

**LUIS MEDINA ALCOZ***Doctor en Derecho**L. Medina Alcoz*

Este trabajo ha sido seleccionado y ha obtenido el **1.º Premio Estudios Financieros 2005** en la Modalidad de **DERECHO ADMINISTRATIVO**.

El Jurado ha estado compuesto por: don Joaquín BORRELL MESTRES, don Joaquín FERRER JACAS, don Tomás FONT LLOVET, don Alfredo GALÁN GALÁN, doña María Jesús MONTORO CHINER y don Joaquín TORNOS MAS.

Los trabajos se presentan con seudónimo y la selección se efectúa garantizando el anonimato de los autores.

**Extracto:**

**LA** relación jurídica que, formalizada en el procedimiento administrativo, liga al interesado con la Administración presenta importantes diferencias a la vez que notables analogías con la relación precontractual. En la primera, gobierna el principio de legalidad y en la segunda el de la autonomía de la voluntad. En una, el sujeto (jurídico-público) está obligado a resolver el procedimiento administrativo ajustándose al ordenamiento; y en la otra, la persona (jurídico-privada) disfruta de una libertad plena para abandonar en cualquier momento la negociación. Pero, en ambas, el sujeto está obligado a conducirse con arreglo al principio de la buena fe (o confianza legítima), aunque no a prestar a la otra una determinada ventaja, bien porque es libre para decidir si contrata o no (y la circunstancia de que haya entrado en negociaciones no le constriñe a pactar), bien porque únicamente está obligado a dictar una resolución

.../...

.../...

ajustada a Derecho, por lo que sólo hay un deber de satisfacer un interés particular, si es lo que procede *secundum ius*. Pues bien, de la misma manera que en la relación precontractual, en la administrativa «predecisional», falta ese deber prestacional y existe ese otro, cuyo incumplimiento puede generar responsabilidad: el de conducirse con arreglo a las exigencias de la buena fe y, en particular, el de mantener una actitud coherente mientras subsista la relación. De ahí que la responsabilidad precontractual haya suministrado sólo un modelo y no la exclusividad de una categoría: la responsabilidad por (quebrantamiento de la) confianza. Así, en el marco del procedimiento administrativo, puede presentarse esta modalidad de responsabilidad cuando el ciudadano albergaba una confianza en la obtención de una resolución favorable fundada en decisiones precedentes incorrectas o declaraciones equivocadas –emitidas en promesas, informaciones tributarias o urbanísticas, convenios de Derecho Público o baremos de jerarquización de candidatos–, que resultó defraudada por el acto denegatorio que, en su momento, la Administración se vio forzada a adoptar por imperativo del principio de legalidad, que le obligaba a separarse de las falsedades o irregularidades contenidas en aquellos instrumentos. También puede incurrir en esta responsabilidad cuando el administrado confiaba no ya, como en el caso anterior, en la consecución de un acto administrativo favorable, sino en el mantenimiento de otro ya adoptado, y la autoridad competente (judicial o administrativa) revisa su validez, anulándolo por sufrir algún vicio o defecto.

## Sumario:

- I. Consideraciones previas y metodológicas.
  1. La necesidad de una reflexión dogmática en torno a la responsabilidad por confianza en el procedimiento administrativo.
  2. La responsabilidad por confianza en las negociaciones contractuales y la responsabilidad por confianza en el procedimiento administrativo: su identidad estructural.
- II. El deber de coherencia y no contradicción: una imposición derivada del principio general de la buena fe.

### III. Los efectos del incumplimiento del deber de coherencia.

1. El quebrantamiento del deber de coherencia en la etapa *in contrahendo* y sus efectos estrictamente resarcitorios.
2. La conculcación del deber de coherencia en el procedimiento administrativo y sus efectos estrictamente resarcitorios.

### IV. Las confianzas tutelables: características y delimitación de supuestos.

1. Las confianzas defraudadas por conductas que, a la luz del estándar aplicable de coherencia, resultan contradictorias con otras anteriores.
2. Las confianzas depositadas en conductas que no tienen virtualidad obligatoria.
  - 2.1. Consideraciones generales.
  - 2.2. El incumplimiento de compromisos vinculantes: la inexistencia de responsabilidad por confianza.
  - 2.3. La defraudación de las expectativas engendradas por instrumentos que no pueden vincular porque no tienen naturaleza obligatoria o porque su contenido es erróneo o contrario a Derecho: el supuesto típico de responsabilidad por confianza.
  - 2.4. La separación de un precedente, de un baremo o de otras actuaciones administrativas con violación de la doctrina del agotamiento de la discrecionalidad, el principio de igualdad o el principio de interdicción de la arbitrariedad: la inexistencia de responsabilidad por confianza.
  - 2.5. La frustración de la confianza depositada en el precedente ilegal: un caso posible de responsabilidad por confianza.
  - 2.6. La desatención de un baremo equivocado de jerarquización de candidatos: otro supuesto posible de responsabilidad por confianza.

