
A&C

Revista de Direito Administrativo & Constitucional



2003

A&C R. de Dir. Administrativo e Constitucional, Belo Horizonte, ano 1, n.13, p.1-244, jul./set. 2003

A&C REVISTA DE DIREITO ADMINISTRATIVO E CONSTITUCIONAL

IPDA

Instituto Paranaense
de Direito Administrativo

Direção Geral

Romeu Felipe Bacellar Filho

Direção Editorial

Paulo Roberto Ferreira Motta

Direção Executiva

Emerson Gabardo

Conselho de Redação

Edgar Chiuratto Guimarães

Adriana da Costa Ricardo Schier

Célio Heitor Guimarães

Conselho Editorial

Adilson Abreu Dallari	Manoel de Oliveira Franco Sobrinho <i>(in memoriam)</i>
Alice Gonzáles Borges	Marçal Justen Filho
Carlos Ari Sunfeld	Marcelo Figueiredo
Carlos Ayres Britto	Márcio Cammarosano
Carlos Delpiazzo	Maria Cristina Cesar de Oliveira
Cármén Lúcia Antunes Rocha	Nelson Figueiredo
Celso Antônio Bandeira de Mello	Odilon Borges Junior
Clémerson Merlin Clève	Pascual Caiella
Enrique Silva Cimma	Paulo Eduardo Garrido Modesto
Eros Roberto Grau	Paulo Henrique Blasi
Fabrcio Motta	Paulo Ricardo Schier
Guilherme Andrés Muñoz	Pedro Paulo de Almeida Dutra
Jorge Luís Salomoni	Regina Maria Macedo Nery Ferrari
José Carlos Abraão	Rogério Gesta Leal
José Eduardo Martins Cardoso	Rolando Pantoja Bauzá
José Luís Said	Sérgio Ferraz
José Mario Serrate Paz	Valmir Pontes Filho
Juan Pablo Cajarville Peruffo	Yara Stropa
Juarez Freitas	Weida Zancanner
Julio Rodolfo Comadira	
Lúis Enrique Chase Plate	
Lúcia Valle Figueiredo	

Os conceitos emitidos em trabalhos assinados são de responsabilidade de seus autores, que gozam de inteira liberdade de opinião. e-mail para remessa de artigos, pareceres e contribuições: e.gab.@uol.com.br ou conselho@editoraforum.com.br
Endereço para envio de contribuições: Editora Fórum - Revista A&C, Av. Afonso Pena, 2770, 15º/16º andar, Funcionários, CEP 30130-007 - Belo Horizonte - MG

A246 A&C Revista de Direito Administrativo e Constitucional. Ano 3, n. 11, jan./fev./mar. 2003. Belo Horizonte: Fórum, 2003.
Trimestral
ano 1, n.1, 1999 até ano 2, n.10, 2002
publicada pela Editora Juruá em Curitiba
ISSN: 1516-3210
1. Direito Administrativo. 2. Direito Constitucional. I. Fórum.

CDD: 342 CDU: 33.342

Editor responsável: Luis Cláudio Rodrigues Ferreira

Projeto gráfico: Luis Alberto Pimenta

Diagramação: Luis Alberto Pimenta

Revisora: Olga M. A. Sousa

Bibliotecária: Nilcéia Lage de Medeiros - CRB 1545/MG - 6ª região

© Editora Fórum Ltda., 2003.

Proibida a reprodução total ou parcial desta obra, por qualquer meio eletrônico, inclusive por processos xerográficos, sem autorização expressa do editor.

Distribuída em todo o território nacional

Assinaturas e comercialização:

Editora Fórum, Av. Afonso Pena, 2770, 15-16 andar,

Funcionários, CEP 30130-007 - Belo Horizonte - MG

Tel.: (31) 2121-4900 - 0800 704-3737

e-mail: editoraforum@editoraforum.com.br

www.editoraforum.com.br

Los Actos Administrativos Consensuales en el Derecho Español

Luciano Parejo Alfonso

Profesor Catedrático de Derecho Administrativo en la Universidad Carlos III de Madrid

1 Introducción

Todos los actos de la Administración pública pueden ser clasificados en: normativos y no normativos. Tradicionalmente en el Derecho español, los no normativos, que son los que nos van a interesar en esta oportunidad, se dividían en actos unilaterales y contratos, integrando los primeros una categoría homogénea.

Pues bien, la Ley 30/1992, de 26 de noviembre de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común (en adelante LrjAPyPAC), — que constituye la norma central en la regulación de la actuación de la Administración pública española — al admitir de manera novedosa y ciertamente avanzada la terminación convencional de todos los procedimientos administrativos, precisamente de aquellos que sirven de cauce para el ejercicio por la Administración de una actividad en principio unilateral, introduce una nueva variedad de actos, calificables de consensuales (para distinguirlos de los contratos propiamente dichos o resultantes de una actividad administrativa bi- o multilateral típica).

Estos últimos actos, que representan, como digo, una rigurosa y en principio positiva novedad, son referibles a la actividad unilateral por el régimen de su producción (en el contexto de un procedimiento que igualmente podría haber concluido mediante acto unilateral), siendo adscribibles a la bi- o multilateral por su resultado, que, en definitiva, es un acuerdo, pacto, convenio o contrato. Sin perjuicio de que éste, es decir, el resultado (un negocio jurídico bi- o multilateral) deba incidir de forma importante en su régimen jurídico de fondo, no puede desconocerse la especificidad de éste respecto de los contratos administrativos en sentido estricto, por lo que los actos consensuales no pueden confundirse con ellos: son, propiamente, actos administrativos.

De ahí, pues, la oportunidad de abordar el estudio de este nuevo tipo de acto a que puede dar lugar, hoy, el desarrollo de la actividad unilateral de la Administración pública.

Antes, sin embargo, quizás convenga recordar que en Derecho español

conviven dos conceptos de acto administrativo (en lo sucesivo, el empleo de esta expresión, sin mayor precisión, debe entenderse referida siempre al acto administrativo ordinario o unilateral propiamente dicho): uno doctrinal y más amplio, que atiende preferentemente a la categorización de la entera actividad administrativa unilateral y formalizada (es decir, la cumplida utilizando como cauce el procedimiento administrativo); y otro procesal y más estricto, que procura sólo la delimitación de aquellos de los actos producidos en el curso de dicha actividad que son susceptibles de control judicial independiente, es decir, respecto de los cuales cabe impetrar y obtener la tutela judicial del orden jurisdiccional contencioso-administrativo.

Conviene anotar aquí, al menos, que el concepto doctrinal más extendido es el de origen italiano (Zanobini) sostenido — con alguna corrección — por E. García de Enterría y T. R. Fernández; concepto según el cual acto administrativo es toda manifestación de voluntad, de juicio, de conocimiento o de deseo realizada por una Administración pública en ejercicio de una potestad administrativa distinta de la potestad reglamentaria.

Conforme a esta definición:

- 1º. El acto es siempre una declaración intelectual, con lo que quedan fuera de su ámbito los actos puramente materiales, reales o técnicos. Por contra, en la categoría de acto administrativo se incluyen todas las declaraciones del expresado carácter, cualquiera que sea su formalización externa y, consecuentemente, tanto las expresas, como las presuntas (de sentido negativo y positivo), que ya conocemos del estudio del procedimiento administrativo.
- 2º. La declaración en cuestión puede portar cualesquiera de los contenidos válidos de los actos jurídicos como categoría general: una manifestación de voluntad, es decir, una decisión en sentido estricto (las resoluciones de que habla la LRjAPyPac); una manifestación de deseo, cual sucede en las propuestas o mociones; una manifestación de juicio, como lo son todos los actos propios de los órganos consultivos, es decir, los informes y los dictámenes; o una manifestación de simple conocimiento, que es lo propio de todos los actos de inscripción, certificación y registro. Con todo, los actos en los que se efectúa una declaración de voluntad (una orden, la resolución de un recurso, el otorgamiento de una autorización o de una concesión, etc.) representan la especie sin duda más importante de entre todas las que integran la categoría. Quiere decirse,

pues, que desde el punto de vista de la LRjAPyPAc, el concepto doctrinal engloba los actos de trámite y los actos definitivos o que ponen fin a un procedimiento, resolviendo las cuestiones en él planteadas.

- 3º. La declaración ha de emanar de una persona que tenga la condición subjetiva de Administración pública en los términos del artículo 2 LRjAPyPAc (o, en su caso, de una persona que, aún no teniendo tal condición, ejerza funciones por atribución, delegación o encomienda de gestión por parte de aquélla). Esta característica coloca fuera del ámbito del concepto no sólo los actos materialmente administrativos emanados de poderes públicos distintos de la Administración, sino también los realizados por los ciudadanos o administrados en el curso de su relación con la Administración y en el seno de los procedimientos administrativos; actos que también están regulados por el Derecho administrativo. Justamente por la exclusión de este vasto elenco de actos materialmente administrativos, es ésta la nota dogmáticamente más controvertida del concepto analizado.
- 4º. Finalmente, la declaración debe ser necesariamente el resultado último, en el caso concreto, del ejercicio de una potestad administrativa atribuida por el ordenamiento a través del órgano competente al efecto. Aparte el hecho de que la cualificación de la potestad como administrativa permite excluir del concepto los actos cumplidos por las Administraciones en actualización de su capacidad de obrar común con los administrados o sujetos jurídico-privados, la conexión así establecida entre acto administrativo y potestad/competencia expresa, en este plano, el estatuto constitucional de la actividad de la Administración, especialmente el principio de legalidad, y, al propio tiempo, explica satisfactoriamente la relevancia jurídica inmediata de los actos administrativos.

