

miento de ejecución colectiva, no lo es menos que se proyecta sobre todo el ámbito jurídico-privado. De otro lado, porque demuestra el rigor científico, metodológico y expositivo del autor, quien no se conforma con las explicaciones tradicionales arraigadas en meras expresiones de técnica legislativa, sino que aborda el problema desde su fundamentación histórico-concursal, económica y funcional. En suma, se trata de una monografía cuya lectura resulta sumamente recomendable a todo estudioso de la quiebra, en particular, y de las instituciones jurídico-privadas en general.

VICENTE GOZALO LÓPEZ
UNIVERSIDAD DE CANTABRIA

VELASCO CABALLERO, Francisco: «Las cláusulas accesorias del acto administrativo», ed. Tecnos, Madrid, 1996, págs. 354.

Relata R. Von Jhering, en una demoledoramente irónica carta, de las publicadas de forma anónima en la *Deutsche Gerichtszeitung* entre 1860 y 1866, una de las dos experiencias vitales que, según él, le llevaron a romper para siempre «las cadenas de la teoría», a despertar de su sueño dogmático en «el cielo de los conceptos jurídicos», para pasar a empeñarse, desde entonces, en el cultivo de una jurisprudencia pragmática (1).

Prestando sus servicios en un juzgado, cuyo titular estaba de viaje, el insigne jurista, llevado de su fe ciega en la doctrina de la posesión de Savigny, exigió a un campesino, que había formulado demanda de interdicto frente a un vecino, que probara que su posesión era de derecho, o sea, que tenía *animus domini*. Al parecer, por error, no se había planteado el *summarissimum*, sino el *possessorium ordinarium*. No viene al caso detallar por qué vía el campesino había adquirido la posesión que le arrebató su vecino. El hecho es que, si hay que atender a sus propias confesiones, la injusticia cometida en aquel supuesto —naturalmente, no pudo probarse el *animus domini*, y la demanda interdictal fue desestimada— alejó a Jhering del camino brillantemente emprendido en el círculo metódico de la jurisprudencia de conceptos, al estilo de Puchta (2). A partir de entonces, el polémico jurista

(1) Este relato, junto con el otro, no menos ingenioso (ambos constituyen una verdadera sátira) se contienen en R. VON JHERING: *Bromas y veras en la Ciencia jurídica* (traducción concordada con la 13.ª ed. alemana, Leipzig, 1924), Madrid, 1987, págs. 75 a 82; de ahí procede la conocida frase del autor, según la cual «es preciso haber perdido toda fe en la teoría para poder servirse de ella sin peligro» (pág. 75).

(2) Es ya un tópico atribuir a Georg Friedrich PUCHTA la fundación del método de la jurisprudencia de conceptos, por la vía de la «genealogía de los conceptos» (vid. KARL LARENZ: *Metodología de la Ciencia del Derecho* —traducción de la 4.ª ed. alemana, Berlín-Heidelberg, 1979—, Barcelona, 1994, págs. 39 a 44), lo que, quizás, ha pesado sobre su obra de forma algo exagerada, casi caricaturesca, visión que, según parece, está siendo corregida en los últimos años: Ulrich FALK, en Michael STOLLEIS (dir.): *Juristen. Ein biographisches Lexikon*, Munich, 1995, pág. 503. Sobre la jurisprudencia de conceptos y la aplicación de este método a la teoría de los derechos fundamentales, que se ha producido por la pretensión de sobreponer a los mismos el concepto de «garantía institucional», vid. GALLEGO ANABITARTE: *Derechos fundamentales y garantías institucionales: análisis doctrinal y jurisprudencial*, Madrid, 1994, en especial, págs. 63 y ss., 92 y ss., 257.

inició, como se sabe, una segunda etapa, inconclusa y, metodológicamente, quizás, criticable. Pero también es conocido que ese *segundo Jhering* fue punto de partida —a través, fundamentalmente, de Philipp Heck— de la denominada jurisprudencia de intereses, a la que hay que reconocer, al menos, el mérito práctico de haber liberado la aplicación del Derecho de rígidos esquemas anteriores, abriendo espacio a una más flexible ponderación y valoración de los intereses en juego en cada caso (3).