### V. El otorgamiento ilegal de un acto favorable y la protección de la confianza.

1. La declaración de nulidad del contrato: la hipótesis principal sobre la que Jhering construyó la teoría de la responsabilidad por confianza.
2. La declaración de nulidad del acto administrativo favorable: otra hipótesis posible de responsabilidad por confianza.
  - 2.1. La anulación judicial de actos favorables.
  - 2.2. La anulación administrativa de actos favorables.

## I. CONSIDERACIONES PREVIAS Y METODOLÓGICAS

### 1. La necesidad de una reflexión dogmática en torno a la responsabilidad por confianza en el procedimiento administrativo.

El estudioso, a la hora de abordar la cuestión de la responsabilidad por (el quebrantamiento de la) confianza en el procedimiento administrativo se encuentra con un problema considerable: no existe en la doctrina española un cuerpo dogmático amplio, firme y consolidado. Desde hace tiempo, los autores vienen realizando valiosísimas aportaciones en torno a los principios de buena fe y confianza legítima, pero no han prestado especial atención a las cuestiones resarcitorias que puede suscitar su conculcación.

Los trabajos de SAINZ MORENO <sup>1</sup> y GONZÁLEZ PÉREZ <sup>2</sup> constituyen un punto de partida insoslayable, pero no dedican un gran número de páginas al remedio indemnizatorio porque su objetivo es, en primer lugar, desmentir las tesis que predicán la inaplicabilidad del principio de la buena fe en las relaciones jurídico-administrativas y, en segundo lugar, informar acerca de la variada multitud de formas y manifestaciones con que esta norma de conducta se desenvuelve en nuestro Derecho administrativo (material y procesal), muchas de las cuales están por completo desconectadas de la responsabilidad patrimonial.

Igualmente importante es la obra de CASTILLO BLANCO <sup>3</sup>, la primera que ha tratado de explicar con solidez dogmática la operatividad del principio de (protección de) la confianza legítima, de raigambre germana y comunitaria, corrientemente utilizado por nuestra jurisprudencia a partir de los años ochenta del pasado siglo. Este autor realiza utilísimas precisiones en torno a las actuaciones administrativas con virtualidad defraudadora, pero no se afana en descubrir el marco teórico que, desde la óptica de la responsabilidad, las gobierna, pues el sentido de su estudio es otro: analizar la

<sup>1</sup> «La buena fe en las relaciones de la Administración con los administrados», *RAP*, núm. 89, 1979.

<sup>2</sup> *El principio general de la buena fe en el Derecho Administrativo*, 3.ª ed. ampl. act., Civitas, Madrid, 1999.

<sup>3</sup> *La protección de confianza en el Derecho Administrativo*, Pons, Madrid, 1998.

incidencia del principio de protección de la confianza legítima en la actividad reglamentaria de la Administración, legislativa de los Parlamentos y jurisdiccional de los Tribunales. Es verdad que trata, además, el juego de este principio en el procedimiento administrativo, pero limita la mayor parte de sus consideraciones, y esto es una tendencia muy generalizada en la doctrina española, a un tipo concreto de actividad, la revisión de oficio de la legalidad de los actos administrativos.

Mención especial merecen las tesis doctorales, relativas al principio de confianza, elaboradas por GARCÍA LUENGO <sup>4</sup> y CENTENO GONZÁLEZ <sup>5</sup>, de reciente lectura en las Universidades de Oviedo y Bolonia, respectivamente.

La primera constituye, como señala el prologuista —el profesor BOCANEGRA SIERRA <sup>6</sup>—, un libro de dogmática jurídica edificado sobre profundos conocimientos que obliga a quien discrepe a manejar con soltura, como el autor, el denso cuerpo doctrinal que soporta la construcción y el uso del principio. No obstante la indiscutible calidad de la obra, la propia definición brindada a la confianza legítima (principio derivado de la garantía constitucional de la seguridad jurídica) y, sobre todo, los efectos «propios y consubstanciales» que se anudan a su quebrantamiento (el mantenimiento del acto generador de la confianza) obligan al autor a desatender las consecuencias resarcitorias que, en ámbitos distintos del correspondiente a la revisión de actos, acarrea la defraudación de las expectativas generadas por la Administración. En cualquier caso, el trabajo ofrece unas buenas bases dogmáticas para esos otros supuestos. Por lo demás, y como después se verá, las diferencias que separan los planteamientos de este autor con los sostenidos en esta investigación son principalmente de *nomen* y no de *substantia*.

