

## CAPÍTULO DECIMOTERCERO

### LA ACTIVIDAD CONSENSUAL DE LA ADMINISTRACIÓN PÚBLICA

Gerolamo TACCOGNA

SUMARIO: I. *Introducción.* II. *Evolución histórica de la actividad consensual en sectores específicos (concesiones de los servicios públicos, convenciones urbanísticas, acuerdos indulgentes en los procedimientos de expropiación).* III. *Los acuerdos sobre el contenido discrecional de la resolución administrativa y los acuerdos sustitutivos, en la Ley 241/1990.* IV. *La regulación de los acuerdos en la Ley 241/1990. acuerdos e interés público. La determinación preliminar.* V. *Continuación sobre la regulación de los acuerdos.* VI. *La reconstrucción teórica de los acuerdos. Las implicaciones sobre la cuestión de la admisibilidad de poderes innominados y exorbitantes de la administración.* VII. *Las posibles controversias relativas a los acuerdos.* VIII. *Los acuerdos entre administraciones públicas.* IX. *Bibliografía.*

#### I. INTRODUCCIÓN

En la más clásica perspectiva del derecho administrativo, los sujetos públicos reciben de la Ley el poder de constituir, modificar y extinguir con autoridad, sin el consentimiento de otro, las situaciones jurídicas subjetivas de los administrados, a través del procedimiento y el acto administrativo, para satisfacer el interés público. Se piensa, por ejemplo, en el poder de expropiación previsto para la adquisición de la propiedad de bienes inmuebles sobre los cuales deben ser realizadas obras de utilidad pública.

Sin embargo, no siempre la administración pública actúa jurídicamente en dicho modo.

Una alternativa está dada por la denominada actividad consensual, caracterizada por el hecho de que el interés público viene perseguido, por obra de la administración, ya no en vía unilateral, sino más bien a través de acuerdos con los interesados que vierten sobre las modalidades y sobre los contenidos del ejercicio de los poderes públicos.

Este tipo de actividad de la administración, que vamos a analizar, no debe ser confundido, por lo tanto, con los contratos normales de derecho privado, mediante los cuales ella comisiona trabajos o adquiere bienes o servicios necesarios para su propia actuación, sin disponer directamente del interés público.

## II. EVOLUCIÓN HISTÓRICA DE LA ACTIVIDAD CONSENSUAL EN SECTORES ESPECÍFICOS (CONCESIONES DE SERVICIOS PÚBLICOS, CONVENCIONES URBANÍSTICAS, ACUERDOS AMISTOSOS EN LOS PROCEDIMIENTOS DE EXPROPIACIÓN)

a) Uno de los ámbitos de mayor aplicación del modelo no puramente unilateral y *autoritativo* de actuación de los sujetos públicos ha sido, a partir de inicios de 1900, el de las denominadas concesiones administrativas para el desenvolvimiento de actividades empresariales de servicio público comprendidas entre las funciones de la administración pública, y que implican la erogación de prestaciones a los administrados (piénsese en las ferrovías, en los acueductos, etcétera).

En el caso en cuestión, se reconocía la combinación de una resolución administrativa unilateral —la concesión, por otra parte expedida a solicitud, y por lo tanto sobre la base del consentimiento privado— con un contrato denominado de *accesión*.

La concesión era entendida como implicante —bajo la luz de una motivada evaluación de oportunidades de realizarse en el caso específico— la inserción del empresario privado en la organización de la administración pública como su órgano indirecto, con el consecuente sometimiento del primero a los poderes de supremacía que corresponden a los de la segunda, que a su vez corresponden a sus propios órganos.

El contrato era considerado accesorio a la concesión, por la disciplina de los aspectos operativo de detalle de la relación, así como aquellos económicos.

En este escenario, se admitía que, por razones de interés público, la administración pública pudiera modificar y también extinguir la concesión, unilateralmente y por autoridad (tratándose de una resolución), sin necesidad de contar con el consentimiento del particular; la relación contractual, que sufría los efectos del ejercicio del poder, se habría, a su vez, modificado o extinguido. En la misma lógica, volviendo a ejercer el propio poder en el transcurso de la relación, el concedente podía expedir órdenes o directivas obligatorias para el concesionario.

Dicho modelo, por lo tanto, no correspondía a lo que es un contrato privado normal; el particular no estaba garantizado por medio una obligatoriedad plena del contrato (de acesión a la resolución) frente a su contraparte pública; aunque sí, por principio jurisprudencial, se le debería siempre asegurar la economicidad de la actividad que este desarrollaba como sustituto de la administración pública.

Esta figura de concesión, denominada sustitutiva, ha sido objeto de intensos estudios doctrinales y pronunciamientos jurisprudenciales, con alcances también diferentes, que no es posible, en esta sede, tampoco sintetizar; también porque la evolución del ordenamiento las ha cancelado sustancialmente, sustituyéndolas con reales y verdaderos contratos de derecho privado —contratos de servicio o concesiones de servicios—, que son precisamente tales, si bien venían formalizadas por medio de procedimientos administrativos (los cuales agotan sus efectos en el momento de la celebración del contrato y, por lo tanto, la relación entra en una dimensión privatista).

Lo más relevante de la remontada experiencia de las concesiones (sustitutivas) es la idea que el poder público, bien que considerado por definición unilateral y administrativo, pudiera por lo menos combinarse con el consentimiento de los sujetos privados, para dar vida a complejas figuras jurídicas capaces de asegurar la satisfacción de intereses públicos en situaciones (organizativamente, técnicamente y financieramente) igualmente complejas.

Sin embargo, la predominante huella publicista de la relación concesoria (motivada por la presencia en la misma de la resolución) “aplastaba” el contrato, minando su confiabilidad desde el punto de vista del privado.

b) Otra histórica experiencia de actividades publicistas consensuales ha sido —y lo es hasta ahora— la de los acuerdos urbanistas.

En línea general, la legislación urbanística ha previsto que la posibilidad de explotación edificatoria de los suelos esté subordinada a la existencia de adecuadas obras de interés general, como calles, estacionamientos, alcantarillado, espacios verdes, infraestructuras para actividades colectivas, escuelas, etcétera.

En esta óptica, los municipios son llamados a prever, en sus planos urbanísticos generales, que la obtención de los permisos de construir esté subordinada a la existencia o a la realización contextual de dichas obras.

Si aquellas obras ya existen, puede ser expedido el permiso de construir. En caso contrario, debe ser hecho un plano específico para el área, de intervención, en el cual se prevean no solamente las nuevas construcciones de los propietarios particulares, sino también la estructura total de la misma área, y por lo tanto las obras de urbanización.

El permiso de construir es expedido previo pago, por parte del interesado, de una contribución necesaria para la realización de las obras.

Para facilitar la actividad edilicia particular en las áreas todavía no urbanizadas, se ha previsto la posibilidad de acuerdos —por lo tanto actos consensuales— entre los propietarios de los campos y los municipios, que tienen por objeto la previsión y la determinación de las obras necesarias de urbanizar, la realización de estas directamente por parte de los propietarios de los campos (en lugar del pago de la contribución mencionada) y la expedición de los permisos de construir por parte de la administración.

Los acuerdos, generalmente estipulados después de una deliberación del municipio que contiene la aprobación de su contenido y que legitima la suscripción, precisamente asumen como objeto el ejercicio del poder público porque, por un lado contienen la determinación de las obras de urbanización (por lo tanto, son obras públicas) a realizarse y, por el otro, el compromiso del municipio de expedir a los particulares los permisos de construcción, quienes tienen la obligación de realizar las obras.