He traído a colación esta anécdota porque el lector que hojeara la obra de Francisco Velasco Caballero, que es aquí objeto de comentario, y leyera en el índice los capítulos y apartados dedicados al «negocio jurídico en Derecho Público», la condición, el término y el modo, el concepto de cláusulas *iuris*, etc., podría recibir la equivocada impresión de que el estudio se desenvuelve en ese plano, hoy tan desacreditado, de la «construcción» a partir de conceptos. La lectura del libro pone de manifiesto lo contrario: hay, eso sí, solidez dogmática; pero, junto a ello, un patente desapego del método típico de la *Begriffsjurisprudenz*, explicitado por la permanente referencia a valores y principios constitucionales (legalidad, proporcionalidad, seguridad jurídica, etc.), cuya ponderación constituye el verdadero punto de arranque para la obtención de conclusiones.

Un buen ejemplo puede ofrecerse para probarlo: a la hora de examinar los límites a la inclusión o modificación posterior de cláusulas accesorias por modificación normativa sobrevenida (vgr., exigencia a una sala de cine, en funcionamiento en virtud de licencia ya concedida, de una reducción del aforo o de la instalación de medidas adicionales de seguridad, como consecuencia de la nueva regulación de un reglamento u ordenanza), propone el autor sustituir el principio de irretroactividad de las normas por el de protección de la confianza legítima (págs. 281 a 285). «El principio de protección de la confianza legítima no funciona con el automatismo y apriorismo del de irretroactividad, sino ponderadamente» (pág. 281). En efecto, se evita entrar al espinoso juego del principio de irretroactividad, que se basa en conceptos abstractos (tiempo y Derecho, situaciones consolidadas, *iura quaesita*...) y decide, en este ámbito, exclusivamente, sobre si hay o no que indemnizar; para echar mano del más productivo principio de protección de la confianza, que, además de valorar si, en cada caso concreto, la confianza es digna de protección, en ponderación con los intereses públicos concurrentes, enriquece las posibles vías de composición del conflicto, pues, junto a la indemnización, «la protección de la confianza legítima queda también garantizada *con plazos de adaptación* o *ayudas*, a fin de que el cambio normativo sea compatible con la garantía de la confianza del particular» (pág. 283). Esto es sólo un botón de muestra.

El estudio de Velasco Caballero, por lo demás, viene a colmar una laguna en la literatura jurídica española, al menos, como monografía. Según creo, el estudio más detallado hasta ahora existente entre nosotros de las cláusulas accesorias del acto administrativo se debe a Alfredo Gallego Anabitarte (4),

(3) *Vid.*, sobre todo ello, LARENZ: *op. cit.*, págs. 65 a 81.

(4) *Vid.*, especialmente, *La acción concertada: nuevas y viejas técnicas de la Administración. Contribución a la distinción entre la resolución y el acto administrativo*, Libro homenaje al Profesor Juan GALVAÑ ESCUTIA, Universidad de Valencia, Facultad de Derecho, 1980, págs. 191 y ss.; con Ana DE MARCOS FERNÁNDEZ: *Derecho Administrativo I. Materiales*, Madrid, 1990 (hay ed. posterior), págs. 342 y ss.; *Concesiones de aguas continentales*, en Dominio público: Aguas y Costas, Consejo General del Poder Judicial, Madrid, 1993, págs. 37 y ss.

con cuyas tesis el autor establece un «estrecho diálogo» (en palabras del propio Gallego, pág. 19), aunque las conclusiones a que llegan ambos no siempre coinciden.

La obra está prologada, precisamente, por el Prof. Gallego. De sus *Apostillas* quiero hacer referencia sólo a dos ideas. Por una parte, en este prólogo, Gallego Anabitarte revisa parcialmente la distinción entre *revocación* y *caducidad* del acto administrativo que había sostenido hasta ahora (5). En su opinión, habría que reservar el término caducidad para la extinción de los efectos del acto administrativo por transcurso del término o por cumplimiento de una condición resolutoria. Aquí hay un cierto automatismo. Para el resto de los supuestos (alteración de circunstancias, adecuación a nueva normativa, incumplimiento de modos o condiciones del acto) puede hablarse de revocación. Aquí hay apreciación y decisión de la Administración (pág. 28). Por otra parte, se hacen unas interesantes consideraciones sobre si la caducidad del acto es o no sanción en sentido técnico (págs. 23 a 26).

La obra se divide en tres partes. La primera trata las *bases conceptuales*: el concepto de cláusula accesoria, término, condición, modo, reserva de revocación y modificación, etc. La segunda está dedicada al estudio de la *admisibilidad de las cláusulas accesorias en el Derecho público* a la luz de los principios constitucionales de legalidad, proporcionalidad, protección de la confianza, etc. Y, por último, se realiza un análisis de los aspectos del *procedimiento y proceso* administrativos que afectan a las cláusulas accesorias.

