

IV. Sección Bibliográfica

Un caso ilustrativo de la huida del Derecho Administrativo propiciada por el Legislador y su tratamiento jurídico comparado.

(Sobre la base del libro *Verwaltungsprivatrecht und Verwaltungsgesellschaftsrecht am Beispiel des Rechtsschutzes bei Entscheidungen der «Treuhandaanstalt»*, del autor: J. BECKER) ¹.

También en Alemania se plantean supuestos actuales de huida del Derecho administrativo que dan lugar a una intensa discusión doctrinal. Como ejemplo especialmente ilustrativo puede escogerse el caso de la «Administración fiduciaria ²» (*Treuhandaanstalt*), considerando por otra parte su gran trascendencia económica, al constituir el «mayor holding industrial del mundo occidental ³». Si bien la Administración fiduciaria ha sido de forma reciente reemplazada por otra institución (llamada *Bundesanstalt für vereinigungsbedingte Sonderaufgaben* ⁴) el sistema jurídico precedente ha permanecido en todos y cada uno de sus rasgos esenciales. De ahí que la referencia pueda y deba hacerse al

modelo consolidado de la Administración fiduciaria, en torno a la cual se han desarrollado los problemas jurídicos que aquí van a comentarse por el interés que representan para el Derecho español. Pero antes parece necesario presentar dicha institución.

La «Administración fiduciaria» (*Treuhandaanstalt*) ha venido siendo en Alemania la institución encargada de llevar a cabo la transformación del régimen de propiedad estatista o público, de la antigua República Democrática de Alemania, en privado. Su origen y evolución es significativo: no se fundó aquélla tras la reunificación, por la República Federal de Alemania, sino anteriormente (el 1 de marzo de 1990), mediante una Resolución de la República Democrática. Concretamente se prescribió por entonces (también mediante el *Umwandlungsverordnung* de igual fecha) la conversión de las antiguas formas de organización económicas de carácter público en sociedades anónimas, y se creó la «Administración fiduciaria» como institución estatal propietaria de las acciones de tales sociedades mercantiles. La intención del momento estuvo ante todo en lograr pre-

¹ Editorial Nomos, Universitätsschriften, Tomo 165, Baden-Baden 1994, 193 páginas.

² La *Treuhandaanstalt* podría soportar también la traducción de *Agencia* o *Administración liquidadora*.

³ *Süddeutsche Zeitung* de 31 de diciembre de 1994, pág. 1.

⁴ Este cambio se hizo mediante el «Reglamento para el cambio de nombre y para la adaptación de competencias de la Administración fiduciaria» de 20 de diciembre de 1994. Véase la Comunicación a la prensa presentada en Berlín el 13 de enero de 1995 por la *Bundesanstalt für vereinigungsbedingte Sonderaufgaben*, así como el informe recogido en el n.º 10/1995, pág. 7 de la revista que dicha institución publica regularmente. Interesantes son los artículos periodísticos, sobre la relación entre ambas instituciones. *Das Parlament* de 28 de octubre de 1994; *Börsenzeitung* n.º 252, pág. 52; *Tagespiegel* de 31 de diciembre de 1994, págs. 1 y 15; *Die Woche* de 6 de enero de 1995, págs. 12 y 13; *Die Welt* de 1 de enero de 1995, pág. 30; de 2 de enero de 1995, pág. 11; de 4 de enero de 1995, págs. 18 y 31; *Berliner Zeitung* de 31 de diciembre de 1994; págs. 1 y 2; de 2 de enero de 1995, pág. 30; *Berliner Morgenpost* de 31 de diciembre de 1994, pág. 4; *Frankfurter Allgemeine Zeitung* de 14 de enero de 1995, pág. 10.

servar en mano pública las distintas formas de organización económicas de carácter público (como *propiedad popular*). En definitiva, se realizó una simple privatización *formal*, no material, como medio para evitar su privatización real —o traspaso de los bienes a manos privadas—.

Si bien no se consiguió salvar todo del naufragio, el sistema permaneció en esencia, e incluso fue confirmado tras la reunificación alemana mediante la Ley del Tratado de la Unidad alemana, al declarar vigente la regulación precedente. Se confirma, de este modo, el dato esencial de la pertenencia de las acciones a favor de tal institución, también su actuación de modo descentralizado —mediante el apoyo de sociedades mercantiles de las que se sirve para sus actuaciones—. La «Administración fiduciaria» pasa a definirse (en el artículo 25 I 2 de la Ley del Tratado de la Unidad alemana) como una Administración institucional dependiente del Ministerio de Economía, y sujeta a reserva de Ley de acuerdo con el artículo 87 III 1 de la Ley Fundamental de Bonn.