Dada la construcción jurídica, según su estatuto constitucional, de la Administración pública (de todas las Administraciones públicas), sus actos, en cuanto actualizaciones de potestades efectivamente atribuidas, responden a una lógica propia, distinta de la de los actos de los sujetos privados dotados de autonomía de la voluntad. E. García de Enterría y T. R. Fernández Rodríguez señalan por ello, acertadamente, que el acto administrativo no es el paralelo en el Derecho público de la teoría del negocio jurídico en el Derecho privado. Es inherente a la producción del acto administrativo, como dice el artículo

53 LRjAPyPac, el dictado por órgano competente, la observancia del procedimiento y el ajuste de su contenido al ordenamiento jurídico y a los fines que persiga.

2 La novedad de la categoría de los actos consensuales; problemas que plantea

En este breve contexto doctrinal sobre la noción de acto administrativo el artículo 88 LrjAPyPac prevé de manera novedosa que

1. Las Administraciones Públicas podrán celebrar acuerdos, pactos, convenios o contratos con personas tanto de derecho público como privado, siempre que no sean contrarios al Ordenamiento Jurídico ni versen sobre materias no susceptibles de transacción y tengan por objeto satisfacer el interés público que tienen encomendado, con el alcance, efectos y régimen jurídico específico que en cada caso prevea la disposición que lo regule, pudiendo tales actos tener la consideración de finalizadores de los procedimientos administrativos o insertarse en los mismos con carácter previo, vinculante o no, a la resolución que les ponga fin.
2. Los citados instrumentos deberán establecer como contenido mínimo la identificación de las partes intervinientes, el ámbito personal, funcional y territorial, y el plazo de vigencia, debiendo publicarse o no según su naturaleza y las personas a las que estuvieran destinados.
3. Requerirán en todo caso la aprobación expresa del Consejo de Ministros, los acuerdos que versen sobre materias de la competencia directa de dicho órgano.
4. Los acuerdos que se suscriban no supondrán alteración de las competencias atribuidas a los órganos administrativos ni de las responsabilidades que correspondan a las autoridades y funcionarios relativas al funcionamiento de los servicios públicos.

El acto consistente, pues, en un acuerdo, pacto, convenio o contrato celebrado, por la Administración responsable de un procedimiento, con los interesados en éste puede sustituir a la resolución unilateral y poner fin, como tal, a dicho procedimiento.

Dada su importancia, es lógico que esta innovación haya sido objeto ya de juicios diversos, que acentúan — según la perspectiva — bien las potencialidades positivas que encierra (F. Delgado Piqueras), bien los peligros

que encierra (E. García de Enterría). La novedad no radica sin embargo en la admisión del pacto, acuerdo, convenio o contrato en la relación jurídica administrativa por excelencia, es decir, aquella en cuyo contexto la Administración despliega una actividad unilateral.

La novedad reside mas bien en el carácter general de la habilitación a la Administración para acordar, pactar, convenir o contratar con ocasión del ejercicio ordinario de sus potestades, expresada cabalmente en la regulación común del cauce para el desarrollo de su actividad unilateral y tanto en la fase de toma de la decisión, como en la de resolución sobre la impugnación de ésta (art. 88, en relación con el art. 107.2 LRjAPyPac).

No se trata de una originalidad de nuestro Derecho. La Ley federal alemana de procedimiento administrativo (BVerwVfG) contempla, ya desde 1976, la figura del llamado contrato de Derecho administrativo, inscrita en la categoría dogmática del contrato de Derecho público (parágrafos 54 y sgs.). En Derecho italiano la Ley 241/1990 sobre nuevas formas en materia de procedimiento administrativo y el derecho de acceso a los documentos administrativos la recoge en su artículo 11. En Francia existe cuando menos una reflexión del Consejo de Estado acerca de la procedencia de la incorporación de técnicas conciliatorias, transaccionales y de arbitraje para la resolución de los contenciosos administrativos. Y fuera del sistema jurídico-público continental europeo, en el Derecho norteamericano se utiliza con normalidad la técnica convencional.

La figura plantea, sin duda, dificultades para su plena integración en el esquema jurídico-administrativo establecido y su desembarazado y normal juego en la práctica. De un lado, pertenece a la categoría del contrato, la cual — por estar a caballo entre los Derechos público y privado — está colocada en el centro mismo del debate dogmático, como destacó en su día ya S. Martín-Retortillo. Pero, de otro y en lo que aquí más importa, generaliza (mas allá de su campo tradicional: la actividad contractual propiamente dicha) el acuerdo de voluntades como generador de reglas jurídico-administrativas, hace del sujeto ordinario parte activa de la definición y realización del interés general y trae a primer plano verdaderas relaciones jurídicas — incluso de larga duración — basadas en aquellas reglas; con la consecuencia, todo ello, del trastocamiento de elementos basales de la arquitectura establecida del Derecho administrativo y la necesidad, por tanto, de un verdadero cambio en la construcción dogmática de éste.

3 Las líneas generales de su régimen jurídico

A) *La naturaleza de la figura: forma específica y alternativa de desarrollo de la actividad administrativa unilateral formalizada; su fundamento y legitimidad constitucionales.*

La autorización a las Administraciones públicas para celebrar acuerdos, pactos, convenios o contratos lo es con personas tanto de Derecho público como privado, en calidad de actos que o bien se insertan en los procedimientos administrativos con carácter previo (vinculante o no, según ya nos consta) a la resolución que deba poner fin a éstos, o bien tienen ellos mismos la consideración de finalizadores de dichos procedimientos.

El empleo de diversos conceptos para la determinación del objeto de la autorización legal plantea la cuestión de si responde o no a su consciente utilización como sinónimos. Teniendo en cuenta que la finalidad del precepto se reduce a legitimar, con carácter general, la terminación convencional, es decir, mediante un acuerdo de voluntades, de los procedimientos administrativos (en tanto que cauce de la actividad administrativa) y que semejante supuesto legal es reconducible a la categoría general de contrato del Derecho privado común (art. 1254 Cc), que comprende el consentimiento de una o más personas en obligarse respecto de otra u otras a dar una cosa o prestar algún servicio, debe concluirse que aquí el legislador ha recurrido sin duda a la sinonimia para reforzar la expresividad de su determinación e indicar claramente la amplitud de ésta.

El hecho de que — en el reducto mismo que parecía exento de la técnica convencional — la Ley legitime, pues, acuerdos de voluntades entre la Administración actuante y los interesados en el procedimiento, es decir, incluso personas de Derecho común, no permite concluir, sin embargo, una “contractualización” de la actividad administrativa capaz de permitir una nueva sistematización de ésta en términos de encuadre en una única y genérica forma “contractual” de: a) la articulada gracias a la terminación convencional del procedimiento administrativo, b) la organizada sobre la base de convenios de colaboración (interadministrativos o con personas privadas), y c) la consistente justamente en “contratar” (regulada por la LCAP). Sin perjuicio de la posibilidad e, incluso, utilidad en el plano cognoscitivo, del establecimiento de una clasificación de figuras contractuales, semejante intento estaría abocado a lograr un resultado que, además de enteco (la “cobertura” de todas las aludidas manifestaciones de la actividad administrativa con la delgada capa común de los elementos definitorios de la categoría general “contrato”), carecería prácticamente de consecuencias mínimamente significativas para los regímenes jurídicos correspondientes (de los contratos mismos y de la actividad en la que estos se insertan).

Este acuerdo es, en tanto que forma convencional de terminación del procedimiento administrativo, una forma alternativa de desarrollo de la actividad administrativa unilateral, teniendo objeto y contenido idénticos

a ésta. Supone, por ello mismo, un ejercicio de las potestades administrativas acordado o consensuado con las partes en el procedimiento administrativo, lo que vale decir una determinación última acordada o consensuada del Derecho en el caso concreto. El acuerdo o consenso expresa, a su vez, el dato de la participación directa de la voluntad de sujetos distintos a la Administración (incluso privados) en el resultado del ejercicio de las potestades administrativas. El *quid novum* de esta forma alternativa de actividad administrativa radica justamente en que la voluntad de los ciudadanos contribuye directamente, como tal, a establecer los términos y condiciones de las relaciones jurídico-administrativas concretas, haciendo emerger éstas al primer plano del Derecho administrativo. Pues en la actuación de la Administración a través de ella se recobra un cierto paralelismo con lo que ocurre en el campo propio del Derecho privado: las relaciones a que da lugar son perceptibles como tales en su existencia y desarrollo y no sólo a través de instantáneas referidas a momentos especialmente significativos jurídicamente (los actos).

De esta suerte, la determinación del Derecho (público) en el caso concreto (por referencia un supuesto fáctico) atribuida a la Administración pública a través de la actividad/actuación de que hablan los artículos 103.1 y 106.1 CE puede cumplirse hoy, en principio, a través tanto del acto administrativo ordinario, como del acto administrativo consensual (acuerdo).

B) *El concepto; la terminación convencional como acto administrativo consensual y en todo caso de subordinación. Las clases de actos administrativos consensuales. Su carácter, no obstante, formal.*

A la luz de las consideraciones precedentes el acto administrativo consensual puede definirse como el acuerdo de voluntades entre una Administración pública y uno o varios sujetos de Derecho, regulado por el Derecho administrativo, celebrado en el contexto de un procedimiento administrativo a través del que aquélla deba ejercer una potestad asimismo administrativa y para la terminación o la preparación — en términos vinculantes — de la terminación de éste, que está dirigido a la constitución, modificación o extinción de una relación jurídica.

