulidad por defecto de forma cuando ella misma ya ha realizado su prestación y ya no es posible una restitución material, *OVG Lüneburg NJW*, 1992, 1404. Según el *OVG Koblenz*, *NVwZ*, 1992, 796, el ciudadano puede exigir la devolución de su prestación en virtud de un convenio nulo aun si en el momento de celebrar el convenio pudo conocer o suponer su nulidad (§ 814 Alt. 1 *BGB* no sería de aplicación en la pretensión de restitución del ciudadano contra la administración).

### F. La problemática regulación de los vicios del § 59 VwVfG

La regulación de los vicios del § 59 *VwVfG* es dudosa y controvertida no sólo en cuanto a su ámbito de aplicación, sino, sobre todo, también en su fundamento, es decir, desde los puntos de vista doctrinal, constitucional y de política legislativa. El debate sobre la aplicación analógica del § 134 *BGB* refleja la problemática del § 59 *VwVfG*, pues con este precepto se pretende, por un lado, tener en cuenta la limitada nulidad de los convenios administrativos contrarios a derecho y, por otro lado, no obstante, se quiere reducir al máximo las consecuencias de tal concepción. Tan sólo el § 134 *BGB*, especialmente si se interpreta de forma aproximada a la doctrina civilista, podría representar, no sin dificultad, la única solución aceptable para este problema.

Se cuestiona, sobre todo, si el § 59 *VwVfG*, según el cual ciertos convenios administrativos mantienen su eficacia pese a su invalidez, es *conforme al principio de legalidad de la administración*. La invalidez de un acto jurídico no supone necesariamente su nulidad, sino que puede derivar en diferentes consecuencias, tal como han demostrado las exposiciones en cuanto al acto administrativo contrario a derecho. Y esto también se aplica, en principio, al convenio administrativo (*cfr. BVerwGE* 55, 337, 441). Pero si en un determinado campo la invalidez queda *totalmente sin sanción*, con ello queda relativizada la vigencia de la ley: la administración no *debe*, pero de hecho *puede* actuar al margen del derecho.

La *comparación con la firmeza* del acto administrativo, a la que a menudo se apela para justificar la limitada nulidad de los convenios administrativos contrarios a derecho, pasa por alto las múltiples consecuencias de la invalidez de los actos administrativos. El acto administrativo sólo es nulo en determinadas circunstancias, pero, en la medida en que perjudique a un particular, puede ser impugnado y revisado. Aun si se equipara la libre celebración de un convenio a una renuncia de recursos (algo difícilmente defendible), a la administración aún le queda la posibilidad de revisar por sí misma el acto administrativo. La *VwVfG*, incluso, ha ampliado las posibilidades de revisión de los actos administrativos. El principio de protección de la buena fe, que en ciertas condiciones supone el mantenimiento de los actos administrativos contrarios a derecho, se basa en el carácter específico del acto administrativo como acto soberano de reconocimiento de derechos, por lo que no se puede trasladar sin más al convenio administrativo. Por lo demás, el § 59 *VwVfG* no se basa en ese principio, sino que, en caso de no existir ninguna causa de nulidad, en general permite la subsistencia de los

convenios contrarios a derecho sin comprobar si en el caso concreto existe una buena fe que proteger, tal como sucede con los actos administrativos.<sup>63</sup>

Tampoco debe llevar a falsas conclusiones la frecuentemente aludida *fuerza vinculante del convenio*. Sin duda, la fuerza vinculante es esencial al convenio: las partes están obligadas a respetar y cumplir sus compromisos contractuales (*pacta sunt servanda*), pero esto sólo es así en caso de que el convenio sea conforme al ordenamiento jurídico, lo cual le confiere su eficacia jurídica. La propia fuerza vinculante del convenio no es un requisito, sino una consecuencia de su eficacia jurídica. La cuestión de hasta qué punto también los convenios *antijurídicos* pueden tener eficacia jurídica y, por ende, fuerza vinculante no se resuelve con referencias al derecho contractual, sino a la legislación aplicable en cada caso.

El argumento de que el convenio administrativo, debido a su carácter de consenso, goza de una mayor firmeza que el unilateral acto administrativo no deja de tener cierto fundamento, pero la causa no está en el plano de los vicios ni en el plano de las consecuencias de los vicios, sino en el plano prioritario de la regulación. Gracias a que el convenio cuenta con el consentimiento del ciudadano, puede contener regulaciones que no estarían admitidas para actos jurídicos unilaterales, como son los actos administrativos. Los límites jurídicos de los convenios administrativos son menos estrictos, por lo que sus posibilidades de vicios son menores, lo cual, *a sensu contrario*, les confiere una mayor firmeza. Pero no debe llevarse hasta el extremo de concluir una firmeza cualificada también de los convenios administrativos contrarios a derecho.<sup>64</sup>

La regulación de las consecuencias jurídicas de la invalidez de los convenios administrativos es, por tanto, en primer lugar un *problema de política legislativa*. Pero también es un *problema constitucional*, pues la decisión del legislador debe ser compatible con el ordenamiento constitucional. La cuestión de si la regulación de los vicios del § 59 *VwVfG* se adecua a la Constitución, especialmente al principio constitucional del Estado de de-

<sup>63</sup> Si la administración se compromete *contractualmente* a dictar un acto administrativo contrario a derecho y el convenio no es nulo por no existir una causa de nulidad, *deberá* dictar dicho acto administrativo (inválido) en virtud del convenio (válido). Por el contrario, si la administración *promete* unilateralmente un acto administrativo contrario a derecho, en principio está obligada a dictarlo, pero, bajo las condiciones del § 48 *VwVfG*, puede revocar esa promesa (*cfr.* § 38 II *VwVfG*) y librarse así de la obligación. Opción negada por Meyer/Borgs (*VwVfG*, § 54, marg. 77), que equiparan a este respecto el convenio con la promesa.

<sup>64</sup> *Cfr.* Maurer, en: Hill (coord.), *Zustand und Perspektiven der Gesetzgebung*, 1989, pp. 247 y 248.

recho, depende de cómo se interprete. Deberá sostenerse su constitucionalidad si las causas de nulidad del § 59 *VwVfG* comprenden todas las infracciones esenciales de derecho y se restringe la eficacia jurídica a las infracciones de carácter más incidental. Una interpretación conforme a la Constitución del § 59 *VwVfG* obliga a entender así este precepto. Si con esto quedan excluidas todas dudas sobre su constitucionalidad precisa aún una comprobación detallada.<sup>65</sup>

La aceptación de la nulidad de los convenios administrativos contrarios a derecho no comporta tampoco excesivas complicaciones prácticas. Por el contrario, representa un claro punto de partida y, en cuanto a su tratamiento, posibilita diferentes soluciones diferenciadas y adecuadas a cada caso concreto (*supra*, marg. 46).<sup>66</sup>

## 6. Vicisitudes de la relación convencional

### A. Cumplimiento y casos de incumplimiento

Las prestaciones acordadas en el convenio deben realizarse debidamente. La *VwVfG* no contiene más reglas al respecto, de manera que, con arreglo a la cláusula de remisión de su § 62 inciso 2 procede aplicar las disposiciones del *BGB*. No se trata de una remisión estática, sino dinámica, por lo que debe recurrirse en cada caso a las disposiciones del *BGB* correspondientes (*supra*, § 3, marg. 29). Desde el 1o. de enero de 2002 son relevantes en este sentido los §§ 241 y ss. del *BGB*, en la versión de la Ley de Modernización del Derecho de Obligaciones, del 26 de noviembre de 2001 (*BGBI* I, p. 3138). La reforma, como es sabido, introdujo considerables novedades, como la reunión del abanico de casos de incumplimiento hasta entonces regulados legalmente o desarrollados consuetudinariamente (im-

<sup>65</sup> Cuando *Schlette, cit.* marg. 59, pp. 541 y 542, tacha de exageradas las críticas de la doctrina hacia la regulación de los vicios del § 59 *VwVfG*, se debe a que él mismo interpreta de forma extensiva esa norma, pues, según él, comprende “todas las infracciones de ley no totalmente insignificantes” y reduce, por tanto, el problema de los convenios administrativos contrarios a derecho pero no nulos “a escasas infracciones marginales”. Considerado de esta forma restrictiva, el § 59 *VwVfG* no debería resultar problemático.

<sup>66</sup> Por lo demás, podrían desarrollarse *de lege ferenda* soluciones intermedias. Un ejemplo lo ofrece la Ley de Procedimiento Administrativo del *Land* de Schleswig-Holstein, que en su versión de 2 de junio de 1992 (GVBl. p. 243), junto a las causas de nulidad (que se corresponden con el § 59 I y II *VwVfG*), prevé también la *ineficacia*, que se puede hacer valer en el plazo de un mes a partir de la celebración del convenio (§ 126 III). Como resultado, esta *ineficacia* equivale a un derecho sometido a plazo a impugnar o a desistir del convenio.

posibilidad, mora, infracción contractual positiva o la *culpa in contrahendo*) bajo la categoría unitaria de la infracción de obligaciones (§ 280 *BGB*). La cláusula de remisión permanece, pero cambia su objeto. Por lo tanto, es necesario volver a comprobar en qué medida son aplicables las disposiciones de derecho de obligaciones al convenio administrativo, para lo cual han de tenerse en cuenta, por una parte, las peculiaridades y el contexto jurídico de este tipo de convenios y, por otro, la orientación teleológica de las normas de derecho civil.<sup>67</sup>

### ***B. Adaptación y resolución en casos especiales***

En todos los actos jurídicos se plantea la cuestión de cuáles son las consecuencias de una modificación sobrevenida (posterior a la adopción del acto) de las relaciones jurídicas o fácticas en que se basa. En cuanto al acto administrativo, la cuestión se regula en el § 49 *VwVfG* y, para la promesa, en el § 38 III *VwVfG*. Para el convenio administrativo es de aplicación el § 60 I 1 *VwVfG*, que parte de los principios tradicionales de la cláusula *rebus sic stantibus* o la desaparición del fundamento económico. Según este principio, cuando las circunstancias hayan cambiado tanto que de una parte ya no se pueda esperar que se atenga a lo originariamente pactado, dicha parte puede exigir una adaptación del convenio a las nuevas circunstancias. Si no es posible tal adaptación o ésta no es razonable para alguna de las partes, ésta puede rescindir el convenio. La pretensión de la adaptación se ha de dirigir a la otra parte contratante, y la adaptación misma se realiza mediante pacto contractual, supone la modificación del contenido del convenio y, en caso necesario, puede obtenerse mediante la pretensión de condena. La rescisión (planteable sólo de forma subsidiaria) es una declaración unilateral de voluntad que se hace efectiva con la recepción por la otra parte del convenio.

<sup>67</sup> El legislador no se ha ocupado, al menos de forma reconocible, de las consecuencias que la reforma del derecho de obligaciones pueda tener en la regulación del convenio administrativo, y la misma doctrina hasta el momento apenas ha tratado el asunto. Véase, no obstante, Dötsch, *Schuldrechtsmodernisierung und öffentliches Recht*, NWVBl, 2001, pp. 385 y ss.; Geis, *Die Schuldrechtsreform und das Verwaltungsrecht*, NVwZ, 2002, pp. 385 y ss.; sobre la prescripción, véase también Kellner, *Auswirkungen der Schuldrechtsreform auf die Verjährung im Staatshaftungsrecht*, NVwZ, 2002, pp. 395 y ss.; sobre la legislación anterior: Schlette, *Die Verwaltung als Vertragspartner*, 2000, pp. 580 y ss., con ulteriores referencias.

Debe distinguirse de la rescisión subsidiaria de la primera frase la rescisión extraordinaria de la segunda, para la cual sólo está facultada la administración (lo que no excluye que la realice también en interés del ciudadano), se admite únicamente en caso necesario para evitar graves perjuicios para el bien común y, en aplicación analógica del § 49 VI *VwVfG*, debe indemnizarse en función de los presupuestos ahí expresados.<sup>68</sup>

### **C. Exigencia del cumplimiento de lo pactado**

a) La administración no está facultada para establecer mediante acto administrativo sus derechos derivados de un convenio administrativo y así exigirlos de forma coercitiva (*supra*, § 10, marg. 6). Por el contrario, al igual que los particulares, le corresponde *presentar una demanda ante el Tribunal contencioso-administrativo* cuando la contraparte se niegue a cumplir con sus (supuestas) obligaciones contraídas.<sup>69</sup>

b) Según el § 61 *VwVfG*, en los convenios administrativos de subordinación cada una de las partes (tanto la administración como el particular) puede *someterse a la inmediata ejecución forzosa del convenio*. En este sentido sólo se puede imaginar a una de las partes, el ciudadano, emitiendo la correspondiente declaración. La declaración de sometimiento convierte el convenio en título ejecutorio y, cuando se presenta, la administración puede exigir sus derechos contractuales con arreglo a las disposiciones relativas a la ejecución de los actos administrativos (*infra*, § 20) y el ciudadano puede hacer valer los suyos de acuerdo con las normas de la ejecución de sentencias contencioso-administrativas (esto es, por mediación de los tribunales

<sup>68</sup> Sobre la cuestión de en qué medida deben aplicarse alternativa o subsidiariamente el § 313 *BGB* (desaparición del fundamento del negocio) y el § 314 *BGB* (rescisión de relaciones de servicio a largo plazo), ambos en la versión de la Ley de Modernización del Derecho de Obligaciones, *cfr.* Geis, NVwZ, 2002, 387; Dötsch, NWVBl, 2001, 386. Por otro lado, siguen planteándose (sobre todo en torno a la primera frase) una serie de debates y dudas que aquí no pueden tratarse con más detalle. Tan sólo señalaremos que al interpretar el § 60 I 1 *VwVfG* carece de sentido partir de la cuestión de si se basa total o parcialmente en la cláusula *rebus sic stantibus* o en la desaparición del fundamento económico, que no son la misma figura jurídica. Lo que procede es interpretar este precepto de forma autónoma en su contexto. *Cfr.* al respecto *BVerwGE* 97, 331, 340 y ss.; *BVerwGE DVBl*, 2002, 843; *BadWürttVGH VBIBW*, 1997, pp. 301 y ss., además de las referencias bibliográficas *infra*, marg. 61.

<sup>69</sup> Ejemplo: La administración, mediante convenio, se compromete a conceder un permiso de obras y el interesado, X, al pago de diez mil marcos. Si la administración se niega a conceder el permiso, X debe demandarla mediante la pretensión obligacional. Si es X quien se niega a pagar los diez mil marcos, a la administración le corresponde interponer la pretensión general de condena.

de este orden). En la práctica esto significa que los convenios administrativos con una cláusula de ejecución pueden ejecutarse como si fueran actos administrativos o bien sentencias contencioso-administrativas. Si la administración hace depender la celebración de un convenio de una declaración del ciudadano en este sentido, lo cual sucede de forma habitual, la exigencia del cumplimiento del convenio no presenta mayores dificultades que la de un acto administrativo. Si se produce la ejecución con arreglo al § 61 *VwVfG*, el ciudadano podrá entonces oponerse únicamente a la ejecución, pero no ya al convenio en que se basa; sin embargo, sí podrá alegar que el convenio que se pretende ejecutar es nulo y que, por tanto, no existe base suficiente para la ejecución. Se manifiesta aquí también la relevancia de la regla de la nulidad (restringida), y más aún si el ciudadano no sólo se ha aventurado precipitadamente en un convenio administrativo sino también en una declaración de sometimiento.<sup>70</sup>

c) La *vía jurídico-administrativa* se aplica no sólo a la pretensión para exigir el cumplimiento del convenio, sino también a la demanda de daños y perjuicios por incumplimiento contractual (§ 40 *VwGO*). Esto también podría valer para la acción por incumplimiento de obligaciones en los trámites de negociación y en la formalización del convenio (§§ 280 I y 311 II *BGB*, por analogía; la antes llamada *culpa in contrahendo*); otra opinión, sin embargo: *BGH DVBl*, 1986, 409 y, siguiendo a éste, *BVerwG DVBl*, 2002, 1555, partidarios del procedimiento civil por tratarse de una pretensión que se basa no en un convenio, sino en una relación obligacional legal, debido a su estrecha conexión objetiva con la responsabilidad patrimonial de la administración por ejercicio del cargo (opción criticada por *Ehlers*, *JZ* 2003, 209 y ss.). Por el contrario, para las pretensiones de indemnización en concepto de responsabilidad patrimonial de la administración por ejercicio del cargo, que entran en consideración junto con las demandas de daños y perjuicios derivadas de un incumplimiento contractual, de acuerdo con el § 34 *GG* serían competentes los tribunales ordinarios; sin embargo, con arre-

<sup>70</sup> La anterior versión del § 61 I 2 *VwVfG*, vigente hasta 1998, suscitaba un debate sobre si el sometimiento de la administración, o incluso del particular, precisa de la autorización de la autoridad inspectora competente (*cfr.* *BVerwGE* 98, 58, 64 y ss.); *Kowalksi*, *NVwZ* 1992, p. 351 y 352; *Bonk*, *StBS*, § 61, marg. 22). Esta polémica quedó zanjada con la Ley de Reforma de 1998 (*supra*, § 5, marg. 7). La introducción de la frase “la administración” deja claro que solamente precisa de esa autorización el sometimiento de la administración. Esto facilita en la práctica la celebración de convenios administrativos, pero también origina una desigualdad de trato entre la administración y el ciudadano.

glo al § 17 II 1 *GVG*, en la versión de 17 de diciembre de 1990, el tribunal ordinario puede, en su caso, conocer de ambos tipos de pretensiones.<sup>71</sup>

## 7. Notas para la resolución de casos

Los casos de conflicto casi siempre tratarán de que una parte contratante exija a la otra el cumplimiento de sus obligaciones contraídas y que esta última se niegue por supuesta nulidad del convenio, o bien que una parte ya haya cumplido con sus obligaciones y, alegando la nulidad convenio, exija la restitución de las prestaciones realizadas. Para resolver el litigio habrá que partir de si el demandante tiene una acción de cumplimiento o una acción de reintegro jurídico-pública. En función de esto, deben considerarse los siguientes puntos de vista (y, según las circunstancias, analizarlos con mayor o menor profundidad):

### 1. ¿Convenio?

En primer lugar debe comprobarse si efectivamente existe un convenio. Para ello es condición el acuerdo de ambas partes (administración y particular) sobre la consecución de un resultado jurídico. Si no existe tal acuerdo

<sup>71</sup> Ejemplo: Se promete a A por medio de convenio una subvención en forma de préstamo. Dado que el importe del préstamo no se desembolsa hasta algún tiempo después del plazo establecido, A pierde algunos pedidos, por lo que exige una indemnización por daños y perjuicios en concepto de responsabilidad contractual, por un lado y, por otro, una indemnización en concepto de responsabilidad patrimonial de la administración por ejercicio del cargo. En el primer caso son competentes los tribunales contencioso-administrativos y, en el segundo, los ordinarios. No obstante, con arreglo a la nueva redacción del § 17 II *GVG*, el Tribunal de la jurisdicción competente ha de conocer de todos los aspectos relacionados con el asunto, por lo que, si A acude a la jurisdicción ordinaria, ésta ha de decidir no sólo sobre la responsabilidad patrimonial de la administración por ejercicio del cargo, sino también sobre la indemnización por demora (*cfr.* *BGHZ* 114, 1, 2 y 3). Por el contrario, los Tribunales contencioso-administrativos no pueden conocer de las acciones por responsabilidad patrimonial de la administración por ejercicio del cargo, según el § 34 *GG* (*cfr.* también el § 17 II 2 *GVG*), de modo que si A decide acudir a esta jurisdicción, el tribunal podrá decidir sobre las pretensiones relacionadas con el convenio de derecho público y, con ello, sobre la indemnización por demora, pero en cuanto a la responsabilidad patrimonial de la administración por ejercicio del cargo deberá remitir la causa a los tribunales de lo civil. Por otro lado, debe tenerse en cuenta que un incumplimiento contractual no es una infracción de deberes públicos en el sentido del § 839 *BGB*, por lo que la reclamación por responsabilidad patrimonial de la administración por ejercicio del cargo sólo puede fundamentarse en la infracción de obligaciones generales y, sobre todo, de origen legal.

deberá negarse la existencia del convenio, por ejemplo, si la administración dicta un acto administrativo favorable con la condición de ser *consentido* por el ciudadano.

## 2. ¿*Convenio administrativo?*

A continuación hay que verificar si el convenio merece la consideración de convenio de derecho público (más en concreto, de derecho administrativo). Esto se decide en función de la naturaleza jurídica del objeto del convenio. Si no se observa el carácter jurídico-administrativo, en todo caso no existe un convenio *administrativo*, sino, acaso, un contrato de derecho civil o de derecho constitucional. Pero, si se aprecia ese carácter, procede aplicar directa o analógicamente los §§ 54 y ss. *VwVfG*.

## 3. ¿*Convenio administrativo conforme a derecho?*

En este sentido hay que resolver las siguientes cuestiones (de forma paralela al acto administrativo):

- a) ¿Estaba la administración facultada para actuar mediante convenio? Considérese aquí el § 54 *VwVfG*.
- b) ¿Se han respetado las formalidades del convenio? Es así si cumple los requisitos legales de competencia, procedimiento y forma; sobre todo, *cfr.* §§ 57 y 58 *VwVfG*.
- c) ¿Es su contenido conforme a derecho? Esto se determina en función del derecho material, al cual la administración está vinculada también en su actividad contractual.

## 4. *Consecuencias de la invalidez*

Si se concluye que el convenio es contrario a derecho, se plantea la cuestión de cuáles han de ser las consecuencias. Es recomendable seguir la secuencia de preguntas:

- a) ¿Es el convenio (provisionalmente) ineficaz debido a la falta del consentimiento del § 59 II *VwVfG*?
- b) ¿Existe una causa de nulidad especial conforme al § 59 II *VwVfG*?

- c) ¿Se da una causa de nulidad por la aplicación analógica de los preceptos de Derecho civil?

Si se responde negativamente a todas estas cuestiones, el convenio será, pese a su invalidez, eficaz y vinculante, ya que la *VwVfG* sólo reconoce consecuencias a la nulidad. Únicamente de forma excepcional puede la administración resolver el convenio con arreglo al § 60 I 2 *VwVfG*, si el mantenimiento del convenio contrario a derecho puede tener graves consecuencias para el interés general.

### 5. *¿Abuso de derecho?*

Si el convenio es nulo, la parte contratante que resulte demandada puede negarse al cumplimiento de su *obligación contractual* o exigir la restitución de la prestación ya realizada; sin embargo, la exigencia de estas pretensiones puede constituir un abuso de derecho y ser, por lo tanto, inadmisible.

Este procedimiento de solución no es una fórmula cerrada, sino que admite distintas variantes. Así, no es necesario verificar una determinada infracción jurídica si es obvio que no constituye causa de nulidad; sin embargo, en un dictamen oficial debe hacerse mención a todos los puntos de vista posibles.<sup>72</sup>

<sup>72</sup> Bibliografía sobre el § 14: Acerca de la problemática de fondo del convenio administrativo, *cfr.* las mismas referencias del marg. 21. Además: Rupp, *Zum Anwendungsbereich des öffentlich-rechtlichen Vertrages*, JuS, 1961, pp. 59 y ss.; Stein, *Der Verwaltungsvertrag und die Gesetzmäßigkeit der Verwaltung*, AöR, vol. 86, 1961, pp. 320 y ss.; Bullinger, *Zur Notwendigkeit funktionalen Umdenkens des öffentlichen und privaten Vertragsrechts im leistungsintensiven Gemeinwesen*, Gedächtnisschrift für H. Peters, 1967, pp. 667 y ss.; J. Martens, *Normenvollzug durch Verwaltungsakt und Verwaltungsvertrag*, AöR, vol. 89, 1964, pp. 429 y ss.; Schmidt-Salzer, *Tatsächlich ausgehandelter Verwaltungsakt, zweiseitiger Verwaltungsakt und verwaltungsrechtlicher Vertrag*, VerwArch, vol. 62, 1971, pp. 135 y ss.; Renck, *Verwaltungsakt und verwaltungsrechtlicher Vertrag*, JuS, 1971, pp. 77 y ss.; Bosse, *Der subordinationsrechtliche Verwaltungsvertrag als Handlungsform der öffentlichen Verwaltung*, 1974; Göldner, *Gesetzmäßigkeit und Vertragsfreiheit im Verwaltungsrecht*, JZ, 1976, pp. 352 y ss.; Gern, *Neue Aspekte der Abgrenzung des öffentlichrechtlichen vom privatrechtlichen Vertrag*, VerwArch, vol. 70, 1979, pp. 219 y ss.; Büchner, *Die Bestandskraft verwaltungsrechtlicher Verträge*, 1979; Lange, *Die Abgrenzung des öffentlichrechtlichen Vertrages vom privatrechtlichen Vertrag*, NVwZ, 1983, pp. 313 y ss.; Schimpf, *Der verwaltungsrechtliche Vertrag unter besonderer Berücksichtigung seiner Rechtswidrigkeit*, 1982; Henke, *Allgemeine Fragen des öffentlichen Vertragsrechts*, JZ, 1984, pp. 441 y ss.; *idem*, *Praktische Fragen des öffentlichen Vertragsrechts-Kooperationsverträge*, DÖV, 1985, pp. 41 y ss.; Fluck, *Die Erfüllung des öffentlich-rechtlichen Verpflichtungsvertrages durch Verwaltungs-*

akt, 1985; Rhinow, *Verfügung, Verwaltungsvertrag und privatrechtlicher Vertrag*, Festgabe zum Schweizerischen Juristentag, 1985, pp. 295 y ss.; Efstratiou, *Die Bestandskraft des öffentlich-rechtlichen Vertrags*, 1988; Fluck, *Grundprobleme des öffentlich-rechtlichen Vertragsrechts*, DV 22, 1989, pp. 185 y ss.; Punke, *Verwaltungshandeln durch Vertrag*, 1989; Maurer, *Der Verwaltungsvertrag—Probleme und Möglichkeiten*, DVBl, 1989, pp. 798 y ss.; Di Fabio, *Vertrag statt Gesetz? – Gesetzesvertretende und gesetzesausfüllende Verwaltungsverträge im Natur- und Landschaftsschutz*, DVBl, 1990, pp. 338 y ss.; Hill (coord.), *Verwaltungshandeln durch Verträge und Absprachen*, 1990; Bleckmann, *Verfassungsrechtliche Probleme des Verwaltungsvertrages*, NVwZ, 1990, pp. 601 y ss.; Rengeling/Gellermann, *Kooperationsrechtliche Verträge im Naturschutzrecht*, ZG, 1991, pp. 317 y ss.; Scherzberg, *Grundfragen des verwaltungsrechtlichen Vertrages*, JuS, 1992, pp. 205 y ss.; Schmidt-Aßmann/Krebs, *Rechtsfragen städtebaulicher Verträge*, 2a. ed., 1992; Kunig, *Verträge und Absprachen zwischen Verwaltung und Privaten*, DVBl, 1992, pp. 1193 y ss.; Burmeister/Krebs, *Verträge und Absprachen zwischen der Verwaltung und Privaten*, Referate mit Diskussion VVDSrl 52, 1993, pp. 190 y ss.; H. Bauer, *Anpassungsflexibilität im öffentlich-rechtlichen Vertrag*, en: Hoffmann-Riem/Schmidt-Aßmann, *Innovation und Flexibilität des Verwaltungshandelns*, 1994, pp. 245 y ss.; Spannowsky, *Grenzen des Verwaltungshandelns durch Verträge und Absprachen*, 1994; Dose/Voigt, *Kooperatives Recht*, 1995; Seer, *Vereinbarungen in Steuerverfahren*, 1996; Schilling, *Der „unfreiwillige“ Vertrag mit der öffentlichen Hand. Erscheinungsformen und Rechtsschutz*, VerwArch, vol. 87, 1996, pp. 191 y ss.; Looman, “Ausverkauf von Hoheitsrechten”, *Verträgen zwischen Bauherrn und Gebietskörperschaften*, NJW, 1996, pp. 1439 y ss.; R. Keller, *Vorvertragliche Schuldverhältnisse im Verwaltungsrecht*, 1997; Bauer, *Verwaltungsrechtliche und verwaltungswissenschaftliche Aspekte der Gestaltung von Kooperationsverträgen bei Public Private Partnership*, DÖV, 1998, pp. 89 y ss.; Koch, *Die Vertragsstrafe im öffentlich-rechtlichen Vertrag am Beispiel von Ausbildungsförderungsverträgen*, DÖV, 1998, pp. 141 y ss.; Correll, *Problembereiche und Möglichkeiten des öffentlich-rechtlichen Vertrags. Ein deutsch-österreichischer Rechtsvergleich*, DÖV, 1998, pp. 363 y ss.; Schlette, *Die Verwaltung als Vertragspartner*, 2000; Höfling/Krings, *Der verwaltungsrechtliche Vertrag: Begriff, Typologie, Fehlerlehre*, JuS, 2000, pp. 625 y ss.; Krebs, *Grundfragen des öffentlich-rechtlichen Vertrages*, en: Ehlers/Krebs (coord.), *Grundfragen des Verwaltungsrechts und Kommunalrechts*, 2000, pp. 41 y ss.; Pakeerut, *Die Entwicklung der Dogmatik des verwaltungsrechtlichen Vertrages*, 2000; Lischke, *Tauschgerechtigkeit und öffentlich-rechtlicher Vertrag. Zur Auslegung der Angemessenheit im Sinne des § 56 Abs. 1, VwVfG*, 2000; Gurlit, *Verwaltungsvertrag und Gesetz*, 2000; idem, *Grundlagen des Verwaltungsvertrages*, Jura, 2001, pp. 659 y ss., 731 y ss.; Schmidt-Aßmann, *Das Recht der Verwaltungsverträge zwischen gesetzlicher Bindung und administrativer Gestaltung*, Festschrift für Kruse, 2001, pp. 65 y ss.; Grziwotz, *Vertragsgestaltung im öffentlichen Recht*, 2002; Butzer, *Brauchen wir das Koppelungsverbot nach § 56 VwVfG?*, DÖV, 2002, pp. 881 y ss.; Reimer, *Mehrseitige Verwaltungsverträge*, VerwArch 94, 2003, pp. 543 y ss.; Ziekow/Siegel, *Entwicklung und Perspektiven des Rechts des öffentlich-rechtlichen Vertrages*, VerwArch 94, 2003, pp. 593 y ss.; 95, 2004, pp. 133 y ss. Acerca de los polémicos convenios urbanísticos, cfr. las referencias *supra*, marg. 4.