No obstante, sus funciones se alteran respecto de su configuración inicial (de acuerdo con el preámbulo añadido a la Ley de la «Administración fiduciaria» (*Treuhandanstalt* por el Tratado de la Unidad alemana). Su misión pasa a ser «la estructuración de las empresas dentro de un sistema de competencia» y la «privatización de aquéllas» (también se habla del aseguramiento de los puestos de trabajo y del móvil económico que han de perseguir). Concretamente, respecto de las empresas *en su mano*, la «Administración fiduciaria» se ha venido encargando de la privatización, la reconversión o reestructuración, el saneamiento, la desconcentración (o desligamiento respecto de los previos entramados de planificación y agrupación centralistas) y la liquidación o el cierre. La elección de una u otra de estas opciones está en función del porvenir de la empresa, teniéndose que procurar ante todo la adopción de las medidas necesarias para hacer posible su «salida al mundo de las relaciones económicas», basado en las ideas de competencia y lucro o beneficio económico. De acuerdo con este modelo, se ha evi-

tado un sistema de privatización directa o automática de las empresas, ya que aquélla se realiza después de que dicha Administración así lo establezca, a través por otra parte de un proceso de venta total o parcial de los bienes a terceros interesados.

Pues bien, interesa destacar primeramente la *configuración jurídico-privada* (mercantil más concretamente, de acuerdo con los artículos 7 a 10 y 11 II 1⁵), otorgada por el Legislador (Ley de la «Administración fiduciaria» —*Treuhandanstalt*—, artículo 11 II 1, entre otros y la Ley del Tratado de la Unidad alemana) respecto de las relaciones jurídicas de la «Administración fiduciaria». Esto significa, así, que las relaciones entre esta institución y las empresas sujetas a su control y reestructuración se hacen de acuerdo con el Derecho mercantil —Derecho de sociedades—. Significa también que la venta de las empresas que se privatizan se hace mediante contratos privados a terceros adquirentes. Como puede fácilmente comprenderse este insatisfactorio planteamiento ha venido siendo objeto de preocupación por parte de los juristas alemanes.

En este contexto, el libro *Verwaltungsprivatrecht...* de J. BECKER (que es la tesis doctoral del autor) es una monografía dedicada a estudiar este sistema jurídico, que aborda sus problemas y propone soluciones generales, en la línea por otra parte de los estudios particulares anteriores que el autor recoge en su trabajo. Esta obra sirve perfectamente de ejemplo acerca de la aplicación de ciertas teorías consolidadas del Derecho alemán, frente al caso concreto de la huida del Derecho administrativo protagonizada por la «Administración fiduciaria»; un caso similar éste —en el plano jurídico— a los existentes hoy en el Derecho español respecto de las empresas gestoras de servicios públicos y las Administraciones independientes, máxime cuando se corrobora que el problema jurídico parte en Alemania (al igual que en España) de medidas del propio legislador, más allá del caso en que la Administración es quien directamente hace uso de las formas jurídico-privadas en vez de las públicas eludiendo el ordenamiento jurídico.

⁵ Véase el libro de J. BECKER, *op. cit.*, págs. 44, 140, 147, 179, 180.

El problema de la huida del Derecho —en el presente caso— se logra solucionar de acuerdo con las teorías del «Derecho administrativo privado» y de «los actos separable»⁶. Ambas son medios jurídicos de iuspublicación para cuando existe una «resistencia» a la aplicación del Derecho administrativo, siempre que, por otra parte, no se trate de la regulación de actividades nucleares o soberanas de la Administración, ámbito reservado al Derecho administrativo. El Derecho administrativo privado es una teoría que sirve para la aplicación del Derecho administrativo respecto a los ámbitos en los cuales la Administración realiza una de sus funciones administrativas; respecto de aquellos ámbitos, pues, que una Ley define como privados, siempre que (o hasta que) dicha Ley no sea declarada (o no pueda ser declarada) inconstitucional por este hecho de la remisión al ordenamiento privado.

Por eso, el autor de este libro, tras percatarse de que el sistema legal de la «Administración fiduciaria» ha sido abierto por el Legislador al régimen jurídico privado, procede a su isupublicación respecto de los momentos *esenciales* de las relaciones «jurídico-privadas» de la Administración fiduciaria: para ello sirve el «Derecho administrativo privado», que rige para los entes públicos que realizan funciones administrativas (también los servicios públicos) cuando hacen uso del Derecho privado⁷. Al ejercer la «Administración fiduciaria» una competencia administrativa no está legitimado el empleo exclusivo del Derecho privado y por eso ha de regir el Derecho administrativo privado.

Las consecuencias de la aplicación de esta teoría a dichos momentos esenciales de la actuación en principio privada de la «Administración fiduciaria» son relevantes, a la luz de estos ejemplos a los que paso a referirme. Las decisiones acerca de la concesión o denegación de préstamos,

subvenciones... a una de las empresas en mano de la «Administración fiduciaria» son decisiones que han de respetar los derechos fundamentales; también lo son las decisiones de liquidación de una determinada empresa. Otra virtualidad importante es lograr que la venta de las empresas o de sus bienes —frente a terceros adquirentes— se haga sin dejar al margen de la oferta a posibles adquirentes interesados.