Ahora bien, inmediatamente ha de precisarse que esa relación jurídica sólo puede ser aquélla sobre la que la Administración podría en principio proyectar su actividad jurídica unilateral. En efecto, en la medida en que el artículo 88 LRjAPyPac autoriza la celebración de acuerdos únicamente en

sustitución de actos unilaterales resolutorios, no viene a establecer ninguna verdadera e independiente nueva forma de actividad administrativa susceptible de elección por la Administración. En otras palabras, ésta no puede recurrir — en un procedimiento — al pacto, convenio, acuerdo o contrato cuando no esté habilitada para imponer unilateralmente la o las obligaciones a asumir en éste. Ello significa que el acto administrativo consensual sólo puede jugar en las relaciones jurídico-administrativas de subordinación, entendidas como aquéllas cuya regulación concreta es accesible a la Administración pública mediante acto administrativo unilateral, con entera independencia de su contenido sustantivo (y de la naturaleza y eficacia de las posiciones activas que en ellas pueda esgrimir el sujeto ordinario). Queda así fuera de su campo de acción las relaciones jurídicas llamadas de coordinación, en cuyo contexto la Administración opera sin apoderamiento para actuar unilateralmente.

En tanto que derivado de un acuerdo de voluntades entre una Administración y uno o más sujetos de Derecho (otras Administraciones, entidades de Derecho público o sujetos ordinarios, físicos o jurídicos) tiene naturaleza consensual, es decir, se perfeccionan por simple consentimiento de las partes intervinientes. Así debe entenderse, en la medida en que el artículo 88 LRjAPyPac no contiene regla especial al respecto.

Dicho precepto legal, en cuanto se refiere en su número 2 a los acuerdos como instrumentos con un contenido formal mínimo, exige implícitamente para su eficacia, no obstante, la forma escrita. Corrobora esta interpretación la regla de su preceptiva publicación cuando así lo requieran su naturaleza y las personas a las que estuviera destinados.

No se impone desde luego una forma especial. Por ello y teniendo en cuenta el carácter alternativo a los actos unilaterales resolutorios de los ahora estudiados, debe entenderse que el requisito formal general para su eficacia se cumple con su formalización documental por el órgano administrativo competente y actuante; formalización, que tendrá la condición de documento público administrativo, conforme a lo dispuesto en el artículo 46.4 LRjAPyPac.

La exigencia de publicación depende de la naturaleza del acto consensual y de las personas a las que esté dirigido. No se trata de requisitos acumulativos, sino independientes, pues es claro que el hecho de afectar (favorablemente) a un círculo indeterminado de personas demanda por sí sólo la publicación, al igual que sucede en el caso de los actos unilaterales (art. 59.5, a) LRjAPyPac).

Aunque resulta difícil determinar el contenido exacto que el legislador ha querido atribuir al criterio de la naturaleza del acto consensual, parece que puede entenderse que obliga a su publicación siempre que sea sustitutivo de la resolución unilateral o que, aún siendo preparatorio, vincule dicha resolución, y la normativa administrativa de pertinente aplicación prevea la publicación del acto jurídico que ponga fin o termine el procedimiento de que se trate.

Del concepto antes establecido se derivan las clases posibles de acuerdos administrativos consensuales, que pueden agruparse — según el criterio que en cada caso se adopte — de forma diversa.

C) *Las clases de actos administrativos consensuales.*

Cabe establecer la siguiente clasificación.

a) Por razón de su efecto sobre el procedimiento en cuyo contexto se celebren y, por tanto, sobre el ejercicio de la potestad administrativa de que se trate: actos consensuales finalizadores del procedimiento o sustitutivos de las resoluciones y no finalizadores del procedimiento o no sustitutivos de dichas resoluciones, que — a su vez — pueden ser o no vinculantes a la hora del dictado de éstas.

Esta primera clasificación deriva de los propios términos del artículo 88.1 LRjAPyPAc (de suerte que todas las especies resultantes de las ulteriores clasificaciones son reconducibles a una de las de ésta) y expresa la gradación de la participación en la actividad administrativa que viabiliza la técnica estudiada; gradación que, obviamente, dependerá en último término del tipo de potestad ejercitada en cada caso a través del procedimiento administrativo y, por tanto, de los términos de la regulación administrativa de la materia o sector de la realidad de que se trate. Cabalmente por ello puede afirmarse la universalidad potencial de la figura, es decir, su posibilidad de juego en principio como forma alternativa a cualesquiera de las que puede adoptar la actividad administrativa: fomento, prestacional o de servicio público, arbitral e, incluso, de intervención o policía.

El acto consensual sustitutivo de la resolución funge justamente como resolución (sólo que acordada), por lo que puede tener el contenido y alcance propio de ésta (cualquiera que sean tales contenido y alcance, conforme naturalmente con la normativa administrativa de cuya aplicación se trate en el procedimiento finalizado). En consecuencia, es obligatorio su cumplimiento para todas las partes, al igual que lo sería la resolución, sólo que en virtud justamente de la fuerza de obligar que le presta su naturaleza contractual.

A los actos consensuales no sustitutivos de la resolución es común la nota

de ser preparatorios de ésta. Pero el acuerdo no sustitutivo, aunque vinculante de la resolución que ponga fin al procedimiento, constituye, en realidad, una figura a caballo de ambas clases o, si se quiere, una suerte de variedad del acto sustitutivo, toda vez que su contenido determina cabalmente el de la resolución.

b) Por el grado de regulación de la relación jurídico-administrativa a la que se refieran: actos consensuales-marco y actos consensuales en sentido estricto.

Ya nos consta que los actos administrativos consensuales pueden regular las relaciones jurídico-administrativas correspondientes en los mismos términos que los actos unilaterales definitivos o resolutorios de procedimientos. Las características de esa relación jurídica pueden hacer aconsejable, empero, un escalonamiento en su regulación acordada sobre la base de un acto-marco inicial que fije justamente las reglas del juego para el desarrollo mismo de la relación jurídica, incluida la concreción sucesiva de sus términos y condiciones mediante ulteriores actos consensuales más específicos. En tal caso, el acto-marco pondría fin ciertamente al procedimiento administrativo, pero no a la actuación convencional de las partes. Esta hipótesis — al destacar la vida misma de la relación jurídica — pone especialmente de relieve el impacto de la técnica convencional sobre la construcción dogmática del Derecho administrativo.

c) Por el contenido mismo de las obligaciones establecidas: actos administrativos consensuales de ejecución o fijación y de intercambio, de un lado, y complejos y simples, de otro.

Parece claro que un campo especialmente idóneo para los actos administrativos consensuales es el generado por un grado apreciable de incertidumbre en la aplicación de la normativa pertinente en punto a cuestiones tanto de hecho como de Derecho. Pues es aquí donde la técnica convencional puede más claramente servir a la agilización y eficacia de la actuación administrativa, con simultánea generación de seguridad y estabilidad jurídicas en la relación Administración-ciudadano. Ello siempre que su conclusión se inspire en y respete el principio de igualdad y, por tanto, el de tratamiento igual de los ciudadanos en circunstancias análogas. En esta hipótesis, el acto consensual opera como técnica para la concreción en el caso de deberes y obligaciones que ya están establecidos por el Derecho objetivo, es decir y en definitiva, de simple ejecución — en términos de fijación de sus términos y condiciones entre la Administración y el ciudadano — de la norma objetiva aplicable. Pero la fijación acordada no puede ir más

allá de lo predeterminado por dicha norma, a la que está vinculada la Administración (que sólo está habilitada justamente para su ejecución). Aunque no excluye — siempre que la norma de aplicación lo permita — el establecimiento de soluciones “adaptativas” a las circunstancias del caso concreto, especialmente sobre la base de la potencialidad “flexibilizadora” de la ejecución que encierran determinados preceptos o principios constitucionales, como especialmente el de proporcionalidad deducible del de interdicción de la arbitrariedad de los poderes públicos. El sentido de la figura aquí radica tanto en la combinación de seguridad y eficacia que proporciona, como en el incremento de la aceptación de la solución ejecutiva por el destinatario de la norma.

Del anterior tipo de actos consensuales debe diferenciarse netamente el de aquéllos que, además, establezcan contraprestaciones en favor de la Administración, que ésta no habría podido demandar en aplicación de las normas objetivas pertinentes. Pues en este caso hay ya un intercambio de prestaciones cuyo fundamento y título no es la Ley o el Reglamento, sino el acuerdo voluntario mismo. Dicho queda así que la posibilidad de este tipo de actos consensuales depende del margen de actuación propia que las normas pertinentes otorguen a la Administración pública, por lo que su campo mas propicio es el de la discrecionalidad (lo que en modo alguno significa exención de la vinculación al Derecho).

Desde otro punto de vista, los actos administrativos consensuales pueden ser, además de corta duración y de objeto simple, complejos por razón de su objeto y de normalmente larga duración, al igual que sucede desde luego en las relaciones de Derecho privado. Supuesto típico de estos últimos es el convenio urbanístico, cuando tiene por objeto la regulación de todo el proceso de ejecución de una gran actuación urbanística. Conforme señala H. Bauer para el Derecho alemán, pero con indudable validez para el nuestro, en este tipo de actos deben ser posibles — extrapolando analógicamente las técnicas desarrolladas en el Derecho privado para la prevención de riesgos en la relación contractual — cláusulas de “adaptación” a las circunstancias, mediante las cuales las partes se aseguren el necesario y específico equilibrio (para la consecuente distribución de las cargas y los riesgos) entre las exigencias de la estabilidad y de la adecuación suficientemente flexible a las circunstancias sobrevenidas.

d) Por razón del momento de su celebración: actos que consisten en preacuerdos, acuerdos parciales y acuerdos de arbitraje.

Si legalmente los actos administrativos consensuales pueden ser, además de sustitutivos de la resolución, preparatorios de ésta, es evidente que pueden ser concluidos — en esta última variante — en cualquier momento a lo largo de la instrucción del procedimiento administrativo, lo que — desde la perspectiva de la actividad informal de la Administración — obliga a plantearse la posibilidad de su celebración incluso antes de la iniciación formal de dicho procedimiento, adquiriendo, así, el carácter de preparatorios del procedimiento mismo y, a su través y en definitiva, de la resolución que deba dictarse en éste.