Bibliografía específica sobre V (convenios antijurídicos): Haueisen, *Zur Zulässigkeit, Wirksamkeit und Nichtigkeit des öffentlich-rechtlichen Vertrages*, NJW, 1969, pp. 122 y ss.; Renck, *Bestandskraft verwaltungsrechtlicher Verträge?* NJW, 1970, pp. 737 y ss.; Götz, *Der rechtswidrige verwaltungsrechtliche Vertrag*, DÖV, 1973, pp. 298 y ss.; Schenke, *Der rechtswidrige Verwaltungsvertrag nach dem Verwaltungsverfahrensgesetz*, JuS, 1977, pp. 281

y ss.; Obermayer, *Der nichtige öffentlich-rechtliche Vertrag nach § 59, VwVfG, Festschrift zum 100jährigen Bestehen des Bayerischen Verwaltungsgerichtshofes*, 1979, pp. 275 y ss.; Tschaschnig, *Die Nichtigkeit subordinationsrechtlicher Verträge nach dem Verwaltungsverfahrensgesetz*, 1984; Blankenagel, *Folgenlose Rechtswidrigkeit öffentlich-rechtlicher Verträge?* VerwArch, vol. 76, 1985, pp. 276 y ss.; Erichsen, *Die Nichtigkeit und Unwirksamkeit verwaltungsrechtlicher Verträge*, Jura, 1994, pp. 47 y ss.; U. Stelkens, *Von der Nichtigkeit zur Vertragsanpassungspflicht. Zur Neuordnung der Fehlerfolgen öffentlich-rechtlicher Verträge*, DV 37, 2004, pp. 193 y ss.

Bibliografía sobre VI (vicisitudes de los convenios): Cfr. las referencias del marg. 52; además: Fiedler, *Zum Wirkungsbereich der clausula rebus sic stantibus im Verwaltungsrecht*, VerwArch, vol. 67, 1976, pp. 125 y ss.; Littbarski, *Der Wegfall der Geschäftsgrundlage im öffentlichen Recht*, 1982; Kawalla, *Der subordinationsrechtliche Verwaltungsvertrag und seine Abwicklung*, Jur. Diss. Konstanz, 1984; Stern, *Die clausula rebus sic stantibus im Verwaltungsrecht*, Festschrift für Mikat, 1989, pp. 775 y ss.; Kokott, *Entschädigungsfragen bei der Ausübung des einseitigen Kündigungsrechts der Behörde beim öffentlich-rechtlichen Vertrag*, VerwArch, vol. 83, 1992, pp. 503 y ss.; Lorenz, *Der Wegfall der Geschäftsgrundlage beim verwaltungsrechtlichen Vertrag*, DVBl, 1997, pp. 865 y ss.; Schwerdtner, *Verwaltungsverträge im Spannungsfeld unbedingter Vertragsbindungen und dem Interesse auf Vertragsanpassung bei veränderter Sachlage*, VBIBW, 1998, pp. 9 y ss.

Jurisprudencia sobre el § 14: *BVerwGE* 23, 213 (decisión fundamental, convenio de dispensa de construcción); *BVerwGE* 42, 331 (convenio sobre los costes resultantes); *BVerwGE* 49, 359 (compromiso contractual para dictar un permiso —inválido— de obras; primera instancia *OVG Münster*, DVBl, 1973, 696); *BVerwGE* 8, 327; 48, 166; 49, 125, 128 (acuerdo sobre la exención de impuestos o contribuciones); *BVerwGE* 30, 65; 40, 237; 52, 183 (convenio sobre los costes de formación); *BVerwGE* 55, 337 (sobre el abuso de derecho en la exigencia de restitución por nulidad del convenio); *BVerwGE* 64, 361; 84, 183; 87, 77 (acuerdo de redención en el derecho de contribuciones urbanísticas); *BVerwGE* 74, 78 (apoyo a la formación, pena contractual); *BVerwGE* 81, 312 (municipio–ferrocarril); *BVerwGE* 84, 236 (fomento municipal de la economía y prevención de emisiones); *BVerwGE* 89, 7 (convenio de urbanización: aplicación del § 59, apartado 1, de la *VwVfG* en combinación con el § 134 *BGB*); *BVerwGE* 89, 345 (convenio de subvención; reintegro); *BVerwGE* 90, 310 (convenio sobre los costes resultantes de la construcción: requisitos jurídicos); *BVerwGE* 91, 200 (restricciones al convenio en el derecho de función pública; convenio sobre los costes de formación); *BVerwGE* 92, 56 (distinción respecto del contrato de derecho civil; convenio urbanístico: el llamado modelo local); *BVerwGE* 94, 202 (los acuerdos sobre los gastos de hospitalización como convenios jurídico–públicos); *BVerwGE* 96, 326 (reconocimiento de deuda: reembolso de los costes de formación a cambio de la nacionalización; forma escrita, sometimiento a la ejecución conforme al § 794 I 5 *ZPO*); *BVerwGE* 97, 331 (convenio de prestación de servicio en la explotación de una instalación de retirada de animales muertos, adaptación a las nuevas circunstancias conforme al § 60 I *VwVfG*); *BVerwGE* 98, 58 (transacción, sometimiento a la ejecución inmediata con arreglo al § 61 I *VwVfG*); *BVerwGE* 102, 119, 123 f. (acuerdo provisional de competencia entre el *Bund* y un *Land*); *BVerwGE* 104, 353 (aseguramiento contractual de una medida de protección de la naturaleza); *BVerwGE* 106, 345, 350 f. (acuerdo sobre proyecto, formulario); *BVerwGE* 111, 162 (sog. hinkender Austauschvertrag, Koppelungsverbot). – *BVerwG NJW* 1974, 2247 y 2250 (convenio administrativo inconstitucional); *BVerwG DÖV*, 1977, 206 (reconocimiento de deuda de Derecho público); *BVerwG NJW*, 1980, 1294 (prohibición de desconexión de las prestaciones); *BVer-*

---

wG NJW, 1988, 662 (transacción, requisitos jurídicos); BVerwG NJW, 1994, 2306 (doble naturaleza y eficacia de la transacción procesal); BVerwG NVwZ, 1994, 485 (prohibición de desconexión de las prestaciones); BVerwG NVwZ, 1994, 1012 (acuerdo sobre desarrollo urbanístico); BVerwG DVBl, 2002, 844 (adaptación del convenio); BVerwG DVBl, 2003, 1215 (nulidad de un acuerdo de aplazamiento; retrocesión).

BGHZ 56, 365 (convenio de dispensa de construcción); BGHZ 58, 386; 65, 368 (convenio de urbanización); BGHZ 71, 386 (convenio de costes resultantes; *culpa in contrahendo*); BGHZ 76, 16 (compromiso contractual para la aprobación de un plan urbanístico); BGHZ 87, 9 (convenio de cooperación, cauce jurídico); BGHZ 116, 339 (acuerdo sobre los gastos de hospitalización en el sentido del § 93 II BSHG: convenio de derecho público); BGHZ 153, 93 (modelo local: contrato de derecho privado, control del contenido); BGH NJW, 1979, 642 (infracción de la prohibición de desconexión de las prestaciones, incumplimiento de obligaciones públicas constitutivo de derecho a indemnización); BGH DVBl, 1986, 409 (*culpa in contrahendo*: cauce jurídico, presupuestos); BGH DVBl, 1994, 1240 (reembolso de los costes de formación, certificación notarial, cauce jurídico).

OVG Münster OVGE 16, 12 y OVG Lüneburg OVGE 16, 471, 475 (acuerdo sobre el cumplimiento de obligaciones de policía urbanística); OVG Münster OVGE 26, 180 (acuerdo sobre los costes en la gestión sustitutoria); HessVGH ESVGH 26, 80 (costes de canalización, desaparición del fundamento económico); BayVGH DVBl, 1977, 394 (pago de las cuotas de canalización); OVG Münster DVBl, 1978, 308 (abuso de derecho en la reclamación de restitución por nulidad de un convenio); HessVGH NJW, 1983, 2831; BayVGH BayVBl, 1987, 531; BadWürttVGH VBIBW, 1996, 218 (convenio sobre la exención del deber de reserva de aparcamiento); BayVGH BayVBl, 1983, 730 y BadWürttVGH VBIBW, 1984, 377 (convenio de ayuda a la formación, pena contractual); OVG Münster NVwZ, 1984, 522 (convenio de subvención, reclamación de la competencia, ¿ineficacia?); BayVGH NVwZ, 1987, 814 (presupuestos concretos de un convenio, ejecución); BayVGH NVwZ, 1989, 167 (transacción, nulidad, desaparición del fundamento económico); BadWürttVGH NVwZ, 1991, 583 (el llamado convenio de cargas resultantes); OVG Lüneburg NJW, 1992, 1404 (el llamado convenio de exceso de costes, forma escrita, pretensión de cumplimiento pese a la nulidad formal del convenio); OVG Koblenz NVwZ, 1992, 796 (el llamado convenio de intercambio *cojo*, infracción de la prohibición de desconexión de las prestaciones, reclamación de daños y perjuicios pese al conocimiento de la nulidad del convenio); OVG Münster NVwZ, 1992, 988 (sobre la nulidad con arreglo al § 59 I VwVfG en combinación con el § 134 BGB, interpretación del convenio conforme a la ley); OVG Saarland NJW, 1993, 1612 (modalidades de formalización contractual); OVG Lüneburg NdsVBl, 1994, 38 (convenio de uso privativo); OVG Lüneburg NJW, 1998, 2921 (firma en un solo documento contractual); BadWürtt VGH NVwZ, 1996, 652 (convenio de utilización publicitaria, consecuencias de la invalidez); OVG Münster NVwZ-RR, 2003, 147 (renuncia a la recaudación de la contribución); BadWürtt VGH VBIBw, 2004, 52 (convenio de intercambio, prohibición de desconexión de las prestaciones).

## § III. ACTIVIDAD MATERIAL DE LA ADMINISTRACIÓN<sup>73\*\*\*</sup>

### 1. *Concepto*

Actividad material (actividad de hecho, simple actividad de la administración) son todas aquellas medidas administrativas que no se dirigen a lograr un *resultado jurídico*, sino un *resultado fáctico*. Por esto se distinguen de los actos jurídicos de la administración (actos administrativos, convenios administrativos, reglamentos y ordenanzas). La designación habitual de actividad material o de actividad material de la administración recalca la separación del acto administrativo (*supra*, § 9, marg. 8); sin embargo, debe tenerse en cuenta que a la actividad material, además de faltarle el carácter normativo típico del acto administrativo, se diferencia de éste porque no se limita a casos concretos y no es necesariamente unilateral. Por eso, en la doctrina se habla de simple actividad o simple actividad soberana de la administración, o de actividad informal de la administración (*Ipsen*, VerwR margs. 820 y ss.). Estas designaciones expresan mejor el amplio ámbito de aplicación, mientras que “actividad material” encaja mejor terminológicamente con las medidas administrativas.

En la práctica existen numerosas y muy variadas formas de actividad material de la administración. Con frecuencia se distingue en la doctrina entre declaraciones de conocimiento (notificaciones, advertencias, informes, comunicados, etcétera) y tareas de hecho (el pago de una suma de dinero, un viaje con el vehículo oficial, una vacunación preventiva, la limpieza de una calle, la construcción de un edificio administrativo, el mantenimiento de una escuela, etcétera). Esta diferenciación es correcta desde el punto de vista tipológico, pero no tiene mayores consecuencias jurídicas.<sup>74</sup>

### 2. *Referencia jurídica*

Dado que la actividad material de la administración no produce efectos jurídicos, es desde este punto de vista menos interesante que los actos administrativos. Sin embargo, no carece totalmente de relevancia para el

<sup>73\*\*\*</sup>El § 15 ha sido traducido por M. Mercè Darnaculleta i Gardella, profesora lectora de derecho administrativo de la Universidad de Girona.

<sup>74</sup> La designación “declaración de conocimiento” refleja la diferencia con las declaraciones de voluntad dirigidas a un resultado jurídico y tiene, en este sentido, un cierto valor heurístico.

derecho, pues debe ser conforme al ordenamiento vigente y, en caso de invalidez, puede generar las correspondientes acciones de restitución y de indemnización por daños.

### **A. Clasificación jurídica**

La valoración jurídica de la actividad material de la administración exige, antes que nada, dilucidar si se trata de actividad de derecho público o de derecho privado. La cuestión se debe resolver en atención a las normas en que se basa cada actividad y, en su defecto, en función del contexto (*supra*, § 3, margs. 20 y ss.). La actividad material clasificable bajo el derecho administrativo se denomina “actividad material de la Administración”, y a ella se refieren las siguientes observaciones.

### **B. Presupuestos jurídicos**

La actividad material debe cumplir los requisitos jurídicos previstos para ella. En principio, por tanto, rige lo mismo que para los actos jurídicos (*cfr.* lo relativo a los actos administrativos, § 10, margs. 9 y ss.), si bien las condiciones jurídicas de la actividad material son en general mucho más laxas, pues en la mayor parte de los casos se verifican en el denominado ámbito libre de ley. En consecuencia, será contraria a derecho la actividad material ejecutada por una autoridad no competente o la que lesione los derechos de los ciudadanos, como por ejemplo el derecho de propiedad.

### **C. Consecuencias de la invalidez**

La cuestión que se plantea con los actos administrativos y demás actos jurídicos contrarios a derecho, esto es, qué consecuencias tiene la invalidez en la eficacia jurídica del acto (nulo, revisable o, pese a la invalidez eficaz), no se aplica a la actividad material, ya que, por su propia esencia, no genera efectos jurídicos. Sin embargo, la invalidez puede tener consecuencias: la administración está obligada a remediar los efectos de la actividad ilícita y a restituir la situación conforme a derecho, siempre que sea posible y exigible. Al ciudadano cuyos derechos hayan sido lesionados por una actividad material contraria a derecho le asisten las correspondientes acciones de

eliminación y restablecimiento de la situación alterada y, en su caso, puede exigir también una indemnización por daños y perjuicios.<sup>75</sup>

### D. Tutela judicial

La tutela judicial jurídico-administrativa no se limita a los actos administrativos y demás actos jurídicos, sino que se extiende también a la actividad material. Entra en consideración aquí la pretensión general de condena: la pretensión de cese de una actividad material, la pretensión general de restitución de los efectos de una actividad material; en ciertas circunstancias (en las alegaciones de la acción correspondiente), la pretensión para que se realice una actividad material y, para el caso de que la acción de cesación no sea suficiente, la pretensión declarativa con arreglo al § 43 I *VwGO*.<sup>76</sup>

## 3. Advertencias públicas

### A. Determinación conceptual

Una forma especial de actividad material la constituye la *advertencia pública* o advertencia oficial. Se trata de declaraciones u otros comunicados

<sup>75</sup> Ejemplos: La policía confisca ilícitamente un objeto perteneciente a A: A puede exigir la restitución del objeto. Un funcionario expresa palabras injuriosas contra B: B puede exigir la rectificación (remedio de la lesión al honor). Acerca del derecho a la restitución (eliminación de los efectos), *cfr.* con más detalle § 30. A y B pueden exigir también, en su caso, una indemnización: *infra*, §§ 25 y ss.

<sup>76</sup> Es especialmente relevante desde el punto de vista procesal si en el caso concreto estamos ante (sólo) una actividad material o (también) existe un acto administrativo, pues las acciones de impugnación y las pretensiones obligacionales relativas a actos administrativos se someten a especiales requisitos de admisibilidad (procedimiento preliminar y plazo; *cfr.* §§ 68 y 74 *VwGO*).

Ejemplo: A insta al Departamento de Protección Constitucional a que le comunique el nombre de la persona que le ha facilitado determinada información relativa a él, y el mencionado organismo lo deniega. Trece meses después, A presenta una demanda al respecto. ¿Es admisible esa demanda? No lo es, por extinción del plazo, si la denegación constituye un acto administrativo, pero sí lo es (en caso de cumplirse todos los demás requisitos) si constituye una mera actividad material. La información misma es, sin duda, actividad material, pero la decisión de facilitar o no esa información puede contemplarse como algo independiente y, por tanto, como acto administrativo regulador de una situación concreta; *cfr.* *BVerwGE* 31, 301; sobre la solicitud de información, *BVerwGE* 84, 375 y el § 15 *BVerfSchG*). Sin embargo, sólo de forma excepcional está justificada tal consideración como acto independiente. *Cfr.* al respecto también *supra*, § 9, marg. 62.

públicos de la administración o de los órganos de gobierno, dirigidos a la población y con los que se advierte acerca de ciertos productos industriales o agrícolas y de otros fenómenos como las llamadas sectas juveniles. Estos temas han desatado un extenso debate en la doctrina y han dado también origen a alguna jurisprudencia.<sup>77</sup>

Las advertencias oficiales pueden ser muy variadas en su forma y efectos, en función del objeto, la urgencia, el medio de publicación, la divulgación y el debate en la prensa y demás medios, el grado de peligrosidad de los productos mencionados, la posibilidad de comprobación por los ciudadanos, el eco y la aceptación entre la sociedad, la sensibilidad de la población en el sector aludido y, posiblemente, también en función de la utilización con fines publicitarios que de ello haga la competencia. Por otro lado no son nítidos los límites con las meras recomendaciones y con las referencias informativas.<sup>78</sup>

La advertencia oficial tiene, desde el punto de vista jurídico, una consideración menos incisiva que un mandato o una prohibición, como la que impide fabricar o comercializar determinado producto. En la práctica, sin embargo, pueden tener el mismo efecto. Si una advertencia consigue *llegar* al público y ser tomada en serio, el producto deja de ser comprado, el resultado de lo cual equivale a una prohibición de venta. La advertencia puede llegar incluso más allá en el caso de que la sociedad, por precaución (“nunca se sabe”), deje de comprar también los demás productos de ese fabrican-

<sup>77</sup> Ejemplos: Advertencia sobre el vino con glicol añadido (*BVerwGE* 105, 252; *BVerwGE* 87, 37); advertencia sobre la secta juvenil “Oscho” (*BVerwGE* 105, 279; *BVerwGE* 82, 76); advertencia del *Bundespräsidium* de Stuttgart ante partidas de pasta supuestamente deteriorada (*OLG Stuttgart, NJW* 1990, 2690; *LG Stuttgart, NJW*, 1989, 2257). *Cfr.* asimismo las (menos enérgicas) indicaciones y recomendaciones, como la publicación oficial de una lista de transparencia de medicamentos (*BVerwGE* 71, 183), la publicación de pruebas oficiales sobre las mercancías (*BVerwG DVBl.* 1996, 807), la recomendación por el Ayuntamiento de Fráncfort de evitar las bebidas envasadas en cartón (*HessVGH NVwZ* 1995, 611); la advertencia del consejo de un *Land* relativa a sustancias nocivas en el agua corriente (*LG Göttingen NVwZ* 1992, 98). En este contexto cabe mencionar también la obligación establecida por un reglamento del Ministerio de Sanidad para los productores de tabaco de advertir en cada cajetilla de cigarrillos de los peligros que fumar puede ocasionar en la salud (*cfr. BVerfGE* 95, 173; no infringe los artículos 12 I y 14 I *GG*).

<sup>78</sup> Así, la advertencia contra la nicotina sostenida durante años por el Ministerio de Sanidad, y después por el homólogo de la CE, apenas ha tenido repercusión; también es dudoso que se llegue a prestar atención a la advertencia acerca de una secta juvenil, sobre todo entre los vulnerables jóvenes y algo más quizás entre los padres; la advertencia contra determinados alimentos perjudiciales para la salud, por el contrario, suele tener como consecuencia que la gente deje de comprarlos, ya que los ciudadanos, aunque no crean necesariamente en el peligro, procuran evitarlo y eligen otros productos.

te o distribuidor. Mientras que la prohibición es concreta y, por lo común, se ciñe a la relación (interna) con el destinatario, la advertencia oficial, en según qué circunstancias, puede tener efectos mucho más amplios material y territorialmente, desencadenar efectos secundarios y escapar al control de las autoridades.

Por eso se plantea la cuestión de si la advertencia oficial no se puede extraer de la (doctrinalmente descuidada) categoría de la actividad material y ser considerada por el derecho administrativo como una forma autónoma de actividad administrativa. Pero a esto debe contestarse negativamente, al menos en el momento presente. Las *advertencias oficiales* son muy diferentes entre sí en su forma y efectos, por lo cual no sólo es difícil delimitarlas conceptualmente, sino que tampoco es posible desarrollar unas consecuencias jurídicas específicas para ellas. Por lo tanto, falta el presupuesto para la aceptación de un trato especial, el cual, dicho en pocas palabras, solamente tiene sentido si un grupo determinado de medidas públicas con características comunes ha de someterse a igual regulación jurídica. Por lo demás, las cuestiones jurídicas de las advertencias oficiales se pueden resolver con los instrumentos de la actividad material, que a fin de cuentas constituye una mera designación colectiva.

### **B. Admisibilidad jurídica**

Las advertencias públicas son fuente de todo tipo de problemas jurídicos, referidos sobre todo a la competencia (especialmente en el caso de ser formuladas por el gobierno federal), al fundamento jurídico (y, con ello, a la cuestión de la reserva de ley) y a los derechos fundamentales (en concreto, la compatibilidad con los artículos 12 I y 14 I GG, en el caso de advertencias contra productos industriales o agrícolas; con el artículo 4 I GG, en caso de advertencias ante las llamadas sectas juveniles; con el artículo 2 I GG, respecto a las manifestaciones perjudiciales para el negocio o para el honor, y con el artículo 3 I GG, en relación con la neutralidad en la competencia). Ante un *peligro*, en el sentido del derecho de policía, son suficientes las disposiciones de esta rama del derecho, pero con ello no se resuelve todo el problema; por ejemplo, en cuanto a las advertencias del Gobierno Federal, que carece de competencias policiales generales, o en cuanto a las advertencias y recomendaciones acerca de peligros de limitada relevancia policial. El *BVerfG* y el *BVerwG* se han pronunciado a favor de la competencia del Gobierno federal, pues “por razón de su función de dirección del Estado (está) legitimado para la labor informativa allí donde le correspon-

da una responsabilidad pública general a la que pueda atender mediante la información” (fundamento jurídico segundo de *BVerfGE* 105, 252 y 279). Pero también ha habido voces en contra. Además, es cuestionable en qué medida protegen los derechos fundamentales frente a las advertencias, esto es, frente a meras *intervenciones* fácticas y mediáticas en los derechos fundamentales. Pero estas son cuestiones que entran ya en el ámbito del derecho constitucional y que no deben ser tratadas aquí. Hágase mención únicamente de que a este respecto juega un importante papel el principio de proporcionalidad, ya sea con respecto al examen de la constitucionalidad o como principio general del derecho administrativo. Esto se refiere tanto a la cuestión de fondo como a la forma de la advertencia oficial. La administración sólo puede realizar una advertencia pública tras un minucioso análisis y ponderación de los peligros del producto para el consumidor y de las consecuencias de la advertencia para el productor. Además, cuando se decida a realizar la advertencia, debe proceder de manera que éste último sufra los menores perjuicios posibles y, sobre todo, que se eviten consecuencias adicionales en su negocio. A este respecto deben considerarse también otras alternativas. Por ejemplo, en el caso concreto puede resultar que una prohibición sea menos drástica que una advertencia pública. Como sucede siempre en el Derecho de policía, al valorar *a posteriori* la legitimidad o la necesidad de una advertencia, se ha de atender no a la información actualmente disponible, sino en el momento de emitir la advertencia.<sup>79</sup>

### C. *Regulación legal*

Las cuestiones generales recién expuestas acerca de la advertencia son parcialmente objeto de *regulación legal*. Cabe mencionar sobre todo la Ley de seguridad de los productos (*ProdSG*) de 22 de abril de 1997. (La *ProdSG* ha sido sustituida recientemente por la Ley de Seguridad de Aparatos y Productos, que no ha podido ser tenida en cuenta aquí pero que en su §§ 4 y ss., sobre todo en el § 8 IV, contiene unas disposiciones idénticas, de modo que lo expuesto a continuación mantiene todo su sentido.) El principal precepto de la *ProdSG* lo constituye el § 4 I que obliga a los productores a poner en

<sup>79</sup> La *VwVfG* no se aplica directamente a las advertencias (*supra*, § 5 marg. 13 y 24), pero no parece haber nada que impida recurrir por analogía a los preceptos de esa Ley que expresen principios generales de la administración (*supra*, § 5, marg. 24). Tal es la postura, en cuanto a la audiencia prevista en el § 28 *VwVfG*, de Hochhuth, *Vor schlichthoheitlichem Verwaltungseingriff anhören?*, NVwZ, 2003, pp. 30 y ss.

el mercado únicamente productos seguros. Según la definición legal del § 6 I, un producto es seguro “si, utilizado de la forma indicada o prevista y observando su vida útil habitual o previsible, no representa un peligro 1) considerable, 2) no atribuible al modo de utilización, y 3) no asumible cumpliendo con todas las reglas aplicables y conocidas de la técnica, para la salud y la seguridad de las personas”. Si un producto no cumple estos requisitos, la autoridad competente podrá “tomar las medidas necesarias” (§ 7 I). A este respecto caben prohibiciones, requerimientos y también *advertencias al público*. El § 8 autoriza expresamente esas advertencias, pero limitándolas: sólo serán admisibles cuando 1) exista “peligro en la demora”, esto es, que sea necesaria una intervención inmediata para evitar un peligro considerable para la salud de la población, y cuando 2) no sean suficientes otras medidas, como puedan ser advertencias y otras intervenciones realizadas por el mismo productor (principio de proporcionalidad). Por lo demás, estas normas sólo son de aplicación cuando lo sea la propia Ley de Seguridad de los Productos (véase en este sentido la complicada regulación del § 2).