Por su parte, el trabajo, desgraciadamente inédito, de CENTENO GONZÁLEZ es extremadamente interesante porque se dirige, básicamente, a demostrar que, con la incorporación del principio de protección de la confianza en nuestro ordenamiento, no sólo no se ha aportado nada sustancialmente nuevo, sino que, además, se ha incrementado considerablemente la confusión en torno a los criterios aplicativos que el principio general de la buena fe ya tenía por su (necesaria) flexibilidad. Hay que destacar, por otra parte, que dedica todo un capítulo a la responsabilidad patrimonial que, desde la perspectiva del autor, constituye el único efecto que puede desencadenar la conculcación del principio de la confianza legítima. A mi juicio, su obra sólo contradice aparentemente el planteamiento de GARCÍA LUENGO y, aunque analiza el perfil indemnizatorio de la confianza, no profundiza, al igual que éste, en la concreta problemática que plantea en el marco del procedimiento.

Además de éstos, otros autores han proporcionado elementos aprovechables, pero dispersos en trabajos sobre la doctrina de los actos propios, la ética institucional, el precedente administrativo, las consultas urbanísticas, las informaciones tributarias o la anulación judicial o administrativa de resoluciones favorables. De ellos se dará cuenta en su momento.

<sup>4</sup> *El principio de protección de la confianza en el Derecho Administrativo*, Civitas, Madrid, 2002.

<sup>5</sup> *Il principio comunitario della tutela del legittimo affidamento*, tesis doctoral Univ. Bolonia, 2003, inédita.

<sup>6</sup> Prólogo a J. GARCÍA LUENGO, *El principio...*, cit., pág. 21.

Falta, pues, un análisis orgánico de la cuestión y esto explica, en mi opinión, la existencia de las más variadas respuestas jurisprudenciales a multitud de preguntas, algunas de gran trascendencia: ¿Cómo se diferencian las confianzas tutelables de las meras especulaciones o deseos? ¿La frustración de la esperanza de obtener la subvención o la licencia solicitada da derecho al aspirante a su recibimiento? ¿Puede aquél invocar su frustración para obtener la cantidad que le habría reportado la consecución de la ventaja legalmente denegada o la que habría generado una actividad distinta cuya explotación fue descartada en la esperanza (fundada) de recibir la subvención, el permiso o la autorización solicitada? Las actuaciones que tienen la virtualidad de agotar la discrecionalidad, ¿plantean una cuestión de responsabilidad por confianza? ¿Y los precedentes? ¿Y los precedentes ilegales? ¿Y los baremos de jerarquización de candidatos? ¿Y los instrumentos administrativos vinculantes (algunos convenios de Derecho público, promesas, cédulas urbanísticas y tributarias)? ¿Y los no vinculantes? ¿Cuál es el fundamento de la responsabilidad por anulación en la vía judicial o en la administrativa de la licencia o la autorización ilegalmente otorgada? ¿Qué daños han de indemnizarse en este caso? En procedimientos de revisión, ¿da la frustración de la esperanza en el mantenimiento del acto ilegal al interesado un derecho a la anulación del acto revisor y al restablecimiento del revisado?

Son importantes preguntas, algunas de las cuales no admiten respuestas vacilantes porque necesitan soluciones certeras (está en juego el principio de legalidad y, por ende, uno de los pilares del Estado de Derecho) que se apoyen en un marco dogmático más firme que el existente en la actualidad. Pese a la inseguridad con que se mueve la jurisprudencia en este ámbito, la situación no es del todo alarmante. A mi juicio, y pese a la existencia de un buen número de contradicciones, las soluciones brindadas han sido, la mayor parte de las veces, sensatas y acomodadas a ese marco teórico parcialmente inexplicado. De lo que se trata, por tanto, es de descubrir ese marco teórico que gobierna la responsabilidad patrimonial de la Administración en una variedad de supuestos en los que, sin excesivo perfeccionamiento técnico, la doctrina y la jurisprudencia reconocen, con mayor o menor facilidad, la pertinencia del resarcimiento.

## **2. La responsabilidad por confianza en las negociaciones contractuales y la responsabilidad por confianza en el procedimiento administrativo: su identidad estructural.**

Desde mi punto de vista, el cabal entendimiento de los mecanismos con que opera la responsabilidad por defraudación de la confianza en los procedimientos administrativos pasa por captar el sentido de aquéllos con los que se articula la responsabilidad por defraudación de la confianza en las relaciones precontractuales. No es que la ausencia de una elaboración propia obligue a claudicar ante el Derecho privado, renunciando a una genuina explicación basada en parámetros iuspublicistas. Es, sencillamente, que la responsabilidad por confianza responde, a mi juicio, a los mismos principios y reglas, independientemente de la naturaleza o tipo de relación jurídica en que surge. Y ocurre que la doctrina civil viene analizando cuidadosamente esos principios y reglas desde los tiempos en que JHERING descubriera la categoría <sup>7</sup>.