Si es cierto que el artículo 88 LRjAPyPac limita la capacidad de la Administración para acordar por razón del desarrollo formalizado o procedimental de su actividad, no lo es menos que — con carácter más general — la LCAP (art. 3.1, d) habilita a aquélla a concluir con personas incluso privadas todo tipo de convenios de colaboración, por lo que éstos pueden tener por objeto también la colaboración en el ejercicio por la Administración de sus competencias. De ahí que proceda dar una respuesta afirmativa al interrogante sobre la posibilidad de los actos administrativos consensuales preparatorios del procedimiento mismo, que cabría calificar por ello de preacuerdos.

El contenido y alcance de tales preacuerdos dependerá naturalmente de la regulación sectorial de la materia de que en cada caso se trate. No obstante, cabe afirmar que, en principio, siempre es posible la celebración de preacuerdos no vinculantes, dado que éstos no condicionan jurídicamente la actividad administrativa y la resolución futura del procedimiento. Por contra, parece que los actos que contengan preacuerdos vinculantes sólo deben estimarse factibles allí donde la regulación administrativa sectorial prevea actuaciones previas a y, en su caso, preparatorias de posibles procedimientos, tales como las informaciones o consultas vinculantes.

Obviamente, y con mayor razón aún, debe considerarse posible la conclusión de actos administrativos consensuales que impliquen acuerdos parciales, tanto de contenido sustantivo, como procedimental, a todo lo largo del procedimiento y no sólo en la fase terminal de éste; acuerdos, que podrán ser vinculantes y no vinculantes.

Como quiera que el artículo 3.1, j) LCAP contempla (aunque excluyéndolos de su ámbito de aplicación) los contratos de servicios de arbitraje y conciliación y el artículo 107.2 LRjAPyPac contempla la previsión por Ley — en función de las características propias de la materia administrativa de que se

trate — de procedimientos de conciliación, mediación y arbitraje sustitutivos del ordinario (recurso) de impugnación de los actos administrativos susceptibles de ésta, parece claro que los actos administrativos consensuales celebrados en procedimientos referidos a materias cuya regulación sectorial contenga aquella previsión pueden incluir legítimamente cláusulas de solución mediada o arbitrada de los conflictos que surjan en el curso de la vida de la relación jurídico-administrativa ordenada por ellos. Y por lo mismo debe admitirse la legitimidad de actos administrativos consensuales celebrados en procedimientos terminados incluso mediante resolución unilateral que tengan por objeto exclusivamente el pacto de mediación o arbitraje en el expresado caso de conflicto.

D) El marco legal de la terminación convencional: la lógica de su integración y la incidencia de ésta en el juego de dicha técnica. La cuestión de la elección por la Administración entre las dos formas alternativas de desarrollo de su actividad jurídica típica y formalizada.

Los términos en que el artículo 88.1 LRjAPyPAc regula la técnica de la terminación convencional del procedimiento administrativo así determinada en sus características esenciales plantean aún una cuestión importante para su misma operatividad práctica, es decir, para su empleo efectivo por la Administración. Pues dicho precepto legal, tras habilitar a ésta con carácter general para celebrar acuerdos, pactos, convenios o contratos, precisa inmediatamente que tal celebración ha de hacerse “con el alcance, efectos y régimen jurídico específico que en cada caso prevea la disposición que lo regule”.

Esta precisión ha sido objeto en la doctrina hasta ahora de dos interpretaciones distintas. Según la primera (Menéndez Rexach), supone la privación a la habilitación genérica del carácter de norma completa y directamente aplicable, por precisar su complemento por las normas a que expresamente remite, salvo en la hipótesis de acuerdos preparatorios (cuando menos los no vinculantes). La segunda (F. Delgado Piqueras) entiende, por contra, que la misma redacción literal de la habilitación legal permite sostener que la remisión a las normas sectoriales tiene por objeto exclusivamente modular o adecuar dicha habilitación a las características específicas de la materia administrativa correspondiente, por lo que no puede enervar la aplicabilidad directa de dicha habilitación.

Esta última interpretación es la mas convincente. Y ello, porque la

cuestión acerca de la suficiencia o no del artículo 88 LRjAPyPac, es decir, del carácter completo o no de la regulación que en el se contiene debe responderse exclusivamente en el terreno que determina, por su naturaleza y alcance, esa misma regulación. Y ésta tiene por objeto exclusivamente la habilitación a la Administración para actuar en una forma específica (alternativa a la unilateral), lo que quiere decir que se está ante un precepto relativo a la capacidad de obrar de dicha Administración, es decir, su capacidad para ejercer sus potestades (en la actividad unilateral) también mediante actos consensuales. En modo alguno pueden hacerse jugar aquí consideraciones que, en último término, son reconducibles a los riesgos que para la objetividad y la legalidad de la actuación administrativa comporta la figura y, por tanto, las prevenciones doctrinales que es lógico — aunque no estrictamente justificable en el plano teórico — ésta suscite desde la construcción dogmática establecida del Derecho administrativo y la preservación del principio de Estado de Derecho.

En conclusión, pues, el artículo 88.1 LRjAPyPac es una norma completa, que formula un apoderamiento general, de directa aplicación, para la actuación por la Administración pública de forma convencional (en calidad de alternativa a la unilateral), y que consecuentemente configura, también directamente, la capacidad de obrar de dicha Administración en los procedimientos administrativos ordinarios. En la economía del precepto legal, la remisión que efectúa a las disposiciones sectoriales de pertinente aplicación por razón de la materia tiene la finalidad de asegurar el ejercicio de capacidad de obrar — perfecta desde el expresado artículo de la LRjAPyPac — de manera conforme a la finalidad y las características de la regulación material de dichas disposiciones. En consecuencia, si bien éstas no son precisas para completar la capacidad de obrar de la Administración, si que pueden modular el juego de la técnica convencional (hasta llegar a imponerlo, excluyendo el acto unilateral), por relación justamente a su alcance, efectos y régimen jurídico, e, incluso, excluir completamente su juego en la materia.

Queda dicho así que la terminación convencional — lo mismo que la terminación mediante resolución unilateral — es una institución procedimental, lo que lleva de la mano — dado su carácter alternativo y bien preparatorio, bien sustitutivo de dicha resolución unilateral — a la cuestión de la elección por la Administración entre una y otra variedad de la forma de actuación. Porque si la introducción de la figura del acto administrativo consensual no ha producido alteración alguna en la relación tradicional entre regulación administrativa procedimental y regulación administrativa sustantiva, si ha supuesto una

innovación decisiva en el seno mismo de la primera en cuanto a los términos de la formación de la voluntad administrativa en el contexto del procedimiento y, sobre todo, la forma concreta de la actuación administrativa finalizadora de este último. Al no establecerse con carácter general criterio sustantivo alguno para la opción por una u otra variedad de la forma de actuación administrativa, debe concluirse que la elección entre ellas es discrecional en principio, sin perjuicio de que — por la lógica misma de la relación entre regulación procedimental y sustantiva — esta última pueda desde luego limitar e, incluso, suprimir dicha discrecionalidad con ocasión de la modulación en la materia del régimen de la terminación convencional. Pues lo que en ningún caso resulta del artículo 88.1 LRjAPyPAC (aunque, como queda dicho, la legislación sectorial lo pueda otorgar) es un derecho de los interesados en el procedimiento administrativo a la opción en favor precisamente de la forma convencional de terminación del procedimiento, por lo mismo que del precepto no es derivable una pérdida por la Administración de su facultad de finalizar éste mediante resolución unilateral.

E) *La causa en la terminación convencional: su carácter único y típico y consistencia en el interés general.*

El acto administrativo consensual es un negocio jurídico de carácter contractual y una forma alternativa de desarrollo de la actividad administrativa unilateral. Por ello mismo la causa es en él, por doble razón, elemento esencial. Lo es, por serlo de la institución contractual (arts. 1274 y 1275 Cc) y también por el carácter finalista de toda la actividad administrativa (arts. 103.1 y 106.1 CE), que se transmite obviamente a los actos en que se concreta (de ahí el vicio específico de la desviación de poder: art. 63.1 LRjAPyPAC).

Sin perjuicio de la ausencia tanto de una definición jurídico-positiva de la causa, como de una noción de la misma generalmente aceptada en la doctrina y la jurisprudencia jurídico-civiles, parece evidente que por tal debe tenerse — en la teoría general del contrato y siguiendo a L. Díez-Picazo y A. Gullón — el propósito, explícito o implícito y común a las partes, de alcanzar un determinado resultado o finalidad, bien empírico, bien genérico, reconocido y protegido por el Derecho; propósito, que no tiene necesariamente que identificarse con la motivación real de las partes, si bien ésta adquiere específica relevancia jurídica cuando, declarada o exteriorizada por las partes, consista en una finalidad ilícita o inmoral.

El concepto general de causa, ajustado a la figura contractual en sentido estricto, aunque válida en lo fundamental para la que aquí nos ocupa, en cuanto

que acuerdo de voluntades, precisa, sin embargo, ser modulado, teniendo en cuenta la reconducción de dicho acuerdo a un fenómeno de participación (especialmente intensa) en el ejercicio de una potestad administrativa, circunstancia que trae a esta última las exigencias propias del régimen jurídico de la actividad administrativa y, especialmente, del principio de legalidad. Ello significa que en la terminación convencional del procedimiento administrativo el propósito común perseguido por las partes no puede ser otro que el legalmente prefijado a la concreta actividad administrativa de que se trate (a través de la configuración de la potestad ejercitada) y, por tanto y en último término, el interés general. De ahí que las motivaciones concretas de las partes, cuando trasciendan a la determinación de la finalidad de la actividad administrativa y la aparten objetivamente de su fin legal típico, vician de suyo la causa, haciéndola ilícita.