Ya antes de la promulgación de la *ProdSG* algunas leyes de ejecución regional de la Ley (federal) de Alimentos y Productos de Primera Necesidad (LMBG, Sart. núm. 861) contenían regulaciones sobre las advertencias públicas en el campo del derecho de alimentos. La *ProdSG* tiene preferencia como norma federal, pero en su § 10 establece expresamente que quedan inalteradas las disposiciones regionales que vayan más allá en la protección frente a riesgos para la salud. La primera de esas regulaciones en el ámbito de los *Länder* fue la de Baden-Württemberg (§ 13 de la Ley de Ejecución de 9 de julio de 1991, Dürig núm. 106); siguieron, con formulaciones parcialmente diferentes pero de contenido esencialmente coincidente, Brandeburgo (§ 12), Sajonia (§ 11) y Turingia (§ 9). Estas leyes son todas de mayor incidencia que la regulación de la *ProdSG*: basta un riesgo policial concreto (al contrario de lo que sucede con el peligro en la demora de la *ProdSG*). Se permite expresamente la mención del producto y su productor. Si más tarde se demuestra que la sospecha era infundada, deberá hacerse pública esta circunstancia de igual forma que la advertencia, siempre que el empresario lo exija (si bien puede ser que no tenga ningún interés en hacerlo, pues con ello vuelve a hacerse público el asunto). Esta obligación de *desadvertir* se extrae del derecho general a la eliminación de los efectos (*infra*, § 30) y se aplica incluso allí donde no haya sido prevista expresamente, como en Brandeburgo. Se ha cuestionado si la reserva del § 10 *ProdSG* afecta también a la cláusula policial general. La respuesta debe ser negativa, pues de lo contrario se burlaría la regulación especial del § 8 de esa misma ley. La

consecuencia es, en todo caso, una considerable reducción del ámbito de admisión de las advertencias públicas.<sup>80</sup>

#### **4. Actividad informal de la administración**

##### **A. Delimitación y relevancia**

En los últimos tiempos (desde principios de los años ochenta) se debate cada vez más en la doctrina jurídico-administrativa sobre la llamada actividad informal de la administración (actividad administrativa informal o actividad oficial informal). Se trata sobre todo de acuerdos y demás contactos entre la administración y los ciudadanos antes de la adopción de una decisión oficial o en su lugar. Es una actividad informal porque no tiene lugar mediante ninguna de las formas jurídicas tradicionales de actividad administrativa, sino que, por el contrario, pretende prepararlas o sustituirlas en forma de arreglos de hecho. Como actos informales, no son jurídicamente vinculantes y, por lo tanto, se clasifican en el siempre amplio y difuso ámbito de la actividad material.<sup>81</sup>

<sup>80</sup> La Ley de Ejecución de Baden-Württemberg, además de la advertencia oficial, regula también la prohibición de venta (§ 11), la comunicación pública de la prohibición en forma de disposición general (§ 12) y la “información al público” para los casos de infracción de la LMBG y existencia de un interés especial del público general o de terceros en la información (§ 15). También la Ley de Ejecución de Brandeburgo contiene disposiciones más ambiciosas. Por otro lado, la Ley de seguridad de los productos no debe confundirse con la Ley de Responsabilidad por productos, que no regula la relación entre el Estado y los ciudadanos, sino la responsabilidad (jurídico-civil) del productor por los riesgos derivados de sus productos defectuosos frente a las personas particulares perjudicadas por ellos (*cfr.* también *infra*, § 29, marg. 15).

Bibliografía sobre la LPS: Tremmel/Steffen, *Amtshaftung wegen behördlicher Warnungen nach dem Produktsicherheitsgesetz*, NJW, 1997, pp. 2265 y ss.; Hammerl, *Produktsicherheit: Der Standort des Lebensmittelrechts*, ZLR, 1998, pp. 299 y ss.; Geis, *Gesetzgebungsübersicht*, JuS, 1998, pp. 277 y 280.

<sup>81</sup> Ejemplos: 1) A solicita la autorización para la construcción de un sanatorio. En las negociaciones previas al respecto entre A y la autoridad competente se tratan con detalle todos los temas relevantes, especialmente las objeciones y reservas de la administración y los deseos de A. Finalmente se llega a un acuerdo según el cual A debe realizar aún determinadas modificaciones en su plan, tras lo cual la administración le concederá la autorización solicitada. 2) La autoridad competente comunica al propietario de una fábrica que la instalación de filtrado de su planta se ha quedado obsoleta y debe ser reemplazada; su intención es dictar posteriormente la correspondiente orden con arreglo al § 17 de la Ley Federal de Emisiones Contaminantes. Tras largas negociaciones, B promete realizar profundas mejoras en su instalación y la administración renuncia a dictar la orden. En uno y otro caso, la admi-

Tales acuerdos no son un fenómeno nuevo, pero su descubrimiento y su debate sí suponen una novedad en la doctrina del derecho administrativo. Sin embargo, el papel que desempeñan es cada vez más importante, pues el Estado interviene (y debe intervenir) de forma creciente en el terreno económico, las relaciones en este campo son cada vez más complejas debido al rápido desarrollo tecnológico y al grave peligro para el medio ambiente, y la relación entre el Estado y los ciudadanos, en que los derechos fundamentales están tan presentes, conduce en muchos casos a implicar al ciudadano, como persona independiente, en los procesos de decisión del Estado.

Dado que (aún) no contamos con un término fijo para referirnos a la actividad informal de la administración, su delimitación, en caso de ser posible, ha de hacerse de manera más o menos amplia. Según *Ossenbühl* entra en esta categoría “toda actividad administrativa que no se pueda incluir en ninguna de las formas de actividad habituales y jurídicamente formalizadas de la administración”, esto es, no sólo acuerdos y demás formas de interacción entre Estado y los ciudadanos, sino también la “actividad oficial unilateral”: advertencias oficiales, recomendaciones, informaciones, etcétera, además de otras medidas más incisivas, como las “formaciones de reglas y normas administrativas al margen del procedimiento constitucionalmente establecido para la creación de derecho pero que en la práctica no quedan por detrás de las clásicas fuentes del derecho: la ley y el reglamento” (UTR 1987, pp. 29 y 30), sin embargo, el terreno abarcado por esta definición es tan amplio que no es posible valorarlo bajo puntos de vista comunes, sobre todo porque estos últimos actos no se distinguen de los acuerdos informales y contactos similares entre la administración y los particulares únicamente por su adopción unilateral, sino también por no hacer referencia de forma preparatoria o sustitutiva a una resolución administrativa y por tener generalmente una considerable repercusión externa.

Por el contrario, la actividad informal de la administración encuentra paralelismos más o menos comparables en el *plano constitucional*.<sup>82</sup>

nistración no quiere vincularse jurídicamente, por lo que no intenta formalizar un convenio administrativo ni adoptar una resolución preliminar ni realizar una promesa, sino que se conforma con un arreglo no vinculante, un *pacto entre caballeros*.

<sup>82</sup> Ejemplo: El gobierno pretende presentar en el Bundestag un proyecto de ley para la restricción de la publicidad del tabaco, pero renuncia a ello después de que la industria tabacalera declare, por medio del portavoz de su asociación, que por sí misma va a restringir la publicidad. Cfr. al respecto Oebbecke, *Die staatliche Mitwirkung an gesetzesabwendenden Vereinbarungen*, DVBl, 1986, pp. 793 y ss., con ulteriores referencias, y, en general, Schulze-Fielitz, *Der informale Verfassungsstaat*, 1984. Los pactos de coalición representan

Los acuerdos informales en el campo de la administración, sobre los que a continuación vamos a tratar con más detalle, son en general producto de las conversaciones siempre necesarias, sobre todo en los grandes proyectos, entre la administración y los empresarios privados. Es lógico que en ellas las autoridades expresen sus opiniones y reservas y que el solicitante se avenga, intente contrarrestarlas o proponga alternativas, e incluso que obtenga concesiones, sobre todo si la administración está muy interesada en el proyecto o si duda de que su posición jurídica vaya a obtener el respaldo judicial. La ventaja de estas conversaciones consiste en poder aclarar los respectivos puntos de vista y posibilidades y en que el entendimiento y los acuerdos que de ahí se obtengan alivian el proceso administrativo propiamente dicho y ahorran tiempo y dinero. Algo que después puede llegar a parecer una obligación de autorizar es ya susceptible de depuración en este temprano estadio. Por otro lado, sin embargo, no pueden obviarse las desventajas y los riesgos, como por ejemplo la elusión común de la normativa legal, el perjuicio de derechos de terceros y la falta de transparencia. Para evitar estos aspectos negativos es necesario respetar todos los límites legales.

## B. *Valoración jurídica*

a) *Admisibilidad*. Los acuerdos informales no son de por sí inadmisibles. No existe un *numerus clausus* en cuanto a las formas de actividad de la administración. Incluso hay una cierta base en el deber de la administración, recientemente consagrado por la jurisprudencia constitucional, de audiencia al ciudadano, una audiencia que no puede limitarse a una “mera audición”, sino que, en buena lógica, comprende también una discusión de los puntos de vista relevantes. Otro fundamento lo constituye el principio de instrucción, que obliga a la administración a examinar detenidamente los hechos, algo que a menudo sólo es posible con ayuda del afectado. Y, por último, justifica los acuerdos informales el deber de adoptar decisiones óptimas, que consideren tanto los intereses generales como los particulares. De todo ello no se deriva, lógicamente, un deber de llegar a un *acuerdo*, pero el *entendimiento* a que se llegue en las negociaciones sí puede llegar a plasmarse en tal acuerdo.

también acuerdos informales en el campo del derecho constitucional: Schulze-Fielitz, *cit.*, pp. 46 y ss.; Maurer, *Staatsrecht*, § 14, margs. 23 y ss.

b) *Efectos*. Los acuerdos informales no son jurídicamente vinculantes. En eso consiste precisamente su particularidad. Si se quisiera que fueran vinculantes, no estaríamos ante acuerdos informales, sino ante un convenio administrativo, una resolución preliminar o una promesa. Y la *obligatoriedad* no puede “colarse” tampoco por la puerta trasera, esto es, alegando el principio de protección de la confianza, el de buena fe, la autovinculación de la administración, etcétera. Por tanto, la administración puede apartarse de lo pactado no sólo en caso de cambios en los hechos o de la legislación, sino también en caso de cambiar de parecer. Y lo mismo cabe decir del ciudadano. No existe ni un derecho a exigir el cumplimiento del acuerdo ni a una indemnización por incumplimiento. La única posibilidad consiste en recurrir a los principios de la *culpa in contrahendo*, que se aplican a la diligencia en el proceso de formación de la voluntad de la administración. Esto no excluye, por cierto, que los acuerdos informales puedan constituir vinculaciones de hecho.

c) *Límites*. Aunque los acuerdos informales no están prohibidos, sí que deben respetar ciertos límites jurídicos. Sería un error pensar que, al no tener fuerza vinculante, están permitidos en todos los casos. Ya el § 20 III GG establece que la administración está vinculada en todas sus manifestaciones, incluso en el ámbito de los hechos, por las disposiciones legales y por los principios jurídicos. Además está la obligación de tener en cuenta las vinculaciones y deberes fácticos que pueden derivarse de tales acuerdos.

Existen límites tanto desde el punto de vista material como de procedimiento. En lo material, la administración no puede llegar a arreglos que no estén en consonancia con la legislación vigente ni que, en caso de ser respetados posteriormente, lleven a un consentimiento inválido o a una situación contraria a derecho (por ejemplo, omitiendo una disposición posterior). Además, no pueden obviarse las garantías del procedimiento administrativo, especialmente desvirtuando el deber, emanado del principio de instrucción, de examinar detenidamente los hechos, ni obviando los derechos de terceros a ser oídos y a participar. Las consecuencias y acciones que en cada caso se puedan derivar dependen de las circunstancias concretas, por lo que no pueden ser aquí objeto de un examen más detenido. No obstante, sí pueden comportar considerables restricciones. En cuanto a la propuesta, frecuente en la doctrina, de aplicar también por analogía a la actividad informal de la administración el procedimiento de la *VwVfG* y aun de las leyes especiales, la respuesta debe ser negativa. Si se formaliza la actividad informal, deja de ser informal, con la consecuencia de que frente a ella se volverán a establecer nuevos contactos y acuerdos informales. Por lo tanto,

no se trata de regular la actividad informal de la administración, sino únicamente de limitarla (sobre todo, en cuanto a sus efectos).<sup>83</sup>

<sup>83</sup> Bibliografía sobre el § 15: Krause, *Rechtsformen des Verwaltungshandelns*, 1974, pp. 54 y ss. y 361 y ss.; Rasch, *Der Realakt insbesondere im Polizeirecht*, DVBl, 1982, pp. 207 y ss.; Robbers, *Schlüchtes Verwaltungshandeln*, DÖV, 1987, pp. 272 y ss.; Scherer, *Realakte mit "Doppelnatur"*, NJW, 1989, pp. 2724 y ss.; Schulte, *Schlüchtes Verwaltungshandeln*, 1995; Siems, *Der Begriff des schlüchten Verwaltungshandelns*, 1999.

Bibliografía específica sobre III (advertencias públicas): Ossenbühl, *Umweltpflege durch behördliche Warnungen und Empfehlungen*, 1986, pp. 33 y ss.; *idem.*, *Informelles Hoheitshandeln im Gesundheits- und Umweltschutz*, UTR, 1987, 27, 33 y ss.; Lübbe-Wolff, *Rechtsprobleme der behördlichen Umweltberatung*, NJW, 1987, pp. 2705 y ss.; Sodan, *Gesundheitsbehördliche Informationstätigkeit und Grundrechtsschutz*, DÖV, 1987, pp. 858 y ss.; Dolde, *Behördliche Warnungen vor nicht verkehrsfähigen Lebensmitteln*, 1987; Schulte, *Informelles Verwaltungshandeln als Mittel staatlicher Umwelt- und Gesundheitspflege*, DVBl, 1988, pp. 512, 515 y ss.; Zuck, *Die Eingriffswarnung*, MDR, 1988, pp. 1020 y ss.; R. Philipp, *Staatliche Verbraucherinformationen im Umwelt- und Gesundheitsrecht*, 1989; Berg, *Die behördliche Warnung – eine neue Handlungsform des Verwaltungsrechts?* ZLR, 1990, pp. 565 y ss.; Gröschner, *Öffentlichkeitsaufklärung als Behördenaufgabe*, DVBl, 1990, pp. 619 y ss.; Heintzen, *Hoheitliche Warnungen und Empfehlungen im Bundesstaat*, NJW, 1990, pp. 1448 y ss.; *idem*, *Die öffentliche Warnung als Handlungsform der Verwaltung?* en: Becker-Schwarze/Köck et al., *Wandel der Handlungsformen im Öffentlichen Recht*, 1991, pp. 167 y ss.; Robbers, *Behördliche Auskünfte und Warnungen gegenüber der Öffentlichkeit*, AfP, 1990, pp. 84 y ss.; Schoch, *Staatliche Informationspolitik und Berufsfreiheit*, DVBl, 1991, pp. 667 y ss.; Leidinger, *Hoheitliche Warnungen, Empfehlungen und Hinweise im Spektrum staatlichen Informationshandelns*, DÖV, 1993, pp. 925 y ss.; Voitl, *Behördliche Warnkompetenzen im Bundesstaat*, 1994; Di Fabio, *Information als hoheitliches Gestaltungsmittel*, JuS, 1997, pp. 1 y ss.; Murswieck, *Staatliche Warnungen, Wertungen, Kritik als Grundrechtseingriffe*, DVBl, 1997, pp. 1021 y ss.; Lege, *Nochmals: Staatliche Warnungen*, DVBl, 1999, pp. 569 y ss.; Gusy, *Verwaltung durch Information*, NJW, 2000, pp. 977 y ss.; Ibler, *Grundrechtseingriff und Gesetzesvorbehalt bei Warnungen durch Bundesorgane*, Festschrift für Maurer, 2001, pp. 145 y ss.

Bibliografía específica sobre IV (actividad informal de la administración): Bohne, *Der informale Rechtsstaat*, 1981; *idem*, *Informelles Verwaltungs- und Regierungshandeln als Instrument des Umweltschutzes*, VerwArch, vol. 75, 1984, pp. 343 y ss.; Hoffmann-Riem, *Selbstbindungen der Verwaltung*, VVDStRL 40, 1982, pp. 187 y ss.; Eberle, *Arrangements im Verwaltungsverfahren*, DV, vol. 17, 1984, pp. 439 y ss.; Becker, *Informelles Verwaltungshandeln zur Steuerung wirtschaftlicher Prozesse im Zeichen der Deregulierung*, DÖV, 1985, pp. 1003 y ss.; Jarass, *Reichweite des Bestandschutzes industrieller Anlagen gegenüber umweltrechtlichen Maßnahmen*, DVBl, 1986, pp. 314, 319 y ss.); Ossenbühl, *Informelles Hoheitshandeln im Gesundheits- und Umweltschutz*, UTR, 1987, pp. 27 y ss.; Bauer, *Informelles Verwaltungshandeln im öffentlichen Wirtschaftsrecht*, VerwArch, vol. 78, 1987, pp. 241 y ss.; Beyerlin, *Schutzpflicht der Verwaltung gegenüber dem Bürger außerhalb des formellen Verwaltungsverfahrens?* NJW, 1987, pp. 2713 y ss.; Schulte, *Informelles Verwaltungshandeln als Mittel staatlicher Umwelt- und Gesundheitspflege*, DVBl, 1988, pp. 512 y ss.; Rengeling, *Das Kooperationsprinzip im Umweltrecht*, 1988; Lübbe-Wolff, *Das Kooperationsprinzip im Umweltrecht-Rechtsgrundsatz oder Deckmantel des Vollzugsdefizits?*

## § IV. EL PLAN Y LA PLANIFICACIÓN<sup>84\*\*\*\*</sup>

### 1. Perspectiva general y significado

#### A. Perspectiva general

Se califica normalmente como plan todo aquello que el legislador designa o todo lo que se denomina a sí mismo como plan. Aparece de este modo un conglomerado de diferentes actos del poder público que, si bien tienen en común la denominación de plan, se diferencian en lo demás de forma considerable. A efectos ilustrativos, debería subrayarse la existencia de varios tipos de plan.

a) *Los presupuestos del Estado federal, de los Länder y de los municipios.* Estos planes, en cierto modo clásicos, forman el fundamento de la economía presupuestaria estatal y local. Tiene un significado eminentemente político, puesto que son establecidos para el cumplimiento de las funciones públicas y el desarrollo social mediante la distribución de medios y de prioridades. A la planificación financiera a largo plazo sirven los *planes financieros* (quinquenales), que deben ser elaborados por el ministro de Finanzas, aprobados por el Gobierno y presentados para su conocimiento al Parlamento [cfr. artículo 109 III de la Ley Fundamental de Bonn (*GG*), § 50 de la Ley de Principios Presupuestarios (*HGrG*), §§ 9 y ss. de la Ley de Estabilidad (*StabG*)].

b) *Los planes de ordenación del territorio*, que pueden ser planes globales o planes sectoriales.

aa) *Los planes globales por los que se ordena el territorio* afectan al desarrollo global de una zona determinada. De acuerdo con las normas de la Ley Federal de Ordenación del Territorio (*ROG*) y de las directrices sobre el desarrollo territorial elaboradas por el ministro federal competente

NuR, 1989, pp. 295 y ss.; Hill (coord.), *Verwaltungshandeln durch Verträge und Absprachen*, 1990; R. Schmidt, *Öffentliches Wirtschaftsrecht*, 1990, pp. 494 y ss.; Hoffmann-Riem/Schmidt-Aßmann (coord.), *Konfliktbewältigung durch Verhandlungen*, 2 vols., 1990; Kunig/Rublack, *Aushandeln statt Entscheiden?* Jura, 1990, pp. 1 y ss.; H. Dreier, *Informelles Verwaltungshandeln*, StW, 1993, pp. 647 y ss.; Brohm, *Rechtsstaatliche Vorgaben für informelles Verwaltungshandeln*, DVBl, 1994, pp. 133 y ss.; Dose, *Kooperatives Recht*, DV 27, 1994, pp. 91 y ss.; Schlette, *Die Verwaltung als Vertragspartner*, 2000, pp. 216 y ss.; Volkmann, *Umweltvereinbarungen als Problem der verwaltungsrechtlichen Dogmatik*, UTR, 2001, pp. 97 y ss.; Bull, VerwR margs. 242 y ss., 486; Erichsen, VerwR § 32 margs. 1 y ss.; Ipsen, VerwR margs. 820 y ss.

<sup>84\*\*\*\*</sup> El § 16 ha sido traducido por José García Alcorta, doctor en derecho y abogado.

(§§ 1 y ss., 18 *ROG*), estos planes se extienden —en un desarrollo que va concretándose sucesivamente— a la planificación de un *Land* (planes de desarrollo de un *Land*, programas de ordenación del territorio de un *Land*, etcétera para el conjunto de la zona de un *Land*), a la planificación regional (planes regionales para determinadas partes de un *Land*), e incluso hasta la planificación local (planes urbanísticos de los municipios).<sup>85</sup>

bb) *Los planes sectoriales relacionados con el territorio*, aprobados mediante una resolución, constituyen el fundamento jurídico para el establecimiento de determinadas instalaciones necesarias para el territorio, como por ejemplo la construcción de carreteras, de aeródromos, de instalaciones para la eliminación de residuos, etcétera, *cfr.* § 17 de la Ley Federal de Carreteras (*FStrG*), § 8 de la Ley de Tráfico Aéreo (*LuftVG*), § 31 II de la Ley Reguladora de la Economía del Ciclo de Producción y de los Residuos (*KrW/AbfG*).

c) El *plan de necesidades para las carreteras federales*, que se añade como anexo a la Ley de Ampliación de las Carreteras (*FStrAbG*) y establece las medidas necesarias para la ampliación y la nueva construcción de carreteras federales de acuerdo con una relación que se ordena según la urgencia.<sup>86</sup>

<sup>85</sup> Los *planes de un Land* y los *planes regionales* están regulados en parte por la legislación federal mediante la *ROG* y en parte por las leyes de planificación de cada *Land*. Puesto que la Federación sólo posee competencia para establecer la legislación marco en relación con la ordenación del territorio (artículo 75 I, núm. 4 *GG*), la *ROG* se limita a los principios y regulaciones generales (§§ 18 y ss. *ROG*) que deben y pueden ser desarrollados a cabo de forma más detallada por los legisladores de los *Länder*. Los *planes urbanísticos* de los municipios tienen su fundamento jurídico en el Código urbanístico (*BauGB*): el plan de uso de la superficie se extiende al conjunto del municipio y representa el uso del suelo que se deriva del desarrollo de las obras proyectado para la ciudad en sus rasgos fundamentales (§ 5 *BauGB*). El plan de urbanismo, que debe desarrollarse sobre la base del plan de uso de la superficie, establece de forma jurídicamente vinculante el uso del suelo dedicado a la construcción y a otros fines para unas concretas partes de las zonas del municipio (§ 8 *BauGB*). Los planes de nivel inferior han de adaptarse a la planificación territorial de los correspondientes de nivel superior (*cfr.*, para la planificación urbanística, § 1 IV *BauGB*); frente a estos deberes de adaptación se encuentra el derecho del titular inferior de la planificación a que sus planes sean tenidos en cuenta o incluso a participar en la planificación realizada por las unidades administrativas superiores (el denominado principio de la contracorriente). *Cfr.*, en relación con los planes de ordenación del territorio, con ulteriores referencias, Hoppe/Grotfels, *Öffentliches Baurecht*, 1995, pp. 63 y ss.; Brohm, *Baurecht*, §§ 35 y ss.; Gubert/Muckel, *Fälle zum Bau- und Raumordnungsrecht*, 5a. ed., 2001, pp. 165 y ss.

<sup>86</sup> De esta forma, el legislador parlamentario decide dónde y cuándo se construyen nuevas carreteras federales o se amplían las ya existentes (*cfr.*, en relación con el plan de nece-

d) *Planes en el ámbito del medio ambiente*, como los planes sobre el paisaje (§ 6 de la Ley Federal de Protección de la Naturaleza —*BnatSchG*—), planes para la conservación del aire limpio (§ 47 de la Ley Federal de Protección frente a las inmisiones —*BimSchG*—), planes de reducción de ruidos (§ 47a *BImSchG*), planes de eliminación de aguas residuales (§ 18a III de la Ley sobre el Consumo y Protección del Agua —*WHG*—).

e) *Planes de necesidades* en el ámbito social, como por ejemplo los planes de necesidades en relación con los hospitales con arreglo a la Ley de Financiación de los Hospitales (*KHG*), etcétera.<sup>87</sup>

sidades, *BVerwGE* 98, 339, 345 y ss.; 100, 388, 390 y ss.). Sobre la base de esta concreción de las necesidades, el ministerio federal competente en materia de tráfico debe determinar, con arreglo al § 16 *FStrG*, la planificación y el trazado. La determinación del trazado no es un acto administrativo (impugnable), sino una instrucción administrativa interna (*BVerwGE* 62, 342, 344 y ss.; 104, 236, 251 y ss.). A ella le sigue el procedimiento integrado para la aprobación del plan, con la correspondiente resolución aprobatoria, según el § 17 *FStrG* (*supra*, marg. 4). *Cfr.* en relación con la planificación de carreteras, incluidas las referencias al Derecho europeo y ambiental, Steiner, *Strassen- und Wegerecht*, Steiner, *BesVerwR.*, V, margs. 59 y ss.; Gottschewski, *Zur rechtlichen Durchsetzung von europäischen Straßen*, 1998, pp. 19 y ss.; Lautner/Metz, *Bundesfernstrassenplanung – Von der Bedarfsermittlung bis zur baulichen Realisierung*, VR, 1996, pp. 253 y ss.

<sup>87</sup> El objetivo de esta ley resulta de su § 1: “La finalidad de esta ley es la garantía económica de los hospitales, para asegurar a la población la provisión, ajustada a sus necesidades, de hospitales que dispongan de suficientes recursos para su funcionamiento y que se responsabilicen de su propia administración, así como para contribuir a una asistencia socialmente soportable”. Los planes se mencionan en el § 6 I: “Los *Länder* elaboran planes de hospitales y programas de inversión para la realización de los fines mencionados en el § 1”. Las consecuencias resultan del § 8 I 1: “Los hospitales tienen, con arreglo a esta ley, derecho al fomento, en tanto en cuanto estén contemplados en el plan de hospitales de un *Land* y, en el caso de las inversiones, en el programa de inversiones según el § 9, apdo. 1, núm. 1”. *Cfr.* respecto de los planes de necesidades relativas a los hospitales, de acuerdo con anteriores redacciones de la Ley de Financiación de los Hospitales, *BVerwGE* 62, 86; 72, 38. Con arreglo a la interpretación del Tribunal Federal de lo Contencioso-Administrativo, el (anterior) plan de necesidades relativas a los hospitales no era una norma jurídica ni una resolución general (*allgemeine Verfügung*), sino “una medida administrativa de carácter interno sin efectos jurídicos inmediatos externos [...] todo lo más comparable con una orden interna de servicio, mediante la cual el órgano administrativo competente del *Land*, con arreglo al § 8 I 1 *KHG* (1972/1981) resulta obligado a adoptar una resolución de fijación del plan (*BVerwGE* 72, 38, 45). Lo mismo vale también para el momento actual (en este sentido, Sodan, “*Lebensmittel- und Gesundheitsrecht*”, Achterberg/Püttner/Würtenberger (eds.), *Besonderes Verwaltungsrecht*, II, 2a. ed., 2000, pp. 740, 793 y ss.).

f) *Planes en el ámbito de la formación y de la enseñanza superior*, como por ejemplo planes estructurales y de desarrollo para las Universidades, según el § 36 de la Ley de Universidades de Baden-Württemberg.<sup>88</sup>

g) *Planes que sólo afectan a una persona.*<sup>89</sup>

h) Finalmente, los *planes internos de servicios de los órganos administrativos*, como los relativos a la organización interna de los órganos, la delegación, el archivo de documentos y similares. Deben calificarse como disposiciones administrativas internas.