<sup>7</sup> «Culpa in contrahendo oder Schadenersatz bei nichtigen oder nicho zur Pefection gelangten Vertägen», en *Jahrbucher für die Dogmatik des heutigen römischen und deutschen Rechts*, t. 4, publicado por Gehlen, Berlin/Zurich, 1969, págs. 7-91.

Evidentemente, el contacto social inaugurado por quienes deciden entablar negociaciones para cerrar un posible contrato y la relación jurídica formalizada en el procedimiento presentan importantes diferencias: en la primera, gobierna el principio de la autonomía de la voluntad, y, en la segunda, el de legalidad; en una, el sujeto (jurídico-privado) disfruta de una libertad plena para abandonar en cualquier momento la negociación, y, en la otra, la persona (jurídico-pública) está obligada a resolver el procedimiento ajustándose al ordenamiento. Pero estas diferencias no ocultan que la posición jurídica que, respecto del otro sujeto implicado, ocupa cada parte negocial en la actuación *ante contractum* y la Administración en el procedimiento *ante actum* es, en realidad, bastante similar<sup>8</sup>. La primera tiene que actuar leal y correctamente durante la negociación, pero no tiene el deber de contratar. La segunda tiene que actuar leal y correctamente durante el procedimiento, pero no tiene el deber de adoptar la resolución que interesa al particular (salvo en los casos en que la única solución legalmente posible es la que le favorece).

Hay en ambos supuestos una «relación de confianza» (precontractual o «predecisional»<sup>9</sup>) en la que un sujeto está obligado a conducirse con arreglo al principio de la buena fe, pero no a prestar a la otra parte una determinada ventaja, bien porque es libre para decidir si contrata o no (y la circunstancia de que haya entrado en negociaciones no le constriñe a pactar), bien porque sólo está obligado a dictar una resolución ajustada a Derecho, por lo que sólo hay un deber de satisfacer el interés particular si procede *secundum ius*.

Pues bien, si las sedes en que se produce el daño a la confianza presentan este grado de afinidad, no puede extrañar que la mecánica de la responsabilidad funcione de similar manera en uno y otro caso. Imaginemos que la Administración hizo creer al interesado que le iba a proporcionar una subvención de 6.000 euros, que finalmente no concedió por no concurrir los presupuestos habilitantes. Pensemos que un particular hizo creer en balde a aquel con el que entabló negociaciones que iba a firmar un contrato que le obligaba a prestar la misma cantidad que en el caso anterior: ¿qué diferencias sustanciales separan ambas situaciones desde la óptica de la responsabilidad? A mi juicio ninguna. No es éste el lugar para explicar el razonamiento que conduce a tal conclusión, pero, por el momento, puede bastar con recordar las pautas de reflexión que, hace algunos años, apuntó el profesor Luis María Díez-PICAZO, subrayar algunas observaciones del administrativista alemán Fritz OSSENBÜHL al hilo de la explicación del principio de confianza legítima e invocar la autoridad del profesor Massimo Severo GIANNINI y la doctrina de los autores que le han seguido.

El constitucionalista español llevó a cabo un estudio sobre la doctrina del precedente administrativo, ocupándose, en particular, de los casos en que la Administración se separa de un precedente ilegal. Según decía, «la Administración ha creado una expectativa que luego se ve forzada a defraudar» porque tiene la obligación de apartarse del criterio incorrectamente aplicado con

<sup>8</sup> Utiliza estas elocuentes expresiones latinas *ante contractum* y *ante actum* G. BACOSI, *Dall'interesse legittimo al diritto condizionato*, present. G. Abbamonte, Giappichelli, Torino, 2003, pág. 67.

<sup>9</sup> G. BACOSI (*ibidem*, págs. 67, 132) se ha referido en este sentido a la responsabilidad *pre-contrattuale* y a la responsabilidad *pre-attizia* o *preprovvedimentale*.

anterioridad<sup>10</sup>. Lo interesante es que este autor apreciaba que ese comportamiento es contrario a la buena fe y que «guarda similitud con lo que en el Derecho privado se llama responsabilidad *in contrahendo*», que «es una forma de responsabilidad extracontractual por el interés negativo, es decir, por los daños causados por la no celebración del negocio o por la invalidez del mismo (daños a la confianza)». Pues bien, en la línea que estamos desarrollando (aunque fijándose sólo en la casuística que plantean los precedentes ilegales), señalaba que «quizá una solución similar fuera aplicable para los supuestos en cuestión en el ámbito del Derecho administrativo».