Se entiende, así, la formulación con la que el artículo 88.1 LRjAPyPac precisa el apoderamiento a la Administración pública para celebrar en el procedimiento administrativo pactos, acuerdos, convenios o contratos: éstos se autorizan “... siempre que no sean contrarios al ordenamiento jurídico ni versen sobre materias no susceptibles de transacción y *tengan por objeto satisfacer el interés público que tienen encomendado* (las Administraciones)...”.

El precepto enumera aquí tres requisitos distintos de validez, que lo son también en el régimen común del contrato y de los cuales los dos últimos son esenciales (arts. 1255 y 1258; 1271; y 1274 y 1275, todos del Cc, respectivamente): la conformidad a Derecho, la certeza y licitud del objeto y la existencia y licitud de la causa. Pues, como acaba de señalarse, el interés público o interés general es el fin de toda actividad administrativa, operando — a través del sometimiento pleno de dicha actividad a la Ley y al Derecho — conforme a la economía propia de su concreción sucesiva: su determinación genérica ya en la Constitución (la Administración sirve con objetividad los intereses generales y, por ello, su control judicial comprende especialmente el sometimiento de la actividad administrativa a los *finés que la justifican*: arts. 103.1 y 106.1 CE) y su precisión ulterior, en el curso del desarrollo constitucional, por la diversa legislación administrativa (al definir las potestades atribuidas a la Administración en cada sector de la realidad).

Si la actividad administrativa toda (también, pues, la cumplida a través del acto administrativo consensual) se justifica en su específico fin de interés público (no pudiendo apartarse objetivamente de él) y si dicho acto no constituye sino una forma de participación en el desarrollo de dicha

actividad (en el ejercicio de la correspondiente potestad), es claro que la única causa legítima del mismo es la consecución de aquél interés público, en los términos en que en cada caso se encuentre definido por el ordenamiento jurídico aplicable. La causa del acto consensual es, pues, única y típica (por legalmente prefijada). Ello no obsta, obviamente, a la diferenciación para cada una de las partes de la causa de las obligaciones que asuman en el acto administrativo consensual y a la posible trascendencia de sus motivaciones concretas para la causa del acto mismo.

F) Los sujetos: la condición de parte necesaria de una Administración pública o de una entidad de Derecho público precisamente por razón del ejercicio de una potestad administrativa.

Conforme a la propia redacción literal del artículo 88.1 LRjAPyPAC el acto administrativo consensual se caracteriza por ser celebrado por una Administración pública y poder insertarse en el procedimiento administrativo con carácter previo, vinculante o no, a la resolución que ponga fin a éste o tener la consideración de finalizador del procedimiento. Siendo clara la necesidad de que una de las partes sea una Administración pública, la identificación de este sujeto obligado del acto administrativo consensual plantea, no obstante, la cuestión de la suficiencia o no de la condición subjetiva de Administración pública del referido sujeto.

La caracterización del acto administrativo consensual antes efectuada determina la insuficiencia de la referida condición. Pues la terminación convencional es una técnica procedimental que justamente permite una terminación del procedimiento administrativo alternativa a la ordinaria, es decir, la producida por acto unilateral. Consecuentemente — salvo que la Ley lo excluya — la Administración conserva la posibilidad de dictar este último, lo que presupone su actuación en ejercicio de una potestad administrativa suficiente al efecto. En consecuencia, no cabe la celebración de un acto administrativo consensual por una Administración o ente que tenga la consideración de tal que esté actuando en régimen de Derecho privado.

G) Los otros sujetos que pueden tener la condición de parte; las cuestiones del carácter igualmente necesario de la intervención de determinados sujetos y de la posibilidad de actos consensuales que afecten a terceros.

El artículo 88 LRjAPyPAC contiene en sus números 1 y 2 dos

determinaciones importantes a este respecto:

1ª. La autorización a las Administraciones públicas se otorga para celebrar actos administrativos consensuales con “personas tanto de Derecho público como privado”.

La claridad del precepto excusa cualquier argumentación. No existe limitación alguna en principio para la conclusión de actos administrativos consensuales con las Administraciones: todos los sujetos de Derecho (público o privado) tienen capacidad para ello. Lo que significa que tienen capacidad al efecto cuantas personas tengan la de obrar conforme a lo dispuesto en el artículo 30 LRjAPyPac (capacidad ampliada respecto de la propia del Derecho civil).

Inmediatamente ha de precisarse, sin embargo, que la naturaleza procedimental de la técnica estudiada — unida a su objeto: la participación en la actividad administrativa misma — implica de suyo la concreción de esa capacidad general por razón del interesamiento en un determinado procedimiento administrativo, pues comportando su juego bien la preparación (en lo que ahora interesa: vinculante) de la resolución de éste, bien la finalización del mismo (sustituyendo la expresada resolución): a) ha de cumplirse desde luego — respecto del contenido posible del acuerdo — el trámite de audiencia a todos los afectados por él; b) por afectados debe entenderse — al igual que en el caso de terminación por resolución — los que hubieran iniciado el procedimiento y los que, sin haberlo iniciado, hayan comparecido voluntaria y legítimamente en el procedimiento o, con independencia de su comparecencia, sean titulares de derechos que puedan resultar afectados, y c) los interesados necesarios no comparecidos — por exigencia de la corrección procedimental — deben ser llamados al procedimiento para que puedan tener ocasión de pronunciarse sobre el posible acuerdo administrativo y, en su caso, intervenir como parte en él.

La expresada naturaleza procedimental permite hablar, pues y empleando la terminología procesal, de la exigencia — añadida a la legitimación genérica que supone la aludida capacidad de obrar — de la legitimación específica que implica la relación pertinente con el objeto del procedimiento administrativo en cuyo marco vaya a jugar la técnica considerada; relación, que se expresa en la condición de interesado, necesario — comparecido o no previamente — o no — pero comparecido voluntaria y oportunamente en el procedimiento — (artículo 31 LRjAPyPac).

Puede concluirse, pues, que deben ser necesariamente consultados

sobre la procedencia de la celebración de acto administrativo consensual y el contenido posible de éste y, por tanto, pueden ser parte en dicho acto, junto con la Administración pública, todas cuantas personas — públicas o privadas — tengan capacidad de obrar conforme al artículo 30 LRjAPyPAC, sean interesadas en el correspondiente procedimiento administrativo y tengan la condición de parte en éste, bien por ser titulares de derechos que vayan a resultar afectados por el acuerdo a celebrar, bien por haber comparecido oportunamente en dicho procedimiento en tanto que interesados simples.

2ª. La inclusión en el contenido mínimo del acto administrativo consensual, entre otros extremos, de los relativos a la identificación de las partes intervinientes y el ámbito personal (extremo éste que condiciona la publicación por razón de “las personas a las que estuviera(n) destinado(s)”).

La diferenciación legal entre partes intervinientes y ámbito personal (círculo de personas a las que esté destinado el acuerdo) suscita el doble problema de a) si cabe la celebración de actos consensuales en los que no intervengan todos los interesados (necesarios y simples comparecidos) en el procedimiento administrativo cuya resolución preparen de forma vinculante o sustituyan, y b) si son posibles los pactos que afecten a terceros ajenos al procedimiento (interesados simples no comparecidos, no interesados). Se da por resuelta aquí — en los términos negativos ya expresados — la cuestión de si es legítima la celebración de un acto consensual sin dar audiencia y vista sobre su posible contenido a todos los interesados, ni llamar previamente a tal efecto al procedimiento a todos los interesados necesarios no comparecidos.

Parece evidente que si bien es preceptiva la audiencia previa de todos los referidos interesados, no puede serlo la condición de parte interviniente de éstos. Pues — aparte el caso de la oposición a la celebración del acto (al pacto, acuerdo, convenio o contrato) — un interesado puede perfectamente no oponerse a éste, pero no querer suscribirlo como parte o entender que no es necesario que intervenga en él. Esta circunstancia otorga de por sí suficiente justificación a la diferenciación legal.

Pero a ella se suma, en todo caso, la legitimidad a todas luces de los pactos y, por tanto, de los actos administrativos consensuales en favor de terceros. Si las estipulaciones en favor de tercero son legítimas de acuerdo con el Código Civil (art. 1257, párr. 2º), con mayor razón deben serlo en el caso de aquellos actos. Pues en éstos la causa es siempre la realización del interés general y ésta realización, por definición o al menos con normalidad, afecta a un círculo más amplio de personas que las que suscriban, en tanto que

interesados directos, el acto correspondiente. De ahí la plena corrección de la contemplación legal, aparte de los intervinientes y a efectos de publicación, de las personas a las que esté destinado el acto consensual.

Por contra, es igualmente clara (como también en el Cc: art. 1257), la ilegitimidad de las estipulaciones y los acuerdos en perjuicio de terceros, supuesto que se da en todo caso cuando en un acto consensual se limitan o lesionan derechos o se imponen obligaciones a dichos terceros sin otro fundamento que el de la voluntad de las partes intervinientes.

En último término, debe entenderse posible la celebración de actos — al menos preparatorios, pero vinculantes para la resolución — con sólo parte de los interesados en el procedimiento (mediando incluso oposición de alguno de los otros), siempre que dichos actos sean parciales y no afecten lesivamente a los restantes interesados.

No puede dejar de observarse, por último, que la amplitud de los sujetos capaces de celebrar con la Administración actuante actos administrativos consensuales abre la puerta al riesgo de confusión entre esta figura y la de los convenios ínter administrativos de colaboración. Pues es claro que en el Estado autonómico pueden darse y de hecho se dan con frecuencia procedimientos administrativos en los que, además de interesados particulares, participan otras Administraciones en calidad asimismo de interesados, incluso de interesados necesarios y principales (piénsese, por ejemplo, en los procedimientos de aprobación de planes urbanísticos) o en los que, incluso, el o los interesados únicos son tales otras Administraciones. En tales hipótesis son posibles tanto la mezcla en un mismo negocio jurídico-administrativo de contenidos propios de un acto administrativo consensual y de un convenio ínter administrativo de colaboración, como la celebración de uno de estos últimos bajo la forma de uno de aquéllos, con las dificultades que de ello puedan derivarse (dado que la LRjAPyPAc no contempla, ni, por tanto, resuelve tales supuestos de entrecruzamiento o confusión).