El Derecho administrativo privado consiga no sólo la vinculación de las decisiones de la «Administración fiduciaria» (o sus sociedades interpuestas) al Derecho público. Facilita también la vía del control judicial —previo recurso ante los Tribunales por parte de las empresas afectadas— con el fin de que se controle la legalidad de las decisiones tomadas de acuerdo a tales parámetros públicos de legalidad. Así, puede entenderse fácilmente que los Tribunales tienen un papel activo y determinante frente a la huida del Derecho que pretenda realizar el Legislador. De este modo, se tutelan las posiciones jurídicas de las empresas afectadas directamente por las decisiones de la «Administración fiduciaria», hecho importante pensando —entre otros intereses— en los de sus trabajadores y personal; o también los derechos de terceros empresarios que pueden resultar perjudicados por la concesión de tratos de favor (préstamos o subvenciones) por parte de tal institución. Igualmente (y éste es a mi juicio un aspecto destacable del libro de J. BECKER), es necesario que el Derecho Administrativo disponga de acciones procesales diferentes, de las que hacer uso para la tutela procesal adecuada de los diferentes intereses jurídico-subjetivos que se planteen en el caso concreto. En este sentido, de modo ejemplar, el libro estudia la aplicación de las pretensiones preventivas y prestacionales frente a las decisiones u omisiones de la «Administración fiduciaria» (*Treuhandanstalt*).

⁶ Junto a BECKER, en este contexto, igualmente, la sentencia del Tribunal de Primera Instancia de Berlín, publicada en la revista *NJW* 91, pág. 360; W. SPOERR, «Verfassungsfragen der Organisation der Treuhandanstalt», *Jura*, 1993, pág. 207; N. HORN, «Privatisierung und Reprivatisierung von Unternehmen», en P. HOMMELHOFF, *Treuhandunternehmen in Umbruch*, Köln 1991; M. KERBER/W. STSCHOW, «Das Treuhandausserecht», *DWiR*, 1991, pág. 107; F. U. HOHMEISTER, «Handlungsbefugnisse der Treuhandanstalt und Rechtsschutzmöglichkeiten Betroffener», *BB*, 1992, pág. 288.

⁷ El Derecho administrativo privado se distingue, así, del «Derecho privado administrativo», el cual se refiere por su parte al sistema previsto —en virtud del Derecho administrativo— para las entidades que realicen actuaciones estrictamente mercantiles (dentro del cual ocupa una parte esencial el Derecho de la competencia).

Así pues, y sin que por todo ello deje de sorprender este tipo de regulaciones del Legislador, puede concluirse la posibilidad de profundizar de modo práctico en la aplicación del «Derecho administrativo» respecto de los ámbitos definidos como privados por el Legislador, mientras se mantiene el sistema de regulación jurídico-privada respecto de entes públicos; este es el sentido del Derecho administrativo privado⁸.

Santiago González-Varas Ibáñez

BUSTILLO BOLADO, Roberto O. y CUERNO LLATA, José R. *Los Convenios urbanísticos entre las Administraciones locales y los particulares*. Prólogo de Luis Martín Rebollo. Aranzadi, Pamplona, 1996.

El Derecho Público español nos ofrece numerosos ejemplos, históricos¹ y presentes², en los que para la producción de determinados efectos jurídicos la voluntad de la Administración precisa de la concurrencia de la del particular afectado, desplazando el resultado de ese acuerdo de voluntades al tradicional acto administrativo unilateral. Acuerdos, convenios, conciertos, pactos... son sólo una muestra de la variopinta nomenclatura que la legislación ofrece, sin que exista la necesaria y deseada relación entre el término utilizado y la naturaleza jurídica de la figura que en cada supuesto se esconde tras él.

* * *

La Editorial Aranzadi, tras publicar en 1995 una monografía sobre el fenómeno convencional con una visión globalizadora (F. DELGADO PIQUERAS, *La terminación convencional del Procedimiento Administrativo*), nos ofrece ahora un detenido estudio

del mismo cuyo ámbito se circunscribe al urbanismo: *Los convenios urbanísticos entre las Administraciones Locales y los particulares* de Roberto BUSTILLO y José R. CUERNO.

Señala Luis MARTÍN REBOLLO en el Prólogo que uno de los sectores donde la actividad convencional más parece haberse desarrollado «es en el ámbito del Derecho Urbanístico a través de los llamados convenios urbanísticos. Sin embargo ni esa realidad es nueva, ni siempre está claro lo que bajo esa genérica denominación se incluye. De ahí la necesidad de estudios que traten de clarificar el panorama normativo y práctico de este fenómeno enmarcándolo en sus concretos límites». Esa es pues la razón que anima esta obra, estructurada en siete capítulos.

— En el *Capítulo I* los autores delimitan y definen el objeto de estudio. Se aborda en él el *concepto de convenio urbanístico*, término descriptivo bajo el que engloban todos los convenios administrativos celebrados entre la Administración y los particulares en el ámbito de la actividad de planificación y ejecución del planeamiento.

Frente a algunas concepciones que entienden los convenios como una categoría jurídica intermedia entre los contratos y la técnica de los actos jurídicos sucesivos, los autores consideran que no estamos ante un *tertium genus*, sino ante *contratos administrativos cuya función en el tráfico es administrar*, y no obtener bienes y servicios de los particulares a cambio de precio, como ocurre en los contratos administrativos clásicos (por ejemplo, en el de obras o de suministros). Se trata de una técnica de administrar, en el sentido jurídico de la expresión, y no de intercambiar prestaciones patrimoniales. A juicio de los autores la confusión sobre su naturaleza se produce porque «la expresión "convenio urbanístico" se utiliza con cierta frecuencia en la legislación, doctrina y jurisprudencia de

⁸ Puede verse al respecto mi libro *Derecho administrativo privado*, Ed. Montecorvo, 1996.