En sustancia, se trata de actos consensuales (acuerdos) entre el sujeto público y los administrados, con los cuales se determina el contenido de los actos administrativos que en parte vienen sustituidos (en cuanto al plano detallado de las obras de urbanización) y en parte la administración se compromete luego a adoptar (en cuanto a los permisos de construir).

El acuerdo contenido en la convención es útil al sujeto público, porque lo exonera de predisponer los planos de actuación del instrumento urbanístico general (en los cuales se prevén las obras de urbanización, además de las nuevas construcciones particulares), y lo exime de confiscar las contribuciones de los particulares y realizar las obras de urbanización; es útil para los particulares porque les permite aprovechar sus propios terrenos sin tener que esperar que la administración haga los planos detallados y las obras de urbanización, así como por la (relativa) certidumbre que determina en conformidad a la obtención efectiva de los permisos para construir.

Además, los compromisos asumidos por el municipio con el acuerdo pueden decaer por razones de interés público; por ejemplo, si antes de su actuación el mismo municipio, motivadamente, modifica el plano urbanístico general en modo incompatible con los permisos de construir expedidos y previstos en el mismo acuerdo. También aquí, si bien la relación está regulada por el acto convencional (no por la combinación de una resolución y de un contrato de acceso), la administración no pierde completamente el poder “especificado” en el acuerdo, y puede sustraerse a la obligación por razones de interés público (véase Consejo de Estado, sez. IV, 31-1-2005, n. 222).

c) En otro sector de la normativa, es decir, el de las expropiaciones (de bienes inmuebles) por utilidad pública, ha sido previsto otro tipo de acuerdos, sustitutivos de los actos administrativos.

El particular, al cual la administración pretende expropiar un fundo, para la realización de una obra declarada de utilidad pública, puede cederle voluntariamente dicho fundo (en vez de hacérselo desposeer a través de un acto unilateral y *autoritativo*); la cesión amistosa es útil a la administración porque evita el riesgo de la impugnación del acto de expropiación, y puede ser conveniente para el particular porque significa un incremento de la indemnización por expropiación.

También en este caso al centro de la cuestión consensual está precisamente y directamente el ejercicio de un poder público.

### III. LOS ACUERDOS SOBRE EL CONTENIDO DISCRECIONAL DE LA RESOLUCIÓN ADMINISTRATIVA Y LOS ACUERDOS SUSTITUTIVOS, EN LA LEY 241/1990.

a) Los casos en cuestión, descritos sumariamente, de actividades consensuales ya desarrolladas desde hace mucho tiempo en el derecho administrativo italiano (al lado de otras, de las cuales no tenemos el espacio para referirnos), tienen su origen y legitimidad por normas sectoriales específicas (sobre los servicios públicos, sobre la urbanística, sobre las expropiaciones).

Posteriormente, con la Ley del 7 de agosto 1990, n. 241, el legislador, por primera vez, ha dictado reglas generales sobre el procedimiento administrativo, y entre las principales novedades introducidas por esta fuente ha sido la previsión, en el artículo 11 (que dentro de poco examinaremos detalladamente), de una posibilidad general de acuerdos entre la administración pública y los administrados para la determinación consensual del contenido de una resolución discrecional en trámite.

Además, el mismo artículo 11 ha contemplado acuerdos directamente sustitutivos de la resolución, admitiéndolos al inicio solamente en los casos en los cuales una norma específica de ley los hubiera previsto, pero luego, gracias a una modificación de la Ley n. 241/1990 intervenida con la Ley 15/2005, también han sido admitidos en vía general.

Con la previsión general del artículo 11 de la Ley 241/1990 la actividad consensual de la administración pública (ya hecha evidente, como se ha ilustrado) realiza una especie de “salto de calidad”, los acuerdos se elevan en general a posibles elementos de la fase de formación de la disposición discrecional, al cual concurren para determinar el contenido concreto.

Quedan excluidos de la aplicación del artículo 11 solamente los procedimientos para la formación de los actos normativos, administrativos generales, planificadores y programadores (para los cuales quedan en vigor, sin embargo, las normas particulares sectoriales que los regulan y, por ejemplo, en la urbanística, prevén a su vez semejantes acuerdos, según cuanto se ha manifestado), así como los procedimientos tributarios y otros más (en este sentido véase el artículo 13 de la Ley 241/1990).

Después de la Ley de 1990, algunas normativas de sectores han previsto hipótesis específicas de acuerdos, que en todo caso se remiten, para los aspectos generales, al régimen del artículo 11 de Ley antes mencionada. Se piensa, por ejemplo, en el artículo 206 del Decreto Legislativo 152/2006 (acuerdos de programa entre administraciones y particulares para la obtención de los objetivos públicos en materia de gestión moderna de los desperdicios); al artículo 10 del Decreto Legislativo 192/2005 (acuerdos entre sujetos públicos y particulares para el monitoreo del cumplimiento de la normativa en tema de eficiencia energética de los edificios); en el artículo 5 del Decreto Legislativo 59/2995 (acuerdos entre administraciones y empresas para la expedición de la autorización integrada medioambiental); en el artículo 112 del Decreto Legislativo 42/2004 (acuerdos entre administraciones, y también con particulares, para la valoración de los bienes culturales públicos); en el artículo 18 Ley 84/1994 (acuerdos sustitutivos de las concesiones de bienes demaniales en los puertos, para el ejercicio de las actividades de terminales).

b) Obviamente, la formulación de nuevas reglas sobre la actividad consensual de la administración pública en una ley general —como es la 241/1990, sobre el procedimiento administrativo— proporciona nuevos compases para la sistematización teórica de dicha figura, que precedentemente había sido notablemente controvertida en la doctrina.

En particular, se habían contrapuesto (con variedad de matices) las tesis denominadas “dualistas” y las “privadas”.

Las primeras, para salvaguardar la funcionalidad de la actividad administrativa al interés público, reconociendo siempre en la actividad consensual la presencia de una resolución, eventualmente solamente postulado, y de un contrato de acceso, llegando de este modo a admitir amplias interferencias publicistas sobre la relación.

La confiabilidad de los actos consensuales, para el particular, resultaba reducida.

En cambio, las tesis denominadas privadas tendían a considerar las resoluciones adoptadas por la administración en la fase formativa de la relación como un revirar para constituir una voluntad privada del sujeto públi-

co, y así ambientaban más decididamente la actividad bajo examen en el derecho privado. En esta perspectiva, la garantía de la funcionalidad del actuar administrativo, respecto al interés público, venía indagada teorizando un tipo de cláusula *rebus sic stantibus*, eventualmente también solo implícita, operante en cada acuerdo al mismo modo de la presuposición.

Con la expedición de la Ley 241/1990 la doctrina ha iniciado a recorrer nuevas líneas de pensamiento (que serán expuestas más adelante, después que se explique la regulación de los acuerdos, introducida por la Ley) mientras que la jurisprudencia administrativa por tanto tiempo no ha tenido ocasión de ocuparse del asunto y, luego, parece no haber querido enfrentar *ex professo* la cuestión de la naturaleza (publicista o de autonomía privada) de los acuerdos, también si en una serie de casos ha demostrado considerarles como formas de ejercicio del poder administrativo (Tar Lazio, Roma, Sez. II-ter, 3-3-2006, n. 1654; Tar Lombardia, Milano, 7-10-2005, n. 3770; Tar Marche, 29-9-2003, n. 1015), mientras en otras decisiones, ha dejado vislumbrar una concepción más decididamente privatista (Cons. St., Sez. V, 27-1-2006, n. 236; Cons. St., Sez. IV, 20-1-2000, n. 264).