## B. Significado

La planificación estatal no es un fenómeno únicamente de nuestro tiempo, sino que ya existía con anterioridad. Sin embargo, ha experimentado un considerable crecimiento en la actualidad.<sup>90</sup>

La *necesidad* de la planificación estatal es hoy en día, en principio, indiscutida. Se deriva, desde el punto vista jurídico, del mandato del Estado social de la Ley Fundamental y, desde un punto de vista material, de la creciente división de funciones en el ámbito estatal, de la escasez de los recursos y capacidades disponibles, así como de los diferentes y, a menudo, contrapuestos intereses presentes en una comunidad plural. Con ayuda de la planificación no sólo las medidas de las instancias estatales deberían estar dirigidas de forma coordinada y orientada a sus objetivos, sino que también deberían darse impulsos para el ámbito económico y social. Corresponde ello también a la tendencia de nuestro tiempo de analizar y superar de modo

<sup>88</sup> Cfr., sobre esto, Schmidt-Aßmann, *Wissenschaftsplanung im Wandel*, Festschrift für Hoppe, 2000, pp. 649 y ss.; sobre la planificación de la enseñanza en la relación Federación-Länder (artículo 91b GG), Blümel, HStR IV, 1990, § 101, margs. 156 y ss.

<sup>89</sup> Así, por ejemplo, el plan global para la integración de un incapacitado según el § 58 del Código de la Seguridad Social (*SGB*) XII [cfr., en relación con la regulación precedente, el § 46 la Ley Federal de Asistencia Social (*BSHG*), *OVG Münster OVGE* 29, 1] y el plan de ejecución como fundamento para el tratamiento de un preso, según el § 7 de la Ley sobre Ejecución de Penas (*StVollG*).

<sup>90</sup> El volumen y la intensidad de la planificación dependen de la actividad de la acción estatal. En el Estado de derecho liberal del siglo XIX, que se comprendía primordialmente como un Estado de orden, dedicado a la prevención de peligros, el plan quedó naturalmente en un segundo término; el Estado no desarrollaba ninguna iniciativa, sino que reaccionaba esencialmente sólo a las perturbaciones de la seguridad y el orden públicos. En el Estado social de derecho de la actualidad, que —junto a la prevención de los peligros— tiene asignadas funciones relacionadas con la actividad prestacional y de configuración social (cfr. *supra*, § 2, marg. 6), el plan se convierte en un instrumento esencial de la acción estatal.

científico-racional los problemas aún persistentes. La “euforia de la planificación” de los años 60 ha cedido sin embargo frente al escepticismo. Los desarrollos sociales —a diferencia, quizás, de los procesos técnicos— no se dejan prever con exactitud y, por lo tanto, planificar con seguridad, al margen de que la Ley Fundamental, si bien exige una razonable planificación estatal, se opone a una completa planificación de los individuos y, por ende, de la vida social.

El *centro de gravedad* de la planificación estatal no se encuentra, por lo demás, en el ámbito de la administración, sino en el *ámbito de la legislación y del gobierno* (planificación política, planificación gubernamental). Las funciones de planificación mencionadas en la Ley Fundamental.

Planificación financiera (artículo 109 III), planificación marco en relación con tareas comunitarias (artículo 91 a III), planificación de la formación (artículo 91 b), presupuesto (artículo 110) afectan al Legislativo y al Gobierno. Por supuesto, no resulta posible efectuar una distinción clara entre la planificación política y la planificación administrativa, tanto más cuanto que las planificaciones de los distintos niveles a menudo están vinculadas entre sí.<sup>91</sup>

## 2. Clasificación jurídica

### A. ¿El plan como concepto jurídico?

Existen en la doctrina distintos intentos de ofrecer una definición de plan (*cfr.*, por ejemplo, Herzog/Pietzner, EVStl, columna 2503; Obermayer, VerwR, p. 121); éstos representan sin embargo en su mayor parte perifrasis o circunlocuciones jurídicas antes que conceptos jurídicos. La variedad de

<sup>91</sup> Los *problemas jurídicos* de la planificación se mueven en todo caso de forma predominante en el *ámbito jurídico-constitucional*. Los mismos derivan de los peligros típicos de la planificación, que puede conllevar limitaciones de la libertad (derechos fundamentales), menoscabo de competencias del Parlamento frente a las competencias del Ejecutivo (división de poderes) y una reducción de las competencias de los *Länder* y de los municipios mediante planificaciones de las instancias centrales (principios del Estado federal, garantía de la autonomía de los municipios prevista en el artículo 28 II GG). También la participación de los ciudadanos en la planificación, la participación en la adjudicación de prestaciones previstas en un plan (derechos fundamentales) y la protección de la confianza del ciudadano en la continuidad de un plan (garantía del plan) deben medirse, por último, con arreglo a los principios constitucionales, *cfr.* sobre esto en particular las interpretaciones para el derecho constitucional, y además en relación con el derecho a la garantía del plan, *infra*, margs. 26 y ss.

los planes, las diferencias existentes según el sujeto que establece el plan, sus destinatarios, su contenido, su campo de referencia, su duración temporal, sus efectos y su carácter vinculante, excluyen la posibilidad de aceptar un concepto jurídico de “plan” uniforme y comprensivo. Es por ello que en el derecho administrativo tampoco existe autónomamente la *forma jurídica de plan*; antes bien, el plan representa una denominación global para muy distintos fenómenos, que deben juzgarse cada uno según su particularidad y las disposiciones jurídicas aplicables a ellos.

Puede realizarse una cierta delimitación únicamente en relación con la *planificación*. Plan y planificación se mencionan a menudo y sin distinción uno al lado del otro. Sin embargo, su significado no es el mismo. La planificación es la actividad que tiene por finalidad la adopción de un plan; el plan es el producto de esa actividad (*cfr.* ya, en relación con esta diferencia, en el tratamiento del acto administrativo, *supra*, § 9, marg. 7).

La planificación significa “fijación previsora de objetivos y anticipación intelectiva de los comportamientos necesarios para su realización” (Wolff/Bachof/Stober, VerwR, I, § 56, marg. 6); la planificación presupone por tanto una cierta medida de *autonomía*, tanto en relación con la fijación de objetivos como también en la elección de los medios. Es por eso que, de acuerdo con su naturaleza, el centro de gravedad de la planificación se encuentra en el Legislativo y el Gobierno (la mayoría de las leyes son el resultado de una planificación en este sentido y así, si se quiere, planes). En *el ámbito de la administración* puede diferenciarse entre actividad de *ejecución* y actividad de *planificación*. La primera se da en los supuestos de ejecución de preceptos legales o de las directrices adoptadas por el Gobierno; se encuentra de esta forma preprogramada. La segunda, en cambio, puede fijar ella misma sus objetivos y establecer el camino a seguir para lograrlos —dentro de los fines y límites marcados por el legislador o el Gobierno—; se programa por tanto a sí misma. Esta comparación no puede sin embargo conducir a engaño, puesto que en la práctica los límites son difusos y se producen interferencias en la mayoría de las ocasiones. En este sentido, en la planificación urbanística, que tiene su fundamento en la autoridad para la planificación que ostentan los municipios, se mezclan la planificación autónoma y la ejecución heterónoma (en particular del § 1 V *BauGB*), una dentro de la otra; le resta no obstante a los municipios un ámbito de libertad de configuración en la planificación.<sup>92</sup>

<sup>92</sup> *Cfr.* acerca de esto y sobre la diferencia entre la libertad de configuración planificadora y la discrecionalidad administrativa, *supra*, 7, marg. 63, con referencias.

## B. *El efecto vinculante de los planes*

Se diferencia entre planes indicativos, orientativos e imperativos.

a) *Los planes indicativos* contienen datos y proyecciones. Tienen la finalidad de informar a las instancias estatales y, en determinadas circunstancias, también a los sujetos privados acerca de las circunstancias actuales y de las evoluciones esperadas, así como ofrecerles material para sus propias decisiones y disposiciones.<sup>93</sup>

b) *Los planes imperativos* son, en cambio, jurídicamente vinculantes para sus respectivos destinatarios. Debe distinguirse además si el efecto vinculante se limita al ámbito de la administración pública o también comprende a las personas privadas, obligándolas. Una parte de la doctrina cuenta sólo el segundo grupo entre los planes imperativos.

c) *Los planes orientativos* se encuentran entre los dos tipos de planes anteriormente mencionados. Pretenden motivar un determinado comportamiento en correspondencia con los objetivos presentados en el plan, pero no mediante la orden o la coacción, sino que prevén estímulos para aquel comportamiento que se adecua al plan (tales como subvenciones, ventajas fiscales, mejora de la infraestructura mediante la construcción de carreteras o la supresión de terrenos industriales) o anuncian desventajas para aquel comportamiento contrario al plan (como, por ejemplo, cargas fiscales). La intensidad de la influencia en el comportamiento privado puede ser muy diferente, condicionada por las circunstancias fácticas, pero también por la forma jurídica de su aprobación, que puede ser desde una mera declaración de intenciones hasta una subvención o un beneficio fiscal legalmente regulados.<sup>94</sup>

## C. *La naturaleza jurídica de los planes*

El plan no representa, como ya se ha expuesto, ninguna forma jurídica propia de acción estatal. Más bien puede aparecer en todas las formas jurídicas.

<sup>93</sup> Es dudoso si en este supuesto puede hablarse siquiera de un “plan”, puesto que se trata únicamente de una colección de datos, incluso aunque su elaboración pueda exigir conocimientos técnicos y valoraciones. Los datos, con todo, también pueden ser transmitidos bajo ciertas presentaciones de objetivos y producir de esta forma un efecto estimulante; de esta forma se aproxima el plan indicativo al plan orientativo.

<sup>94</sup> El plan orientativo es el medio de configuración adecuado al Estado social: no obliga, pero tampoco renuncia a influir en el diseño social, sino que intenta activar la iniciativa y responsabilidad de los sujetos privados con la ayuda de la dirección global.

dicas tradicionales: como norma jurídica (ley formal, reglamento, ordenanza), resolución de un gabinete, directriz del canciller federal o de los presidentes de los *Länder*, acto administrativo, instrucción administrativa, orden particular, actividad de carácter material. Hay que examinar especialmente respecto de cada plan cómo debe ser calificado el mismo desde el punto de vista jurídico. Si el plan no puede ser subsumido —o no puede serlo de manera forzada— dentro de alguna de las formas jurídicas o de actuación tradicionales, cabe cuestionarse si representa una forma intermedia (como, por ejemplo, una norma jurídica de otro tipo) o un acto *sui generis*.

a) *Los planes indicativos* representan una forma de información y deben calificarse, por consiguiente, como actuaciones de carácter material.

b) *Los planes orientativos* son más difíciles de calificar desde el punto de vista jurídico. Depende de si el anuncio se produce junto con una declaración de voluntad vinculante o sin ella, lo que debe negarse en el supuesto de que se trate de una mera declaración de intenciones, pero debe, por el contrario, afirmarse cuando se establecen legalmente unos beneficios fiscales. Entre ambos extremos se encuentra una amplia gama de supuestos que resultan a menudo difíciles de valorar. Aun cuando, por regla general, puede rechazarse la existencia de una declaración de voluntad vinculante, mediante el solo efecto estimulante de estos planes puede engendrarse una situación de confianza.

*Los planes imperativos* tienen, desde el punto de vista del análisis jurídico, la mayor importancia. A menudo, el *legislador* ha determinado ya la forma jurídica: los presupuestos de la Federación y de los *Länder* se establecen mediante una ley formal (*cfr.* artículo 110 II *GG* para la Federación). Lo mismo vale también para los planes de necesidades relativos a la ampliación de las carreteras federales (*cfr. supra*, marg. 7). Los presupuestos de los municipios se fijan mediante ordenanzas (*cfr.*, por ejemplo, el § 79 de la Ley de Régimen Municipal de Baden-Württemberg). El plan de urbanismo se adopta mediante la forma de ordenanza (§ 10 *BauGB*), mientras que la resolución que pone fin a un procedimiento integrado de aprobación de un plan se adopta como un acto administrativo (*cfr.*, por ejemplo, § 74 de la Ley de Procedimiento Administrativo *VwVfG*). Muy diferentes son las regulaciones de las leyes de planificación de los *Länder* en relación con los planes de desarrollo del correspondiente *Land* y los planes regionales: los primeros se adoptan predominantemente bajo la forma de una ley, pero también en parte bajo la forma de un reglamento (así, por ejemplo, en Hesse); los planes regionales se publican en Baden-Württemberg, Baja Sajonia y Sajonia bajo la forma de una orde-

nanza y, en caso contrario, la mayoría de las veces en forma de reglamento. En ocasiones no existe una denominación legal más cercana.<sup>95</sup>

De la determinación de la forma jurídica resulta en primer lugar que los planes respectivos deben tratarse *formalmente* como una ley formal, como una ordenanza, etcétera, en particular en lo que se refiere a sus requisitos jurídicos y a su control judicial. La forma jurídica debería asegurar sobre todo la colaboración de los parlamentos en la adopción de las decisiones de planificación importantes. Los *efectos jurídico-materiales*, en particular el efecto vinculante, no quedan sin embargo ya predeterminados; más bien deben ser examinados en cada caso concreto. Los planes de urbanismo, en cuanto que ordenanzas, son vinculantes con carácter general, y ostentan por ello la naturaleza de normas jurídicas (constituyendo derechos y obligaciones, como cualquier norma jurídica, sólo para las personas a las que se refieren, predominantemente para los propietarios de inmuebles de la zona a la que afecta el plan). Las resoluciones que ponen fin a un procedimiento integrado de aprobación de un plan son actos administrativos constitutivos. Los presupuestos, por el contrario, habilitan tan sólo a los órganos ejecutivos a efectuar los correspondientes gastos, pero no fundamentan sin embargo derechos u obligaciones para los ciudadanos (*cfr.* § 3 II *HGrG*, § 80 III 2 *GemO*); tienen efecto vinculante en relación exclusivamente con la entidad pública correspondiente, y sólo de forma condicionada, puesto que los órganos ejecutivos son habilitados jurídicamente, pero no obligados a emplear los recursos puestos a su disposición. El plan sobre las necesidades relativas a las carreteras federales (*cfr. supra*, marg. 7) es, en todo caso, vinculante sólo internamente. Los planes de ordenación del territorio vinculan únicamente dentro del ámbito de la administración pública, pero deben ser respetados no sólo por los órganos de la propia Administración autora de los mismos, sino también por las entidades de niveles administrativos inferiores (*cfr.* § 1 IV *BauGB*, según el cual los planes urbanísticos de los

<sup>95</sup> Como ejemplo de una regulación diferente puede citarse la Ley de Ordenación del Territorio (§§ 5 y ss.): el programa de ordenación del territorio del *Land*, que en su primera parte establece los principios de la ordenación del territorio para el *Land*, se adopta mediante una ley del Parlamento del *Land*. El programa de ordenación del territorio del *Land*, que en su segunda parte establece los objetivos de la ordenación del territorio para el desarrollo del *Land* o de partes del mismo, se determina mediante un reglamento del Gobierno del *Land*; los programas regionales de ordenación del territorio se adoptan mediante ordenanzas por los titulares de la planificación regional, las comarcas y las ciudades no integradas en comarcas, pero necesitan todavía la autorización del órgano de supervisión. La respectiva forma jurídica determina al mismo tiempo los requisitos y los efectos jurídicos de los concretos planes, además de su tutela judicial.

municipios deben adaptarse a los fines de la ordenación del territorio y a la planificación del *Land*).

d) *Si no hay una clasificación legal* del plan, entonces hay que determinar su naturaleza jurídica con arreglo a las correspondientes circunstancias, en particular teniendo en cuenta el autor del plan, su contenido y su eficacia vinculante. Los planes que fundamentan derechos y obligaciones para los ciudadanos son normas jurídicas o actos administrativos. No le está prohibido *a priori* al legislador crear ulteriores actos jurídicos con eficacia obligatoria. Pero las medidas que obligan a los ciudadanos y que, por lo tanto, suponen una intervención en la libertad y en la propiedad, deben adoptarse en todo caso mediante ley o sobre la base de una ley.<sup>96</sup>

Los *planes de desarrollo de cada Land* y los *planes regionales*, que no se establecen mediante una ley formal, una ordenanza o un reglamento, sino que se adoptan mediante una mera resolución del gobierno, de un ministro o de otra instancia, tienen principalmente efectos jurídicos internos en la

<sup>96</sup> En el caso concreto, la determinación de la naturaleza de un plan puede conducir a dificultades casi insuperables. Así sucede con el plan relativo al uso de la superficie. Se adopta por el representante del municipio, requiere la autorización del órgano de supervisión (§ 6 *BauGB*) y vincula no sólo al propio municipio, en particular para la elaboración de un plan de urbanismo posterior (§ 8 II *BauGB*), sino, eventualmente, también a otras Administraciones (§ 7 *BauGB*); sin embargo, no produce ningún efecto jurídico inmediato para el ciudadano, pero sí efectos mediatos, puesto que, por ejemplo, al decidir sobre la autorización de proyectos urbanísticos en suelo no urbanizable, hay que examinar su compatibilidad con el plan (§ 35 II *BauGB*). Según la opinión doctrinal dominante, el plan relativo al uso de la superficie no puede subsumirse en una de las formas jurídicas tradicionales (ordenanza, acto administrativo, convenio administrativo, actuación interna de la administración), sino que representa una medida de autoridad *sui generis*, una fase del planeamiento configurada de forma especial; en este sentido *Grauvogel*, en Kohlhammer-Kommentar zum BauGB, § 5, margs. 156 y ss.; *Brohm, Baurecht*, § 6, marg. 12; *Finkelburg/Ortloff, Öffentliches Baurecht*, vol. 1, 5a. ed., 1998, p. 72 (“plan que vincula la planificación”); *cfr.* también *BVerwG NVwZ*, 1991, 262 (en todo caso no es una norma jurídica o una disposición jurídica en el sentido del § 47 I de la Ley de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa (*VwGO*)). Puesto que el plan relativo al uso de la superficie debe cumplir con los requerimientos formales de una ordenanza (como también lo revela la comparación con el plan de urbanismo), debe calificarse como una ordenanza tan sólo desde el punto de vista formal, esto es, como un acto jurídico que se adopta mediante la forma de una ordenanza, pero que no constituye una norma jurídica vinculante con carácter general, sino que tiene (casi) un significado puramente interno para la administración (análogo al plan presupuestario). Puesto que no fundamenta derechos u obligaciones para los ciudadanos, ni siquiera constituye una norma jurídica en sentido material y no puede ser impugnado a través del control de las normas por los tribunales administrativos, según el § 47 *VwGO*, en este sentido, en cuanto al resultado, *BVerwG, NVwZ*, 1991, p. 262: *cfr.*, en todo caso, también *BVerwGE* 117, 287, y sobre esto, *Kment NVwZ* 2004, pp. 314 y ss.

propia administración. Se califican en la doctrina y en la jurisprudencia como disposiciones administrativas internas, actuaciones internas de la administración o medidas de autoridad *sui generis*, con lo que al mismo tiempo queda de manifiesto la dificultad de clasificarlos dentro de la tipología tradicional de formas jurídicas. Es cuestionable si los municipios pueden ser vinculados por tales planes (no adoptados como disposiciones jurídicas de carácter externo) y pueden resultar limitados de esta forma en su potestad de planificación amparada por el artículo 28 II GG, lo cual se pretende normalmente a través de estos planes.<sup>97</sup>

### 3. *La garantía del plan*

Los planes se encuentran, con arreglo a su esencia, en una *relación de tensión entre la estabilidad y la flexibilidad*. Por un lado, tienen el sentido y la finalidad de motivar a sus destinatarios, en particular a los ciudadanos que actúan en el ámbito económico, a realizar un determinado comportamiento, a efectuar disposiciones e inversiones; aquéllos pretenden y deberían ser ejecutados. Esto presupone, empero, que los ciudadanos puedan confiar en el mantenimiento de los planes (problema de la protección de la confianza). Por otro lado, sin embargo, los planes parten de determinadas circunstancias existentes en los ámbitos político, económico y social, que a su vez pretenden dirigir. Cuando se modifican estas circunstancias o han sido valoradas de forma incorrecta, los planes deben ser entonces corregi-

<sup>97</sup> El artículo 28 II GG permite, ciertamente, limitaciones a la autonomía local, pero para ello exige una regulación legal (*cfr.* § 23, marg. 6). Las vinculaciones mencionadas pueden justificarse en todo caso en las regulaciones legales que sirven de base a los planes, en particular las leyes de planificación de cada *Land*. En este sentido, la opinión dominante, *cfr.* OVG Lüneburg DVBl, 1973, 151, 155; Söfker, Ernst/Zinkahn/Bielenberg, *Bundesbaugesetz*, § 1, margs. 21 y ss., con ulteriores referencias; una opinión distinta en Brohm, DVBl, 1980, 658; *cfr.* también, Brohm, *Baurecht*, § 36, margs. 30 y ss., con ulteriores referencias. Si se afirma una vinculación tal, se plantea entonces la cuestión acerca de si —y, eventualmente, cómo— el municipio puede proceder judicialmente contra los planes que no son adoptados mediante normas jurídicas de carácter externo, *cfr.* sobre esto, en relación con los planes regionales Löhr, DVBl, 1980, pp. 19 y ss., que califica los planes regionales como instrucciones administrativas con efectos jurídicos externos y considera lícito su control normativo con arreglo al § 47 *VwGO*; al mismo resultado llega Schmidt-Aßmann, DÖV, 1981, pp. 245 y ss.; además, Weidemann, *Gerichtlicher Rechtsschutz der Gemeinden gegen regionale Raumordnungspläne*, 1983; Hoppe, *Festschrift für Menger*, 1985, pp. 756 y ss. La creciente importancia jurídica y práctica de los planes regionales, no sólo para los municipios y otras corporaciones, sino también —al menos indirectamente— para los ciudadanos hace necesaria de forma urgente una regulación legal de su forma jurídica.

dos en correspondencia, si no se quiere que se vuelvan inoportunos o incluso contrarios a Derecho (problema de la modificación del plan). En esta relación de tensión radica el problema de la *garantía del plan*. Se trata de la *distribución del riesgo* entre el autor del plan y sus destinatarios en casos de supresión, modificación o inobservancia del mismo.

En el supuesto de los planes imperativos, la distribución del riesgo está ocasionalmente regulada por la ley (§§ 39 y ss. *BauGB*); por ejemplo, el ciudadano tiene derecho a una indemnización en caso de modificación del plan de urbanismo. En lo que se refiere a los planes indicativos, tales derechos se excluyen de antemano, a no ser que, pueda invocarse de forma excepcional un derecho a reclamar una indemnización por daños y perjuicios debido a una “información incorrecta”. El problema se presenta principalmente con los planes orientativos, que quieren y deberían influir en el ámbito económico y social a través de estímulos.

No se trata únicamente de la cuestión acerca de si el ciudadano tiene derecho a una indemnización por daños y perjuicios debido a una confianza defraudada, sino, en primer lugar, de la cuestión acerca de si aquél puede invocar un derecho al mantenimiento del plan, a su ejecución y —en el caso de que el plan se modifique—, a que se adopten reglas de adaptación y regulaciones transitorias. La “garantía del plan” no es por lo tanto un instituto jurídico rígidamente perfilado, sino que se relaciona con *diferentes variantes de derechos*.

La cuestión relativa a cada uno de estos derechos no puede responderse de manera global. Depende sobre todo de la forma y del contenido del plan respectivo, puesto que éstos son relevantes a su vez para valorar la posición de confianza del ciudadano.<sup>98</sup>

### A. ¿*Derecho al mantenimiento del plan?*

Un derecho tal se dirige al mantenimiento del plan y contra su supresión o modificación.<sup>99</sup>

<sup>98</sup> Es seguro que existe una diferencia si el incentivo financiero otorgado para el establecimiento de un negocio comercial en una determinada zona ha sido regulado en una ley de subvenciones, ha sido previsto en el presupuesto mediante la determinación de los recursos necesarios, ha sido recogido en el plan financiero del gobierno (§§ 9, 14 *StabG*) o ha sido anunciado al público mediante una declaración del ministro competente.

<sup>99</sup> Una cuestión *distinta* es la de si existe un derecho a la planificación, esto es, un derecho al inicio o continuación de un procedimiento para la elaboración de un plan. En principio, la respuesta debe ser negativa, incluso aunque estén previstos derechos de parti-

Un derecho general al mantenimiento del plan no puede reconocerse en principio, puesto que en tal caso la confianza del particular tendría preferencia frente a los intereses públicos en la modificación del plan, de tal manera que no sería posible planificar razonablemente, lo cual presupone también flexibilidad. Sólo en casos excepcionales, y únicamente si el plan se adopta con la forma de una ley o de un acto administrativo, puede reconocerse un derecho (temporal) al mantenimiento del plan.

a) Si el plan se ha establecido *como una ley o mediante una ley*, entonces deben respetarse los límites, desarrollados por el Tribunal Constitucional Federal, de la retroactividad auténtica y de la retroactividad impropia derivados del principio de protección de la confianza.<sup>100</sup>

cipación de los ciudadanos en el procedimiento. En relación con la planificación urbanística, esto se deriva ya del § 1 III 2 *BauGB*, que excluye expresamente un derecho semejante (*cfr.* sobre esto, *BVerwG NVwZ* 1983, 92). Lo mismo vale decir para los procedimientos integrados de aprobación de un plan, como los relativos a las carreteras (*BVerwG NJW*, 1981, 239) o al agua (*BVerwGE* 62, 243, 246 y ss.). No obstante, el ciudadano puede defenderse, haciendo valer a estos efectos las acciones de cesación y de restablecimiento de la situación alterada, frente a las lesiones de sus derechos ocasionadas por proyectos que han sido ejecutados sin la requerida aprobación de un plan, como, por ejemplo, la lesión de su propiedad causada por la construcción de una carretera erigida sin que previamente se haya dictado la resolución aprobatoria del correspondiente plan.

Con el derecho al mantenimiento del plan no se trata —al igual que con el derecho al cumplimiento del plan— de influir en la planificación, sino de la protección de las posiciones subjetivas jurídico-públicas creadas por el plan.

<sup>100</sup> El Tribunal Constitucional Federal diferencia entre la retroactividad auténtica y la retroactividad impropia (en este sentido, la Sala primera) o entre eficacia hacia el pasado de las consecuencias jurídicas y conexión retroactiva del supuesto de hecho (en este sentido, la sala segunda). La diferencia entre ambas salas es —atendiendo a su resultado— únicamente de carácter terminológico. En el primer supuesto, el ámbito temporal de validez de una ley se extiende al pasado (una ley publicada el 10. de marzo de 2002 debería aplicarse ya desde el 10. de agosto de 2001), en el segundo caso una ley que se aplica únicamente para el futuro incluye (también) situaciones y relaciones jurídicas que se han originado ya en el pasado (una ley publicada el 10. de marzo de 2002 suprime desde el 10. de abril las ayudas de tipos de interés concedidas hasta entonces, pero afectando también a los contratos de préstamo celebrados desde el 10. de marzo de 2002). La admisibilidad de la retroactividad debe juzgarse de acuerdo con el principio de protección de la confianza (el fundamento del cual se hallaría en el principio del estado de derecho o en los derechos fundamentales). Según esto, la retroactividad auténtica (eficacia hacia el pasado de las consecuencias jurídicas) es, en principio, ilícita; por el contrario, la retroactividad impropia (conexión retroactiva del supuesto de hecho) es, en principio, lícita, pero debe ser suavizada, eventualmente mediante regulaciones transitorias, con el fin evitar situaciones inicuas. *Cfr.* un resumen en *BVerfGE* 97, 67, 78 y ss.; 101, 239, 262 y ss.; más referencias en Maurer, *Staatsrecht*, § 17, margs. 105 y ss.