¹ Como los «convenios con agrupaciones de contribuyentes» de los artículos 31 y ss., de la Ley de Reforma Tributaria de 26 de diciembre de 1957, o los llamados «acuerdos o convenios sobre precios» de los años sesenta y setenta en el marco de la extinta planificación económica.

² Mutuo acuerdo expropiatorio del artículo 24 de la Ley de Expropiación Forzosa de 16 de diciembre de 1954, terminación convencional de procedimientos administrativos del artículo 88 de la Ley 30/1992 de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común, etc.

forma inespecífica para referirse indistintamente unas veces a verdaderos contratos y otras a sucesiones de actos jurídicos unilaterales» (pág. 27). La concurrencia bajo un mismo concepto de categorías jurídicas diversas impide o dificulta enormemente la explicación unitaria de su régimen jurídico.

— El *segundo capítulo*, que lleva por título «*Historia de los convenios urbanísticos en España: del siglo XIX al Texto Refundido de la Ley del Suelo de 1992*», muestra cómo, pese a la rabiosa actualidad del tema y al uso y abuso que en las últimas décadas se ha hecho de la figura del convenio en el ámbito urbanístico, no se trata en absoluto de una novedad en nuestro Derecho Administrativo, puesto que encontramos antecedentes normativos de los actuales convenios ya desde mediados del siglo XIX. Resulta especialmente interesante el estudio dedicado a las alineaciones decimonónicas, con cuya regulación comienzan las previsiones normativas de figuras convencionales en el ámbito urbanístico; sobre este tema, Joaquín COSTA, ilustre administrativista de la época, comentaba que «con dificultad se encontrará en el revuelto caos de nuestro Derecho Administrativo materia más oscura y que dé motivo a más dudas, expedientes y controversias que la materia de alineaciones de calles y plazas». Interesante asimismo resulta el estudio que cierra el apartado histórico, dedicado a las primeras experiencias planificadoras con el aprovechamiento tipo, las transferencias de aprovechamiento urbanístico y la reparcelación económica, y la dispar y bien justificada acogida jurisprudencial de las mismas.

— En el *tercer capítulo* se proponen varios criterios de clasificación de los convenios urbanísticos, en razón de su inserción o no en un procedimiento administrativo, por el ámbito de la actividad urbanística sobre la que incidan, y según se encuentren o no recogidos y regulados normativamente; este último criterio, que distingue entre convenios típicos y atípicos, será el utilizado por los autores para la sistematización y estudio de los diferentes tipos de convenios urbanísticos que de forma singular e individualizada se realiza en la última parte del libro.

— A continuación (*capítulo IV*) se estudian con carácter general diversos aspectos de régimen jurídico comunes a los muy diversos tipos de convenios que nos podemos encontrar en el ámbito de actuación urbanístico, no sin antes precisar que «al igual que no se puede hablar de un régimen jurídico único de los contratos administrativos, sino de una pluralidad de regímenes, tampoco se puede hablar de una unidad de régimen de los convenios urbanísticos. Al fin y al cabo los convenios son contratos administrativos, y muchas de las respuestas a las cuestiones que se pueden plantear no difieren de las que en su caso surgirían con otros contratos administrativos (...). En última instancia, dada la variada tipología convencional, sólo descendiendo a cada caso concreto se podrán determinar con precisión todos los aspectos jurídicos relevantes de cada convenio» (págs. 87-89). En este capítulo se estudian desde temas genéricos, como la cobertura legal, el sistema de fuentes, el juego de distribución de la competencia legislativa Estado-Comunidades Autónomas, o los límites legales a la posibilidad de actuación por vía convencional, hasta aspectos más concretos como la posibilidad de incorporación de convenios urbanísticos a instrumentos de planeamiento, o la accesibilidad de los derechos y obligaciones derivados de convenios al Registro de la Propiedad. Pasemos ahora a exponer, a título ejemplificativo, algunas de las cuestiones jurídicas abordadas en este capítulo.

Los autores no consideran que la *cobertura legal* de la potestad convencional de la Administración se halle ni en el artículo 303 del Texto Refundido de la Ley del Suelo de 1992 (pues entienden que se trata simplemente de una cláusula de atribución competencial a la Jurisdicción Contencioso-administrativa) ni en el artículo 88 de la Ley 30/1992 (ya que comparten la opinión de que el citado artículo sólo se refiere a supuestos de terminación convencional expresamente previstos en otras normas preexistentes o futuras). La cobertura legal de todas estas prácticas convencionales típicas y atípicas se puede encontrar genéricamente —señalan— en el artículo 4 de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas de 1995 (el equivalente del artículo 3 de la derogada

Ley de Contratos del Estado), a tenor del cual «La Administración podrá concertar los contratos, pactos y condiciones que tenga por conveniente siempre que no sean contrarios al interés público, al ordenamiento jurídico o a los principios de buena administración...». Este artículo supone una flexibilización del principio de vinculación positiva de la Administración a las Leyes, y hace posible en el ámbito de los contratos que celebre la Administración lo que queda abiertamente excluido del de los actos administrativos unilaterales: la atipicidad.

Aceptada la cobertura legal de los convenios al amparo del artículo 4 de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas, los *límites que deben respetar* son los que el propio artículo establece: el interés público, el Ordenamiento Jurídico y los principios de buena administración; los autores profundizan en la extensión y contenido de tales límites a través del análisis de algunos supuestos concretos.