En este orden de ideas, el maestro alemán ha insistido en el paralelismo existente entre las relaciones de confianza (*Vertrauensverhältnis*) que se estudian en el ámbito del Derecho civil y en el del Derecho Administrativo; y en que esto permite comparar la manera en que uno y otro protegen la confianza en la obtención (o el mantenimiento) de determinadas ventajas<sup>11</sup>.

Por otra parte, en el famoso Congreso celebrado en Nápoles en el año 1960, el egregio profesor italiano resaltó algunas de las analogías entre la relación precontractual y la «predecisional» e insinuó la posibilidad de proyectar a ésta la doctrina que, elaborada por los autores sobre la base del artículo 1.337 del *Codice Civile* (CC it.) y con la ayuda de las aportaciones germanas, gobernaba la responsabilidad en que se incurre en aquélla por los daños a la confianza<sup>12</sup>. Últimamente, algunos autores, retomando el camino iniciado por el insigne maestro, han insistido en la necesidad de aplicar aquel precepto a los daños a la confianza que se producen en el procedimiento<sup>13</sup>. Les anima, entre otros factores, la férrea voluntad de alejar el régimen jurídico de la responsabilidad en estos casos del artículo 2.043 que, como es sabido, consagra el principio general culpabilístico. A su juicio, si hay incumplimiento (lesivo) del deber de buena fe (en particular, el de coherencia y no contradicción) ha de haber responsabilidad y esto con independencia de toda consideración subjetiva de culpa o de malicia. Y, promoviendo la aplicación en estos casos del régimen propio de la responsabilidad precontractual (art. 1.337 CC it.), consiguen eludir el requisito de la culpa, cuya exigencia impone irremediabilmente aquel precepto que ha constituido, por lo menos hasta ahora, la norma referencial para todas las actividades administrativas que no entrañan un riesgo específico, incluida las de carácter formal.

Desde la perspectiva española, la experiencia italiana es de un enorme interés. En primer lugar, porque suscita una valoración positiva de la cláusula general del artículo 139 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común (LPC), dado que la elasticidad de sus términos, unida a la exigencia de que

<sup>10</sup> «La doctrina del precedente administrativo», *RAP*, núm. 98, 1982/2, pág. 42.

<sup>11</sup> *Vertrauensschutz im sozialen Rechtsstaat*, DÖV, 1972, pág. 28.

<sup>12</sup> M.S. GIANNINI, Intervento, en AA.VV., *Atti del Convegno nazionale sull' ammissibilità del risarcimento del danno patrimoniale derivante da lesione di interessi legittimi* (Nápoles, 1963, oct.), dir. G. Miele, Giuffrè, Milano, 1965, págs. 518-529.

<sup>13</sup> M. PROTTO, *Responsabilità della pubblica amministrazione per lesione di interessi legittimi: alla ricerca del bene perduto*, Urb. apágs., 2000/9, pág. 1.006; C. CASTRONOVO, *Responsabilità civile per la pubblica amministrazione*, Jus, 1998, págs. 656, 660; G.P. CIRILLO, *Il danno da illegittimità dell' azione amministrativa e il giudizio risarcitorio. Profili sostanziali e processuali*, Cedam, Padova, 2001, págs. 169-184 y, con matices, G. BACOSI, *Dall'interesse legittimo...*, cit., págs. 104-105, 132-134. *Vide* también las consideraciones de E.M. BARBIERI (*Riflessioni sul risarcimento del danno da lesione di interessi legittimi*, Riv. ital. Dir. pubbl. comunit., 1993, págs. 738-739) quien, aunque no afirma expresamente la validez del paradigma de la responsabilidad precontractual, apunta el paralelismo.



concurra un título de imputación (derivada de la distinción que realiza entre el funcionamiento normal y el anormal), permite salvar sin dificultad los obstáculos que se presentan en el Derecho italiano. En efecto, afirmado el incumplimiento del deber de obrar de buena fe como título de imputación ínsito en la referencia al funcionamiento anormal, no hay nada que impida proclamar la completa independencia de la responsabilidad por confianza respecto de las nociones de culpa o mala fe.