Una modificación del plan que represente una retroactividad auténtica sería en principio ilícita, pero este supuesto resulta difícilmente imaginable, puesto que la planificación —y con ello también la modificación del plan— está orientada hacia el futuro y, por ello, no puede comprender ya situaciones pertenecientes al pasado. Por el contrario, es perfectamente posible que la modificación del plan tenga una retroactividad impropia. En tal caso debe reconocerse (de forma excepcional) un derecho al mantenimiento del plan, si éste ha dado motivo a que el ciudadano efectuase disposiciones en correspondencia con él y resulta más digna de protección la confianza del afectado en el mantenimiento del plan que el interés público en su modificación.<sup>101</sup>

b) Si un plan ha sido adoptado en calidad de *acto administrativo*, sólo puede ser modificado o suprimido de acuerdo con las reglas de la revocación (*cfr.* acerca de la revocación, *supra*, § 11, margs. 39 y ss.).

c) En los demás casos, la supresión o la modificación de un plan pertenecen a la libertad de configuración de la instancia competente (*cfr. supra*, marg. 14). Las limitaciones sólo se derivan de que la administración se haya vinculado mediante una promesa especial o mediante un acuerdo contractual.<sup>102</sup>

### B. ¿Derecho al cumplimiento del plan?

Se dirige a la observancia y ejecución de un plan y, por lo tanto, contra un comportamiento de la administración contrario al mismo. También en este contexto debe efectuarse una distinción. En primer lugar, cabe preguntarse si el plan es jurídicamente vinculante y si vincula al órgano administrativo

<sup>101</sup> *Cfr.* sobre esto *BVerfGE* 30, 392 (Ley de Ayudas de Berlín): el legislador concedió un beneficio tributario para un período de al menos 5 años; debido a los acontecimientos económicos y políticos sucedidos en ese período, dicho beneficio fue suprimido tres años más tarde mediante una modificación legal. El Tribunal Constitucional federal confirmó su constitucionalidad: la fijación del plazo había creado, ciertamente, una situación de confianza; pero, después de una ponderación entre el interés de la confianza de los afectados y de los intereses públicos, prevalecerían estos últimos y justificarían la supresión anticipada del beneficio. Los principios acerca de la retroactividad impropia no encontraron en este supuesto aplicación inmediata, pero fueron empleados por el tribunal. *Cfr.* además *BGHZ* 45, 83 (supuesto del pan crujiente: supresión de una arancel de protección); además puede consultarse ya *RGZ* 139, 177 (supuesto de la carne congelada: reintroducción anticipada de un arancel a la importación); *Ossenbühl*, *JusS*, 1975, 545 y ss.

<sup>102</sup> *Cfr.*, sobre esto, las indicaciones en *BGHZ* 45, pp. 83, 87 y ss.; *BGH NJW* 1968, p. 293 (luz intermitente); además *Ossenbühl*, *JusS*, 1975, p. 549.

o a la administración concernidos. Además, hay que diferenciar entre la observancia del plan y su ejecución. El plan de urbanismo debe ser respetado en su calidad de plan jurídicamente vinculante por todos los órganos administrativos, de manera que no puede adoptarse ninguna medida que vaya contra el plan. Cuestión distinta es si y en qué medida los municipios deben ejecutar y realizar las determinaciones correspondientes del plan de urbanismo, como por ejemplo las relacionadas con una zona verde o con una carretera. La respuesta a esta cuestión debe ser negativa. Incluso aunque existiera semejante obligación bajo determinadas circunstancias concurrentes, los municipios no estarían obligados a una ejecución inmediata. Por lo demás, el ciudadano sólo tendría un derecho en tal supuesto si, dado el caso, la correspondiente obligación de ejecución existiese también en su interés (*cfr.* en relación con el derecho subjetivo, *supra*, § 8, marg. 8). El derecho general a la ejecución del plan es, por ende, tan poco existente como el derecho a la ejecución de una ley (*cfr.*, sobre esto, *BVerwG DVBl.* 1970, 62; *BadWürttVGH ESVGH* 23, 196). Debe observarse, no obstante, que el plan se establece para su ejecución y que, por lo tanto, debería propiciar un comportamiento en tal sentido de los ciudadanos. La administración actúa, en consecuencia, contradictoriamente y ejerciendo de forma incorrecta su discrecionalidad cuando no hace lo necesario para ejecutar los planes adoptados por ella misma.<sup>103</sup>

### C. ¿Derecho a regulaciones transitorias y ayudas de adaptación?

Este derecho parte de una modificación o supresión del plan y exige regulaciones transitorias y ayudas de adaptación para aquéllos que han realizado disposiciones de acuerdo con el plan y sufren a partir de este momento pérdidas patrimoniales debido al abandono de aquél. Podrían de esta forma, por un lado, realizarse las necesarias modificaciones del plan, y, por

<sup>103</sup> Ejemplo: El órgano administrativo competente en materia de obras otorga una licencia de obras a A pero dispensándole del cumplimiento de una disposición contenida en el plan de urbanismo relativo a la altura del edificio. El vecino N objeta el otorgamiento de esta dispensa y exige que se respete el plan de urbanismo. ¿Con éxito? El órgano administrativo está vinculado a las disposiciones del plan de urbanismo, pero puede conceder en el caso concreto una dispensa si no incumple unas condiciones determinadas (*cfr.* § 31 II *BauGB*). Una pretensión judicial de N únicamente tendría éxito si 1) el otorgamiento de la dispensa fuera objetivamente contrario a derecho y 2) la dispensa hubiera afectado a una disposición relativa al derecho sobre las obras que protege al vecino y que actúa por ello como fundamento de un derecho subjetivo.

otro, tenerse también en cuenta los intereses de los ciudadanos afectados, que tendrían la posibilidad de adecuarse paulatinamente a la nueva situación de acuerdo con las regulaciones transitorias o con las ayudas de adaptación.<sup>104</sup>

No cabe justificar, sin embargo, un derecho general a tales regulaciones transitorias o ayudas de adaptación. Ni tampoco sería posible realizarlo *de lege ferenda*. En contra habla el hecho de que aquí el número de posibilidades existentes es muy variado, dependiendo de cada supuesto concreto, y un derecho accionable debe estar suficientemente determinado. Es muy natural, no obstante, que las instancias que modifican el plan concedan ellas mismas tales regulaciones o ayudas. Cabe incluso pensar que, de este modo, una modificación del plan en el caso concreto pueda convertirse en lícita y se impida el surgimiento de derechos a indemnización por los daños y perjuicios ocasionados.

#### D. ¿*Derecho a indemnización?*

Este derecho se dirige a la indemnización por los daños y perjuicios derivados de la modificación o incumplimiento de los planes. En la doctrina se alude en parte a ello con el concepto de “derecho a la garantía del plan”. No existe, sin embargo, un fundamento jurídico para un derecho de este tipo —con independencia de casos especiales (*cfr. supra*, marg. 27)—. La cuestión relativa a la indemnización por daños y perjuicios se determina, por lo tanto, según las disposiciones y principios generales relativos a la responsabilidad patrimonial del Estado.<sup>105</sup>

<sup>104</sup> Ejemplos: La supresión de subvenciones se anuncia oportunamente por anticipado o no se produce de forma inmediata y completa, sino por fases. Los empresarios afectados por la modificación del planeamiento de tráfico, que podían partir con arreglo al plan originario de una situación del tráfico favorable, reciben ayudas financieras de transición.

<sup>105</sup> Bibliografía: Imboden y Obermayer, *Der Plan als verwaltungsrechtliches Institut*, Referate mit Diskussion, VVDStRL 18, 1960, pp. 113 y ss.; Kaiser (ed.), *Planung*, 6 vols., 1965, y ss.; Forsthoff/Blümel, *Raumordnungsrecht und Fachplanungsrecht*, 1970; Wimmer, *Über Rechtsnatur und Justizierbarkeit öffentlicher Bildungspläne*, DVBl, 1970, pp. 305 y ss.; M. Schröder, *Planung auf staatlicher Ebene*, 1974; Ossenbühl, *Welche normativen Anforderungen stellt der Verfassungsgrundsatz des demokratischen Rechtsstaates an die planende staatliche Tätigkeit?* 50, DJT, 1974, Opinión B; Blümel, *Planung und Verwaltungsgerichtsbarkeit*, DVBl, 1975, pp. 695 y ss.; Brohm, *Strukturprobleme der planenden Verwaltung*, JuS, 1977, pp. 500 y ss.; *idem*, *Entwicklungen im Raum- und Stadtplanungsrecht*, 1979; Wahl, *Rechtsfragen der Landesplanung und Landesentwicklung*, 2 vols., 1978; Handler, *Raumplanungsrecht*, JuS, 1979, pp. 618 y ss.; Schmitt Glaeser/König, *Grundfragen des Planungsrechts*, JA, 1980, pp. 321 y ss. y 414 y ss.; Löhr, *Gerichtliche Rechtschutzmöglichkeiten der Gemeinden gegen Regionalpläne*, DVBl, 1980, pp. 13 y ss. (en particular

también para la forma jurídica de los planes regionales); Schmidt-Aßmann, *Rechtsstaatliche Anforderungen an Regionalpläne*, DÖV, 1981, pp. 237 y ss.; Wahl, *Genehmigung und Planungsentscheidung*, DVBl, 1982, pp. 51 y ss.; Erguth, *Raumordnungs- und Landesplanungsrecht*, 1983; Weidemann, *Gerichtlicher Rechtsschutz der Gemeinden gegen regional Raumordnungspläne*, 1983; Hoppe, *Planung*, HStR III, 1988, § 71; Wahl, *Entwicklung des Fachplanungsrechts*, NVwZ, 1990, pp. 426 y ss.; Blümel, *Die Planfeststellung*, 2a. parte: *Die Planfeststellung im geltenden Recht*, 2 vols., 1994; Ronellenfitsch, *Neues Verkehrsgeplanungsrecht*, DVBl, 1994, pp. 441 y ss.; Roellecke, *Ein Rechtsbegriff der Planung*, DÖV, 1994, pp. 1024 y ss.; Schmidt-Aßmann, *Planung als administrative Handlungsform und Rechtsinstitut*, *Festschrift für Schlichter*, 1995, pp. 3 y ss.; Schmidt-Eichstaedt, *Das Bau- und Planungsrecht in der Europäischen Union*, DÖV, 1995, pp. 969 y ss.; Bartelsberger, *Planungsrechtliche Optimierungsgebote*, DVBl, 1996, pp. 1 y ss.; Hoppe, *Der Grundsatz der Planerhaltung als Struktur- und Abwägungsprinzip*, DVBl, 1996, pp. 12 y ss.; Fouquet, *Die allgemeinen materiellen Voraussetzungen der Planfeststellung*, VerwArch, vol. 87, 1996, pp. 212 y ss.; Ringel, *Die Plangenehmigung im Fachplanungsrecht*, 1996; Spannowsky, *Der Planer als Rechtsgestalter*, DÖV, 1996, p. 1017; Blümel, *Fachplanung durch Bundesgesetz (Legalplanung)*, DVBl, 1997, pp. 205 y ss.; Jarass, *Aktuelle Probleme des Planfeststellungsrechts*, DVBl, 1997, pp. 795 y ss.; idem, *Die materiellen Voraussetzungen der Planfeststellung in neuerer Sicht*, DVBl, 1998, p. 1202; Hoppe, *Grundfragen des Planungsrechts. Ausgewählte Veröffentlichungen*, 1998; Dolderer, *Das neue Raumordnungsgesetz (ROG 1998)*, NVwZ, 1998, pp. 345 y ss.; Jarass, *Europäisierung des Planungsrechts*, DVBl, 2000, pp. 945 y ss.; Stür, *Querschnitte zwischen Bau- und Fachplanungsrecht*, *Festschrift für Blümel*, pp. 565 y ss.; Wahl, *Europäisches Planungsrecht–Europäisierung des deutschen Planungsrechts*, ebenda pp. 617 y ss.; Ziekow (ed.), *Bauplanungsrecht vor neuen Herausforderungen*, 1999; Kühling/Herrmann, *Fachplanungsrecht*, 2a. ed., 2000; Ziekow (ed.), *Planung 2000–Herausforderungen für das Fachplanungsrecht*, 2001; Hoppe/Schlarmann/Buchner, *Rechtsschutz bei der Planung von Straßen und anderen Verkehrsanlagen*, 3a. ed., 2001; Konrad, *Gemeindliche Abwehrrechte gegen Planungen*, JA, 2001, pp. 975 y ss.; Stür/Probstfeld, *Die Planfeststellung*, 2003; Kment, *Unmittelbarer Rechtsschutz von Gemeinden gegen Raumordnungspläne*, DÖV, 2003, pp. 349 y ss.

En particular, en relación con el epígrafe III: Oldiges, *Grundlagen eines Plangewährleistungsrechts*, 1970; Egerer, *Plangewährleistungsanspruch*, 1971; Ossenbühl, *Die Plangewährleistung*, JuS, 1975, pp. 545 y ss.; Schenke, *Gewährleistung bei Änderung staatlicher Wirtschaftsplanung*, AöR, vol. 101, 1976, pp. 337 y ss.; Thiele, *Zur Problematik des Plangewährleistungsanspruchs*, DÖV, 1980, pp. 109 y ss.; Hufnagel, *Gewährleistung bei Änderung raumordnerischer Planungen*, BayVBl, 1980, pp. 166 y ss.; Brohm, *Plangewährleistungsrechte*, Jura, 1986, pp. 617 y ss.; Fronhöfer, *Schadenersatz- und Entschädigungsansprüche bei Planungsänderungen von Gemeinden*, BayVBl, 1991, pp. 193 y ss.; Ossenbühl, *Staatshaftungsrecht*, 5a. ed., 1998, pp. 378 y ss.; Detterbeck, en: Detterbeck/Windthorst/Sproll, *Staatshaftungsrecht*, 2000, pp. 451 y ss., en relación con el mantenimiento del plan, cfr. supra, § 4, marg. 41b.

Jurisprudencia: *BVerwGE* 95, 1 (planificación legal; ferrocarril-circunvalación sur Stendal). *BVerwGE* 34, 301; 45, 309; 90, 329; 110, 118; 119, 25 (planificación urbanística); *BVerwGE* 48, 56; 52, 237; 71, 166; 72, 282; 84, 123; 100, 370 (aprobación de un plan de carreteras); *BVerwGE* 110, 302 (carretera federal que atraviesa espacio natural protegido); *BVerwGE* 56, 110; 75, 214; 87, 332; 107, 142 y 313 (aprobación de un plan sobre tráfico aéreo; aeropuertos de Frankfurt, Munich, Erfurt); *BVerwGE* 90, 42; 90, 96; 97, 143 (apro-

## § V. ACTIVIDAD SUJETA AL DERECHO PRIVADO ADMINISTRATIVO; SUBVENCIÓN; ADJUDICACIÓN DE ENCARGOS PÚBLICOS<sup>106\*\*\*\*\*</sup>

### **1. Actuación de la administración sujeta al derecho privado administrativo**

La actuación de derecho privado administrativo ya ha sido objeto de mención (*cfr. supra*, § 3, margs. 9, 31; § 9, marg. 12) y requiere todavía examinar cuáles son sus características. Tal y como ya se ha expuesto, la administración puede actuar, en el ámbito de la actividad administrativa prestacional y de orientación, de acuerdo con el derecho público o con el derecho privado, en la medida en que no existan regulaciones legales o razones de hecho en contra. La decisión de intervenir conforme al derecho privado viene particularmente al caso cuando se trata de prestaciones monetarias, materiales o de servicios, que también pueden ser realizadas del mismo modo por empresas privadas (por ejemplo, el abastecimiento de agua, la eliminación de residuos, la concesión de un préstamo). La forma de actuación decisiva es, al igual que en el derecho privado, el contrato; pero también puede tratarse de declaraciones de voluntad unilaterales de carácter jurídico-mercantil, tales como, por ejemplo, una compensación, la resolución de un contrato, etcétera.

bación de un plan de residuos); *BVerwGE* 116, 175 (aprobación de un plan hidrológico); *BVerwGE* 120, 87 (Ley de aceleración de la planificación viaria); *BVerwGE* 107, 350; 111, 108 (aprobación de un plan para el restablecimiento de ferrocarriles después de la reunificación); *BVerwGE* 35, 268 (garantía del plan?); *BVerwGE* 62, 86; 72, 38 (plan sobre necesidades de un hospital; acto administrativo interno sin vinculación jurídica en el ámbito externo); *BVerwG NJW*, 1981, 239 y *BVerwGE* 62, 243 (no existe un derecho de un tercero a la iniciación y ejecución de procedimiento integrado de aprobación del plan); *BVerwGE* 101, 73 (reunión de varios procedimientos de aprobación de planes: túnel del parque zoológico de Berlín); *BVerwGE* 112, 221 (reserva de modo en el derecho de la planificación); *BVerwG NVwZ* 91, 262 (plan de uso de la superficie).- *BGHZ* 6, 322; 67, 320 (planificación urbanística); *BGH NJW* 1983, 215 (derecho a la garantía del plan en todo caso en relación con aquellas medidas de planificación eficaces). *OVG Lüneburg DVBl.* 1971, 320; *DVBl.* 1973, 151; *OVGE* 39, 409; *BadWürttVGH DÖV* 1981, p. 269; *BayVGH DVBl.* 1983, p. 1157; *Brem.StGH DVBl.* 1983, p. 1144; *NRWVerfGH, NVwZ*, 1990, p. 456 (planes de ordenación del territorio); *OVG Lüneburg DVBl.* 1979, p. 628 (plan marco del paisaje); *BayVGH DÖV*, 1984, 476 (plan regional); *BadWürttVGH ESVGH* 23, 196 (no existe un derecho general a la ejecución de una plan). *Cfr.*, además, las citas de jurisprudencia mencionadas *supra*, en el marg. 36.

<sup>106\*\*\*\*\*</sup> El § 17 ha sido traducido por José García Alcorta, doctor en derecho y abogado.

La administración también se encuentra vinculada, incluso cuando realiza de forma inmediata funciones administrativas bajo la forma del derecho privado, a determinados principios y regulaciones de derecho público, produciéndose así una cierta mezcla entre el derecho público y el privado, como sucede con el derecho privado administrativo. Entre las vinculaciones jurídico-públicas se encuentran los derechos fundamentales, los principios generales del derecho administrativo y las reglas competenciales. Es dudoso si, en qué medida y de qué forma la administración que actúa con arreglo al derecho privado administrativo está vinculada además al derecho público. En cualquier caso, sólo se encuentran a su disposición en este ámbito las formas de actuación de derecho privado, pero no las libertades de las personas privadas.

De esta mezcla en que consiste el derecho privado administrativo debe diferenciarse el supuesto en que la administración actúa *en dos niveles*, esto es, que decide en primer lugar conforme al derecho público y a continuación ejecuta esta decisión conforme al derecho privado. La denominada teoría de los dos niveles ha sido desarrollada en relación con la subvención, pero ha sido adoptada posteriormente también para otras relaciones jurídicas, en particular para el acceso a los servicios y establecimientos públicos (*cfr. supra*, § 3, marg. 26). Esta teoría debería examinarse con mayor detenimiento en su contexto original, lo cual requiere, en primer lugar, efectuar varias observaciones en relación con la actividad de subvención.

## **2. La actividad de subvención**

### **A. Concepto y clases de subvención**

Las subvenciones juegan en la práctica un papel considerable como instrumentos de política económica. Aunque en la discusión política se exige constantemente la reducción de las subvenciones y la Comunidad Europea se opone a la subvención por motivos de libre competencia, poco ha cambiado en relación con esta cuestión. En Alemania no existe una Ley general de subvenciones —a diferencia de lo que ocurre en otros Estados extranjeros, como Suiza—. Es por ello que falta también una definición legal válida con carácter general.<sup>107</sup>

<sup>107</sup> El § 264 VII del Código Penal (*StGB*) contiene una definición legal; pero se limita al supuesto de hecho penal del fraude en la subvención y no puede ser trasladado a otros ámbitos, aunque proporciona un cierto punto de apoyo desde una perspectiva general. Con

En la doctrina todavía no se ha elaborado un concepto unánime de subvención. En cualquier caso, las diferencias de opinión afectan más al alcance que a los elementos estructurales de la subvención. Es dudoso si la subvención comprende tan sólo ayudas de carácter positivo (*subvenciones de prestación*) o también exenciones de obligaciones tributarias generales, en particular ventajas fiscales (*subvenciones de ahorro*). Desde un punto de vista económico es indiferente si el particular abona una determinada cantidad monetaria o se le concede en la misma cuantía; en ambos casos, aquél tiene más de lo que tendría si no existiera la regulación que le favorece. Por ello, la doctrina económica y financiera parte también de un concepto amplio de subvención, que incluye también las subvenciones de ahorro. Desde una perspectiva jurídica, sin embargo, existen diferentes regulaciones para las subvenciones de prestación y para las ventajas fiscales, de manera que debe trazarse una distinción y limitar el concepto de subvención en sentido jurídico-administrativo a las subvenciones de prestación. En el derecho comunitario europeo se utiliza el concepto amplio de subvención, que incluye también a las subvenciones de ahorro (“ayudas”) (*cfr. infra*, marg. 35). Es todavía una cuestión abierta si esta solución puede asumirse también para el concepto jurídico-administrativo de subvención en el derecho alemán. En cualquier caso, debe notarse que las reglas por las que se rigen las subvenciones de prestación y las subvenciones de ahorro son distintas.

arreglo a esta disposición (el § 264 del Código Penal), la subvención es una prestación a empresas de recursos públicos con arreglo al derecho federal, al derecho del correspondiente *Land* o al derecho comunitario, que se concede, al menos en parte, sin una contraprestación en condiciones de mercado y que debe servir al fomento de la economía. La Ley de Subvenciones del 29 de julio de 1976 (BGBI. I, p. 2037) complementa el § 264 del Código Penal, pero apenas tiene alguna significación. La terminología legal tampoco es unánime. El § 12 de la Ley de Estabilidad (*StabG*) alude a “ayudas financieras” (*Finanzhilfe*) y el § 14 de la Ley de principios presupuestarios (*HGrG*) habla de “aportaciones” (*Zuwendungen*). Tal y como resulta del contexto global y de las funciones de estas normas, se trata de determinados tipos de subvenciones (el § 12 II de la Ley de estabilidad obliga al Gobierno federal, al *Bundestag* y al *Bundesrat* a presentar un informe sobre subvenciones cada dos años; el § 14 de la Ley de principios presupuestarios se refiere a la evaluación de las subvenciones en el presupuesto). Acerca de la Ley Suiza de Subvenciones del 5 de octubre de 1990, *cfr. Vallender, Wirtschaftsfreiheit und begrenzte Staatsverantwortung*, 3a. ed., 1995, § 13, margs. 80 y ss.

Diferencias entre	
Subvenciones de ahorro (ventajas fiscales)	Subvenciones de prestación (ayudas, préstamos, etcétera)
1. Es necesario un fundamento legal (exención por una ley de la obligación tributaria).	1. No es necesario, según la doctrina mayoritaria, un fundamento legal.
2. Competencia del legislador según el art. 105 de la Ley Fundamental de Bonn —GG—.	2. Disposiciones generales de competencia.
3. No aparece (expresamente) en los presupuestos.	3. Debe ser identificado en los presupuestos.
4. Concesión mediante acto administrativo (resolución tributaria).	4. Concesión mediante acto administrativo u otras formas jurídicas (convenio administrativo, teoría de los dos niveles).
5. Resolución de carácter reglado.	5. Eventualmente, resolución discrecional.
6. Distintos efectos de acuerdo con la progresividad del tributo.	6. Importe fijo (eventualmente escalonado según la finalidad de la subvención).
7. Tutela judicial. Pretensión constitutiva de impugnación contra la resolución tributaria ante el Tribunal Financiero (al no tomarse en consideración la ventaja fiscal).	7. Pretensión de condena o pretensión general dirigida a la concesión de la subvención ante el Tribunal de lo Contencioso-Administrativo; pretensión sobre la base de la Ley de Subvenciones o, en caso de que no exista, sobre la base del artículo 3 I GG.

Las *subvenciones* son, según esto, *a*) aportaciones de carácter patrimonial, *b*) del Estado o de otro ente administrativo a personas privadas, *c*) sin contraprestación en condiciones de mercado, *d*) para la promoción de una finalidad de interés público.

a) Como *aportaciones* —y como clases de subvención— deben mencionarse:

— *Ayudas a fondo perdido*, esto es, prestaciones monetarias que no tienen que ser devueltas y que se “ pierden” por la caja pública. Las denominaciones son diferentes: ayudas financieras, primas, ayudas, etcétera. A esta categoría pertenecen también las ayudas de intereses (parcialmente contempladas como un tipo propio de subvención), mediante las que el otorgante de la subvención asume de forma completa o parcial los intereses de un préstamo obtenido por otra vía.

- *Préstamos*, que se conceden bajo condiciones más favorables que en el ámbito económico privado, por ejemplo a tipos de interés reducidos o con mejores condiciones de devolución.
- *Avales y otras garantías* para préstamos, que el sujeto subvencionado ha percibido o desea percibir de un tercero, en particular de bancos privados.
- *Incentivos de carácter real*, esto es, una posición preferente en la adjudicación de contratos administrativos o en la enajenación de inmuebles públicos, a cuyos efectos la ventaja estriba en que el sujeto subvencionado obtiene la adjudicación —y, además, en la mayoría de las ocasiones, en unas condiciones más favorables—.

b) El *sujeto que otorga la subvención* es el Estado u otra entidad administrativa (como los municipios). El tomador o *receptor de la subvención* es un sujeto de derecho privado: en las subvenciones económicas, las empresas privadas, los comercios, etcétera. No son subvenciones las asignaciones efectuadas dentro del ámbito estatal, como por ejemplo las de los *Länder* a los Municipios, así como las *prestaciones de compensación forzosas establecidas por la ley* dentro del ámbito económico privado, que representan una forma de autoayuda obligatoria de la economía (cfr. sobre esto, *BVerfGE* 4, 7: ayudas a la inversión; *BVerwGE* 45, 1: tributos que gravan las películas de cine). Si la subvención otorgada por el Estado a una persona privada puede encuadrarse dentro del concepto de subvención, ello no excluye sin embargo que intervenga en su tramitación un tercero, como por ejemplo un banco privado.<sup>108</sup>

c) Sin contraprestación en condiciones de mercado significa que se trata de una prestación unilateral del Estado, a la que no se contrapone ninguna prestación económica de igual valor del receptor de la subvención, el cual obtiene así una ventaja que no obtendría en el mercado, o no la recibiría en condiciones tan favorables.

d) Característica esencial de toda subvención es la finalidad pública perseguida con ella (*finalidad de la subvención*). La subvención se concede al receptor no para su propio interés, sino para satisfacer el interés público. Esto vale especialmente en relación con las subvenciones económicas. El

<sup>108</sup> Ejemplo: De acuerdo con la Ley Relativa a los Precios de los Cereales, los molineros deben abonar a los agricultores, además del precio de los cereales que se hubiese fijado, una determinada prima adicional que el Estado les restituye. El Estado subvenciona a los agricultores, pero conecta en la ejecución a los molineros, que se encuentran con el Estado en una relación jurídico-pública de mandato en sentido amplio.

empresario debería ser inducido mediante la subvención a realizar un determinado comportamiento (ampliación de la capacidad de producción, establecimiento en una determinada zona geográfica, etcétera), que sirve al mismo tiempo a finalidades de política económica, social o general (garantía de puestos de trabajo, promoción de la exportación, apoyo de zonas marginales en situación de debilidad estructural, etcétera). El apoyo al particular no es tampoco un fin en sí mismo (como sucede con las prestaciones sociales, que por ello se vinculan la mayoría de las ocasiones a la necesidad), sino un *medio para un fin*. La subvención pertenece al instrumentario del actual Estado director de la economía y configurador de la sociedad (*cfr.* sobre esto, también, *supra*, § 1, margs. 17, 21 y § 2, marg. 6). Su empleo acorde con su finalidad se garantiza jurídicamente mediante leyes, instrucciones administrativas, actos administrativos, cargas modales o vinculaciones contractuales, en la medida en que no resulte ya por sí mismo (como sucede, por ejemplo, cuando se otorga una subvención únicamente por el hecho de que la empresa se sitúe en una determinada zona en desarrollo). Si la finalidad no es atendida, puede exigirse la devolución de la subvención (*cfr.* sobre esto, *supra*, § 11, marg. 44).