Realizan en este sentido un riguroso estudio jurisprudencial sobre la *admisibilidad y validez de los convenios que afecten a la potestad de planeamiento*. Señalan BUSTILLO y CUERNO que la jurisprudencia reconoce unánimemente la indisponibilidad por vía contractual de la potestad de planeamiento. La potestad de planeamiento, se señala, no puede quedar vinculada por contrato, pacto o acuerdo de ninguna clase. ¿Significa ello que aquellos convenios cuyo objeto incida en la potestad de planeamiento serán inválidos? La falta de regulación expresa en la legislación del Estado genera problemas, dudas, y variadas y dispares respuestas jurisprudenciales, que se pueden tratar de sistematizar y sintetizar en las siguientes afirmaciones:

a) Según la jurisprudencia mayoritaria los convenios que afecten a la potestad de planeamiento no son nulos por este mero hecho; no se encuentra obstáculo para la celebración de convenios urbanísticos cuyo objeto incida en la potestad de planeamiento siempre y cuando lo justifique el interés público y no se infrinjan normas de carácter imperativo, como las que regulan el procedimiento para la elaboración de los instrumentos de planeamiento o los estándares urbanísticos.

b) Los contenidos de las figuras de planeamiento deben justificarse en sí mismos, de forma que si una determinación del planeamiento encuentra su única justificación en un convenio previo, el Plan, en lo que a esos contenidos se refiere, correría el riesgo de ser considerado viciado de desviación de poder (los autores citan algunos pronunciamientos jurisprudenciales que apuntan esta posibilidad). No obstante, y ante la notable confusión que existe en este punto, los autores proponen que esta materia sea regulada de forma expresa en la legislación urbanística estatal, como así se ha hecho ya en algunas Comunidades Autónomas.

c) La potestad de planeamiento nunca podrá estar condicionada *pro futuro* por dichos convenios, y deberá ejercitarse conforme a las exigencias del interés público con independencia de aquéllos.

d) Si la Administración no cumple lo previamente pactado no puede ser compelida judicialmente a cumplir el convenio en sus propios términos, dada la indisponibilidad de la potestad de planeamiento (jurisprudencia unánime); ello sin perjuicio de determinar las consecuencias que se derivan del incumplimiento de estos convenios por parte de la Administración.

Consecuencia de los aludidos límites a la potestad convencional de la Administración es también la *nulidad de los convenios cuyo objeto sea el otorgamiento de licencias de carácter reglado*. Los autores consideran que la nulidad de tales convenios deriva de «la extracomercialidad de las competencias regladas» (pág. 104). No obstante resaltan que ello no impide que por medio de un acto administrativo unilateral se condicione el otorgamiento de una licencia por la Administración Pública competente al cumplimiento de determinados requisitos que supongan una concreción del régimen jurídico aplicable, siempre y cuando las limitaciones o prohibiciones que se impongan estén previstas en la normativa vigente.

Se cuestionan también los autores la posibilidad de acceso de derechos y obligaciones derivados de convenios al Registro de la Propiedad. A su juicio es factible la inclusión, puesto que «aunque ello no se prevé de forma expresa y específica, en nuestro sistema registral las relaciones jurídicas inscribibles no se circunscriben a

un número previamente tasado. No obstante, a pesar de ser posibles —e incluso convenientes—, tales inscripciones no son necesarias, puesto que (...) la legislación urbanística dispone sus propios mecanismos garantizadores de la seguridad del tráfico jurídico» (pág. 112).

En lo que a la *incorporación de convenios a instrumentos de planeamiento* se refiere, hay que distinguir dos supuestos: la incorporación del convenio como tal y la de sólo alguno de los contenidos del mismo. Si ciertas determinaciones de un convenio son incluidas por el planificador en una figura de planeamiento, la naturaleza de tales contenidos será la que corresponda a la figura de planeamiento en que se encuadre, con independencia de su origen convencional. Si lo que se pretende es incorporar el convenio íntegro, deberá hacerse en un anexo a la Memoria del instrumento de que se trate, en calidad de «información urbanística (...) que puede condicionar o determinar el uso del territorio de acuerdo con los artículos 38 y 58 del Reglamento de Planeamiento de 1978» (página 115). De todas formas, aunque la incorporación total o parcial se haya pactado, tal incorporación, de producirse, no es nunca consecuencia del convenio urbanístico, sino de la posterior voluntad unilateral del planificador. No es posible compeler al planificador a incluir los contenidos pactados en el Plan si se niega a ello, con independencia de las posibles consecuencias patrimoniales que se puedan derivar si se incumple lo pactado en tal sentido.

— Los *Capítulos V y VI* se dedican respectivamente al *estudio de los convenios urbanísticos típicos* —aquellos previstos y regulados normativamente— recogidos en la legislación del Estado (V) y en la de las Comunidades Autónomas (VI).

En el Capítulo V se procede a un detallado estudio de los supuestos convencionales contemplados en el Texto Refundido de la Ley del Suelo de 1992 y en sus reglamentos: los concursos para la formulación y ejecución de Programas de Actuación Urbanística (artículos 177 a 184), convenios para la gestión indirecta de expropiaciones (artículo 213), para la constitución de servidumbres (art. 211), para el aplazamiento de los gastos de urbanización en el sistema de cooperación (artículo 163.3), etc.