H) *El objeto del acto consensual.*

Como ha quedado dicho, el artículo 88.1 LRjAPyPAc sienta, respecto del objeto del acto administrativo consensual, la regla de que éste no puede versar sobre materias no susceptibles de transacción.

El sentido de esta regla en modo alguno puede ser vinculado al viejo dogma de la insusceptibilidad de la negociación sobre el objeto de la potestad administrativa, so pena de incurrir en el absurdo de la contradicción total con el resto de la regulación de que forma parte, con resultado de la inutilización absoluta de ésta. La introducción misma de la figura de la terminación convencional supone la admisión de la negociación sobre el objeto de las

potestades administrativas: la definición en el caso del interés público concreto. Aparte de que, como ya nos consta, en nuestro Derecho no sólo no ha existido nunca una prohibición absoluta de transacción en el campo de lo público jurídico-administrativo, sino que han existido y existen (cada vez en mayor número) supuestos en que dicha transacción expresamente se autoriza. En último término, la interpretación rechazada resultaría incongruente con la previsión ulterior, en el artículo 107 LRjAPyPAC, de la posibilidad del juego de la mediación y el arbitraje en los procedimientos impugnatorios.

En realidad, la regla comentada tiene un sentido perfectamente claro, coincidente con la que sienta — en términos positivos y para los contratos jurídico-privados — el artículo 1271, párr. 1º Cc: pueden ser objeto de contrato todas las cosas que no estén fuera del comercio de los hombres, aún las futuras. Acota negativamente, pues, para las actividades y cosas jurídico-administrativas, el objeto cierto y lícito de los actos administrativos consensuales.

Es significativo, y plenamente congruente con la economía interna del artículo 88.1 LRjAPyPAC, que la regla emplee, para ello, la expresión “materias”. En efecto:

1. De un lado, la operación de la técnica convencional depende, según ya hemos visto, del juego combinado y específico entre la regulación general contenida en el propio artículo 88.1 LRjAPyPAC y la que de la materia concreta (el sector de la realidad) sea objeto por la legislación sustantiva pertinente. Aunque ésta no condicione la aplicabilidad directa de la técnica, si puede modular — con intensidad variable — su juego (por relación al alcance, efectos y régimen jurídico del acuerdo en que consista el acto) y llegar, incluso, a excluir, explícita o implícitamente, ese juego por razón cabalmente de las características de la materia a que se refiera y, por tanto, de las potestades administrativas que otorgue.
2. De otro lado, la causa del acto administrativo consensual es, conforme nos consta, el interés público que en el caso deba ser realizado y la definición de ese interés depende de la lógica del desarrollo constitucional y, por tanto, del ordenamiento jurídico, lo que remite nuevamente a la regulación — de densidad variable — de que cada materia sea objeto y, por tanto, a los valores y bienes que el Derecho proteja en ella; valores y bienes que pueden motivar la exclusión de la técnica convencional como forma de actividad ~~inidónea para su realización.~~

Por tanto, la regla en cuestión no viene sino a excluir como objeto lícito de los actos administrativos consensuales aquella concreta materia que, conforme a su regulación jurídica (cuya densidad, es decir, grado de desarrollo, puede ser variable), resulte, expresa o implícitamente, insusceptible de negociación y acuerdo. Dicho positivamente, delimita como objeto lícito aquéllas materias cuya regulación jurídica ni prohíba expresamente, ni deba entenderse — en sede interpretativa y por sus mismas características — que excluye la forma alternativa a la actividad unilateral de que se trata.

Como es obvio, esta acotación del objeto lícito del acto administrativo consensual reopera sobre la potestad-capacidad para su empleo, limitando en todo caso la discrecionalidad de la Administración en su elección.

I) *El contenido: la especificidad de la técnica convencional para la terminación del procedimiento administrativo y sus consecuencias.*

En el Derecho civil, sede de la teoría general del contrato, la operatividad de éste se determina, no obstante su crisis ya señalada, por el juego de los dos principios básicos de libertad para contratar y libertad para la fijación del contenido del contrato.

Si ya nos consta que la primera libertad no existe en el caso del acto administrativo consensual, toda vez que la elección por la forma alternativa de actuación que supone no libera en ningún caso a la Administración del principio de legalidad y, por tanto, de su sumisión completa a la Ley y al Derecho, lo mismo debe decirse ahora de la segunda de dichas libertades y por idéntica razón. El principio de legalidad excluye de suyo en el Derecho administrativo la libertad contractual de corte jurídico-privado.

Por ello y como señala correctamente para el Derecho alemán H. Bauer, el Derecho administrativo debe respetar en el contrato jurídico-administrativo — y en ello radica su especificidad — la vinculación de la Administración a la Ley y al Derecho, garantizando la conexión finalista del contrato con el cumplimiento por aquélla de sus cometidos propios.

La consecuente necesidad de una construcción jurídico-administrativa específica ha sido destacada, también en el Derecho alemán, por W. Henke, razonando cómo el debate sobre el contenido lícito del contrato jurídico-administrativo aparece condicionado por el régimen de la actividad administrativa unilateral. Para dicho autor, el sistema de reacción y protección frente a la Administración está pensado exclusivamente para limitar en el Estado constitucional de Derecho el poder de determinación unilateral del

Derecho de que aquélla goza. Como nunca se ha pensado, a este propósito, en la hipótesis contractual, el Derecho positivo ha debido establecer reglas expresas sobre la configuración del contenido del contrato administrativo. Pero, en realidad, la regla de la ilicitud de las estipulaciones contrarias a las normas de *ius cogens* es algo inherente al Derecho general jurídico-privado del contrato, pues el Derecho imperativo limita también la libertad para la fijación del contenido de dicho contrato por los sujetos ordinarios. Y si bien en el contrato jurídico-administrativo no se trata de limitar libertad contractual alguna (que es inexistente), si que se trata desde luego de la limitación de la capacidad de la Administración de celebrar contratos por todas cuantas Leyes estén vigentes, vinculándola. Por tanto, estima preciso desprenderse en esta materia de algunas concepciones establecidas y justificadas para el caso de la actividad administrativa unilateral, incluso por lo que hace a la vinculación en ella de fuerza material y fuerza formal de los actos jurídicos. Pues entiende que, al elegir la forma alternativa contractual, la Administración se despoja de sus prerrogativas en el plano formal, careciendo por ello los contratos tanto de presunción de legalidad, como de fuerza formal (ejecutividad).

El artículo 88 LRjAPyPac se refiere al contenido de los actos administrativos consensuales tanto para imponer un mínimo en determinaciones (número 2: la identificación de las partes intervinientes, el ámbito personal, funcional y territorial y el plazo de vigencia), como para exigir con carácter general su conformidad al ordenamiento jurídico (número 1: se autoriza su celebración siempre que no sean contrarios a dicho ordenamiento) y, con carácter particular, el respeto a las competencias atribuidas a los órganos administrativos y de las responsabilidades que correspondan a las autoridades y funcionarios relativas al funcionamiento de los servicios públicos (número 4: interdicción de la alteración de las expresadas competencias y responsabilidades).

Aquí no interesa tanto la imposición de un contenido mínimo — regla de índole mas bien formal y ligada a la formalización por escrito de los actos —, como las restantes reglas, que si se refieren ya al contenido sustantivo y, por tanto, a la fijación de éste por las partes.

Es de notar, por de pronto, que estas reglas aparecen formuladas ciertamente en términos objetivos, pero — como el resto del artículo 88 LRjAPyPac — en el contexto de un apoderamiento a las Administraciones públicas, que determina su referencia básicamente a éstas. Ello no es de extrañar, teniendo en cuenta que la voluntad de la Administración actuante es en todo

caso la determinante, al reconducirse el acto administrativo consensual a una participación en la actividad de aquélla. Justamente esta circunstancia alerta sobre la condición de vinculaciones legales específicas (como manifestaciones concretas en este campo del principio de legalidad) de las expresadas reglas y su trascendencia, por tanto, para la determinación del régimen de invalidez de la figura estudiada.

J) *El contenido del acto consensual y la reserva y la primacía de la Ley.*

La claridad de la regla según la cual el entero contenido del acto administrativo consensual ha de ser — al igual que el acto unilateral — conforme a Derecho no despeja, empero, las múltiples dudas que suscita en su aplicación concreta. Pues también es claro que su significación no puede ser idéntica a la que tiene para la actividad unilateral de la Administración.

Por de pronto y sobre la base del artículo 53.1 CE, se suscita la cuestión de la necesidad o no de un fundamento legal formal concreto siempre que el acto consensual afecte a un derecho fundamental; cuestión, que reabre — desde nueva perspectiva — el problema de la reserva de Ley ya antes abordado con ocasión de la aplicabilidad directa del artículo 88 LRjAPyPac. A una respuesta negativa se llega a partir de un razonamiento analógico para con relación al régimen de invalidez de los actos administrativos ordinarios o unilaterales. Conforme al artículo 62.1, a) LRjAPyPac, en efecto, son nulos los actos que lesionen los derechos fundamentales susceptibles de amparo constitucional. El precepto alude pues más bien, así debe entenderse, a la lesión de elementos nucleares y no meramente accesorios de los derechos fundamentales. Si esto es así para la actividad estrictamente unilateral, debe serlo tanto más (por el juego de la voluntad del destinatario de la potestad administrativa) para la alternativa a la resolución unilateral. Ello significa que el acto administrativo consensual, aún cuando afecte a derechos fundamentales, no precisa de una particular cobertura legal formal, salvo cuando alguno de los elementos estructurales que definen objetivamente tales derechos no permitan ni siquiera la afección consentida por sus titulares.