#### IV. LA REGULACIÓN LOS ACUERDOS EN LA LEY 241/1990. ACUERDOS E INTERÉS PÚBLICO. LA DETERMINACIÓN PRELIMINAR

a) Con los acuerdos sobre el contenido de la resolución discrecional, o sustitutivos de ella, la administración pública discute y define con el particular precisamente la determinación concreta, en el caso singular, del interés público y de los modos por el cual satisfacerlo; el artículo 11, apartado 1, de la Ley 241/1990, afirma literalmente que los acuerdos son concluidos «en todo caso para perseguir el interés público».

De este modo, el interés público es negociable. Sin embargo, esto no significa que ello se coloque en el mismo plano de los intereses particulares y, por lo tanto, sean admitidos “intercambios” en ese sentido. Simplemente, la Ley “promueve” al particular como posible coautor de las preferencias administrativas, pero siempre en la perspectiva de la realización prioritaria del interés público.

De este modo, la administración puede encontrarse en condiciones de obtener del particular más de cuanto podría imponerle (con sus propios poderes unilaterales, que les han sido otorgados por la ley), sin el riesgo de la impugnación de sus propios actos; para el particular se abre la posibilidad de ver sus propios intereses particulares salvaguardados al grado máximo, con tal que sea compatible con el predominante interés público.

La idea de fondo entonces es la de abrir un espacio para la más amplia armonización posible entre interés público e interés particular (véase, por ejemplo, Cons. St., Sez. VI, 15-5-2002, n. 2636; Corte di Corte cass., SS.UU., 13-11-2000, n. 1174; Tar Sardegna, 17-1-2006, n. 16).

b) En defensa y tutela del interés público, así como de la imparcialidad y del buen desempeño de la actividad administrativa, la Ley n. 241/1990, después de la modificación efectuada en el 2005, prevé que el acuerdo sea «precedido por la determinación del órgano que sería competente para la adopción de la resolución» (artículo 11, apartado 4-*bis*).

La norma va entendida en el sentido de que la resolución debe rendir cuenta de las características concretas de cada caso y, con relación a las mismas, del previsto contenido del acuerdo, poniendo en evidencia las razones por las cuales el interés público puede decirse perseguido en la mejor de las maneras a través del mismo acuerdo, en el respeto de los principios anteriormente mencionados (de imparcialidad y buen desempeño).

Además, la previsión de la necesidad de una resolución preliminar, encargada al órgano que habría sido competente para la correspondiente resolución unilateral (no necesariamente coincidente con lo legitimado a estipular), permite evitar que el acuerdo se transforme en un medio para forzar la estructura de las competencias y, por lo tanto, modificar la efectiva distribución del poder decisonal dispuesta por la Ley entre los órganos de la administración (sobre la necesidad de que el acuerdo no desordene el orden de las competencias, en la administración que lo concluye, véase Tar Lazio, Roma, Sez. II-ter, 2-3-2006, n. 1654; Tar Campania, Salerno, 22-6-2004, n. 1571; Tar Campania, Salerno, 18-6-2002, n. 535).

La decisión de la administración de no actuar con un acto unilateral en el caso específico, sino más bien buscando el consentimiento del administrado y negociando con este las modalidades del ejercicio del poder, se encuentra por ser asumida según las reglas del derecho administrativo y —por medio de la determinación preliminar— bajo el régimen del mismo, con todas las consecuentes garantías. Solamente a continuación y de conformidad con las fases procedimentales y de adopción de las medidas administrativas puede ser estipulado el acuerdo, con el cual toma cuerpo la relación que de este deriva.

## V. CONTINUACIÓN SOBRE LA REGULACIÓN DE LOS ACUERDOS

a) Originalmente la Ley 241/1990 ha previsto que los acuerdos bajo examen se apliquen “donde no sea previsto diferente, los principios del Có-



digo Civil en materia de obligaciones y contratos en cuanto sean compatibles» (artículo 11, apartado 2).

Este reenvío solamente a los principios (no también a las reglas de detalle) del Código, ulteriormente limitado por la cláusula de compatibilidad, ha inducido a muchos a excluir que en los acuerdos se manifieste la autonomía particular (a diferencia de cuanto sucede en los contratos privados de la administración pública, después que su voluntad se ha formado en vía publicista a través de un procedimiento administrativo de adjudicación).

De este modo, se ha desarrollado la tesis según la cual, al celebrar el acuerdo, la administración siempre ejerce su propio poder público discrecional, simplemente renunciando a la unilateralidad y a la *autoritatività* (que, a diferencia de la funcionalidad, no son más vistas como elementos esenciales del mismo poder) a favor de concordar el contenido del acto con el particular interesado.

Según esta concepción, el ejercicio del poder por parte de la administración se combina con la autonomía privada de la otra parte, dando de este modo vida al acuerdo; la formación de este último no estaría impedida por el carácter heterogéneo de las contribuciones de voluntad de las partes (uno público y el otro particular).

Posteriormente, el legislador, al modificar la Ley 241/1990, en 2005, ha introducido una regla general de principio, según el cual «la administración pública, en la expedición de actos de naturaleza no *autoritativa*, actúa según las normas de derecho privado salvo que la ley disponga otra cosa» (artículo 1, apartado 1 *bis*).

No es del todo fácil establecer con exactitud cuáles son los actos de naturaleza no *autoritativa*, pero la doctrina ha puesto en evidencia el hecho de que los acuerdos, a causa de su naturaleza consensual, deberían ciertamente serlo.

Por lo tanto, la mencionada norma de principio ha sido interpretada por algunos en el sentido de que ahora los acuerdos (en cuanto por definición no *autoritativi*) serían regulados completamente por el derecho privado, también en cuanto al aporte voluntario del sujeto público (que constituiría expresión de autonomía privada, “preparada” y hecha jurídicamente posible por la resolución preliminar, y en cambio no del poder público, aun cuando no sea *autoritativo*).

El reenvío originario del artículo 11, apartado 2, de la Ley 241/1990 *solo* a los principios del Código Civil relativos a las obligaciones, en cuanto compatibles, debería considerarse superado, y por lo tanto derogado, si bien la Ley de 2005 (modificatoria de la Ley 241/1990) no lo haya hecho en modo expreso y formal.

Pero no se trata de la única interpretación posible.

Una diferente puede ser aquella que valora la última parte de la nueva norma de principio (del artículo 1, apartado 1 *bis*), en la cual está escrito que «salvo que la Ley disponga otra cosa diferente», y la encuadra precisamente en el artículo 11, apartado 2 (ahí donde este, para los acuerdos, evoca solamente los principios del Código Civil en materia de obligaciones, y solo en cuanto estos sean compatibles).

Desde este punto de vista, la idea de que los acuerdos no sean un ejercicio de autonomía particular por parte de la administración, sino más bien del poder público (en cuanto que no *autoritativo* ni unilateral), puede continuar a ser sostenida.

b) Las incertidumbres interpretativas descritas por cierto no son resueltas por una ulterior importante previsión de la Ley, según la cual «por motivos supervenientes de interés público, la administración desiste unilateralmente del acuerdo, salvo la obligación de proveer a la liquidación de una indemnización con relación a los eventuales perjuicios que se hayan verificado con daño del particular» (artículo 11, apartado 4).