Entre el estudio de la normativa autonómica destaca el de los sistemas en que la regulación de los convenios no se ha limitado a algunos supuestos concretos (como sucede con la del Estado) sino que se ha ocupado del fenómeno con carácter general; es el caso de Navarra, Madrid y Valencia.

En Madrid y Navarra se reconoce expresamente la posibilidad de celebrar convenios que incluyan en su objeto el contenido de posibles modificaciones del planeamiento en vigor, con lo que se evita la «necesidad de que el contenido del plan se justifique en sí mismo con independencia del preexistente convenio, para no incurrir en una posible desviación de poder» (página 147). En Valencia, cuya legislación constituye desde el punto de vista de los autores «la punta de lanza de la legislación sobre convenios en nuestro país» (página 144), se avanza un poco más (aunque su regulación precede en el tiempo a las anteriores) y se reconoce expresamente que, si tras concertar la Administración un convenio que afecta a contenidos de la potestad de planeamiento, «incumple su compromiso y tal incumplimiento no se puede justificar suficientemente en razones de interés público, se generará responsabilidad contractual» (página 146).

— En el *séptimo capítulo* se estudian algunos de los supuestos más frecuentes de convenios urbanísticos atípicos; primero, los que incluyen en su objeto el contenido de posibles modificaciones del planeamiento en vigor —la asignatura pendiente del legislador estatal—, y, en segundo lugar, los que se refieren solamente a los términos y condiciones de la gestión y ejecución del planeamiento (convenios para el realojamiento y retorno de vecinos en operaciones de reforma interior, cesiones de terrenos por encima de las exigencias legales a cambio de determinadas actuaciones por parte del Ayuntamiento, etc.).

El libro se cierra con dos índices, ambos de gran utilidad práctica. En el primero se recogen por orden cronológico todas las Sentencias del Tribunal Constitucional, Tribunal Supremo y Tribunales Superiores de Justicia, así como dictámenes del Consejo de Estado, utilizados y citados en el libro, con una breve descripción de su contenido y con la indicación de la página o páginas del mismo en que se estudian. El

segundo se trata del índice cronológico de la legislación citada en la obra, habitual en las monografías de Aranzadi.

* * *

El resultado es una obra de investigación detallada y precisa, que ha de convertirse, por mor del riguroso tratamiento bibliográfico y jurisprudencial del tema que efectúan los autores, en un útil instrumento de estudio y discusión tanto en el ámbito académico como en el de la práctica urbanística. Hay que resaltar que la diversa extracción profesional de los autores (uno, profesor universitario; otro, Secretario de Ayuntamiento) contribuye a fundir teoría y práctica en un tema especialmente necesitado de soluciones. A buen seguro que el objetivo perseguido con esta monografía (aclarar el panorama normativo sobre la materia y aportar soluciones útiles a alguno de los muchos problemas que surgen en las relaciones entre las Administraciones Locales, los empresarios del sector de la construcción y los propietarios de inmuebles afectados por la actividad urbanística —página 19— se va a ver cumplido con creces.

Carlos de Pablo Varona
Universidad de Cantabria

LEOPOLDO TOLIVAR ALAS, *Derecho Administrativo y Poder Judicial, Tecnos, Madrid, 1996.*

La tarea de analizar el empleo que el Poder Judicial realiza del Derecho administrativo tiene, al menos, dos retos. El primero radica en la necesidad de partir de alguna de las concepciones que del Derecho administrativo ha elaborado la doctrina, materia ésta sumamente resbaladiza, como los escalones por los que se ha subido a lo largo de muchos años. Sólo desde un conocimiento profundo de no sólo de la esencia del Derecho administrativo sino de cómo se desenvuelve es posible abordar éste complejo problema.

La otra de las dificultades se circunscribe en un aspecto opuesto, cual es el imprescindible estudio exhaustivo de la normativa dispersa que afecta, desde la

perspectiva del Derecho administrativo a los distintos órganos del Poder Judicial. Labor de estudio y de sistematización que supone un buen manejo no sólo de las fuentes sino también conocimiento de la práctica diaria de los órganos de gobierno y administración del Poder Judicial.

Todas estas dificultades son superadas por Leopoldo TOLIVAR ALAS, Catedrático de Derecho administrativo de la Universidad de Oviedo, con la solvencia que permiten los años dedicados a esta disciplina, su sólida formación como jurista y esa agudeza e ingenio que demuestra no sólo en las labores investigadoras sino también en las docentes.

La obra se estructura en nueve capítulos en los que se abordan aspectos generales o introductorios —los dos primeros se refieren a la actividad administrativa y la posición de la Administración ante el Poder judicial—, como temas que podríamos calificar de «Derecho judicial especial» —fuentes, órganos de gobierno, procedimiento administrativo, responsabilidad patrimonial, derecho de bienes, finalizando con la función pública en la Administración de Justicia—. Como se puede comprobar el trabajo aborda todos los aspectos importantes que tienen que ver con el tema propuesto sin que esta amplitud merme el detalle en el análisis, comprobable con un simple vistazo a las más de doscientas notas a pie de página que completan la información del cuerpo del texto.