La procedencia de un fundamento legal formal preciso puede plantearse también mas allá del campo de los derechos fundamentales y sobre la base del principio general de libertad deducible del artículo 10.1 CE. Dados los términos del tratamiento en nuestra norma fundamental de la reserva de Ley (general y específicas), se impone una respuesta negativa con carácter general. La cuestión se confunde aquí completamente, en efecto,

con la de la legalidad misma de la actuación administrativa. Si la terminación convencional no desapodera a la Administración con carácter general para producir actos unilaterales y si la aplicación de aquélla ha de hacerse en el marco normativo resultante de la combinación de la LRjAPyPac con la normativa administrativa sectorial correspondiente, el problema se reconduce a la suficiencia de esta última para habilitar la actuación de la Administración (unilateral o convencional).

En el caso de que proceda afirmar la necesidad de un fundamento legal formal para la celebración de un acto administrativo consensual, debe entenderse aplicable la doctrina del Tribunal Constitucional sobre el cumplimiento de la reserva de Ley, conforme a la cual ésta excluye remisiones incondicionadas o carentes de límites ciertos y estrictos, pero permite la colaboración con la norma reglamentaria siempre que sus remisiones a ésta restrinjan efectivamente el ejercicio de la potestad reglamentaria a un papel de complemento de la legislativa formal, es decir, que obvien toda independencia de ésta (SsTC 58/1982, de 27 de Julio; 83/1984, de 24 de Julio; 37/1987, de 26 de Marzo; 42/1987, de 7 de Abril; 99/1987, de 11 de Junio; y 178/1989, de 2 de Noviembre).

Con entera independencia de la reserva de Ley, la primacía de ésta determina — de forma consecuente con la no exención por la técnica convencional de la vinculación al Derecho — que el contenido del acto administrativo consensual no puede comprender prestaciones y contraprestaciones, es decir, obligaciones que contravengan Derecho de superior rango. Quiere esto decir, en particular y en palabras de A. Scherzberg, que la Administración no puede consentir la asunción por el ciudadano de obligaciones para cuyo cumplimiento éste tuviera que realizar un comportamiento contrario a Derecho.

La consecuencia no es otra que la necesidad para la Administración de mantenerse estrictamente dentro del espacio de actuación que le señale el Derecho. De esta suerte:

- 1º. Allí donde la programación legal de la Administración prefigure una actividad reglada de ésta, la opción en favor de la forma convencional alternativa de actuación no confiere a aquélla posibilidades de acción o decisión suplementarias. La utilización de la forma convencional da lugar a un acuerdo de y para la ejecución de la normativa aplicable, sin perjuicio de la posibilidad — en función de las características de dicha normativa y del caso concreto —

de la adopción de soluciones “adaptativas”, sobre la base de la potencialidad que encierran determinados principios como el de proporcionalidad. En cualquier caso, la determinación de los límites del margen de maniobra de la Administración para la “flexibilización” de la ejecución no es factible con carácter general y en abstracto, sino sólo a partir de las normas administrativas pertinentes al caso.

- 2º. La programación legal de la actividad administrativa que confiera a ésta, por contra, cierto margen de maniobra (conceptos jurídicos indeterminados, margen de apreciación) y desde luego facultades discrecionales, es la que, propiamente, permite a la Administración la introducción de elementos volitivos propios en la fijación del contenido del acto administrativo consensual. Es obvio que la discrecionalidad no es una técnica de exención del Derecho, sino sólo de reconocimiento de una competencia de decisión capaz de establecer, para el caso, la regla de Derecho pertinente, pero en el marco del Derecho ya establecido. Por tanto, la capacidad de fijación por propia decisión del contenido del acto consensual debe moverse en y de conformidad con dicho marco, presuponiendo en todo caso un ejercicio legítimo de la discrecionalidad.

K) La interdicción de la alteración de las competencias de los órganos administrativos y de las responsabilidades de autoridades y funcionarios relativas al funcionamiento de los servicios públicos; su incidencia en el contenido del acto consensual.

Esta doble interdicción supone, evidentemente, una especificación de la regla general del respeto al ordenamiento jurídico en aspectos que el legislador ha considerado oportuno precisar.

La prohibición de alteración de las competencias de los órganos administrativos, ya incluso por su misma redacción literal (el plural que utiliza) y por carecer de sentido (dada la regla de la irrenunciabilidad de la competencia expresada en el artículo 12.1 LRjAPyPac y la clara condición de infracción del ordenamiento jurídico de su transgresión), no puede entenderse referida sólo al órgano mismo que celebra el acuerdo en que consiste el acto consensual. Por ello, ha de interpretarse que destaca la improcedencia de la afectación, a través del acto administrativo consensual, de las competencias de cualesquiera órganos, de la misma o distinta

Administración (incluido desde luego el actuante). Aunque referida a la organización del poder público administrativo, se expresa aquí también, pues, el principio, antes inducido para los sujetos ordinarios de Derecho, de no afectación de terceros no partes en el acto. Este debe entenderse suscrito siempre sin perjuicio de las competencias de los órganos administrativos (del actuante, pero asimismo de los restantes).

La prohibición de alteración de las responsabilidades que correspondan a autoridades y funcionarios en relación con servicios públicos tiene idéntico sentido, si bien para señalar la intangibilidad por los actos administrativos consensuales de las facultades y consecuentes responsabilidades administrativas sobre los servicios públicos. La expresión “servicios públicos” está empleada, con toda evidencia, en sentido lato, como equivalente a giro o tráfico de la Administración.

En definitiva, los dos criterios no son otra cosa que manifestación de un límite de la técnica convencional en el procedimiento administrativo: en la medida en que ésta no constituye una forma de actividad distinta (y si sólo una variedad específica, una forma “alternativa” de desarrollo de la actividad unilateral), su empleo no puede tener en modo alguno por consecuencia una “alteración” del régimen mismo de la actividad, lo que vale decir de las potestades atribuidas a la Administración; en otras palabras, la actividad no puede convertirse en privada, ni la ejecución de la normativa correspondiente cuestión de los sujetos ordinarios o, en todo caso, distintos de los previstos o autorizados por aquélla. Este límite último guarda evidente relación con la importante cuestión de la desposesión o no de la Administración, en virtud de la opción por el acto consensual, de sus potestades generales de ejercicio unilateral capaces de permitirle una incidencia, asimismo unilateral, en el contenido, el cumplimiento y la ejecución de dicho acuerdo.

L) *El acto administrativo consensual y el desarrollo de la relación a que da lugar.*

Como ya advertimos, la principal novedad que aporta la introducción en nuestro Derecho de la figura estudiada consiste justamente en hacer plenamente visible la relación jurídica hasta ahora sólo entrevista a través de las instantáneas facilitadas por los actos administrativos ordinarios o unilaterales, acaparadores de toda la atención. Es lógico que esta capital circunstancia provoque la emergencia de cuestiones y problemas hasta ahora también mantenidos en la penumbra o sólo tangencialmente considerados.

Estas cuestiones y problemas sólo pueden abordarse adecuadamente mediante el empleo de una metodología paralela a la jurídico-civil, lo que vale decir que contemple el desarrollo mismo de la relación conducente al acto consensual y subsiguiente a éste para su cumplimiento y ejecución hasta su extinción e, incluso, más allá de ésta.

a) La fase previa a la celebración del acto consensual.

La institucionalización de la terminación convencional de los procedimientos administrativos supone de suyo, por la misma naturaleza de las cosas, la admisión de los contactos y, por tanto, de las conversaciones o negociaciones previas que han de conducir justamente a la celebración del acuerdo en que consiste el acto administrativo.

Estas conversaciones se producirán normalmente en el seno del procedimiento administrativo y, por tanto, ya iniciado éste, pero no puede cerrarse los ojos a la realidad eventual de su anticipación a tal iniciación, en calidad de las que podrían calificarse de conversaciones preliminares. Se tropieza así con una fenomenología poco conocida y tratada, pero tradicionalmente vista por la doctrina científica con prevención por su colocación *a priori* bajo la sospecha de soslayamiento, cuando no defraudación, del Derecho aplicable. Es evidente que, a partir de ahora, el supuesto no puede ser sencillamente desconocido (por relegación a lo metajurídico) y debe ser objeto de atención y encuadramiento en el Derecho administrativo.

Consideradas en sí mismas, las conversaciones dirigidas a la celebración de un acuerdo carecen, obviamente, de eficacia vinculante para las partes, pues éstas deben ser libres para la celebración o no del acuerdo hasta el momento mismo del perfeccionamiento de éste. Es cabalmente en este momento en el que juega la capacidad de las partes para — dentro de y de conformidad con el ordenamiento jurídico — fijar y, por tanto, configurar el contenido del acuerdo, es decir, del acto administrativo consensual.

De todas formas, el empleo de este tipo de acto en el seno de un procedimiento administrativo obliga a considerar aplicables a las conversaciones dirigidas a su celebración las reglas esenciales de dicho procedimiento y, en particular y a través del principio de audiencia, la de incorporación de los terceros que puedan verse afectados por el acuerdo al que se llegue. Este punto da lugar a todo un conjunto de problemas que están aún por explorar y resolver.

Pero, además y sin perjuicio de su falta de eficacia vinculante, parece claro también que el hecho mismo de emprender y mantener conversaciones puede dar lugar a específicas obligaciones (relacionadas con el principio de la buena fe, es decir, de la lealtad recíproca y, por tanto, la exigencia de consideración de los intereses de la otra u otras partes y de comportamiento consecuente o prohibición de ruptura sin motivo suficiente), capaces de llegar a desencadenar responsabilidad por *culpa in contrahendo*. Y, asimismo, que tales obligaciones pueden ir adquiriendo progresivamente un perfil más nítido en el curso mismo de las conversaciones y en razón del avance que éstas experimenten (en razón, por ejemplo, de acuerdos parciales, provisionales o no, sobre aspectos concretos del objeto del posible acto).

b) La fase de ejecución de los acuerdos; la cuestión de las potestades unilaterales generales o formales de la Administración.