Con esta regla resulta evidente que el acuerdo es concluido solamente por el sujeto público *rebus sic stantibus* (pero no es claro si éste tenga naturaleza publicista o de contrato privado).

Gracias a la disposición bajo examen, la “fuerza de resistencia” del acuerdo —o, si se prefiere, su “confiabilidad” desde el punto de vista del particular— es diferente ya sea del acto administrativo unilateral, ya sea del contrato.

El acto unilateral, en efecto, es revocable (aunque con ciertas cautelas y límites) no solamente por eventos supervenientes o cambios de la situación del interés público, sino también sobre la base de una «nueva evaluación del original interés público» (Ley 241/1990, artículo 21 *quinqüies*); mientras que el acuerdo lo es solamente en el caso de eventos supervenientes que inciden en el interés público que les es ínsito.

En cambio, el contrato tiene en principio «fuerza de ley entre las partes» (artículo 1372 del Código Civil), y por lo tanto queda en tendencia insensible frente tanto a eventuales cambios de la situación de hecho en el cual ha surgido (salvo el límite, raramente aplicable, del evento superveniente excesivamente oneroso) cuanto al variar de las consideraciones que las partes hacen acerca de su propia conveniencia; también si, obviamente, nada prohíbe que, en el ámbito del contrato, las partes en el ejercicio de su autonomía, prevean cláusulas de recesión con formas de indemnización a favor de la parte que sufre al cese de la relación.

La “resistencia” de los acuerdos exartículo 11 de Ley 241/1990, por lo tanto, es “intermedia” entre la de la resolución administrativa unilateral y la del contrato de derecho privado.

En este marco, existe el espacio para considerar, alternativamente

- Que el artículo 11, apartado 4, de la Ley 241/1990 confirme la tesis según la cual en el acuerdo, la administración ejerce un poder público, y la relación consiguiente no está sujeta plenamente al régimen privado de los contratos, tanto que se prevé un obligatoriedad “atenuada”;
- O, por el contrario, que el artículo 11, apartado 4, no sea el obstáculo a la concepción propiamente privatista y contractual de los acuerdos, siendo su efecto “resolutorio” no incompatible con el régimen del contrato, en el cual las partes podrían, en todo caso, concordar un receso análogo.

En correspondencia con estas alternativas, se tiene, por un lado, la orientación jurisprudencial que enmarca el receso en el re-ejercicio del poder, como si se tratara de una revocatoria (véase, por ejemplo, Tar Lazio, n. 1654/2006, citada; Tar Marche, n. 1015/2003, citada) y, por el otro, aquel que hace referencia a un poder “patricio” (impropio, visto que la fuente es la ley, pero) tal vez entendiendo el referirse a un derecho potestativo de índole privatista (véase Consejo de Estado, n. 264/2000).

c) En todo caso, los acuerdos deben ser estipulados por acto escrito bajo pena de nulidad (artículo 11, apartado 2).

Esta regla es entendida por la jurisprudencia no solamente en el sentido de que ambas partes deben manifestarse el recíproco consentimiento por escrito, sino que también el acuerdo debe estar contenido en un documento unitario firmado por los mismos; no puede entonces existir acuerdo por intercambio de cartas o con otra forma escrita pero no contextual (véase Tar Campania, Napoli, Sez. I, 6-3-2003, n. 2212).

d) Los acuerdos son celebrados «sin perjuicio de los derechos de terceros» (artículo 11, apartado 1, l. 241/1990).

Se diría que la cláusula pretende afirmar una regla común también a las resoluciones unilaterales; estas regulan las relaciones existentes entre el particular y la administración, pero no interfieren directamente entre las del primero y los otros administrados (ya que, por ejemplo, la expedición del permiso de construir, dispuesto por error a favor de quien no tiene la propiedad ni otro derecho sobre el fundo, no exime al propietario la posibilidad de oponerse en el ámbito civil a la edificación).

En cambio, no quiere decir que la previsión, que deja a salvo los derechos de los terceros en la conclusión de los acuerdos, pueda valer también en un sentido más fuerte, y por lo tanto pueda, por ejemplo, impedir la conclusión de acuerdos entre la administración pública y uno solamente entre los diferentes interesados (tal vez desde puntos de vista opuestos) al ejercicio de su poder.

Es claro que en el procedimiento la administración debe garantizar la *par condicio* entre todos los interesados (lo revela también el artículo 11, apartado 1 *bis*, l. 241/1990, según el cual «con el fin de favorecer la conclusión de los acuerdos... el responsable del procedimiento puede predisponer un calendario de encuentros en los cuales invita, separadamente o contextualmente, al destinatario de la resolución y eventuales contra interesados»); pero esto no elimina la posibilidad de que entre los diversos participantes en el procedimiento solamente uno, o algunos, pero no otros, maduren la disponibilidad de concluir un acuerdo que, desde el punto de vista del sujeto público, tenga un contenido correspondiente al mejor modo de realizar en concreto el interés público que le haya sido encargado.

En tal caso (si ha sido observada la *par condicio* en cuanto al modo de proceder), la adhesión de la administración pública a la posición de uno o de algunos de los participantes al procedimiento, y por lo tanto, la celebración de un acuerdo con ellos, no debería considerarse en contraste con algún “derecho” de los otros.

Las eventuales terceras partes que se consideren lesionadas por un acuerdo tienen la obligación de impugnarlo, y no pueden pedir un resarcimiento si previamente no han obtenido la anulación, como si se tratara de una resolución (véase Tar Liguria, 21-1-2006, n. 55).

e) Por último, es oportuno detenerse brevemente sobre las palabras que abren el artículo 11, apartado 1, de la Ley 241/1990, según las cuales la administración puede concluir los contratos «admitiendo las observaciones y las propuestas presentadas de conformidad con el artículo 10», o sea, de aportes provenientes por sujetos que participan en un procedimiento administrativo.

Esto podría hacer pensar que los acuerdos puedan ser concluidos solamente en el ámbito de procedimientos ya instaurados para la formación de actos unilaterales (así ha opinado el Consejo de Estado, n. 2636/2002, citado).

En realidad, desde antes la doctrina y luego también la jurisprudencia (Corte Cass., SS.UU. 15-12-2000, n. 1262; Corte Cass., SS.UU., 11-8-1997, n. 7452) han considerado que esta sea solamente una de las

posibles ocasiones en las cuales el acuerdo exista, pero el artículo 11 contiene normas de principio por las cuales son permitidos también acuerdos celebrados en previsión de la apertura de sucesivos procedimientos administrativos.

En esta óptica, el instrumento del acuerdo asume mayores potencialidades y se revela en la práctica extremadamente útil, no por último como forma para composiciones transactivas de controversias que involucran el ejercicio de los poderes públicos.