El capítulo primero nos introduce en la no poco debatida cuestión de las relaciones entre el Derecho administrativo y el Poder Judicial. Y aunque la primera de estas relaciones que tenemos presente es la existencia de un orden judicial —el contencioso-administrativo— especializado en conocer de los recursos contra disposiciones reglamentarias y actos administrativos, no es la única. Como nos recuerda TOLIVAR ALAS, el Poder Judicial también necesita disciplinar su actividad materialmente administrativa, desarrollada por sus «organizaciones instrumentales de sostenimiento y apoyo», utilizando la expresión acuñada por GARCÍA DE ENTERRÍA y T. R. FERNÁNDEZ; por ello, se emplea el Derecho administrativo, con una finalidad garantista.

No obstante la solidez de la concepción estatutaria del Derecho administrativo, desarrollada por GARCÍA DE ENTERRÍA, hay que

reconocer que la aprobación de la vigente Constitución ha producido un impacto en la concepción subjetiva de la Administración que exige el estudio de la actividad materialmente administrativa de los órganos constitucionales. Esta es una de las ideas centrales del libro del profesor TOLLIVAR y que justifican sobradamente la conveniencia de su estudio.

La larga nómina de situaciones en las que la Administración o, mejor dicho, las Administraciones públicas entran en relación con el Poder Judicial es analizada con detalle en el libro que comentamos. Una sistematización de las mismas se encuentra en el capítulo segundo, donde se desarrollan temas como el control de la discrecionalidad de los actos administrativos, la vía de hecho, los privilegios procesales de las Administraciones públicas, los conflictos jurisdiccionales o la concurrencia del Gobierno estatal y de las Administraciones autonómicas con el Consejo General del Poder Judicial en la administración de la Administración de Justicia.

Como ya hemos avanzado, era ineludible el dedicar un capítulo a las fuentes reguladoras del Poder Judicial, pues la Constitución tiene varios preceptos dedicados a esta misión que necesitan de la correspondiente labor interpretativa, máxime cuando ya han sido desarrollados. Además de la Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial y modificaciones posteriores, y normas de desarrollo se hace referencia en el libro a la peculiar potestad reglamentaria del Consejo General del Poder Judicial y la debatida eficacia externa de tales normas.

En esta breve reseña es imposible, si quiera la cita de todos los temas que se abordan en profundidad en el libro *Derecho administrativo y Poder Judicial*, ya que el propio título ya nos avisa que se pueden tratar todos los aspectos en los que el Derecho administrativo incide en la Administración de Justicia, desde los *generales* del régimen jurídico y procedimiento administrativo aplicable al Poder Judicial a las *especiales* de responsabilidad patrimonial por actuaciones judiciales y la teoría del error judicial, del derecho patrimonial (bienes, contratación pública, expropiación) o de la función pública en la Administración de Justicia. Todas estas materias son abordadas con un esfuerzo de síntesis

y clarificación poco frecuentes, lo que agradece el lector pues la exposición es completa, sin perjuicio de que las numerosas remisiones en notas a pie de página orienten a aquellos que quieran profundizar más en alguno de los temas tratados.

Este libro supone, en fin, una importante aportación al estudio de un sector del Derecho que por estar a caballo de diversos órganos constitucionales podría aparecer como «tierra de nadie». El esfuerzo sistematizador e investigador llevado a cabo por Leopoldo TOLLIVAR ALAS tiene gran interés científico pero aún tiene más utilidad para el jurista práctico, jueces, abogados, responsables de la Administración de Justicia y, por supuesto, para los estudiantes y opositores, quienes van a tener un instrumento de estudio de una materia que pocas veces se aborda desde la solvencia y experiencia que tiene su autor.

Carlos González-Antón Álvarez
Universidad de León

FRANCISCO SOSA WAGNER. *El contrato público de suministro.* Editorial Civitas, Madrid, 1996.

El presente libro trata todos y cada uno de los temas jurídicos del contrato de suministro. La obra tiene una clara orientación práctica y puede ser especialmente útil a los funcionarios (especialmente de los Servicios de contratación de las distintas Administraciones Públicas), pero en general a todo jurista interesado en este contrato público.

Han transcurrido dos décadas desde la última monografía dedicada al «contrato administrativo de suministro», del profesor José Luis RIVERO YSERN (Sevilla 1976), y han sucedido entretanto numerosos acontecimientos jurídicos que han afectado en general a los distintos contratos administrativos, y que desde luego justifican la aparición de un nuevo estudio en la materia. Piénsese, así, en las famosas Directivas comunitarias de contratos públicos y en la nueva Ley de Contratos de las Administraciones Públicas 13/95 de 18 de mayo.

Al mismo tiempo que se tratan los distintos aspectos del contrato público de suministros el autor va anotando y comen-

tando las incidencias jurídicas de este contrato administrativo; en este sentido, es especialmente destacable la acción de engrosamiento del régimen legal (de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas) mediante numerosísimos e interesantes dictámenes del Consejo de Estado, de la doctrina de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa y, especialmente, de la jurisprudencia de los Tribunales contencioso-administrativos y del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas. Todos estos hechos y testimonios adjudican al libro una gran riqueza jurídica y utilidad práctica.