Lo mismo vale decir para la promoción económica de instituciones culturales, sociales o deportivas (teatro, escuelas privadas, hospitales privados, asociaciones deportivas, etcétera). La discusión acerca de si el concepto de subvención debe limitarse al ámbito económico o también debería comprender este conjunto amplio de supuestos es más una cuestión terminológica, en tanto en cuanto se tengan presentes los elementos comunes pero también las diferencias. No siempre es posible efectuar una nítida delimitación, como lo evidencian las “subvenciones a películas de cine” y las “subvenciones a la prensa”.

### **B. La concesión de la subvención**

La concesión de la subvención se produce en dos etapas:

- a) Por regla general, se adopta en primer lugar una *decisión general-abstracta* acerca del otorgamiento de subvenciones en un determinado ámbito, mediante la cual se determinan también los requisitos generales, en particular el círculo de los receptores de la subvención. Todo ello se realiza mediante ley o mediante una previsión en los presupuestos de los recursos necesarios para tal fin. Si existe

una ley que contempla la subvención, los medios necesarios *deben* establecerse entonces en los presupuestos. Si dicha ley no existe o no es suficientemente determinada, la decisión se contiene en los presupuestos, en tanto que las particularidades deberán regularse entonces mediante instrucciones administrativas (directrices relativas a subvenciones).<sup>109</sup>

- b) Sobre la base de la regulación general-abstracta, se produce a continuación —como segunda fase— la *decisión individual-concreta de subvencionar*, esto es, el otorgamiento de los recursos en el caso concreto. Este otorgamiento se determina principalmente por el derecho administrativo y debe por ello examinarse ahora más detenidamente.

La cuestión acerca de la *forma jurídica* del otorgamiento de la subvención en un supuesto concreto puede contemplarse desde distintos aspectos y encuentra por ello respuestas diferentes. Varias de las dudas planteadas pueden despejarse rápidamente si se consideran suficientemente determinadas perspectivas. Cabe cuestionarse así desde el punto de vista:

- Del legislador, si para el otorgamiento de la subvención debería prescribirse alguna forma jurídica y, en caso afirmativo, cuál y respecto de qué ámbitos (política jurídica).
- Del órgano administrativo que otorga la subvención, qué forma jurídica es lícita en cada supuesto concreto y, si existe discrecionalidad, qué forma jurídica adecuada al fin perseguido debería ser la elegida (aplicación del derecho).
- Del Tribunal de lo Contencioso-Administrativo, qué forma jurídica ha escogido la administración en el supuesto concreto y si dicha forma jurídica es conforme a derecho (control jurídico).
- De la ciencia del derecho administrativo, qué forma jurídica es adecuada para cada constelación típica de supuestos (dogmática jurídica).

<sup>109</sup> La decisión general-abstracta de subvencionar es una decisión política y plantea sobre todo problemas jurídico-constitucionales (derechos fundamentales, reserva de ley, observancia de las determinaciones constitucionales relativas a los presupuestos), sobre los que aquí no cabe detenerse. *Cfr.* acerca de la reserva de ley en el ámbito de la actividad administrativa de otorgamiento de subvenciones, *supra*, § 6, margs. 13 y ss.

### **3. El préstamo subvencional**

#### **A. La teoría de los dos niveles**

El préstamo subvencional se otorga, de acuerdo con la jurisprudencia y con una parte de la doctrina, mediante un procedimiento escalonado en dos niveles. A fin de explicarlo se parte del siguiente supuesto de hecho.<sup>110</sup>

a) La *teoría de los dos niveles* diferencia, tal y como ya indica su nombre, dos escalones: en primer lugar, el órgano decide si debe concederse el préstamo solicitado; esta decisión —es decir, el otorgamiento del préstamo pedido o su denegación— cae bajo la esfera del derecho público y representa un acto administrativo dictado para la regulación de un supuesto concreto. Posteriormente, para la ejecución de la resolución de otorgamiento y para la tramitación de la subvención se celebra un contrato jurídico-privado entre el órgano y el receptor de la subvención.

Primer nivel: otorgamiento (si), jurídico-público, acto administrativo.

Segundo nivel: tramitación (cómo), jurídico-privado, contrato de préstamo.<sup>111</sup>

La teoría de los dos niveles fue elaborada después de la Segunda Guerra Mundial con el fin de comprender desde el punto de vista jurídico los préstamos para la reconstrucción regulados en la Ley sobre Compensación de

<sup>110</sup> Con el fin de racionalizar su explotación agraria, A solicita, con cargo a los recursos disponibles en los presupuestos, un préstamo por la cantidad de 30,000 euros. El préstamo se otorga mediante resolución del órgano competente; a esta resolución se adjunta un escrito hectografiado en el que, bajo referencia a las “Directrices generales de concesión del Ministerio de Agricultura”, se recogen las condiciones particulares sobre amortización, créditos y eventual devolución anticipada.

<sup>111</sup> Así, sobre todo, la jurisprudencia: *BVerwGE* 1, 308; 7, 180; 13, 47; 13, 307; 35, 170; 45, 13, 14; *BGHZ* 40, 206, 210; 52, 155, 160 y ss.; 61, 296, 299; *BGH NJW* 1997, 328; *OVG Saarbrücken*, DVBl, 1972, p. 616; además, Ipsen, *Öffentliche Subventionierung Privater*, 1956, pp. 62 y ss.; *idem*, *VVDStRL* 25, 1967, pp. 298 y ss.; Stern, *JZ*, 1960, p. 519; Brohm, *Strukturen der Wirtschaftsverwaltung*, 1969, pp. 181 y ss.; Stern, *VerwprozR*, marg. 90; Schmitt Glaeser/Horn, *VerwprozR*, marg. 46; Kopp/Ramsauer, *VwVfG*, § 35, marg. 41; Stelkens/Stelkens, *StBS*, § 35, marg. 72 y Bonk, *StBS*, § 54, margs. 47, 51; Jarass, *JuS*, 1980, p. 118; crítico Rüfner, *Formen öffentlicher Verwaltung im Bereich der Wirtschaft*, 1967, pp. 372 y ss.; en posición contraria, Zuleeg, *Die Rechtsform der Subventionen*; Bethge, *JR*, 1972, pp. 139 y ss.; Bosse, *Der subordinationsrechtliche Verwaltungsvertrag als Handlungsform öffentlicher Verwaltung*, pp. 94 y ss.; Henke, *Das Recht der Wirtschaftssubventionen*, pp. 11 y ss.

Perjuicios,<sup>116</sup> los préstamos destinados a la construcción de viviendas, los préstamos dedicados a incorporar agricultores y otros préstamos.<sup>112</sup>

<sup>116</sup> Del alemán *Lastenausgleichsgesetz*. Se trata de la ley en virtud de la cual los alemanes que sufrieron perjuicios patrimoniales o de otra clase con motivo de la Segunda Guerra Mundial o de los efectos de ésta, puedan reclamar una indemnización por esos daños y perjuicios padecidos.

Con esta teoría se trataba de superar el significado hasta entonces meramente jurídico-privado de tales subvenciones y de vincular al derecho público, mediante la conexión con un acto administrativo, la decisión por la que se otorgaba el préstamo, sometiéndola en particular a la protección de los derechos fundamentales (principio de igualdad) y al control de la Jurisdicción contencioso-administrativa. La teoría de los dos niveles aparecía de esta forma como una solución ideal, puesto que garantizaba, de un lado, la vinculación requerida por el principio del Estado de derecho y, de otro lado, posibilitaba la observancia de las formas jurídicas desarrolladas y empleadas en el derecho privado. Es por ello que encontró también una rápida aprobación y extensión.

b) *Crítica*. En un examen más detenido, la teoría de los dos niveles presenta hoy en día considerables *dudas y dificultades*.

aa) En primer lugar, afirmar la existencia de un contrato de préstamo —que presupone una oferta y una aceptación— que sigue (temporal o, al menos, lógicamente) a la resolución de otorgamiento a menudo no constituye otra cosa que una *ficción*.<sup>113</sup>

<sup>112</sup> Es fundamental H. P. Ipsen, *Öffentliche Subventionierung Privater*, 1956, *cfr.* además esta opinión ya en el año 1951 (recogida en *Festschrift für Wacke*, 1972, pp. 140 y ss.), para un posterior desarrollo, *Ipsen*, HStR IV, 1990, § 92, margs. 60 y ss., pp. 381 y ss.); además Krüger, BB, 1953, pp. 565, 567; Hamann, BB, 1953, pp. 865 y ss.

<sup>113</sup> Esto depende de las concretas circunstancias. En el supuesto anterior es dudoso si se produce un contrato por el que se otorga un préstamo. A favor de esta interpretación habría el hecho de que el escrito hubiera sido denominado como “contrato por el que se otorga el préstamo” y hubiera sido presentado a A para su firma. En cambio, podría mencionarse el hecho de que las “condiciones del préstamo” (amortización, créditos, etcétera) habrían sido especificadas ya en la resolución de concesión. La solicitud de A debería interpretarse no sólo como una solicitud dirigida a la adopción de un acto administrativo, sino también como una solicitud dirigida a la conclusión de un contrato por el que se otorga un préstamo, y, del mismo modo, la resolución debería contemplarse no sólo como un acto administrativo, sino también como una declaración jurídico-privada —o bien, por el contrario, se debería ver en la resolución de concesión la oferta jurídico-privada y, en el comportamiento sucesivo de A, la aceptación—. Si bien esto no puede excluirse desde un punto de vista dogmático-

bb) Adicionalmente, resulta cuestionable que *una relación vital homogénea* —la subvención mediante el otorgamiento de un préstamo—, no sólo sea separada en dos relaciones jurídicas, sino que además estas dos relaciones jurídicas sean asignadas a ámbitos jurídicos diferentes y, con ello, a vías jurídicas distintas.

cc) Existen siempre *dificultades de delimitación* entre el primer y el segundo nivel. La cuestión acerca de “si (se aporta la ayuda)” no puede plantearse de forma abstracta, sino que debe ser sustantivada de algún modo y contiene por tanto declaraciones de contenido que también pueden ser establecidas en el contrato de préstamo (así, por ejemplo, relativas al tipo de pago, a los intereses, a la devolución, etcétera).

dd) También presenta dudas la *relación de ambos niveles entre sí*. Mientras que, de acuerdo con una interpretación, la resolución de concesión se ejecuta mediante la conclusión del contrato de préstamo y de esa manera se extingue (en este sentido *BGHZ* 40, 206), otros son de la opinión de que la resolución de concesión persiste y puede influir en el segundo nivel (en este sentido, *BVerwGE* 35, 170; Ipsen, *Subventionierung*, pp. 86 y ss.).<sup>114</sup>

ee) Finalmente, surgen *dificultades de construcción jurídica* cuando se trata de resolver supuestos conflictivos. Es seguro, ciertamente, que el solicitante de la subvención, ante la desestimación de su solicitud mediante una resolución denegatoria, puede interponer una pretensión obligacional ante el Tribunal de lo Contencioso-Administrativo competente. Lo dudoso es dilucidar qué debe hacerse si el órgano administrativo, una vez adoptada la resolución, rehusa concluir el contrato de préstamo. Consecuentemente, debe concederse al solicitante una pretensión dirigida a la celebración del contrato sobre la base de la resolución, esto es, debe aceptarse sobre la base de esta última (de un acto administrativo) una obligación forzosa de concluir el con-

jurídico, resulta demasiado artificioso y alejado de la realidad. Al peligro de suponer ficticiamente la existencia de un contrato de préstamo escapa la concepción según la cual la relación jurídico-privada de préstamo no se origina mediante un negocio jurídico, sino a través de la resolución de otorgamiento, mediante un acto administrativo que constituye efectos jurídicos privados (en este sentido, de forma evidente, Badura, *Wirtschaftsverfassung und Wirtschaftsverwaltung*, 1971, p. 135). Esta construcción de un segundo nivel “atrofiado” permite, sin embargo, destacar con más fuerza las objeciones que siguen.

<sup>114</sup> Las diferentes delimitaciones y clasificaciones de ambos niveles conducen forzosamente a diferentes resultados particulares, que en la doctrina se denuncian como “contradicciones”: así, la modificación de los intereses debe juzgarse, según *BVerwGE* 13, 47, con arreglo al derecho público, y según *BVerwG DVBl.* 1959, 665 y *BGHZ* 40, 206, con arreglo al Derecho privado; la naturaleza del derecho a la devolución es jurídico-pública según las sentencias *BVerwGE* 13, 307 y 35, 170, y jurídico-privada según *BVerwGE* 41, 127 y *BGHZ* 40, 206.

trato. Cabe imaginar, con todo, que el órgano administrativo esté dispuesto a celebrar el contrato, pero no pueda llegar a un acuerdo con el solicitante acerca de determinados aspectos (por ejemplo, el tipo de interés); la referencia a la obligación de contratar tan sólo tiene utilidad entonces si las exigencias del órgano administrativo son contrarias a derecho o abusivas.

Considerables problemas se plantean, además, cuando la resolución de concesión ha resultado nula o ha sido anulada (como consecuencia de su revisión de oficio, de su revocación o de su impugnación exitosa por un tercero, como por ejemplo un competidor). Cabe imaginar las siguientes soluciones:

- Es un requisito de la eficacia del contrato de préstamo, con la consecuencia de que el contrato es o se convierte en inválido;
- Es causa del contrato de préstamo, con la consecuencia de que puede exigirse la resolución del contrato y la devolución del dinero;
- Constituye el fundamento negocial del contrato de préstamo, con la consecuencia de que el contrato puede ser denunciado;
- Concesión se consume y extingue con la celebración del contrato, no pudiendo dicha resolución ejercer ya ninguna influencia más sobre el mismo.

Es preferible la primera de las alternativas, que presupone en todo caso que ha de asumirse una estrecha vinculación entre ambos niveles.

## B. *Alternativas*

En vista de estas dificultades no sorprende que la teoría de los dos niveles encuentre un *rechazo* creciente en la doctrina. Como alternativas se ofrecen las “relaciones jurídicas de un único nivel”, que podrían ser fundamentadas en los siguientes actos:

a) *Acto administrativo*. El órgano administrativo concede mediante un acto administrativo una prestación monetaria que —mediante condiciones o cargas modales añadidas al acto administrativo— debe ser devuelta en determinados plazos y, eventualmente, puede devengar intereses. El acto administrativo crea una relación jurídica duradera que, por su contenido, tiene el carácter de una relación jurídico-pública de préstamo.<sup>115</sup>

<sup>115</sup> En este sentido, Zuleeg, *Rechtsform*, en particular, p. 61; *idem*, *Festschrift für Fröhler*, pp. 286 y ss. En Suiza, el legislador prescribe que la concesión de la subvención se realizará

b) *Convenio administrativo*. Entre la administración como otorgante de la subvención y el particular como receptor de la misma se celebra un convenio administrativo, que regula los requisitos y condiciones de una prestación pecuniaria que abona la administración y que el ciudadano debe devolver en plazos determinados, eventualmente con intereses, un convenio que regula, pues, una relación jurídico-pública de préstamo.<sup>116</sup>

c) *Contrato de derecho privado*. Entre la administración y el particular se concluye, con arreglo al § 607 del Código Civil (*BGB*), un contrato de préstamo jurídico-privado, si bien éste debe calificarse como “jurídico-administrativo” y someterse por ello al derecho “públicotrativo”, dado que la administración ejerce con la subvención auténticas funciones administrativas.

Así, *Götz*, Recht der Wirtschaftssubventionen, pp. 56 y ss.

### C. *Posición propia*

Las tres propuestas de solución son preferibles desde un punto vista jurídico-dogmático y práctico a la teoría de los dos niveles. Puesto que todas ellas persiguen el mismo objetivo —esto es la inclusión en el derecho público del préstamo otorgado por la subvención— y todas permiten afirmarlo con mayor vigor incluso, no existe ya, al menos por regla general, necesidad alguna de sostener la teoría de los dos niveles. A esta última, no obstante, debe reconocérsele históricamente el mérito de haber visto ya de forma temprana el aspecto jurídico-público del préstamo subvencional, y de haberle dado un tratamiento acorde con el marco de los conocimientos y posibilidades entonces existentes.

La *interpretación de derecho privado administrativo* (cfr. marg. 23) garantiza el necesario sometimiento al derecho público (por ejemplo, al prin-

mediante un acto administrativo, si bien es lícito también recurrir a un convenio administrativo. El artículo 16 I, II de la Ley de Subvenciones del 5 de octubre de 1990 establece: “1) Las ayudas financieras y los pagos compensatorios se conceden por regla general mediante una resolución. 2) Pueden ser otorgados mediante un convenio de derecho público, en particular, si el órgano competente dispone de una considerable discrecionalidad o si, en el supuesto de las ayudas financieras, debería excluirse la posibilidad de que el receptor renuncie de forma unilateral al cumplimiento de sus tareas”. Cfr. acerca de esta cuestión, Vallender (*cit. supra*, marg. 3), § 13, margs. 100 y ss.

<sup>116</sup> En este sentido, Menger, *VerwArch*, vol. 69, 1978, pp. 93 y ss.; *idem*, *Festschrift für W. Ernst*, pp. 311 y ss.; Bosse (marg. 12), pp. 103 y ss.; Henke, *Wirtschaftssubventionen*, pp. 20 y ss.; Henneke, en: Knack, *VwVfG*, § 54, marg. 21.

cipio de igualdad); pero pasa por alto el dato —no suministrado por la teoría de los dos niveles—, de que al menos la concesión de subvenciones debe vincularse con los fundamentos jurídicos y los objetivos del derecho público. Prescindiendo de esto, esta interpretación no está exenta de las dudas que plantea el derecho privado administrativo. No existe obstáculo alguno para una interpretación exclusivamente de derecho público, máxime cuando puede recurirse, en caso necesario, a las correspondientes (y escasas) disposiciones sobre préstamos contenidas en el Código Civil.

La teoría del *convenio administrativo*, preferida por la nueva doctrina en este contexto, parece en todo caso adecuada si la relación de préstamo se configura individualmente; sin embargo, la concesión del préstamo está por regla general ya predeterminada por la ley o por instrucciones administrativas. Al particular le queda tan sólo la posibilidad de, o bien aceptar el convenio administrativo con las condiciones establecidas por la administración, o bien renunciar completamente a él. Esto no excluye la posibilidad de afirmar la existencia de un convenio administrativo, como muestran los correspondientes fenómenos que se producen en la esfera económico privada. Pero la diferencia entre esta solución y un *acto administrativo* al que se le añade un modo y unas condiciones se reduce prácticamente a cero. Por ello se recurre en los supuestos normales al acto administrativo.<sup>117</sup>

La especificación de la forma jurídica que debe emplearse para conceder la subvención depende de las cuestiones ya planteadas *supra*, (*cfr.* marg. 10b). La búsqueda de una solución idónea y en interés de la seguridad jurídica aboga por que el legislador establezca una regla general en relación con la forma jurídica de la concesión del préstamo (*cfr.* para Suiza, *supra*, marg. 21). Hasta el momento sin embargo, esto no se ha producido —salvo algunas excepciones—. Por lo tanto, en cada supuesto concreto, la administración puede elegir la forma jurídica que parezca más oportuna. El Tribunal de lo Contencioso-Administrativo debe partir en el supuesto litigioso de la decisión de la administración y examinar su conformidad con el ordenamiento jurídico. Puesto que la práctica favorece hasta el momento la teoría de los dos niveles, debe aceptarse esta última en caso de duda. Con todo, la

<sup>117</sup> Existe incluso el peligro de que el receptor de la subvención pierda garantías jurídicas con la configuración contractual, garantías que conservaría sin embargo frente a un acto administrativo. Debe así reseñarse que Menger, *VerwArch*, vol. 69, 1978, pp. 93 y ss. y en *Festschrift für W. Ernst*, pp. 309 y ss., considera ilícito un acto administrativo con modos o condiciones sin un amparo legal, y por ello exige un convenio administrativo, —en este caso, sin embargo—, el ciudadano está expuesto a las mismas vinculaciones y limitaciones, y debe no sólo tolerarlas, sino también sancionarlas con su firma.

teoría del acto administrativo merece preferencia al menos en los supuestos de préstamos concedidos de manera generalizada en ejecución de leyes o de instrucciones administrativas y que no plantean grandes problemas, y la teoría del convenio administrativo en los supuestos complejos, especialmente cuando son necesarios acuerdos recíprocos.

#### **D. Participación de un banco privado**

Las reflexiones realizadas hasta ahora han partido del “supuesto estándar” en el que el “préstamo” se concede de forma inmediata por la administración. Sucede sin embargo, una y otra vez que un banco o otra entidad de crédito privada se interpone, —sea un banco autónomo, o bien un banco erigido por la administración para finalidades de este tipo, aunque organizado y que actúa conforme al derecho privado—. Si el banco se encarga únicamente del pago y, de esta manera, aparece como una ayuda ejecutiva para el Estado, no existe diferencia alguna con el supuesto de que el pago sea realizado por la propia caja pública. Pero también es posible que el órgano administrativo conceda la subvención y el banco concluya el contrato de préstamo, disponiendo entonces de un cierto margen de decisión en relación con las condiciones. En este caso es indispensable aceptar la existencia de dos relaciones jurídicas consecutivas. Se puede hablar, por tanto, de una teoría de los dos niveles, pero debe notarse que la misma está condicionada por la inclusión de un tercero y por la existencia de una “relación triangular” creada de esta forma.

### **4. Otras subvenciones**

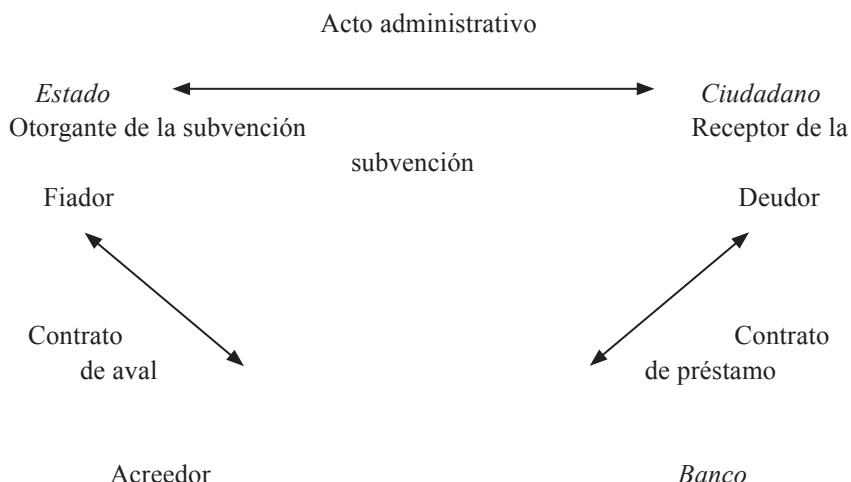
#### **A. Ayudas a fondo perdido**

En la concesión de ayudas a fondo perdido no interviene la teoría de los dos niveles. La ayuda solicitada se concede *mediante un acto administrativo* y se abona posteriormente. No cabe hablar entonces de un segundo nivel en estos supuestos. El pago no es un segundo nivel, sino el cumplimiento de la resolución de concesión. Las regulaciones adicionales, en particular aquellas que se dirigen a garantizar la finalidad de la subvención, pueden establecerse mediante modos o condiciones. En lugar de la resolución de concesión (acto administrativo), puede concluirse un convenio administrativo (§ 54 de la Ley de Procedimiento Administrativo —*VwVfG*).<sup>118</sup>

<sup>118</sup> Cfr. BGHZ 57, 130 (primas cinematográficas); BGH NVwZ 1985, 517 (ayuda para una residencia de evacuados, pago por una entidad de crédito); BVerwG NJW 1969, 809 =

### B. *Avales*

En relación con los avales del Estado se acepta la teoría de los dos niveles incluso por aquellos que se manifiestan contrarios a ella en otros casos: el órgano administrativo se declara mediante un acto administrativo frente al receptor de la subvención dispuesto para responder como fiador por las obligaciones de este último, y concluye con el acreedor del receptor de la subvención un contrato de aval jurídico-privado (con arreglo a los §§ 765 y ss.) del Código Civil. De forma gráfica pueden representarse estas relaciones jurídicas de la siguiente forma:



JZ 1969, 69 (primas para fertilizantes comerciales); Ipsen (*cfr. supra*, marg. 12), pp. 63, 68 y ss.; Zuleeg, (*cfr. supra*, marg. 12), p. 11, con ulteriores referencias.

Ejemplo: De acuerdo con la Ley de Promoción del Cine, se abonan primas para aquellos proyectos de películas que se considera que deben promocionarse. Las primas (sólo) deben devolverse si el proyecto no se lleva a cabo en un plazo adecuado, de manera que no se alcanza la finalidad de la subvención. La concesión tiene lugar mediante un acto administrativo, la obligación de devolución del pago por no alcanzarse la finalidad de la subvención puede establecerse mediante una condición resolutoria o mediante un modo. La resolución establece y regula una relación jurídica de subvención que finaliza únicamente cuando la película concluye. La construcción jurídica del “acto administrativo en virtud de sumisión” (así *BVerwG* y *BGH cit.*) es aquí superflua, puesto que se obtiene de forma más convincente el mismo resultado con ayuda de las figuras jurídicas generales de la condición y el modo.

La particularidad frente al préstamo simple se encuentra —al igual que en la participación de un banco privado (*cfr.* supra, marg. 28)— en que tres personas toman parte. Si bien esto conduce, en el presente contexto, a dos relaciones jurídicas (Estado/deudor, Estado/acreedor), no lleva sin embargo de forma necesaria a una combinación de derecho público y derecho privado. El “aval” —esto es, la promesa del Estado de responder por las deudas de un tercero— no tiene por qué ser forzosamente calificado como de derecho privado. Se podría ver aquí una promesa de derecho público (mediante un acto administrativo o un convenio administrativo), que debería juzgarse y materializarse de acuerdo con los §§ 765 y ss. del Código Civil. En la práctica, podría ser sin duda más sencilla la teoría de los dos niveles, puesto que se vincula a figuras jurídicas ya conocidas.<sup>119</sup>

### **5. *El estímulo de carácter real, en particular, la adjudicación de encargos públicos*** <sup>Nt<sup>7</sup></sup>

<sup>Nt<sup>7</sup></sup> Como ya hemos señalado, la expresión “*Vergabe öffentlicher Aufträge*” significa literalmente “adjudicación de encargos públicos”, aunque en determinados contextos también podría traducirse como “adjudicación de contratos públicos”. De hecho, esa es la expresión utilizada, por ejemplo, para dar título a la versión alemana de la Directiva 2004/18/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, del 31 de marzo de 2004, sobre coordinación de los procedimientos de adjudicación de los contratos públicos de obras, de suministro y de servicios (“*Koordinierung der Verfahren zur Vergabe öffentlicher Bauaufträge, Lieferaufträge und Dienstleistungsaufträge*”). No obstante, hemos preferido emplear la traducción literal por la razón de que, según la doctrina alemana dominante, la adjudicación de un “encargo público” da lugar a la celebración de un contrato jurídico-privado, de modo que hablar aquí de contrato “público” podría dar lugar a malentendidos.