Con este último propósito, se puede pensar, por ejemplo, en un litigio instaurado por algunos propietarios de habitaciones en la ribera del mar que impugnan un permiso de construir, obteniendo su suspensión en vía cautelar, expedido por un municipio para que se construya un establecimiento balneario en la playa, que reduciría la visión de los propietarios hacia el mar. Si los recurrentes se encontraran de acuerdo en no oponerse a la realización de la nueva construcción, con tal que sus dimensiones sean reducidas respecto a las previstas por el permiso impugnado, y también si el municipio y el titular del establecimiento estuvieran de acuerdo —con tal de no quedar bloqueados por la medida cautelar suspensiva y por no incurrir luego en la anulación del permiso de construcción, también considerando el interés público a tener rápidamente una oferta adecuada de infraestructuras al servicio del balneario y del turismo— se podría concluir un acuerdo a través del cual los recurrentes renuncian al gravamen y las otras partes se comprometen a reducir las dimensiones de la construcción y a no expedir (en cuanto al municipio) ni solicitar (en cuanto al establecimiento) sucesivos permisos para ampliaciones o sobre elevaciones. En un caso, como el presente en cuestión, el acuerdo se referiría, en efecto, a procedimientos ya no *in itinere*, sino más bien concluidos (relativos a la “reducción” de las condiciones del permiso ya expedido) y futuros (con relación a las nuevas hipotéticas demandas para ampliaciones o sobre elevaciones). La lectura extensiva del artículo 11, que no limita la admisibilidad de los acuerdos a los procedimientos ya concretamente en curso, permite considerar válido un acuerdo, con valor transaccional, sobre el ejercicio también futuro de poderes públicos como el descrito anteriormente.

Sobre los acuerdos con funciones transaccionales se señala, por último, una orientación jurisprudencial que parece admitirlos también en materias en las cuales las situaciones subjetivas de los particulares no son disponibles y, por lo tanto, no pueden constituir objeto de transacción de conformidad con el Código Civil (véase Tar Veneto, Sez. II, 25-11-1998, n. 2334).

VI. LA RECONSTRUCCIÓN TEÓRICA DE LOS ACUERDOS.  
LAS IMPLICACIONES SOBRE LA CUESTIÓN DE LA ADMISIBILIDAD  
DE LOS PODERES INNOMINADOS Y EXORBITANTES  
DE LA ADMINISTRACIÓN

a) Una vez ilustrada la disciplina positiva que la Ley proporciona a los acuerdos, ahora se puede retornar brevemente al tema de la determinación de su naturaleza.

Ya se ha anticipado que existen dos orientaciones contrapuestas:

- Según algunos, la administración, al celebrar el acuerdo, ejerce un propio deber público, simplemente renunciando a la unilateralidad y a la *autoritatività*; su manifestación de consentimiento (que contiene dicha naturaleza) se combina con la voluntad que surge de la autonomía privada de la parte contraria, y de este modo proporciona vida al acuerdo y a la relación jurídica que deriva, con derechos y obligaciones de las partes, pero también con poderes del sujeto público perdurables y el correspondiente sometimiento del particular (por ejemplo, hechos evidentes por la posibilidad del desistimiento “público” por el interés público);
- Según otros, en cambio, la determinación preliminar tiene el efecto de permitir a la administración pública renunciar a intervenir en un determinado caso con el propio poder público, a favor del ejercicio de su autonomía privada, asumiendo compromisos (y por lo tanto dando lugar a derechos) acerca de la adopción de posteriores actos administrativos.

De tales diferentes reconstrucciones del fenómeno bajo examen se derivan consecuencias opuestas acerca del problema de si la administración tiene poderes innominados sobre la relación que surge del acuerdo, tales de ponerla en una posición de supremacía respecto al particular.

Los que sostienen la tesis privatista tienden a valorar la obligatoriedad del acuerdo y, por lo tanto, a no admitir similares poderes de la administración; salvo que hayan sido concordadas específicas cláusulas en las cuales les reconozcan al sujeto público (en los límites en los cuales las reglas generales privadas lo permitan).

En cambio, aquellos que sostienen la tesis publicista están orientados a atribuir mayor peso a la funcionalidad que también el acuerdo debe tener respecto al interés público, y en esta perspectiva tienden a reconocer una posición diferenciada a la administración. En particular, consideran

que ella, así como ha ejercitado un poder al momento de la conclusión del acuerdo, podría siempre volver a ejercerlo (siendo el poder administrativo inagotable) incidiendo de tal manera sobre la relación en curso según las exigencias poco a poco puestas por el interés público.

Es cierto —dado que en dicho sentido dispone la Ley— que la administración pueda “liberarse” del acuerdo, con el desistimiento, en el caso de que sobrevengan hechos relevantes para el interés público, pagando una indemnización al administrado; y se ha visto cómo la avenencia sea conciliable tanto con la concepción publicista cuanto con la privatista del mismo acuerdo.

Las diferencias preanunciadas se manifiestan respecto a otras hipótesis de incisión de la relación por obra del sujeto público, las cuales podrían ser aquellas en las cuales la administración pretende “suspender” temporalmente el acuerdo, o si no pronunciar en vía unilateral la decadencia del particular, por incumplimiento; o, todavía, modificar, siempre en vía unilateral, el contenido del acuerdo.

En la doctrina, todas estas figuras han sido consideradas admisibles (aunque en algunos casos dentro de unos límites) en el ámbito de la concepción publicista del acuerdo, con base en el argumento (que tal vez merecería una reflexión más profunda) según el cual la administración podría volver a ejercer siempre el poder que ha ejercido al adherirse al mismo acuerdo, según las cambiantes exigencias del interés público.

En realidad, se puede objetar que, al máximo, en esta perspectiva, la administración podría volver a ejercer el poder en el sentido de hacer decaer su propia adhesión, temporalmente o definitivamente, y, por lo tanto, suspender la eficacia del vínculo o declarar la decadencia del particular por incumplimiento (*contra*, con relación a la decadencia, Cons. St., 27-1-2006, n. 236), pero no modificar el acuerdo, porque para esa finalidad no sería suficiente un acto suyo unilateral, debiéndose obtener también la voluntad del particular sobre las nuevas condiciones.

Bien que las diferencias “prácticas”, que derivan de las tesis contrapuestas acerca de la naturaleza de los acuerdos, se limitarían a la avenencias de la suspensión y de la decadencia (debiéndose en todo caso excluir las modificaciones unilaterales, si no son pactadas).

Viéndolo bien, sin embargo, respecto a las antedichas hipótesis (suspensión y decadencia) los mismos resultados perseguidos por la concepción publicista podrían tal vez ser obtenidas en el ámbito de la privatista también.

En efecto, si el acuerdo fuera también entendido como fruto de la autonomía privada de ambas partes —por lo tanto en clave privatista— su suspensión temporal (aunque de duración razonable y proporcionada, por el

interés público) podría ser invocada por la administración sobre la base de los deberes de formalidad y de buena fe que ella puede pretender de la otra parte en la ejecución del contrato, así como por el hecho de que se trataría en todo caso de un *minus* respecto a la rescisión que es permitida por la ley.

Menos fácil resultaría justificar en la perspectiva privatista la posibilidad para la administración, de declarar disuelta la relación por incumplimiento del particular (salvo que sea pactada y que actúe en concreto con base en una cláusula expresa recisoria). Sin embargo, es necesario considerar las siguientes cuestiones. En tanto la administración podría a lo menos oponer al particular la excepción de incumplimiento y sobre dicha base negarse a efectuar el acuerdo, hasta que el particular no realice su parte. Además, la administración podría en todo caso desistir (por interés público originado por el incumplimiento de otros), y en ese caso las consecuencias patrimoniales deberían necesariamente tener en cuenta el incumplimiento, y por lo tanto no admitir (al menos en forma plena) el derecho del particular a la indemnización. El esquema es conocido, en el derecho privado, con atención al contrato de licitación para la adjudicación de obras públicas, del cual el comitente puede siempre desistir pagando una indemnización (artículo 1671, Código Civil); la jurisprudencia civil admite que el desistimiento venga utilizado en “respuesta” al incumplimiento del licitador, y que en ese caso las relaciones patrimoniales entre las partes se afecten y deban ser arregladas en consecuencia (véase, por ejemplo, Corte cass., Sez. II, 29-7-2003, n. 11.642).