Es sabido que la teoría de las cláusulas accesorias del acto administrativo está básicamente importada de la doctrina del negocio jurídico, lo que se explica porque, históricamente, se ha pretendido construir el acto administrativo como negocio jurídico de Derecho público. A esta cuestión dedica el autor, en primer lugar, su atención, para dirigir una fundada crítica a la negocialización del acto administrativo (págs. 50 a 54). No obstante, no es ilegítimo servirse de aquello que sea útil: a pesar de la dificultad del concepto de negocio jurídico para explicar el acto administrativo «no por ello (...) hay que prescindir sin más de una categoría que es *origen histórico y sustento teórico* del acto administrativo, en sentido técnico-jurídico. El acto administrativo no es negocio jurídico. Pero este último es el arquetipo del *acto jurídico*. Y de esta forma se puede establecer un lazo institucional entre acto administrativo, que también es acto jurídico, y negocio jurídico de Derecho privado» (pág. 54).

A continuación, se pasa a definir y caracterizar los distintos tipos de cláusulas y a explicar los efectos de las mismas. Bastará aquí con hacer sumaria referencia a alguna de las conclusiones a las que se llega en esta parte: la prórroga del plazo (de una concesión de dominio público, por ejemplo) por llegada del término final es un nuevo acto administrativo, por lo que se rige por las normas vigentes al solicitar la prórroga, no por las que regían el acto caducado (págs. 72 y 73); no es necesario entender el modo como acto de gravamen independiente del acto de favorecimiento para justificar la ejecución forzosa del mismo en caso de incumplimiento por el particular (págs. 129 y 130); la eventual indemnización que derive de la revocación de un acto administrativo que no crea un derecho subjetivo de contenido patrimonial, sino una si-

(5) *Vid.*, por ejemplo, *Derecho Administrativo...*, *cit.*, pág. 378.

tuación de confianza legítima en la permanencia del mismo (vgr., la licencia de actividad, que controla el ejercicio de un derecho de libertad: la libre empresa —art. 38 CE—) no se explica por la institución expropiatoria (art. 33 CE), sino por la de la responsabilidad de la Administración (art. 106.2 CE) (págs. 175 a 179).

La segunda parte del libro (cláusulas accesorias y principios constitucionales) tiene como punto de partida un arranque metodológico que se va consolidando cada vez más firmemente en el ámbito del Derecho público y que es explicitado gráficamente por Velasco Caballero: «Hasta el tema más secundario del Derecho Administrativo, como puede ser el de las cláusulas accesorias, reclama para sí la atención de todo el Derecho Público» (pág. 199). Esta parte se estructura en torno a los principios conforme a los cuales hay que juzgar la admisibilidad de la inclusión de cláusulas accesorias en el acto administrativo y, en su caso, la elección de un tipo u otro de cláusula; principios que no pueden ser otros que los derivados del más general del Estado de Derecho (legalidad, proporcionalidad, seguridad jurídica y sometimiento a los derechos fundamentales) y, complementariamente, también, del Estado social y del de descentralización-solidaridad. Interesante es, en este sentido, la *escala de cláusulas accesorias*, de más a menos gravosas, que presenta Velasco Caballero, al hilo de la exposición de las exigencias del principio de proporcionalidad. Sabido es que este principio impone en el ejercicio del poder público, entre otras cosas, la elección, de entre las varias medidas adecuadas a la consecución de un fin, de aquélla que menos sacrificio suponga para los ciudadanos (principio de intervención mínima). Pues bien, para orientar la elección por la Administración de una u otra cláusula, en el caso de que la norma no detalle si debe imponerse ésta o aquélla, propone el autor una escala que va desde la condición suspensiva (cláusula más gravosa) hasta el modo (cláusula menos gravosa). En el supuesto de que el mismo fin pudiera lograrse con la inclusión de varias cláusulas, la proporcionalidad exige imponer la menos gravosa, o sea, descender en la escala, hasta llegar, en su caso, a la elección del modo (págs. 238 a 242).