En segundo lugar, la dogmática cisalpina sirve como prueba de la identidad estructural que, apuntada en España por Díez-PICAZO (Luis María) y en Alemania por OSSENBÜHL, existe entre la responsabilidad por violación de la confianza en la relación precontractual y en la administrativa de tipo procedimental. En efecto, la responsabilidad por violación de la *bona fides in contrahendo* no es más que el primer y mejor ejemplo de responsabilidad por infracción de una relación obligatoria no constituida por un vínculo prestacional. La buena fe ha encontrado en la relación precontractual la hipótesis originaria de responsabilidad por confianza, pero en ésta no agota su virtualidad. También en la relación procedimental falta ese deber de prestación y existe aquel otro, de distinta naturaleza, que prescinde del acto administrativo de la misma manera que su homólogo en el ámbito precontractual prescinde de la conclusión del contrato; una obligación, cuyo quebrantamiento puede ser causa en uno y otro caso de responsabilidad: el deber de conducirse con arreglo a las exigencias de la buena fe y, en particular, el de mantener una actitud coherente mientras subsista la relación de confianza. De ahí que la responsabilidad precontractual haya suministrado sólo un modelo, y no la exclusividad de una categoría. Por eso, porque proporciona un paradigma que viene depurándose dogmáticamente desde hace más de cien años, considero que es preciso utilizarlo para comprender su adaptación a la problemática del procedimiento.

## II. EL DEBER COHERENCIA Y NO CONTRADICCIÓN: UNA IMPOSICIÓN DERIVADA DEL PRINCIPIO GENERAL DE LA BUENA FE

Aunque en el Derecho español no existe un precepto específico que imponga el deber de obrar de buena fe en la relación precontractual (a diferencia de lo que ocurre en el ordenamiento italiano), la doctrina civil viene encajándolo en la genérica mención del artículo 7.1 del Título Preliminar del Código Civil (CC), que establece que «*Los derechos deberán ejercitarse conforme a las exigencias de la buena fe*»<sup>14</sup>.

<sup>14</sup> Por todos, L. Díez-PICAZO PONCE DE LEÓN, Prólogo a F. WIEACKER, *El principio general de la buena fe*, 2.ª ed., trad. L. Díez-PICAZO, Civitas, Madrid, 1986, págs. 9-10; y *Fundamentos de Derecho civil Patrimonial*, t. I, 5.ª ed., Civitas, Madrid, 1996, pág. 271; J.L. DE LOS MOZOS, *El principio de la buena fe. Sus aplicaciones prácticas en el Derecho civil español*, Bosch, Barcelona, 1965, págs. 222-224. Según el profesor de Derecho civil Díez PICAZO (*Prólogo...*, cit., págs. 9-10), la previsión introducida por la reforma del Título Preliminar del CC (Ley de 17 de marzo de 1973 y TA aprobado por Decreto de 21 de mayo de 1974) no conllevaba innovación alguna, pues, «el principio general de buena fe es algo que se podía, sin discusión, considerar dentro de él con anterioridad, consagrado por una reiterada opinión de la doctrina de los autores y de las decisiones». El propio autor ya había resaltado, antes de la reforma, que la buena fe constituye un principio general, porque «revela una de las más íntimas convicciones del modo de ser y de existir de nuestra comunidad, porque deriva directamente de la ley natural, porque se halla vigorosamente anclada en los postulados de nuestra moral cristiana y porque ha tenido entre nosotros tradicional vigencia» (*La doctrina de los actos propios*, Bosch, Barcelona, 1963, pág. 139). En cualquier caso, su inserción en el CC ha constituido, como dice el conspicuo civilista, un acierto, porque contribuye eficazmente a dinamizarlo (Prólogo, cit., pág. 10).

La norma del artículo 7.1 del CC, en tanto que positivizadora de un principio general de todo el ordenamiento jurídico, fundamenta también el deber de la Administración de acomodar su conducta a las exigencias de la buena fe<sup>15</sup>. Pero hay que tener en cuenta que la LPC, tras la reforma introducida por la Ley 4/1999, ha sancionado expresamente en su artículo 3.1 la obligación de la Administración de atenerse a este principio en sus procedimientos y, en general, en toda su actividad<sup>16</sup>.

La buena fe es una noción que asume un significado objetivo y sintético en uno y otro caso, y esta comunión no extraña si se tiene en cuenta que, como ha dicho SAINZ MORENO<sup>17</sup>, este concepto pertenece a todo el pensamiento jurídico y tiene un contenido válido para el Derecho, tanto público como privado. La buena fe constituye una noción objetiva porque la lealtad exigida se mide con arreglo a un parámetro externo de conducta y no en función del estado psicológico de los sujetos. Las partes deben acomodar su comportamiento a un estándar jurídico de honradez u honestidad, es decir, han de mantener la actitud que pueda esperarse de una persona recta. Por eso la buena fe no se identifica con una actitud moral subjetiva, sino con un modelo o arquetipo social de conducta al que los sujetos deben necesariamente acomodarse<sup>18</sup>. La buena fe es, a su vez, una noción sinté-

<sup>15</sup> Así, BASSOLS COMA («Reflexiones sobre el nuevo Título Preliminar del Código Civil: planteamientos Jurídico-Administrativos», *REDA*, núm. 11, 1976, págs. 595-601), aunque de modo general y limitando sus consideraciones a la cuestión del abuso de derecho; SAINZ MORENO (*La buena fe...*, cit., pág. 293) y GÓNZÁLEZ PÉREZ (*El principio...*, cit., págs. 36-37).