En el plano práctico las diferencias —entre el régimen consecuente a una reconstrucción de los acuerdos en términos, respectivamente, publicistas (desde el punto de vista de la administración) o, en cambio, completamente privatistas— por lo tanto, son menos marcadas de cuanto puede parecer. Todo esto, tal vez, explica el porqué el problema bajo examen —de la naturaleza “publicista” o “privatista” de los acuerdos— sea tan debatido en la doctrina, y en cambio no afrontado *ex professo* por la jurisprudencia, que parece dejarlo de lado.

Tanto más que, en todo caso, el juez de estas causas es solamente el juez administrativo, en jurisdicción exclusiva, ya que la calificación de la relación no produce siquiera consecuencias significativas de carácter procesal (de conformidad con el artículo 11, apartado 5, Ley 241/1990, que establece «las controversias en materia de formación, conclusión y ejecución de los acuerdos... son reservadas a la jurisdicción exclusiva del juez administrativo»).

b) De cualquier modo, desde el punto de vista teórico la tesis que considera los acuerdos como expresión del poder público de la administración aparece más convincente, de acuerdo con los siguientes argumentos:



1. Por la inherencia directa e inmediata de estos al perseguimiento del interés público, que es la característica fundamental del poder público;

2. Porque los acuerdos que determinan el contenido discrecional de una resolución son colocados entre este último, al cual son instrumentales, y la determinación preliminar, que es a su vez un acto administrativo, ya que ellos se insertan en la prospectiva y en la trama del desplegarse del poder público;

3. Porque los acuerdos sustitutivos (que por razones de coherencia deberían ser calificados en la misma medida de aquellos que determinan el contenido de la resolución) no producen efectos similares a los de los contratos concluidos en virtud de la autonomía (la constitución de derechos y obligaciones de la partes), sino más bien propiamente los mismos efectos de la resolución administrativa (del cual, por lo tanto, necesariamente comparten la naturaleza), y además están sometidos al régimen jurídico del poder público, como revela su sometimiento a los mismos controles previsto expresamente por la Ley;

4. Por la previsión de la jurisdicción exclusiva del juez administrativo sobre las controversias referentes a los acuerdos, que a su vez señala la interferencia de las controversias con el ejercicio del poder público; mientras, en cambio, si se tratara de negocios privados, el juez natural debería ser el ordinario (en ese sentido se ha expresado la Corte Constitucional, aunque incidentalmente, en la sentencia 204/2004).

Estas consideraciones inducen a pensar que la nueva regla, según la cual cuando la administración actúa en vía no *autoritativa* debe aplicarse el derecho privado, salvo que la ley disponga otra cosa, no vaya referida en los acuerdos, porque para ellos la Ley dispone otra cosa, prescribiendo la aplicación solamente de los principios del Código Civil en materia de obligaciones y contratos, si son compatibles con la “interferencia” del interés público.

## VII. LAS POSIBLES CONTROVERSIAS RELATIVAS A LOS ACUERDOS

a) Alrededor de los acuerdos administrativos pueden darse una serie variada de controversias.

Hasta la fecha la jurisprudencia no ha tenido muchas ocasiones para pronunciarse sobre el tema.

Inicialmente, algunos habían pensado que la ausencia de sentencias sobre el asunto fuera debida a una muy escasa utilización de los acuerdos en la práctica.

Pero, en la realidad, es diferente, pues los acuerdos se hacen y llevan a componer los intereses involucrados en el ejercicio de los poderes públicos,

satisfactorios para todas las partes, con una consecuente remarcada disminución de la litigiosidad.

Sin embargo, algunos conflictos son imaginables, y se pueden pensar (aunque no siempre del todo unívocamente) las soluciones.

b) Antes de todo, es imaginable el caso de un particular que proponga un determinado acuerdo a una administración, la cual no adopte la determinación preliminar o la adopte insertando cláusulas inaceptables para el particular, o incluso disponiendo que el acuerdo no se realice.

Esto pone el problema de la impugnabilidad, para el interesado, de la determinación preliminar desfavorable.

Tratándose de un acto administrativo en todos sus efectos, la regla debería ser aquella por la cual el interesado lo puede impugnar; si, en efecto, el interés público fuera mejor satisfecho a través el acuerdo, la acción de impugnación, como siempre impulsada por el interés particular del recurrente, pero dirigida a anular el acto ilegítimo para la tutela del interés público, debería tener espacio.

Obviamente, el particular no podrá pretender que el juez obligue a la administración a prestarse a la conclusión del acuerdo, sino solo a obtener la anulación de una resolución a esta contraria o que imponga cláusulas para este no aceptables, si y en cuanto este logre dar cuenta de los vicios del mismo acto (por ejemplo, defecto de motivación, exceso de poder por ilogicidad o por falseamiento de los hechos, desvío).

c) Por otra parte, la determinación preliminar, si dispone en sentido favorable al acuerdo, debe poder ser impugnada por terceros interesados.

Sin embargo, parece lógico preguntarse si una similar impugnativa tenga que hacerse inmediatamente o, más bien, solamente al final del procedimiento, después que es expedido el acto final conforme al acuerdo (o que ha intervenido el acuerdo sustitutivo), conjuntamente a la impugnación de dicho acto (o acuerdo).

Las reglas generales sobre la justicia administrativa deberían inducir a considerar preferible la segunda hipótesis descrita (es decir, la de la impugnación deferida).

d) Un ulterior motivo posible de contencioso está en el hecho de que una administración asuma la determinación preliminar, pero luego sus órganos no se presten a la celebración del acuerdo.

Es oportuno preguntarse si el interesado pueda en tal caso pretender la celebración y, por lo tanto, obligar a la administración.

Si se considera que, después de la determinación preliminar, el acuerdo constituya una manifestación de autonomía privada (hecha lícita y posi-

ble por la misma determinación), se debería concluir que la administración queda libre de celebrar o no, sin que el particular pueda obligarla. Más bien, podría presentarse un eventual problema de responsabilidad precontractual de la administración pública, en el caso de que subsistieran los elementos.

Contrariamente, si se considera que también la conclusión del acuerdo (después de la determinación preliminar) constituya el ejercicio de un poder, entonces es necesario preguntarse si la determinación favorable reclame una complementación y, por lo tanto, dé lugar a una situación comparable a la obligación de proveer, coercible con una acción —si no al menos declarativa— propuesta al juez administrativo (y eventualmente seguida por el juicio de *ottemperanza*).

Semejante tesis podría ser valorada por el hecho de que, en el despliegue del poder público, no se considera admisible el contradictorio, y que la falta de celebración del acuerdo, después de la favorable determinación preliminar, se pondría efectivamente bajo dicha luz (de contradictorio).

Se trata de problemas que, a cuanto consta, la jurisprudencia todavía no ha enfrentado (solamente en un caso que se verificó antes que la Ley 15/2005 previera la determinación preliminar, parece haber sido considerada implícita la admisibilidad de una acción dirigida a hacer acertar en juicio la ilegalidad del comportamiento de una administración que retarda en la fase de formación de un posible acuerdo; véase Tar Lombardia, Sez. II, 27-5-2005, n. 1095).

e) Otro punto sobre el cual reflexionar es el de la impugnación del acuerdo.