Discrepo, no obstante, de una consideración (realizada de forma ciertamente incidental) de Velasco Caballero en el capítulo dedicado al principio de legalidad. Para responder afirmativamente a la cuestión de si la Administración puede encontrar apoyo directo en la Constitución, sin mediación de norma de rango inferior, para incluir cláusulas accesorias en actos reglados, se enumeran algunos supuestos en los que la Administración puede «enjuiciar la labor del legislador, mejorar las leyes», eso sí, para reforzar la posición de la Constitución sobre la Ley. Y, en este contexto, se menciona una conocida tesis de García de Enterría, según la cual los jueces podrían amparar directamente un derecho fundamental, resolviendo el caso con inaplicación de una Ley que lo desconociera, y, más tarde, plantear la cuestión de inconstitucionalidad ante el Tribunal Constitucional (6). Esa misma facultad habría de extenderse a la otra instancia aplicadora de la Ley: la Administración (pág. 218). En mi opinión, esa facultad es extraña a nuestro sistema de

(6) Eduardo GARCÍA DE ENTERRÍA: *La Constitución como norma y el Tribunal Constitucional*, 3.ª ed., Madrid, 1983, págs. 77 a 79; con Tomás Ramón FERNÁNDEZ: *Curso de Derecho Administrativo I*, 4.ª ed., Madrid, 1983 (reimpresión, 1987), págs. 116 y 117.

justicia constitucional (7) y no la tienen ni los jueces (8) (*vid.* art. 35 LOTC), ni la Administración.

De la tercera parte de la obra, relativa a los aspectos procedimentales y procesales, me parece especialmente digna de mención la sugerente propuesta de utilizar las cláusulas accesorias como vía para lograr la coordinación entre Administraciones, lo que significa eficacia administrativa, y de simplificar las relaciones del ciudadano con el poder público, cuando una actividad que aquél pretende realizar está sometida a la obtención de títulos administrativos diversos (licencia, autorización, concesión...), que han de versar sobre distintos aspectos de la misma actividad, y que han de ser otorgados por Administraciones también distintas, en función de las competencias de cada una de ellas sobre dicho objeto (págs. 316 a 320).

Se trata de la *resolución administrativa con efectos concentrados* (*Konzentrationswirkung*): «La resolución que dicta un órgano concentra en sí los efectos de todos los demás actos (licencias, consentimiento, aprobaciones, autorizaciones, etc.) concurrentes sobre un mismo objeto material (*concentración formal*), para lo cual ese órgano que concentra en sí todos los controles debe aplicar todas las normas concurrentes sobre el mismo objeto (*concentración material*). El órgano inicialmente competente no queda absolutamente desplazado del procedimiento de decisión, sino que actúa en éste mediante *informe* (vinculante o no vinculante), *proponiendo o imponiendo cláusulas accesorias que salven su competencia*» (pág. 317). Hay ya de ello algunos ejemplos en nuestro Derecho, así como apoyos normativos de carácter general (vgr. art. 62 LRBRL) (págs. 318 y 319).

Es, pues, ésta una obra sólida en la literatura iuspublicista española que, además, incorpora copioso material bibliográfico procedente del Derecho privado y del Derecho alemán. Ninguna de las dos cosas puede extrañar; a lo primero ya se ha hecho referencia; y la doctrina alemana es, posiblemente, la que más se ha dedicado a esta cuestión, sobre todo en los últimos años, desde que las cláusulas accesorias del acto tienen una regulación positiva expresa en la Ley de Procedimiento Administrativo.

JOSÉ MARÍA RODRÍGUEZ DE SANTIAGO
UNIVERSIDAD AUTÓNOMA DE MADRID

(7) Esta construcción -inaplicación de la Ley por el Juez ordinario, por vulnerar un derecho fundamental; control difuso de la constitucionalidad de las Leyes, que puede llegar a resultados prácticos parecidos al del monopolio por un único Tribunal Constitucional, en virtud del *stare decisis*- es, como se sabe, propia del sistema constitucional americano, donde la formuló conscientemente, por primera vez, el Juez John MARSHALL. *Vid.* Bernard SCHWARTZ: *Los diez mejores Jueces de la Historia norteamericana*, 1.ª ed. española, Madrid, 1980, pág. 22. Sobre el sistema americano de *judicial review* sobre la legislación, bastante crítico, Karl LOEWENSTEIN: *Teoría de la Constitución*, 4.ª reimpresión de la 2.ª ed. española, Barcelona, 1986, págs. 308 y ss.

(8) En contra de la tesis de GARCÍA DE ENTERRÍA, Ignacio DE OTTO: *Derecho Constitucional. Sistema de fuentes*, 2.ª ed., Barcelona, 1988, págs. 148 y 149.