Las subvenciones y las adjudicaciones constituyen dos ámbitos diferentes. Pero se entrecruzan cuando se persiguen los objetivos de la subvención mediante la adjudicación de encargos públicos, en la medida en que determinados candidatos reciben mayor consideración en atención a los fines de política económica o social, bien sea por razones personales (por padecimiento de una grave minusvalía, por reasentamiento), bien sea por razones

<sup>119</sup> Para más detalles sobre la construcción del contrato de aval de derecho público, Os-senbühl, *Die Bürgschaft im öffentlichen Recht*, Festschrift Maurer, 2001, pp. 679 y ss.

objetivas (fomento de modos ecológicos de producción o de puestos especiales de formación). Lo mismo cabe decir para otros incentivos de carácter real, como por ejemplo la consideración preferente en relación con la adjudicación de inmuebles o con el acceso a establecimientos o servicios públicos. Como ya se ha expuesto, los encargos públicos se adjudican, a juicio de la posición mayoritaria, aunque no indiscutida, mediante contratos de derecho privado (contratos de compraventa, de obras, etcétera) (*cfr. supra*, § 3, marg. 7). Nada cambia en relación con esto el hecho de que determinados solicitantes deban recibir un trato preferente. Pero cabe cuestionarse si en el caso concreto, la preferencia (basada en el derecho público) puede declararse 1) preliminarmente mediante una decisión especial en forma de acto administrativo o 2) sólo como una cuestión previa a la conclusión del contrato e interna al órgano administrativo. En el primer caso, entraría en juego nuevamente la teoría de los dos niveles (decisión jurídico-pública sobre la preferencia mediante un acto administrativo, celebración con arreglo al derecho privado de un contrato de compraventa o de obras); en el segundo caso, se trataría por el contrario de un negocio jurídico de derecho privado, en cuyo marco debería decidirse asimismo acerca del trato preferente. El Tribunal Federal de lo Contencioso-Administrativo aceptó tempranamente, en diferentes ocasiones, la adjudicación en dos niveles de encargos públicos, pero no ha desarrollado sin embargo, una línea unánime. La doctrina mayoritaria, sin embargo, rechaza con razón la teoría de los dos niveles por resultar demasiado complicada.<sup>120</sup>

El derecho alemán regulador de las adjudicaciones ha sido decisivamente determinado desde hace varios años por las directivas de la Comunidad Europea. La transposición de estas directivas tuvo lugar en un primer momento mediante los §§ 57a-57c de la Ley de Principios Presupuestarios (denominada solución de derecho presupuestario) y, posteriormente, dado que esta solución de derecho presupuestario no era conforme con el derecho

<sup>120</sup> *Cfr.* en la jurisprudencia, *BVerwGE* 7, 89 (preferencia según el § 74 de la Ley Federal Relativa a los Expulsados —*BVFG*—; teoría de los dos niveles, la decisión sobre la preferencia es un acto administrativo); *BVerwGE* 14, 65 (el mismo supuesto del § 74 *BVFG*: en el supuesto concreto sólo de derecho privado); *BVerwG DVBl*, 1970, 866 (trato de favor según el § 76 *BVFG*: relación jurídico-pública de favor); *BVerwGE* 34, 213 (minusválido, Berlín; la disputa sobre la preferencia es en todo caso de derecho público); *BVerwGE* 38, 281 (venta de inmuebles a precios reducidos a falta de un precepto legal sobre preferencia: de derecho privado); en la doctrina, Ehlers, en: Schoch/Schmidt-Abmann/Pietzner, *VwGO*, § 40, marg. 250, con ulteriores referencias; la propuesta de Kopp, *BayVBl*, 1980, pp. 609 y ss., de conectar en este ámbito un acto administrativo con todos los contratos (de derecho privado y de derecho público) por razones de tutela judicial no ha tenido seguidores.

comunitario, mediante la Ley de Defensa de la Competencia —*GWB*— (§§ 97 y ss., denominada solución de Derecho de la Competencia). Sobre la base del § 127 *GWB* se ha adoptado el reglamento de adjudicaciones (*VgV*) en la redacción del 11 de febrero de 2003 (BGBI. I, p. 170).

Las disposiciones de derecho comunitario y de derecho alemán adoptadas en su transposición son, sin embargo, de aplicación únicamente para los encargos públicos superiores a determinados umbrales (§ 100 I *GWB*, § 2 *VgV*: para los encargos de obras de 5 millones de euros, para otros contratos, por regla general, desde 200.000 euros), aplicándose a los restantes el derecho alemán hasta la fecha vigente (§§ 6, 30 *HGrG*, instrucciones administrativas de contratación). Esta bipartición del derecho de las adjudicaciones ha sido criticada con razón en la doctrina (*cfr. Pietzcker, Die Zweitteilung des Vergaberechts*, pp. 44 y ss.). Cabe esperar, no obstante, que los §§ 97 y ss. *GWB* tengan también efectos en el derecho de las adjudicaciones “por debajo de los umbrales” mencionados.

Según el § 97 *GWB*, las poderes públicos que efectúan los encargos (la federación, los *Länder*, los municipios y otros entes administrativos) están obligados a adjudicar los de suministro y obras “en competencia y mediante un procedimiento de adjudicación transparente”. Aquéllos deben, tal y como prescribe expresamente el § 97 II *GWB*, tratar por igual a los participantes en el correspondiente procedimiento de adjudicación, a no ser que la *GWB* permita u ordene expresamente lo contrario. Los criterios decisivos de selección son la capacidad técnica, la solvencia y la honorabilidad del solicitante, así como las ventajas económicas de su oferta. Cabe atender a otros aspectos (los denominados criterios ajenos al derecho de la adjudicación, como la declaración de compromiso con la tarifa,<sup>Nt8</sup> la promoción de la mujer, la garantía de puestos de formación para jóvenes, las formas ecológicas de producción, la preferencia de los oferentes que provienen de determinadas zonas) únicamente si así lo prevén las leyes de la Federación o de los *Länder*. Esto significa que la adjudicación de encargos públicos sólo puede ser empleada con fines subvencionales si existe una habilitación contenida en una norma con rango de ley. La naturaleza jurídica de la adjudicación no está predeterminada o fijada por la nueva regulación. Según la doctrina mayoritaria, tiene lugar, al igual que antes, mediante un contrato de derecho privado (contrato de compraventa, de obras, etcétera).

<sup>Nt8</sup> Del alemán *Tariftreueerklärung*, se refiere a la regulación legal en virtud de la cual la adjudicación de un contrato público debe contener la obligación del contratista de remunerar a sus empleados de acuerdo con las tarifas (salarios) aplicables

en el lugar en el que se desarrolla la ejecución del contrato y no con las que resultan aplicables en el lugar en el que tiene su domicilio el contratista.

A partir de ahora existe, no obstante, un derecho a la observancia de las regulaciones del derecho de las adjudicaciones (§ 97 VII *GWB*) —lo cual era un objetivo primordial de la nueva regulación—. Y, sobre esta base, existe igualmente un procedimiento de tutela judicial especial configurado en dos o tres niveles (§§ 102 y ss. *GWB*): 1) Revisión de la decisión administrativa de adjudicación por un órgano administrativo funcionalmente independiente, la Cámara de Adjudicación, que decide mediante acto administrativo; 2) recurso frente a la decisión de la Cámara de Adjudicación ante el Tribunal Superior del *Land* (*OLG*) que, por regla general, resuelve definitivamente; 3) planteamiento de una cuestión ante el Tribunal Supremo Federal (*BGH*), si el *OLG* se desea apartar de la decisión de otro *OLG* o de la del *BGH*, y decisión final del *BGH* (*BGHZ* 146, 202, 217). Estos medios de impugnación tienen efecto suspensivo, de manera que la adjudicación definitiva al candidato (bien sea al mismo o a otro distinto) sólo puede realizarse después de la conclusión del procedimiento. Esto es consecuente desde el punto de vista de la tutela judicial, pero resulta problemático debido al retraso temporal que se produce. Se prevén, por ello, unos plazos breves. Según el § 114 II 1 *GWB*, la adjudicación definitiva, por la cual se celebra el contrato de derecho privado, no puede ya ser anulada en el ulterior procedimiento de revisión. Esto resulta comprensible desde el punto de vista de la seguridad jurídica, pero deja prácticamente vacía la tutela judicial, cuando y porque los oferentes no adjudicatarios se enteran por la adjudicación definitiva que ya no les queda ninguna posibilidad. Esta consecuencia únicamente puede ser evitada si, o bien se produce un procedimiento de adjudicación en dos fases (decisión sobre la adjudicación mediante un acto administrativo, adjudicación definitiva mediante la celebración de un contrato), o bien los demás oferentes concurrentes son informados de la adjudicación proyectada. El § 13 *VgV* sigue la segunda de las opciones, también sugerida por la jurisprudencia. Esta disposición establece que el poder adjudicador debe informar a los oferentes que no ha resultado adjudicatarios como muy tarde 14 días antes de la celebración del contrato, y sólo después del transcurso de este plazo puede concluir el contrato; el contrato que se celebre lesionando estas disposiciones es nulo (§ 13, p. 4 *VgV*).

## 6. Ayudas de derecho comunitario

El derecho de subvenciones está determinado de forma decisiva por el derecho comunitario. El artículo 87 I del *TCE* contiene una prohibición de principio de las ayudas (prohibición de subvenciones), que se relativiza en todo caso mediante excepciones de carácter preceptivo o facultativo (artículo 87 II, III del *TCE*). El concepto de ayuda del derecho comunitario es considerablemente más amplio que el concepto de subvención del derecho administrativo alemán. Comprende no sólo las subvenciones de prestación, sino también las subvenciones de ahorro y otras ventajas de cualquier tipo, todas “las medidas que reducen de cualquier forma las cargas que una empresa debe soportar normalmente y que, si bien no representan una subvención en el estricto sentido de la palabra, se equiparan a ésta en la forma y efectos” (en este sentido, el Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas, 1961, 1, 43: prima minera; puede mencionarse además la sentencia del Tribunal de Justicia recogida en DVBl 2001, 633; Ley de Suministro de Energía Eléctrica).<sup>121</sup> Se incluye aquí también la exención de impuestos y de otros tributos, la cesión de espacios sujeta a un canon que no es acorde con el mercado, el suministro de bienes y la aportación de servicios en condiciones favorables, etcétera. Lo decisivo es el efecto beneficioso para el receptor y la falta de una contraprestación adecuada. En el primer plano se encuentran sin duda las ayudas en forma de prestaciones monetarias. El concepto de ayuda en el derecho comunitario aparece así delimitado por los siguientes elementos: 1) la promoción se realiza a través de un medio público, 2) se fomenta a determinadas empresas o sectores productivos, 3) ese fomento falsea la competencia, lo cual ya sucede cuando la posición de la empresa favorecida resulta previsiblemente mejorada frente a sus competidoras, y 4) mediante este fomento se perjudica el comercio entre los Estados miembros. Así, por ejemplo, no existe un fomento mediante recursos públicos cuando las empresas de suministro de energía eléctrica son obligadas por ley a comprar la energía eléctrica proveniente de fuentes renovables a precios mínimos, favoreciendo de esta forma a los productores de estas fuentes de energía.<sup>121</sup>

<sup>121</sup> Cfr., sobre esto, también el Reglamento del Consejo de la Unión Europea núm. 659/1999, sobre el procedimiento relativo al control de las ayudas, recogido en NVwZ 1999, pp. 1090 y ss.; Oppermann, *Europarecht*, § 16, margs. 4 y ss.; Streinz, *Europarecht*, margs. 1016 y ss.; Rodi, *Subventionsordnung*, pp. 38 y ss. y *passim*; Kilb, *Subventionskontrolle durch europäisches Beihilferecht—Eine Übersicht*, JuS, 2003, pp. 1072 y ss. No se puede entrar aquí en detalle en las reglas de excepción; no obstante, se indican en el artículo 87 II c

---

del TCE, según el cual las ayudas concedidas con objeto de favorecer la economía de determinadas regiones de Alemania, afectadas por la división, son acordes con el derecho comunitario, *cfr.*, sobre esto, la sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea recogida en *EuZW* 2000, 115 (Estado libre de Sajonia/Volkswagen). Acerca del control según el artículo 88 del TCE y sobre la devolución de ayudas concedidas de forma contraria a Derecho, *cfr. supra*, § 11, margs. 38a y ss. y § 14, marg. 43a.

Bibliografía sobre el § 17: *Cfr.* las referencias en el § 3.

En particular, sobre la subvención: Ipsen, *Öffentliche Subventionierung Privater*, 1956; Zuleeg, *Die Rechtsform der Subventionen*, 1965; *idem*, *Die Zweistufenlehre, Festschrift für Fröhler*, 1980, pp. 275 y ss.; *idem*, *Zur künftigen Entwicklung des Subventionsrechts*, DÖV, 1984, pp. 733 y ss.; Götz, *Das Recht der Wirtschaftssubventionen*, 1966; Ipsen y Zacher, *Verwaltung durch Subventionen*, ponencia y discusión, VVDStRL 25, 1967, pp. 257 y ss.; Bleckmann, *Subventionsrecht*, 1978; Henke, *Das Recht der Wirtschaftssubventionen als öffentliches Vertragsrecht*, 1979, *idem*, *Entwurf eines Gesetzes über den Subventionsvertrag*, DVBl, 1984, pp. 845 y ss.; Jarass, *Das Recht der Wirtschaftssubventionen*, JuS, 1980, pp. 115 y ss.; Menger, *Probleme der Handlungsformen bei der Vergabe von Wirtschaftssubventionen-mitwirkungsbefürftiger Verwaltungsakt oder öffentlich-rechtlicher Vertrag?* Festschrift für W. Ernst, 1980, pp. 301 y ss.; Friehe, *Das Abwehrrecht des Wettbewerbers gegen die Subventionierung eines Konkurrenten*, JuS, 1981, pp. 867 y ss.; Ehlers, *Die Handlungsformen bei der Vergabe von Wirtschaftssubventionen*, VerwArch. 74, 1983, pp. 112 y ss.; Oldiges, *Richtlinien als Ordnungsrahmen der Subventionsverwaltung*, NJW, 1984, pp. 1927 y ss.; Flessa, *30 Jahre Zweistufentheorie*, DVBl, 1985, pp. 1365 y ss.; Henseler, *Staatliche Verhaltenslenkung durch Subventionen in Spannungsfeld zur Unternehmerfreiheit des Begünstigten*, VerwArch, vol. 77, 1986, pp. 249 y ss.; Schwarze, *Subventionen im Gemeinsamen Markt und der Rechtsschutz des Konkurrenten*, Gedächtnisschrift für W. Martens, 1987, pp. 819 y ss.; Papier, *Rechtsformen der Subventionierung und deren Bedeutung für die Rückabwicklung*, ZHR, 152, 1988, pp. 493 y ss.; H. W. Arndt, *Rückforderung von Subventionen aufgrund Haftungserklärung Dritter*, JuS, 1989, pp. 808 y ss.; Gusy, *Subventionsrecht*, JA, 1991, pp. 286 y ss. y 327 y ss.; Ehlers, *Die Kontrolle von Subventionen*, DVBl, 1993, pp. 861 y ss.; Dickersbach, *Die Entwicklung des Subventionsrechts*, NVwZ, 1993, pp. 846 y ss. y 1996, pp. 963 y ss.; Suerbaum, *Die Subventionsrückforderung*, JuS, 1998, pp. 635 y ss.; Stober/Vogel (eds.), *Subventionsrecht und Subventionspolitik auf dem Prüfstand*, 1999; Ehlers, *Rechtsprobleme der Rückforderung von Subventionen*, GewArch, 1999, pp. 305 y ss.; Rodi, *Die Subventionsrechtsordnung*, 2000; Oldiges, *Die Entwicklung des Subventionsrechts seit 1996*, NVwZ, 2001, pp. 280 y ss. y 626 y ss.; Gellermann, *Verwaltungsvertragliche Subventionsverhältnisse im Spannungsfeld zwischen Beihilfekontrolle und Verwaltungsverfahrensrecht*, DVBl, 2003, pp. 481 y ss.; Schwarz, *Subventionsabbau im Spannungsfeld von politischer Gestaltungsfreiheit und grundrechtlicher Bindung*, JZ, 2004, pp. 79 y ss.

En particular, sobre el derecho de las adjudicaciones: Pietzcker, *Die neue Gestalt des Vergaberechts*, ZHR, 162, 1998, pp. 427 y ss.; *idem*, *Die Zweiteilung des Vergaberechts*, 2001, con numerosas referencias; Schneevogel/Horn, *Das Vergaberechtsänderungsgesetz*, NVwZ, 1998, pp. 1242 y ss.; Thieme/Correll, *Deutsches Vergaberecht zwischen nationaler Tradition und europäischer Integration*, DVBl, 1999, pp. 884 y ss.; Schwarze (ed.), *Die Vergabe öffentlicher Aufträge im Lichte des europäischen Wirtschaftsrechts*, 2000; Bross, *Das Vergaberechtsänderungsgesetz vom 26. 8. 1998–Umgereimtheiten und offene Fragen. Festschrift für Geiss*, 2000, pp. 559 y ss.; Byok/Jaeger (ed.), *Kommentar zum Vergaberecht*, 2000; Boesen, *Vergaberecht. Kommentar zum 4. Teil des GWB*, 2000; REidt/Stickler/Glahs, *Ver-*

<sup>Nº9</sup> Del alemán *Stromeinspeisungsgesetz*. En virtud de esta ley se establece la obligación por parte de los operadores en el mercado eléctrico de recibir y remunerar conforme a las tarifas establecidas la energía eléctrica producida en un régimen especial.

*gaberecht. Kommentar*, 2000; Malmendir, *Vergaberecht, quo vadis?*, DVBl, 2000, pp. 963 y ss.; Byok, *Die Entwicklung des Vergaberechts*, NJW, 2001, pp. 2295 y ss.; 2004, pp. 198 y ss.; Puhl, *Der Staat als Wirtschaftssubjekt und Auftraggeber*, VVDStRL, 60, 2001, pp. 456 y ss.; Pache, *Der Staat als Kunde–System und Defizite des neuen deutschen Vergaberechts*, DVBl, 2001, pp. 1781 y ss.; Dörr, *Das deutsche Vergaberecht unter dem Einfluss von Art. 19 Abs. 4 GG*, DÖV, 2001, pp. 1014 y ss.; Burgi, *Der Verwaltungsvertrag im Vergaberecht*, NZBau, 2002, pp. 57 y ss.; Otting, *Die neue Vergabeverordnung*, NVwZ, 2001, pp. 775 y ss.; Röhl, *Der Anwendungsbereich des Vergaberechts*, JuS, 2002, pp. 1053 y ss.; H. Schröder, *Die Informationspflicht nach § 13 VgV im Spiegel aktueller Rechtsprechung*, NVwZ, 2002, pp. 1440 y ss.; J. P. Schneider, *EG-Vergaberecht zwischen Ökonomisierung und umweltpolitischer Instrumentalisierung*, DVBl, 2003, pp. 1186 y ss.; Grzesick, *Vergaberecht zwischen Markt und Gemeinwohl*, DÖV, 2003, pp. 649 y ss.; Würfel/Butt, *Ausschreibungspflicht für städtebauliche Verträge?*, NVwZ, 2003, pp. 153 y ss.; Leinemann, *Die Vergabe öffentlicher Aufträge*, 3a. ed., 2004; Pündter, *Zu den Vorgaben des grundgesetzlichen Gleichheitssatzes für die Vergabe öffentlicher Aufträge*, VerwArch, 95, 2004, pp. 38 y ss.

Jurisprudencia: *EuGH* (Tribunal de Justicia de la Unión Europea), DVBl, 2000, p. 118 (Alkatel: Examen de una decisión de adjudicación); *BVerwGE* 1, 308 (préstamo para la construcción de vivienda con arreglo a la teoría de los dos niveles); *BVerwGE* 35, 170 (devolución de un préstamo concedido con arreglo a la teoría de los dos niveles); *BVerwGE* 58, 45 (fundamento jurídico de las subvenciones); *BVerwGE* 90, 112 (subvención y derechos fundamentales); *BVerwGE* 104, 220 (reducción de una subvención concedida mediante una instrucción administrativa); *BVerwGE* NJW, 1969, 809 (ayuda a fondo perdido, prima para fertilizante comercial); *BVerwG* NJW, 1996, 1766 (concepto de subvención y finalidad de la subvención); *BVerwG* DVBl, 2003, 139 (diferencias entre hombres y mujeres en cuanto al fomento del sustento existencial; instancia previa ante el *OVG Münster*, NWVBl, 2002, 239; sobre esto, *Wernsmann*, JuS, 2002, pp. 959 y ss.); *BVerwG* DVBl, 2004, 126 (revisión de una resolución por la que se concede una subvención contraria a una directriz de subvenciones). *BGHZ* 52, 155 (devolución de un préstamo concedido con arreglo a la teoría de los dos niveles); *BGHZ* 57, 130 (ayuda a fondo perdido, prima para el cine); *BGHZ* 146, 202 (adjudicación); *BGHZ* 155, 166 (subvención, derecho privado administrativo); *BGH*, NVwZ, 1985, 517 (devolución obligatoria de una ayuda abonada por un banco, vía judicial); *BGH* NJW, 1997, 328 (“Aval-Hermes”;<sup>Nº10</sup> teoría de los dos niveles); *BGH* DVBl, 2005, 848 (Derecho de las adjudicaciones). *OVG Münster* NVwZ, 1984, 522 (contrato de subvención, pretensión judicial de los competidores); *OLG Brandenburg* NVwZ, 1999, 1142 (aeropuerto Berlín-Brandenburgo; exigencias en relación con el procedimiento de adjudicación). *Cfr.* en particular, las referencias en el texto.

<sup>Nº10</sup> Del alemán “Hermes-Bürgschaft”. Se trata de un aval del Estado en virtud del cual éste se compromete a transferir al acreedor que exporta una mercancía el importe monetario pagado por el deudor en la moneda de su país cuando, con ocasión de limitaciones en el tráfico de pagos entre los estados, no es posible para el deudor cumplir con el contrato por motivos políticos o se produce una pérdida de las mercancías antes de su entrega.

## § VI. LA AUTOMATIZACIÓN DE LA ACTIVIDAD ADMINISTRATIVA<sup>122\*\*\*\*\*</sup>

### 1. *Observaciones generales*

La administración se ha servido desde siempre de las posibilidades y los medios técnicos de su tiempo. Sin embargo, los logros de la moderna tecnología de la información y de la comunicación le abren nuevas y hasta la fecha insospechadas perspectivas. Esto vale especialmente para el tratamiento electrónico de datos (*EDV*). Los equipos de *EDV* pueden registrar, almacenar, procesar y reproducir un sinnúmero de informaciones en el más reducido espacio y en apenas tiempo. En virtud de programas predeterminados y datos adecuadamente introducidos (informaciones formuladas de manera apta para el tratamiento mediante ordenador) pueden, además, operar autodirigiéndose (automáticamente) y, de esta manera, no sólo facilitar y simplificar la actividad humana, sino también reemplazarla. Con todo, constituyen todavía un medio auxiliar de la administración, no sólo porque deben ser accionados por empleados públicos, sino también porque deben ser provistos con los correspondientes programas generales y datos especiales, aunque, ciertamente, no hay que perder de vista el peligro de la independización, en atención sobre todo a los desarrollos futuros.

Mientras que en un primer momento únicamente había disponibles grandes ordenadores, que sólo resultaban suficientemente rentables y aprovechables cuando se trataban grandes cantidades de datos, en el ínterin se han desarrollado aparatos más pequeños, notablemente más potentes, relativamente sencillos de utilizar por los individuos y que se encuentran no sólo en los puestos de trabajo de los empleados administrativos, sino también en la mayoría de los hogares privados. Estos aparatos posibilitan tanto el contacto entre los diferentes empleados públicos e instancias administrativas, como también entre la administración y los ciudadanos. La transmisión escrita de noticias y declaraciones de voluntad puede ser reemplazada por la transmisión electrónica. En lugar de la forma escrita (la forma en papel) puede aparecer la forma electrónica. Salta a la vista que de ello resultan no sólo problemas reales y técnicos, sino también jurídicos.

La *VwVfG* parte del principio antiformalista del procedimiento administrativo. Según el § 10 *VwVfG*, el procedimiento no está sujeto a determi-

<sup>122\*\*\*\*\*</sup> El § 18 ha sido traducido por Gabriel Doménech Pascual, profesor agregado de derecho administrativo de la Universidad Cardenal Herrera-CEU.

nadas formas a menos que existan disposiciones formales especiales. Es, por consiguiente, la administración la que primeramente decide si y de qué manera se hace uso de las posibilidades de la tecnología de la información y la comunicación. La obligación de “tramitar sencilla, oportuna y rápidamente” el procedimiento (§ 10, segunda frase, *VwVfG*) apunta incluso en este sentido. Una consideración más detallada, sin embargo, muestra que precisamente en la relación Estado-ciudadano, que es la que aquí interesa sobre todo, la administración tropieza siempre con reglas formales, en especial con exigencias de forma escrita. Es por ello que el legislador debe, de una parte, prever ciertas facilidades y regulaciones especiales a fin de hacer operativas las nuevas tecnologías en el ámbito administrativo, pero, de otra parte, también debe asegurar los derechos de los ciudadanos y reforzarlos frente a las amenazas adicionales que sobre ellos se ciernen.<sup>123</sup>

La *VwVfG* contenía ya en su redacción originaria de 1976 regulaciones especiales sobre el “acto administrativo escrito que hubiere sido dictado con ayuda de dispositivos automáticos”, es decir, sobre el acto administrativo computacional (*cfr.* sobre ello *infra*, margs. 5 y ss.). En virtud de la tercera Ley de Modificación de la *VwVfG*, del 21 de agosto de 2002, que entró en vigor el 10. de febrero de 2003 (*cfr. supra*, § 5 marg. 7), se han introducido regulaciones especiales sobre los requisitos y el aseguramiento de las comunicaciones electrónicas entre la administración y el ciudadano (*cfr. infra*, margs. 13 y ss.). Los *Länder*, que participaron en la emanación de estas regulaciones a través de proyectos modelo elaborados conjuntamente, hicieron o harán próximamente lo propio, si es que esto no ha ocurrido ya automáticamente a través de la remisión dinámica a la *VwVfG*. En la Ley General Tributaria y en el Código de la Seguridad Social se han establecido disposiciones del mismo tenor (§ 87a *AO*, § 36a *SGB I*), de modo que existen regulaciones coincidentes sobre el procedimiento para la totalidad del ámbito administrativo. Hay que llamar la atención, además, sobre la Ley para la Adaptación de las Disposiciones Formales del Derecho Privado y otras disposiciones al moderno tráfico de los negocios jurídicos, del 13 de julio de 2001 (BGBI. I, p. 1542), que ha introducido la forma electrónica también en el derecho privado. La disposición central es el § 126 III *BGB*, que determina que: “La forma escrita (del contrato) puede ser sustituida por

<sup>123</sup> El que el desarrollo tecnológico puede conducir a un cambio o incluso a la liquidación de problemas jurídicos lo muestra la cuestión, que antaño se discutía en relación con la garantía de la autonomía local, de si los municipios pueden ser legalmente obligados a conectarse a un sistema supramunicipal de procesamiento de datos (*cfr.* sobre ello *NWR VerfGH DVBl.* 1979, 668, con comentario de *Püttner*).

la forma electrónica, a menos que de la ley resulte lo contrario”. La comunicación electrónica es así una parte esencial de las disposiciones relativas al entero tráfico jurídico. Y, en el campo del Derecho Procesal Contencioso-Administrativo, la misma se hace posible en virtud del § 86a *VwGO*.