Para la parte que lo ha concluido es difícil imaginar una impugnación basada en motivos diversos de aquellos que en el derecho privado de los contratos dan lugar a la anulación (en particular el error) o a la nulidad (por ejemplo, el contraste con normas imperativas).

Si el acuerdo es concebido como un acto de autonomía privada, esta solución aparece de todo saldada.

Pero si también el acuerdo fuera entendido como una fracción del ejercicio de un poder público, no debería existir espacio para su impugnación, por obra del particular, fundada en vicios del acto administrativo, como por ejemplo, sobre la contradictoriedad con la determinación preliminar o sobre la invalidez derivada de aquella que aflige la misma determinación. Esto, porque el particular, al suscribir el acuerdo, en todo caso habría prestado consentimiento respecto a aquellos tipos de vicios (en este sentido, parece orientado el Tar Lombardia, Sez. II, 27-5-2005, n. 784).

Otro problema es el de una eventual impugnación del acuerdo por parte de terceros.

El acuerdo que determina el contenido de la resolución final no debería ser directamente impugnable por parte de terceros, por los siguientes motivos:

1. Porque no se puede oponer a ellos, si se lo considera negociable;

2. Porque en todo caso es endoprocudimental, si se lo considera que se remonta a un momento del ejercicio del poder.

Sin embargo, en esta segunda perspectiva, el acuerdo debería ser eventualmente impugnado al finalizar el procedimiento, junto con el acto final (y eventualmente con la determinación preliminar).

Podrían imaginarse eventuales reclamos acerca el contenido de un acto final correspondiente a la determinación preliminar y al acuerdo, o de un acto final correspondiente al acuerdo, el cual se haya (ilegítimamente) separado de la determinación preliminar (en sentido favorable a la parte del particular).

En los dos casos, los vicios del acuerdo, entendido como momento de ejercicio del poder público, serían aquellos típicos del acto administrativo.

En cambio, el acuerdo sustitutivo de la resolución tiene, sin duda, un régimen asimilable al de la misma resolución (tanto que, por ejemplo, está sujeto a los mismos controles previstos para aquellos, según cuanto dispone el artículo 11, apartado 3, de la Ley 241/1990), ni podría ser de otro modo. De manera que hay válidas razones para considerarlo inmediatamente impugnable por terceros, en la parte de la resolución sustituida.

f) Por último, queda por ponderar la hipótesis de la administración que concluye un acuerdo con un particular, sobre el contenido de un acto emanado, pero luego no lo respeta y adopta un acto con un contenido diferente.

En este caso, el acto, en cuanto tal, es sin duda el acto impugnable sobre la base del catálogo de las ilegalidades características del poder administrativo; en particular, por violación del artículo 11 Ley 241/1990 y por ser contradictorio con el acuerdo (véase, Cons. St., n. 2636/2002).

La acción anuladora, si es aceptada, hace volver a expandir la obligación de proveer, y, por lo tanto, obliga a la administración a hacer un nuevo acto final, que tenga en consideración la decisión jurisdiccional y, por lo tanto, también del acuerdo.

Esto pone el ulterior problema de la administración que, después de haber hecho el acuerdo, no adopta la resolución conforme a lo acordado. En dicho caso, la parte puede actuar para la verificación de la obligación de proveer (Cons. St., n. 2636/2002).

Además, si el acuerdo ha consumido completamente la discrecionalidad de la administración pública, el interesado debería poder pedir que el juez verifique también el fundamento de su pretensión para obtener el acto (artículo 2, apartado 5, Ley 241/1990) y/o el resarcimiento del daño en forma

específica y obtener de este modo que el juez condene a la parte pública a adoptar un acto con un contenido conforme a lo acordado (artículo 7, Ley 1034/1971).

Queda, entonces, la posibilidad de resarcir los daños ulteriores, como puede ser el retardo.

Se podría pensar que la administración, frente a los reclamos y a las pretensiones del particular, se defiende aseverando haber desistido por lo implícito del acuerdo, por causa de eventos imprevistos que han cambiado su evaluación del interés público, y, por lo tanto, se limite a ofrecer la indemnización prevista por la ley en el caso de desistimiento.

Sin embargo, una defensa similar es considerada inadmisibles por la doctrina, que estima necesario un acto expreso e inequívoco de desistimiento, ante la falta del cual simplemente se tiene un incumplimiento.

Si se acogiera la tesis que considera el desistimiento en clave pública, un argumento en sostén del asunto sería aquel según el cual el pretendido desistimiento implícito, en cuanto carente de toda motivación, sería nulo, y por lo tanto improductivo de efectos por carencia de un elemento esencial (exartículo 21-*septies*, Ley 241/1990), puesto que, como parecería, la motivación del acto administrativo vaya considerada su elemento esencial.

h) Por último, es necesario encargarse brevemente de un ulterior aspecto de los posibles conflictos entre administración y particulares respecto a un acuerdo administrativo.

Para liberarse del acuerdo, a pesar de la ausencia de hechos eventuales, la administración podría pensar en ejercer su propio poder de autotutela sobre la determinación preliminar: revocándola, por una nueva y diversa evaluación acerca de su oportunidad, o anulándola de oficio, en el caso en el cual se lograra reconocer algún vicio de legalidad.

Podría entonces sostenerse que, una vez eliminada *ex post* la determinación preliminar, el acuerdo queda caducado o, en todo caso, privado de su requisito de validez.

Si así fuera, el acuerdo correría el riesgo de dejar de ser atractivo y confiable para los particulares y, en sustancia, su razón de ser.

Pero existen posibles argumentos para negar la admisibilidad de medidas de autotutela sobre la determinación preliminar, después que el acuerdo ha sido celebrado, ya evidenciados por la doctrina.

La revocatoria solamente es consentida frente a resoluciones «con eficacia durable» y significa la consecuencia que ellos se conviertan en no idóneos «para producir efectos posteriores» (así el artículo 21-*quinques*, Ley 241/1990).

La determinación preliminar puede ser entendida como acto con eficacia instantánea —y en cambio no durable— dado que tiene simplemente el efecto de hacer negociable el poder de la administración; además, después que el acuerdo ha sido celebrado, ella no produce algún efecto ulterior, como tal susceptible de decaer por efecto de la revocatoria.

De donde tenemos buenas razones para sostener la irrevocabilidad de la determinación preliminar.

La anulación de oficio, en cambio, está permitida solo «si subsisten las razones de interés público, dentro de un plazo razonable y teniendo en consideración los intereses de los destinatarios y de los contra-interesados» (artículo 21-*novies*, Ley 241/1990).

En este caso se debe adaptar el interés público al re-establecimiento de la legalidad con el de la tutela de la confianza del particular.

La tutela de la confianza, recobrada por el interesado sobre los actos de la administración, es además un principio general de la actividad administrativa, en cuanto principio de derecho comunitario, que de conformidad con el artículo 1, apartado 1, Ley 241/1990, es directamente obligatorio también en el ordenamiento italiano. Y en el derecho comunitario el principio es entendido de un modo riguroso, tanto que el interesado en buena fe, al cual haya sido comunicado un acto ilegítimo, puede ostentar desde el momento de la comunicación, y por lo tanto desde el conocimiento de aquel acto, una merecida confianza de tutela, con preponderancia sobre el interés al restablecimiento de la legalidad (véase la sentencia de la Corte de Justicia de las Comunidades europeas del 17 de abril 1997, C-90/95).