En relación con su exposición, siguiendo un método que podríamos denominar clásico, se estudia primero el concepto, la naturaleza jurídica y los tipos de contratos administrativos de suministros, y se describen seguidamente sus sujetos. El resto comenta esencialmente las fases de adjudicación del contrato y de su ejecución, sin perjuicio de extenderse también finalmente a temas concretos como la invalidez del contrato, la cesión y el subcontrato.

Todo ello sin olvidar una interesante parte, que cumpliría también la función de «introducción del libro», dedicada a la evolución histórica de los suministros (o avituallamientos). Me atrevería a apuntar que es en este capítulo inicial «histórico» donde se descubren las motivaciones o inquietudes que habrían llevado al Doctor SOSA WAGNER a tomar la pluma en la presente ocasión. Se considera allí que la contratación pública ha venido siendo «campo abonado para las más imaginativas corruptelas», hecho que se destaca también en la presentación del libro en el contexto

de las recientes «clamorosas ilegalidades cometidas por los titulares de algunos órganos administrativos con ocasión justamente de la celebración de contratos».

Sin perjuicio de esto, y tal como ilustra magistralmente el libro mediante referencias a numerosos textos legales históricos, puede destacarse también el especial desarrollo jurídico alcanzado en España en materia de contratos públicos durante el siglo XIX. Desde muy temprano se viene insistiendo y profundizando, de modo ejemplar en Europa, en las garantías de legalidad en la fase de adjudicación del contrato. Especialmente, habría que transcribir aquí las normas citadas y analizadas por el profesor SOSA WAGNER, tales como el Real Decreto de 27 de febrero de 1852, la Orden de julio de 1853, la extensión a la Administración militar del sistema de «licitación previa a la adjudicación», y la jurisprudencia que se comenta puntillosamente entre las páginas diecinueve a veinticinco.

Finalmente, de las notas a pie de página el lector podrá comprobar que este libro es en gran medida *descendiente* de una obra colectiva titulada «Comentarios a la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas», Barcelona 1995, realizada por distintos profesores de las Universidades de Oviedo y León.

Así pues, simplemente se ha pretendido aquí llamar modestamente la atención sobre un libro de capital importancia en materia de contratos públicos, sin el cual no sería fácil hoy interpretar la regulación vigente relativa a los suministros públicos.

S. González-Varas Ibáñez

FE DE ERRATAS*

* Por error de impresión en el n.º 267 no aparece la última página (590) del artículo **Las actuaciones materiales o técnicas** de Rolf Stober y Santiago González-Varas Ibáñez, que reproducimos a continuación:

VII. ACTUACIONES MATERIALES Y VÍA DE HECHO ADMINISTRATIVA

Típico del Derecho alemán ha sido el desarrollo de un género de actuaciones materiales, «las actuaciones materialmente expropiatorias» (*enteignungsgleiche Eingriffe*), que se refiere a aquellos casos en los cuales la Administración realiza una expropiación *de facto* sin haber respetado las garantías básicas del ordenamiento (vía de hecho en el Derecho español). Su desarrollo, durante la República de Weimar, se debió a la necesidad de que en estos casos de expropiaciones ilegales o indirectas el afectado pudiera obtener una indemnización compensatoria. Así, en caso de una vía de hecho, tradicionalmente, en el Derecho alemán, el sujeto ha podido, o bien reaccionar contra el despojo, o bien soportar éste a cambio de obtener la indemnización expropiatoria correspondiente, como garantía. Este planteamiento ha cambiado tras un famoso auto del Tribunal Constitucional de fecha 15 de julio de 1981 (*Naßauskiesung*). Este fallo ha considerado que, en caso de una vía de hecho, el sujeto no puede obtener una indemnización compensatoria, ya que ha de reaccionarse contra tales «expropiaciones ilegales» debiendo el sujeto afectado demandar la adopción de todas las medidas necesarias para lograr la superación del estado creado por la Administración, o bien la omisión de posibles actuaciones futuras que perturben su derecho de propiedad; en el Derecho alemán (al igual que en el español) ilegal es hoy la expropiación que no se realice mediante un acto administrativo ⁹³.

Un apartado significativo del Derecho alemán es, al respecto de las vías de hecho, la perspectiva procesal. Aquél muestra que es posible y deseable un sistema procesal público. Este se basa esencialmente en las pretensiones procesales anteriormente estudiadas (§ V) y en las medidas cautelares positivas, por las que el juez puede ordenar la paralización inmediata de una actuación material o la reconstrucción de los estados ocasionados por una vía de hecho.

El caso de la vía de hecho es un simple ejemplo de la necesidad de que el Derecho público preste la debida atención a las actuaciones materiales, especialmente su clasificación y criterios de legalidad, así como a su vertiente procesal, con el fin de *llevar el Estado de Derecho* a este ámbito difuso de actuaciones administrativas.

⁹³ No obstante, la teoría de «las actuaciones materialmente expropiatorias» (*enteignungsgleiche Eingriffe*) se mantiene y engloba (al mismo tiempo) dentro de la responsabilidad administrativa, una vez que ha sido abandonada y negada dentro del ámbito de la expropiación forzosa. GONZÁLEZ-VARAS IBÁÑEZ, *La vía de hecho administrativa*, Madrid 1994 pp. 153 y ss.