<sup>16</sup> Hace ya bastantes años, los profesores SAINZ MORENO (*La buena fe...*, cit., pág. 293) y GONZÁLEZ PÉREZ (*El principio...*, cit., págs. 36-37) hicieron frente a la tesis de que la especial posición institucional de la Administración impide aplicarle el principio, insistiendo en que precisamente esta circunstancia intensifica la necesidad de utilizarlo. Recientemente, la doctrina combatida ha sido retomada por CASTILLO BLANCO (*La protección...*, cit., págs. 272-273), para quien el principio general de buena fe no ha de aplicarse a la Administración porque «encuentra, aunque no exclusivamente, un propio campo de acción en las relaciones contractuales (...), requiere (...) un plano de igualdad en las relaciones y un fraude en éstas debido a una actuación torcida de una de las partes». La doctrina y, en particular, GONZÁLEZ PÉREZ (*El principio...*, cit., págs. 52-54), PAREJO ALFONSO (Prólogo a F. CASTILLO BLANCO, *La protección...*, cit., págs. 17-18) y CENTENO GONZÁLEZ (*El principio...*, cit., págs. 240-249) han respondido con fruición. El primero considera que no se acaba de comprender por qué el principio de buena fe ha de aplicarse sólo al ejercicio de derechos y no al ejercicio de potestades y privilegios. Para el segundo, el planteamiento criticado «está excesivamente lastrado por la inercia de la perspectiva propia del modelo de relación-administrativa de supra e infraordenación, ya insuficiente»; y concluye que «no se ve la razón por la que, desde tales razonamientos, la buena fe deba jugar sólo en las relaciones entre «iguales», es decir, entre sujetos ordinarios». Por su parte, CENTENO GONZÁLEZ añade que tal postura contradice la jurisprudencia contencioso-administrativa del Tribunal Supremo, que sigue apelando al principio de la buena fe en las relaciones jurídico-públicas. Pero téngase en cuenta que el singular posicionamiento de CASTILLO no quiere decir, como el propio autor se esfuerza en aclarar, que la Administración esté legitimada para defraudar confianzas. Es sólo la consecuencia derivada de su intento de brindar al principio de confianza legítima, proveniente del Derecho alemán a través de la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas, parte del espacio (las relaciones jurídico-administrativas verticales) que hasta entonces ocupaba el principio de buena fe. El autor ha vuelto a exponer este planteamiento en *El principio de seguridad jurídica: especial referencia a la certeza en la creación del Derecho*, Docum. adm., núms. 263-264, 2002, págs. 50-60. De la confianza legítima y su significación nos ocuparemos más adelante.

<sup>17</sup> *La buena fe...*, cit., pág. 294.

<sup>18</sup> En la doctrina civil, L. Díez-PICAZO, *La doctrina...*, cit., pág. 139, y *Fundamentos...*, cit., pág. 271; C.I. ASÚA GONZÁLEZ, *La culpa in contrahendo (Tratamiento en el Derecho alemán y presencia en otros ordenamientos)*, Serv. Edit. Univ. País Vasco, Bilbao, 1989, págs. 253-254. En la iuspublicista, por ejemplo, J. GONZÁLEZ PÉREZ, *El principio...*, cit., págs. 74-75; L.M. Díez-PICAZO, *La doctrina...*, cit., nota 21, pág. 14; L. MORELL OCAÑA, «La lealtad y otros componentes de la ética institucional», *REDA*, núm. 114, 2002, págs. 180-181. En el Derecho público italiano, F. CARINGELLA, *Risarcibilità del danno da lesione di interesse legittimo: buona fede amministrativa e affidamento del privato*, coment. S. Tr. Voghera, 11 enero 1996, *Corr. Giur.*, 1996/10, pág. 1.159; F. MERUSI, *Buona fede e affidamento nel Diritto Pubblico. Dagli anni 'trenta' all'alternanza*, Giuffrè, Milano, 2001, págs. 120-129.

tica porque, expresada de forma global, se articula y descompone en una serie de deberes diferenciados. En efecto, tanto en la relación precontractual como en el procedimiento administrativo hay muchísimas clases de actitudes o comportamientos que pueden exigirse como consecuencia del deber de actuar de buena fe. Por eso la doctrina considera que constituye un deber «matriz»<sup>19</sup>, un principio general que se resuelve en multitud de deberes especiales<sup>20</sup>, como los del «precontrayente»<sup>21</sup> de informar a la contraparte de las circunstancias relevantes que desconoce y mantener en secreto la información confidencial<sup>22</sup>; o el de la Administración de no adoptar una conducta equívoca o maliciosa durante el procedimiento<sup>23</sup>.