La vida misma de los actos administrativos consensuales plantea, que por su naturaleza pertenecen — como ya nos consta — a la categoría general de los contratos, la cuestión de si la relación jurídica derivada del acto es indisponible por una cualquiera de las partes, cual sucede en la institución contractual (art. 1256 Cc) o si, por el contrario, la presencia en ella de una Administración pública determina la conservación por ésta de sus potestades generales o formales capaces de proyectarse sobre aquella relación para interpretarla, modificarla, hacerla cumplir, sancionar su incumplimiento y extinguirla.

El hecho de su configuración legal como variedad alternativa (y, por tanto, distinta) de la forma unilateral de desarrollo ordinario de la actividad administrativa parece demandar una respuesta en favor de la primera de las alternativas expuestas. Sin embargo, un examen más atento de la cuestión revela que no es plenamente correcta. En efecto:

- 1º. La terminación convencional del procedimiento administrativo es alternativa (preparatoria o sustitutiva) de la unilateral, pero juega dentro de dicho procedimiento, no supone la pérdida por la Administración de su facultad de resolución unilateral (aún cuando la normativa sectorial pueda modular esa facultad hasta hacerla impracticable en la realidad) y tiene el mismo objeto que ésta, es decir, la ejecución de la Ley.
- 2º. Por ello mismo, el artículo 88 LRjAPyPAC, como en su momento hemos visto, establece — en calidad de límite concreto del contenido de los actos — la interdicción de toda alteración de la competencia de los

órganos y de la responsabilidad que correspondan a las autoridades y los funcionarios en relación con el funcionamiento de los servicios públicos. Por el acto consensual, por tanto, la Administración no pierde sus potestades (las competencias de sus órganos), ni deja de ser inmediatamente responsable de los servicios públicos.

3º. La legislación reguladora de los contratos administrativos típicos contempla y atribuye expresamente a la Administración contratante las facultades de interpretación, modificación y resolución de aquéllos (art. 59 LCAP).

Estas consideraciones son suficientes para justificar una afirmación de la no pérdida por la Administración en el supuesto que nos ocupa de sus potestades generales o formales, pues dicha pérdida ni siquiera se produce en el caso de la actividad contractual propiamente dicha. Pero no lo son en modo alguno para sustentar la conclusión de la extensión a dicho supuesto de uno u otro de los regímenes de ejercicio de dichas potestades correspondientes a la actividad unilateral y a la contractual típicas.

En efecto, la aplicación no modulada del régimen de la actividad unilateral desnaturaría por completo, por falta de diferenciación y, por tanto, de contenido y finalidad institucionales propias, la figura que nos ocupa. Y en la actividad contractual la previsión expresa de las potestades o prerrogativas unilaterales tiene un sentido no extrapolable a dicha figura: el de la proyección de las exigencias del interés general, cuya definición sigue reteniendo en exclusiva la Administración, sobre una relación contractual que se agota enteramente — por lo que hace a los terceros contratantes — en la provisión de bienes y servicios precisados por aquélla o en colaborar con ella en la prestación material de servicios públicos.

La peculiaridad del acto administrativo consensual radica, como ya hemos señalado, en que constituye un ejercicio de la actividad administrativa con relevancia jurídica inmediata participada por terceros, incluso sujetos ordinarios de Derecho. El objeto del acto es el de la actividad administrativa misma, tal como ésta se configura constitucionalmente, es decir, consiste justamente en la ejecución de la Ley y, por tanto, en la determinación última de lo que sea de Derecho en el caso.

Siendo esto así, el punto de partida de la solución no puede ser otro que el de la constatación de que, no obstante la naturaleza contractual del acto administrativo consensual, en él la Administración no pierde en modo alguno su conexión y, por ello mismo, su vinculación total al interés general y

al ordenamiento jurídico. En la relación jurídica configurada por dicho acto, pues, la Administración no ostenta simplemente un “interés de parte”, pues sigue siendo gestora del interés general. A ello se suma el dato decisivo de que cualesquiera cuestiones que surjan en la vida de la expresada relación jurídica son forzosamente cuestiones administrativas, cuyo conocimiento último, en caso de conflicto, corresponde al orden jurisdiccional contencioso-administrativo, lo que exige su tratamiento previo por la propia Administración.

La consecuencia que de todo ello debe extraerse no es otra que la esencial aplicabilidad aquí del régimen de la actividad unilateral, con las modulaciones que impone la expresada naturaleza contractual del acto administrativo consensual. Estas modulaciones pueden reconducirse a la idea de la titularidad de las potestades generales o formales y el ejercicio de éstas corregido por el carácter contractual del acto sobre el que opera. Así:

- La interpretación y la modificación de los actos administrativos consensuales — además de poder utilizar la propia forma convencional (renegociación del acuerdo; interpretación y modificación acordadas) — deberían realizarse en cualquier caso en trámite contradictorio y, además, conectarse normalmente con la aplicación de las fórmulas de mediación y arbitraje autorizadas por el artículo 107 LRjAPyPac.
- En sustitución de la revocación unilateral pura y simple, evidentemente improcedente, debe considerarse aplicable la técnica contractual de la rescisión (en forma de rescisión administrativa unilateral), entendiéndose como causa legal suficiente para ella cabalmente una exigencia suficiente del interés general (derivada de la vinculación positiva a éste de la Administración, establecida nada menos que por la Constitución) y siempre que dicha exigencia no pueda ser satisfecha en otra forma, con las consecuencias de responsabilidad contractual que procedan en todo caso.

Además, la vida del acto administrativo consensual suscita otras muchas cuestiones no menos importantes, en las que ahora no puede entrarse: la de la posibilidad de la utilización de la propia técnica convencional para articular facultades en favor de la Administración para la determinación unilateral de los problemas que se susciten durante la ejecución, así como para viabilizar las modificaciones que exija el interés general a través bien de la limitación de la vigencia de los actos con previsión de su renegociación; de la fijación de plazo de vigencia, con articulación de una facultad de denuncia, con igual previsión de renegociación; y del pacto

de la modificación del acto por mutuo acuerdo para su adaptación a las circunstancias. El estudio y clarificación de estas cuestiones, como de todas las demás que de forma abundante suscita la figura analizada, es una tarea urgente, que debe ser abordada con decisión por la doctrina, sin perjuicio de su clarificación paulatina — conforme a la propia lógica de su actuación — por la jurisprudencia.

4 El régimen de invalidez de los actos administrativos consensuales

Las reglas legales delimitadoras del contenido legal de los actos administrativos consensuales ponen sobre el tapete la cuestión de la irregularidad de éstos y sus consecuencias.

La escueta regulación contenida en el artículo 88 LRjAPyPAC nada dice sobre este extremo. Como ya nos consta, esta omisión no conduce tanto a la apreciación del carácter incompleto de dicha regulación y, por tanto, a la negación de su aplicabilidad directa, cuanto a la necesidad de la determinación del régimen de invalidez de los acuerdos mediante una operación de integración del ordenamiento aplicable. Que ello sea así, no quiere decir tampoco que no hubiera sido más aconsejable, para evitar dudas y problemas interpretativos, una regulación expresa de este extremo.

La pertenencia de la técnica de la terminación convencional a la institución contractual excluye de suyo la aplicabilidad directa del régimen de invalidez de los actos administrativos ordinarios o unilaterales, aunque otra cosa pudiera considerarse en principio por razón del silencio observado por el legislador a este propósito y la condición bien preparatoria, bien sustitutiva de las resoluciones unilaterales de los actos resultantes de la aplicación de la técnica en cuestión. El recurso al régimen de invalidez de los actos administrativos ordinarios implicaría una inaceptable defraudación de la específica participación en el ejercicio de las potestades administrativas que institucionaliza la terminación convencional, por la vía de su desnaturalización a través de la creación de una figura mixta convencional-unilateral insusceptible de adecuado encaje y sistematización.

La reciente LCAP ha venido a simplificar, sobrevenidamente, la necesaria operación de integración. Pues teniendo los actos de que aquí se trata indudable naturaleza jurídico-administrativa y siendo análogos a la figura de los convenios de colaboración regulados por su propia normativa y excluidos, por ello, del ámbito de aplicación de aquella Ley (art. 3.1, d LCAP), esta misma

dispone la aplicación a los mismos de sus principios, no obstante regirse en primer término por aquella normativa propia, a los efectos de la resolución de las dudas y lagunas que pudieran plantearse. Esta función de cobertura de lagunas permite, en efecto, acudir, con la aludida finalidad de integración, a la regulación que los artículos 61 a 66 LCAP realizan de la invalidez de los contratos.

La pertinencia del régimen de invalidez establecido por tales preceptos es tanto mayor, cuanto que se apoya claramente en el de los actos unilaterales, distinguiendo entre nulidad absoluta (ampliada, por suma a las causas previstas en el artículo 62.1 LRjAPyPac de las de defecto de capacidad de obrar en las partes y de insuficiencia de crédito) y anulabilidad (las mismas causas señaladas en el artículo 62 LRjAPyPac), conducentes ambas a la declaración de nulidad. Pues semejante determinación de las causas de invalidez concuerda perfectamente con las reglas delimitadoras del contenido lícito de los actos administrativos consensuales, exigentes de la conformidad a Derecho de éstos (al igual que sucede con los actos administrativos unilaterales).

La regulación de la LCAP soluciona igualmente las decisivas cuestiones de los mecanismos para la declaración de los vicios concurrentes en los acuerdos y de los efectos de dicha declaración:

1. Rigen los mismos mecanismos establecidos por la LRjAPyPac para los actos administrativos ordinarios o unilaterales (art. 64 LCAP),