## 2. *El acto administrativo producido automáticamente*

### A. *Calificación jurídica*

La aplicación del *EDV* es sin duda pertinente cuando la administración ha de dictar una pluralidad de actos administrativos iguales o parecidos. Ni que decir tiene que, en la práctica de hoy en día, el empleo de formularios o cartas prefabricados, que son cumplimentados mediante un equipo de *EDV* de acuerdo con los datos introducidos y procesados, posibilita una gestión ágil y racional de los procedimientos administrativos masivos.<sup>124</sup>

La interposición del *EDV* no impide aceptar la existencia de un acto administrativo. La autoridad administrativa es y sigue siendo dueña del procedimiento, en primer lugar, porque dirige y prejuzga la elaboración de la decisión del equipo-*EDV* (por ejemplo, el cálculo de una pensión) a través de la programación y la introducción de los concretos datos, y, en segundo lugar, porque hace obligatoria la decisión adoptada (por ejemplo, la pensión calculada) a través de la notificación. La autoridad considera, consecuentemente, la resolución automatizada como su acto administrativo y exige su observancia y, por ello, éste ha de poder imputársele.<sup>125</sup>

<sup>124</sup> El *EDV* puede aplicarse en diferentes fases del procedimiento administrativo. Un acto administrativo producido automáticamente, sin embargo, sólo existe cuando la decisión que pone fin al procedimiento ha sido producida y redactada mediante una máquina, limitándose la autoridad administrativa a poner en vigor este proyecto de decisión mediante su notificación a los destinatarios, notificación que, a su vez, también puede producirse “automáticamente” (sobre la notificación electrónica, *cfr. Polomski*, pp. 172 y ss.).

<sup>125</sup> La postura antiguamente defendida por Zeidler (*Über die Technisierung der Verwaltung*, 1959, en especial pp. 15 y ss.), según la cual, en el caso de los actos administrativos automatizados, habría que distinguir entre la actividad del funcionario administrativo (acción de la administración) y la parte producida mecánicamente (manufactura administrativa), y desarrollar para esta última regulaciones especiales relativas a sus vicios y a la responsabilidad, ha sido rechazada con razón (*cfr. Bull, Verwaltung durch Maschinen*, pp. 61 y ss.; Erichsen, en: Erichsen/Ehlers, *VerwR* § 12 marg. 12, con ulteriores referencias), aunque sigue siendo obligado reconocerle el mérito de haber llamado tempranamente la atención sobre el problema.

La *jurisprudencia*, que se ha tenido que ocupar reiteradamente de los aspectos especiales de la decisión producida de manera automática, siempre ha partido sin más de su naturaleza jurídica como acto administrativo.<sup>126</sup>

La *VwVfG*, que contiene algunas regulaciones especiales para “el acto administrativo dictado con ayuda de dispositivos automáticos”, sigue esta tesis.

### **B. Regulaciones especiales**

Como el acto administrativo automatizado se produce a través de un procedimiento técnico especial —por medio de máquinas cada vez más potentes— y afecta la mayoría de las veces a procedimientos en masa, el legislador ha introducido en la *VwVfG* algunas regulaciones especiales, que con algunas añadiduras de poca importancia han sido recibidas también por la *AO* de 1977 y el *SGB X*:

- a) La *firma* y la *reproducción del nombre del titular del órgano administrativo* pueden omitirse, excepcionándose la regulación general (§ 37 IV 1 *VwVfG*).
- b) Para detallar el contenido, cabe emplear *signos-clave* (números, letras, símbolos), en la medida en que su significado resulte unívocamente de las explicaciones adjuntas (§ 37 IV 2 *VwVfG*).
- c) La *motivación* puede omitirse, cuando no venga impuesta por las circunstancias del caso concreto (§ 39 II núm. 3 *VwVfG*).
- d) No es necesaria la *audiencia* previa a los ciudadanos interesados (§ 28 II núm. 4 *VwVfG*).

Estas regulaciones especiales han suscitado entre la doctrina objeciones y rechazo en parte por razones relativas al principio del Estado de

<sup>126</sup> Cfr. *BVerfG NJW* 1994, 574 (firma y reproducción del nombre en una liquidación tributaria); *BVerwGE* 31, 326 (modo de escritura y derechos fundamentales); *BVerwGE* 40, 212 (incorrectas evidentes y revisibilidad de las características claves en el caso de una decisión sobre una pensión); *BVerwGE* 45, 189 (¿firma de una orden de llamamiento a filas?); *BVerwGE* 48, 336 (decisión sobre ayuda para vivienda); *BVerwG NVwZ*, 1986, 198 (carnet de estudiante); *BVerwG NJW*, 1993, 1667 (decisión-*EDV* modificada manualmente); *OVG Bremen DÖV* 1974, 353 (decisión sobre ayuda para vivienda); *OVG Münster DÖV*, 1974, 599 (comunicación de retribución); *OVG Weimar*, *ThürVBl*, 2000, 254 (liquidación tributaria); *OLG Frankfurt NJW* 1976, 337 (¿firma de una multa?); cfr. también *BFInH NVwZ*, 1985, 519 (liquidación tributaria, acto administrativo aparente).

derecho. No obstante, deben estimarse defendibles si, primero, obedecen a exigencias técnicas objetivas y, segundo, no perjudican o no perjudican desproporcionadamente los derechos de los ciudadanos. La renuncia a la *firma* resulta ya de la propia singularidad técnica-objetiva de estas decisiones elaboradas de manera automática, mecánica, no manual. Y tampoco se vislumbran qué intereses o incluso derechos de los ciudadanos puedan ser afectados. Ni siquiera cuando se trata de actos administrativos “normales”, la *VwVfG* exige incondicionalmente la firma, sino que se contenta con que se reproduzca opcionalmente el nombre del titular del órgano (§ 37 II 1). En cambio, el que también la *reproducción del nombre* pueda omitirse (así, § 37 V *VwVfG*) es difícilmente justificable y, en consecuencia, ha recibido críticas por parte de la doctrina (*cfr.* las referencias a favor y en contra en Polomski, pp. 146 y ss.). Es precisamente en el caso de los actos administrativos automatizados, que acentúan el anonimato de la administración, donde debería comunicarse el nombre del funcionario responsable, al que los afectados pueden dirigirse para formularle preguntas y objeciones, y ello con total independencia de que el nombre deba ser conocido por razón de una eventual responsabilidad patrimonial por el ejercicio del cargo, o al menos por razón de las quejas relativas a su actuación dirigidas a la autoridad de supervisión competente. Técnicamente, no hay dificultades al respecto, puesto que el nombre puede contemplarse como un parámetro del programa (en caso de cambio del autor, modificable en cualquier momento incluso). También la exclusión de la *motivación* —más allá de las excepciones previstas en el § 39 II *VwVfG*— es cuestionable. Cuando se trata de decisiones sobre pensiones o sobre subsidios, que a menudo se apoyan sobre leyes intrincadas, que se modifican con rapidez y, por ello, resultan difícilmente comprensibles por los afectados, es necesario indicar los fundamentos jurídicos y en su caso fácticos determinantes de la decisión. Esto también es posible cuando se efectúa la correspondiente programación. Dado que para elaborar una resolución automatizada hay que introducir ya los datos relevantes, la expresión de estos fundamentos de la decisión bajo la forma de textos estandarizados —empleando si es necesario signos-clave— no presenta dificultad técnica alguna. La vaga formulación del § 39 II núm. 3 *VwVfG* no justifica, por lo tanto, la supresión de una motivación que es posible efectuar en forma estandarizada y que es necesaria para la comprensión de la decisión, sino que, a lo sumo, exime de un deber de motivación individual que vaya más allá de eso. La renuncia a una *audiencia* (individual), en cambio, puede justificarse por razón de la singularidad objetiva-técnica de la resolución automatizada y, por lo tanto, estandariza-

da. La misma es justificable también porque el afectado puede defender su posición a través de la solicitud, a menudo necesaria o usual, y hacer valer su postura, una vez dictado el acto administrativo, mediante una petición o un recurso jurídico.

Por lo demás, debe señalarse, con carácter general para todas estas cuatro regulaciones excepcionales, que no son jurídicamente coactivas, sino que otorgan un margen de discrecionalidad, de modo que el órgano competente debe examinar siempre si su aplicación viene exigida objetiva o jurídicamente.

### C. *La resolución automatizada antijurídica*

La antijuridicidad de los actos administrativos producidos mediante un equipo de *EDV* se determina con arreglo a los principios generales (*cfr. ya supra*, § 10). Problemas especiales resultan en el caso de los actos administrativos discretionarios, pues si el *EDV* opera de acuerdo con un determinado esquema (programa), la habilitación de una potestad discrecional exige decisiones adecuadas al caso, que tengan en cuenta las circunstancias concretas. Esto no excluye completamente, sin embargo, el *EDV* en el campo de la discrecionalidad. Los programas decisorios de *EDV* deben considerarse como instrucciones administrativas. Y así como los actos administrativos discretionarios normales pueden ser dirigidos mediante instrucciones administrativas (directrices discretionales), también esto puede ser lícito para las resoluciones automatizadas.

El acto administrativo automatizado es —como cualquier otro acto administrativo— *impugnable* y, en los supuestos del § 44 *VwVfG*, *nulo*. Mediante la interposición de un recurso, el interesado puede lograr que su caso sea revisado individualmente, con sus singularidades. Las *incorrectitudes evidentes* son cada vez más raras en el ámbito de las resoluciones elaboradas automáticamente, debido al estándar de seguridad alcanzado en el ínterin, aunque cuando las mismas se producen, pueden afectar a un sinnúmero de resoluciones parecidas. Con todo, tales defectos pueden ser rectificados en cualquier momento (*cfr. supra*, § 10 marg. 44) también en el caso de los actos administrativos automatizados. Si las correcciones o las modificaciones son hechas a mano, la resolución debe considerarse todavía “dictada con ayuda de equipos automáticos” en el sentido de la *VwVfG*, en tanto en cuanto no pierde esta calificación mediante modificaciones (sean cuales fueren su número y alcance), produciendo así, desde el punto de vista de sus

destinatarios, los efectos de un proyecto, quizá no firmado (*cfr.* sobre ello *BVerwG NJW* 1993, 1667, 1668).

### **3. La administración electrónica (*e-Administración*)**

#### **A. Fundamentos generales**

La base jurídica determinante para la actuación administrativa electrónica la constituye el § 3a que en 2002 se incluyó en la *VwVfG*. Con arreglo al mismo, la transmisión electrónica de documentos (correo electrónico, amén de disquetes o CDs) entre la administración y los ciudadanos, en los dos sentidos, es lícita en la medida en que el receptor abra un acceso para ello. Lícita significa en este contexto que la transmisión electrónica se equipara a los medios tradicionales de comunicación, en especial a la forma escrita (en papel), esto es, que la transmisión electrónica tiene para el receptor la misma eficacia jurídica y las mismas consecuencias que la transmisión escrita o de otro tipo. Requisito para ello es que el receptor (la administración o el ciudadano) “abra un acceso”. Aquél debe poseer un aparato adecuado y en estado de funcionamiento —requisito objetivo— y querer hacerse cargo de tales documentos —requisito subjetivo—. No es obligado declarar explícitamente la conformidad, sino que la misma puede resultar también de hechos concluyentes. Lo decisivo al respecto, según la doctrina dominante (en la medida en que ya se ha formado una doctrina tal) es la percepción del tráfico. Así, en el caso de personas privadas, la simple indicación de la dirección de correo electrónico en el encabezado de una carta no basta, mientras que, por el contrario, la utilización regular de este contacto en el tráfico negocial sí es suficiente.

Como se infiere del § 3a II *VwVfG*, la forma electrónica es también lícita aun cuando una disposición jurídica vigente haya prescrito expresamente la forma escrita. Y lo mismo vale cuando se ha previsto ulteriormente la forma escrita para determinadas declaraciones o actos jurídicos. Las autoridades y los ciudadanos pueden, por lo tanto, elegir entre la forma electrónica y la escrita. Problemático resulta, sin embargo, el hecho de que la forma electrónica lleve asociadas ciertas inseguridades, ya que el sistema de correo electrónico viene condicionado por la falta de firma, y no cabe excluir del todo que durante la transmisión se produzcan modificaciones del texto por parte de un tercero. El § 3a II *VwVfG* exige, por ello, que el documento electrónico venga provisto de una firma electrónica cualificada, de acuerdo con

la ley de firma electrónica. Esta firma debe permitir al receptor comprobar si el documento procede realmente del emisor indicado y si le ha llegado sin modificación alguna (autenticidad e integridad del documento). Por lo demás, debe notarse que la forma electrónica es ilícita cuando ha sido excluida explícitamente por ley.<sup>127</sup>

Puede afirmarse, a modo de resumen, que la forma electrónica como alternativa a la forma escrita prescrita por la ley es lícita cuando 1) el receptor ha abierto un acceso, 2) se ha puesto la necesaria firma, y 3) no hay disposición jurídica en contrario.

### B. *El acto administrativo electrónico*

Con los mencionados requisitos, también puede emanarse un acto administrativo y, ciertamente, un acto administrativo no sujeto a especiales formas con arreglo al § 3a II *VwVfG* (con o sin firma), así como un acto administrativo necesario de una determinada forma con arreglo al § 3a II *VwVfG* (con firma). El § 37 II 1 *VwVfG*, redactado según la tercera Ley de Modificación de la *VwVfG*, dispone explícitamente que un acto administrativo puede ser dictado no sólo —como antes— por escrito, oralmente o de otra manera, sino también “electrónicamente”. La cuestión, antaño discutida, de si y en qué medida el acto administrativo dictado electrónicamente podía quedar comprendido dentro del “acto administrativo dictado de otra manera” ha quedado de este modo resuelta por la ley. Así, por ejemplo, es posible, según los §§ 3a y 37 *VwVfG*, que el órgano competente otorgue una autorización industrial electrónica en respuesta a una solicitud formulada electrónicamente por una empresa, y que las aclaraciones, interpellaciones y demás trámites procedimentales se produzcan igualmente en forma electrónica. Aunque es (todavía) dudoso que todo esto funcione siempre así en la práctica. Si la comunicación electrónica falla, el órgano administrativo debe informar al receptor y ofrecerle alternativas (§ 3a III *VwVfG*).

<sup>127</sup> Hay una larga serie de ejemplos de exclusiones legales. Así, por ejemplo, el § 38a *StAG* dice que: “queda excluida la presentación en forma electrónica de documentos en cuestiones relativas a la nacionalidad”. Otros ejemplos se encuentran en los artículos 5 y ss. de la tercera Ley de Modificación de la *VwVfG* del 21 de agosto de 2002 (BGBI I, p. 3322); además de en Meyer, Knack, *VwVfG* § 3a marg. 9. Sobre las diferentes formas de la firma y sobre la firma electrónica cualificada, aquí determinante, *cfr.* la Ley de Firma Electrónica del 16 de mayo de 2001 (BGBI I, p. 876); sobre ello *Roßnagel*, DÖV, 2001, pp. 221 y ss.; *idem*, NJW, 2003, pp. 469 y ss., con ulteriores referencias.

Para el acto administrativo escrito y el electrónico rigen en gran parte las mismas regulaciones. Ambos deben permitir conocer al órgano que los dicta, y contener la firma o la reproducción del nombre del titular del órgano o de su representante o apoderado (§37 III 1 *VwVfG*), a cuyos efectos, sin embargo, en el caso de los actos administrativos electrónicos, técnicamente sólo cabe considerar la reproducción del nombre y no la firma. Ambos requieren motivación (§ 39 I 1 *VwVfG*). Además, la confirmación de un acto administrativo oral puede ser exigida en forma no sólo escrita, sino también electrónica, cuando el interesado tenga un interés legítimo en ello y formule sin demora una solicitud (§ 37 II 2 *VwVfG*). Por otra parte, también puede exigirse, con los mismos requisitos, la conformación por escrito de un acto administrativo electrónico, aunque esto revela una valoración diferente.

El acto administrativo electrónico debe ser notificado a los destinatarios y a los demás afectados. Para el plazo de notificación existen nuevamente regulaciones análogas. En principio, el acto administrativo escrito se considera notificado al tercer día de su entrega postal, y el acto administrativo electrónico, al tercer día de su envío (§ 41 II 1 *VwVfG*). Este plazo de tres días puede resultar algo sorprendente en el caso de los actos administrativos electrónicos, que llegan en cuestión de segundos, pero es indicativo del esfuerzo del legislador de equiparar hasta donde sea posible a los actos administrativos escritos y electrónicos.

### **C. Diferenciación entre el acto administrativo electrónico y el automático**

Ambas clases de actos administrativos deben ser estrictamente diferenciadas, no ya sólo por razón de los regímenes jurídicos parcialmente distintos a los que están sujetas, sino también por razones objetivas. El acto administrativo electrónico viene determinado por su forma de transmisión, que no se produce por escrito, oralmente o a través de hechos concluyentes, sino por vía electrónica, bien mediante correo electrónico, bien mediante su almacenamiento en un disquete o disco compacto y su entrega a los destinatarios. Lo decisivo es que se renuncia al milenario medio del papel. El contenido de la decisión, por el contrario, no se establece técnicamente, sino al modo tradicional por el órgano administrativo. En cambio, el acto administrativo automático, dictado con ayuda de dispositivos automáticos, se transmite al modo tradicional. Su contenido se elabora total o parcialmente mediante equipos de *EDV*, aunque éstos sean dirigidos mediante determi-

nados programas. Aunque ambas clases de actos administrativos deben ser diferenciadas, en la práctica es cada vez más frecuente que una se convierta en la otra, como cuando, por ejemplo, un acto administrativo producido automáticamente se transmite de modo electrónico.

#### **4. Protección de datos personales**

La protección de datos personales no es un problema específico de la actividad administrativa automatizada y electrónica, sino de la actividad administrativa en su conjunto, aunque en este ámbito se vuelve especialmente actual, de un lado, porque a través de los equipos de *EDV* pueden ser almacenados y procesados una casi ilimitada cantidad de datos referidos a las personas y, de otro lado, porque no es posible excluir con seguridad el acceso de terceras personas. El *BVerfG* ha deducido del artículo 2 I *GG*, en relación con el artículo 1 I *GG*, el derecho a la autodeterminación informática, que comprende la protección del individuo contra la recogida, el almacenamiento, la utilización y la cesión ilimitadas de sus datos personales, y garantiza en esa medida la facultad del individuo de determinar en principio por sí mismo la entrega y la utilización de tales datos (*BVerfGE* 65, 1, 43). También comprende el derecho del individuo a la información acerca de si sus datos personales —y cuáles de ellos— han sido o son almacenados. El derecho a la autodeterminación informática, en atención a los intereses generales contrapuestos de mayor peso, no es, ciertamente, ilimitado, pero los límites deben ser establecidos mediante ley.<sup>128</sup>

<sup>128</sup> El propósito de establecer en la *VwVfG*, con ocasión de la reforma del derecho de protección de datos que tuvo lugar a finales de los años 1980, una regulación propia de la protección de datos personales (*cfr.* artículo 2 §§ 3 a-f del Proyecto de Ley del 20 de diciembre de 1988, *BT-Drs.* 11/4306), no pudo finalmente ser realizado. Es por ello que siguen siendo determinantes la Ley Federal de Protección de Datos (*BDSG*) y las Leyes de los *Länder* de protección de datos (*cfr.* sobre su ámbito de aplicación el § 1 *BDSG*). Éstas vienen complementadas por medio de regulaciones sectoriales específicas ajustadas al correspondiente sector de la actividad administrativa, tales como, por ejemplo, los §§ 8 y ss. *BVerfSchG*, § 34 *StUG* y, sobre todo, las disposiciones establecidas en las Leyes de policía y en las Leyes de seguridad y orden público de los *Länder*, *cfr.* los §§ 19 y ss. *Bad.Württ. PolG*, §§ 9 y ss. *NRW PolG*. Otras regulaciones afectan —en correspondencia con el deber de protección que para el Estado se deriva de los derechos fundamentales en materia de protección de datos— al ámbito jurídico-privado (§§ 27 y ss. *BDSG*), en especial en la medida en que se trata de las empresas privatizadas de servicios postales y de telecomunicaciones (§ 41 *PostG*, § 89 *TKG*).

Bibliografía sobre el § 18: Zeidler, *Über die Technisierung der Verwaltung*, 1959; Bull, *Verwaltung durch Maschinen*, 2a. ed., 1964; Luhmann, *Recht und Automation in*

der öffentlichen Verwaltung, 1966, 2a. ed., inalterada 1997 (sobre ello Becker, DVBl, 1998, pp. 290 y ss.); W. Schmidt, *Die Programmierung von Verwaltungsentscheidungen*, AÖR 96, 1971, pp. 321 y ss.; Steinmüller, *Automatische Datenverarbeitung und Recht*, 2a. ed., 1976; Eberle, *Organisation der automatisierten Datenverarbeitung in der öffentlichen Verwaltung*, 1976; Popper, *Rechtsprobleme der automatisierten Verwaltung*, DVBl, 1977, pp. 509 y ss.; Zielinski, *Probleme der Automation in der öffentlichen Verwaltung*, DV 10, 1977, pp. 197 y ss.; Grimmer, *Die Automation und das Verhältnis der Verwaltung zum Bürger*, DÖV, 1982, pp. 257 y ss.; Scholz/Pitschas, *Informationelle Selbstbestimmung und staatliche Informationsverantwortung*, 1984; H. Redeker, *Der elektronisch übermittelte Verwaltungsakt*, NVwZ, 1986, pp. 545 y ss.; Eberle, *Die öffentliche Verwaltung vor den Herausforderungen der Informationsgesellschaft*, DV 20, 1987, pp. 459 y ss.; Giehl, *Moderne Informations- und Kommunikationstechniken – Auswirkungen auf die Strukturen der öffentlichen Verwaltung*, BayVBl, 1988, pp. 321 y ss.; Dörner/Ehlers, *Rechtsprobleme der EDV*, 1989; Lazaratos, *Rechtliche Auswirkungen der Verwaltungsaufnahme auf das Verwaltungsverfahren*, 1990; Polomski, *Der automatisierte Verwaltungsakt*, 1993; N. Brugger, *Das (baden-württembergische) Gesetz über die Zusammenarbeit bei der automatisierten Datenverarbeitung*, BWVPr, 1996, pp. 83 y ss.; Rosenbach, *Verfahrensrechtliche Rahmenbedingungen für den Einsatz der elektronischen Datenverarbeitung in der Verwaltung*, NWVBl, 1997, pp. 121 y ss.; idem, *Die elektronische Datenverarbeitung und das Verwaltungsverfahrensgesetz*, NWVBl, 1997, pp. 326 y ss.; Klein/Stolz, *Rechtsfragen zum Internet für die Städte*, Der Städetag, 1997, pp. 390 y ss.; Bullerdiek, *Werkzeug Internet – Nutzungspotentiale für Verwaltungen*, VR, 1998, pp. 90 y ss.; Groß, *Öffentliche Verwaltung im Internet*, DÖV, 2001, pp. 159 y ss.; Roßnagel, *Die elektronische Signatur im Verwaltungsrecht*, DÖV, 2001, pp. 221 y ss.; idem., *Das elektronische Verwaltungsverfahren. Das Dritte Verwaltungsverfahrensänderungsgesetz*, NJW, 2003, pp. 469 y ss.; Schmitz/Schlattmann, *Digitale Verwaltung? – Das Dritte Gesetz zur Änderung verwaltungsverfahrensrechtlicher Vorschriften*, NVwZ, 2002, pp. 1281 y ss.; Schlattmann, *Anmerkungen zum Entwurf eines Dritten Gesetzes zur Änderung verwaltungsverfahrensrechtlicher Vorschriften*, DVBl, 2002, pp. 1005 y ss.; ders., *Verwaltungsverfahrensrecht und elektronischer Rechtsverkehr*, LKV, 2002, pp. 489 y ss.; Britz, *Reaktionen des Verwaltungsverfahrensrechts auf die informationstechnischen Vernetzungen der Verwaltung*, in: Hoffmann-Riem/Schmidt-Aßmann (coords.), *Verwaltungsverfahren und Verwaltungsverfahrensgesetz*, 2002, pp. 213 y ss.; Storr, *Elektronische Kommunikation in der öffentlichen Verwaltung. Die Einführung des elektronischen Verwaltungsakts*, MMR, 2002, pp. 579 y ss.; Schmitz, *Änderungen des Verwaltungsverfahrensrechts durch moderne Informations-techniken*, BVerwG-Festschrift, 2003, pp. 677 y ss.; Schliesky, *Auswirkungen des E-Governement auf Verfahrensrecht und kommunale Verwaltungsstrukturen*, NVwZ, 2003, 1322; Laubinger, *Elektronisches Verwaltungsverfahren und elektronischer Verwaltungsakt – zwei (fast) neue Institute des Verwaltungsrechts*, Festschrift für K. König, 2004, pp. 517 y ss.; Büllsbach, *eGovernment – Sackgasse oder Erfolgsstory*, DVBl, 2005, pp. 605 y ss.; Schmitz, *Die Regelung der elektronischen Kommunikation im Verwaltungsverfahrensgesetz*, DÖV, 2005, pp. 885 y ss.

Bibliografía sobre IV (protección de datos): Tinnefeld/Ehmann, *Einführung in das Datenschutzrecht*, 3a. ed., 1998; Kloepfer, *Informationsrecht*, 2000, pp. 281 y ss.; Roßnagel/Pfitzmann/Garstka, *Modernisierung des Datenschut兹rechts*, 2001; Simitis (coord.), *Kommentar zum Bundesdatenschutzgesetz*, 5a. ed., 2003. Bull, *Der Einfluss der Datenschutzgesetze auf die öffentliche Verwaltung*, DÖV, 1983, pp. 829 y ss.; Knemeyer, *Datenerhebung*

*und Datenverarbeitung im Polizeirecht*, NVwZ, 1988, pp. 193 y ss.; Riegel, *Zustand und Entwicklungstendenzen des informationellen Befugnisrechts zur polizeilichen Aufgabenerfüllung: Licht, Schatten und Hoffnung*, DÖV, 1994, pp. 814 y ss.; Schwabe, *Wirrwarr im Recht der polizeilichen Datenverarbeitung*, DVBl, 2000, pp. 1815 y ss.; Rudolf, *Datenschutz—Ein Grundrecht*, Festschrift für Maurer, 2001, pp. 269 y ss.; Schenke, PolG marg. 176; Gola/Klug, *Die Entwicklung des Datenschutzrechts in den Jahren 2004/2005*, NJW, 2005, pp. 2434 y ss.

Jurisprudencia sobre el § 18: *BVerfGE* 46, 120 (transmisión de datos a través de la red telemática del Servicio Federal de Correos); *BVerfG* NJW, 1994, 574 (reproducción del nombre y firma en el caso de una liquidación tributaria automatizada); *BVerwGE* 40, 212 (revisibilidad de los signos-clave en el caso de una decisión sobre pensión); *BVerwGE* 45, 189 (firma en el caso de una orden de llamamiento a filas); *BVerwGE* 48, 336 (corrección de una decisión sobre ayuda para vivienda); *BVerwG* NJW, 1993, 1667 (acto administrativo automatizado con modificaciones manuales); *BGHZ* 99, 249 (responsabilidad en caso de fallo de semáforo, responsabilidad informática).

Jurisprudencia sobre IV (protección de datos): *BVerwGE* 65, 1, 41 y ss. (sentencia del censo: sentencia fundamental sobre el derecho a la autodeterminación informática); *BVerfGE* 78, 77, 84 y ss. (publicación de una incapacitación); *BVerfGE* 80, 367, 373 (libro diario); *BVerwGE* 84, 375 (información sobre los datos almacenados por la Oficina Federal para la Protección de la Constitución); *BVerwGE* 89, 14 (designación de un informador que había recogido datos para el Servicio federal de protección de fronteras); *BVerwGE* 96, 147 (la anotación “prestación social” colocada sobre el titular de una transferencia es ilícita).