En esta óptica, se puede considerar que, también gracias a la influencia del ordenamiento comunitario —a nivel de principios— sobre el italiano, la tutela de la confianza de la parte privada del acuerdo debe prevalecer, y por lo tanto impida la anulación de oficio de la disposición preliminar, después que el mismo acuerdo ha sido estipulado.

Podría, tal vez, llegarse a diferentes conclusiones si existiera la participación también de contrainteresados, mercedores de una protección no necesariamente inferior respecto a la que se reconoce en la confianza del particular que hace parte del acuerdo.

## VIII. LOS ACUERDOS ENTRE ADMINISTRACIONES PÚBLICAS

a) Por último, merece una mención el artículo 15 de la Ley 241/1990, en el cual está previsto que «las administraciones públicas siempre pueden concluir entre ellas acuerdos para regular el ejecución en colaboración de

actividades de interés común». Se trata, en este caso, de acuerdos entre administraciones que asumen por objeto las modalidades de ejecución de actividades administrativas —por lo tanto también el ejercicio de poderes— de interés común a las partes.

Un ejemplo aplicativo puede ser aquel que encontramos en la práctica de algunos municipios pequeños, que a través de un acuerdo constituyen y regulan un cuerpo único “compartido” de policía municipal.

Siempre según el artículo 15, «para dichos acuerdos se observan, en cuanto aplicables, las normas previstas por el artículo 11, apartados 2, 3 y 5»; en la práctica, vale entonces la misma normativa anteriormente señalada con atención a los acuerdos entre administraciones y particulares; todavía, no siendo citado el apartado 4, se presenta el problema de si subsiste el derecho de desistimiento ante el caso de razones imprevistas de interés público.

En efecto, la falta de evocación de la regla, en el artículo 15, se presenta bastante enigmática.

En un caso, la jurisprudencia administrativa ha considerado que el acuerdo tenga naturaleza privada y, por lo tanto, el desistimiento no sea permitido si no ha sido expresamente pactado (Tar Lombardia, Milano, Sez. I, 8-11-2004, n. 5620). Dicha posición no es compartida por otras decisiones también recientes (Tar Lazio, n. 1654/2006, citada; Tar Marche, n. 1015/2003, citada).

b) Una particular especie de acuerdos entre sujetos públicos, que tienen por objeto el ejercicio de funciones, está dada por los denominados “acuerdos de programa”, previstos y regulados por el artículo 34 del TUEL, «para la definición y la actuación de obras, de intervenciones o de programas de intervención o de programas que requieren, para su completa realización, la acción integrada y coordinada de municipios, provincias y regiones, administraciones estatales y otros sujetos públicos, o en todo caso de dos o más entre los antedichos sujetos».

La misma norma prevé, entre otras cosas, un colegio de vigilancia sobre la ejecución del acuerdo, así como la posibilidad de intervenciones sustitutivas por otros sujetos ante eventuales incumplimientos por parte de los sujetos participantes y procedimientos de arbitraje para la solución de controversias.

Una ulterior especie de acuerdos entre sujetos públicos, eventualmente también con la adhesión de sujetos privados, está prevista por otras normas (Ley 662/1997, artículo 2, apartado 203), en particular para la promoción del desarrollo económico integrado en determinadas partes del territorio.

De tal manera, se deciden contextualmente intervenciones diferentes, referidas a una única finalidad de desarrollo, que requieren una evaluación total y una coordinación o una sintonización de las actividades de competencia de las diferentes partes (públicas y privadas) del acuerdo.

Por ejemplo, puede tratarse de acuerdos en los cuales el Estado o una región se compromete a poner a disposición fondos públicos; las empresas privadas a establecer o desarrollar determinadas actividades productivas compartidas por los entes locales y estos últimos para introducir las necesarias adaptaciones a sus propios planos urbanísticos, a expedir las necesarias autorizaciones y para realizar las obras e infraestructuras públicas útiles para el antedicho desarrollo (como carreteras, inter-puertos, alcantarillado y depuradores, etcétera).

## IX. BIBLIOGRAFÍA

- BASSI, F., "Autorità e consenso", *Riv. Trim. Dir. Pubbl.*, 1992.
- BERTI, G., "Dall'unilateralità alla consensualità nell'azione amministrativa", en AA.VV., *L'accordo nell'azione amministrativa*, Roma, Quaderni Formez, 1998.
- BRUTI LIBERATI, E., *Consenso e funzione nei contratti di diritto pubblico*, Milano, Giuffrè, 1996.
- CIVITARESE MATTEUCCI, S., *Contributo allo studio del principio contrattuale nell'attività amministrativa*, Torino, Giappichelli, 1997.
- GULLO, F., *Provvedimento e contratto nelle concessioni amministrative*, Padova, CEDAM, 1965.
- FALCON, G., *Le convenzioni pubblicistiche*, Milano, 1984.
- , "Convenzioni e accordi amministrativi", *Enc. Giur. Treccani*, IX, Roma, 1988.
- FERRARA, R., *Gli accordi tra privati e pubblica amministrazione*, Milano, Giuffrè, 1985.
- , "La pubblica amministrazione tra autorità e consenso: dalla specialità amministrativa a un diritto amministrativo di garanzia?", *Dir. Amm.*, 1997.
- FOLLIERI, E., "Gli accordi fra privati e pubblica amministrazione nella legge 7 agosto 1990 n. 241", en BARBAGALLO, G. et al., (cur.), *Gli accordi tra privati e pubblica amministrazione e la disciplina generale del contratto*, Napoli, ESI, 1995.
- GIACCHETTI, S., "Gli accordi dell'art. 11 della legge n. 241 del 1990 tra realtà virtuale e realtà reale", *Dir. Proc. Amm.*, 1997.
- LEDDA, F., "Dall'autorità al consenso nel diritto dell'amministrazione pubblica", *Foro Amm.*, 1997.



- , *Il problema del contratto nel diritto amministrativo*, Torino, Giappichelli, 1962.
- , “Nuove note sugli accordi ‘di diritto pubblico’ e su alcuni temi contigui”, *Giur. It.*, 1998.
- , “Appunti per uno studio sugli accordi preparatori di provvedimenti amministrativi”, *Dir. Amm.*, 1996.
- MASUCCI, A., *Trasformazione dell’amministrazione e moduli convenzionali. Il contratto di diritto pubblico*, Napoli, Jovene, 1988.
- NIGRO, M., “Conclusioni”, *Atti del Convegno “L’accordo nell’azione amministrativa”*, Roma, Quaderni Formez, 1988.
- PASTORI, G., “L’amministrazione per accordi nella recente progettazione legislativa”, en AA.VV, *Il procedimento amministrativo fra riforme legislative e trasformazioni dell’amministrazione*, Milano, Giuffrè, 1990.
- PORTALURI, P. L., *Potere amministrativo e procedimenti consensuali. Studi sui rapporti a collaborazione necessaria*, Milano, Giuffrè, 1998.
- SALA, G., “Accordi sul contenuto discrezionale del provvedimento”, *Dir. Proc. Amm.*, 1993.
- STICCHI DAMIANI, E., *Attività amministrativa consensuale e accordi di programma*, Milano, Giuffrè, 1992.