En uno y otro caso, la buena fe se traduce en una concreta exigencia que, desde la perspectiva de la responsabilidad, es de la mayor importancia. Me refiero al deber de mantener una actitud coherente, no contradictoria, durante el transcurso de la relación. La doctrina civil y la administrativa consideran que, entre los numerosos vínculos que impone la buena fe, está el que obliga a que el comportamiento sucesivo en una relación sea coherente con el comportamiento precedente, porque éste ha podido generar en la otra parte la confianza en un determinado resultado.

En efecto, la iusprivatística señala que el sujeto de una relación precontractual no puede, por imperativo del deber de obrar de buena fe, adoptar actitudes o comportamientos que susciten la confianza de la otra parte en la conclusión del contrato y defraudar después esta aspiración abandonando las negociaciones<sup>24</sup>. Así, por ejemplo, no puede manifestar su intención de cerrar un negocio con el que se obligaría a prestar una determinada cantidad e interrumpir después la negociación. Por la misma razón, la iuspublicística viene considerando que la Administración no puede adoptar actitudes o conductas que susciten la confianza del interesado en la obtención de la actuación apetecida y defraudar después tal confianza adoptando una resolución distinta, incompatible con su actitud pre-

<sup>19</sup> E. ARANA GARCÍA, *La alegación de la propia torpeza y su aplicación al Derecho Administrativo*, Comares, Granada, 2003, pág. 12.

<sup>20</sup> L. DíEZ-PICAZO, *La doctrina...*, cit., pág. 140. También la influyente obra de F. WIEACKER, *El principio general...*, cit., págs. 56-57.

<sup>21</sup> En lo que refiere a este término, el sustantivo «contrayente», según el Diccionario de la Real Academia Española, vale para quienes contraen matrimonio, pero no hay ningún inconveniente en llamar contrayentes a los contratantes. De ahí que, para referirnos a quienes intervienen en tratos preliminares, hablemos de precontrayentes, absteniéndonos de hablar de precontratantes, pues este concepto generaría confusión al entenderse primariamente como las partes de un precontrato. Es de significar que, a nuestros efectos, hay el neologismo «precontraente» que utilizara L. ALCALÁ-ZAMORA Y CASTILLO en la traducción del *Traité* de los hermanos MAZEAUD, con TUNC (*Tratado Teórico y Práctico de la Responsabilidad Civil Delictual y Contractual*, t. I, trad. 5.ª edic., Ejea, Buenos Aires, t. I, vol. 1, 1962, pág. 166).

<sup>22</sup> C. CUADRADO PÉREZ, *Oferta, aceptación y conclusión del contrato*, Publics. Real Colegio España, Bolonia, 2003, págs. 46-65.

<sup>23</sup> J. GONZÁLEZ PÉREZ, *El principio...*, cit., pág. 126.

<sup>24</sup> C.I. ASÚA GONZÁLEZ, *La culpa...*, cit., págs. 155-156; C. CUADRADO PÉREZ, *Oferta, aceptación...*, cit., págs. 51-53. El precontrayente puede incurrir en responsabilidad en otros supuestos distintos, como, v. gr., por no comunicar determinadas circunstancias o por no conservar debidamente el objeto del contrato. Pero el más frecuente (junto con el de introducción u ocultamiento de defectos que cercenan la validez de un contrato ya perfeccionado, que analizamos específicamente en el ap. V.1), es el de abandono desleal de las negociaciones. Por eso adoptaremos esta hipótesis como referencia fundamental para comprender cómo funciona la mecánica de la responsabilidad cuando se viola la confianza en la obtención de un acto favorable.

cedente <sup>25</sup>. Así, por ejemplo, no puede comunicar al interesado que le va a prestar la subvención solicitada y negársela después.

En este sentido y retomando una doctrina aplicada anteriormente, la STS, Sala 3.ª, de 17 de diciembre de 1998 <sup>26</sup>, señala acertadamente que «el principio de buena fe protege la confianza que fundadamente se puede haber depositado en el comportamiento ajeno. Lo que es tanto como decir que el principio de buena fe implica la exigencia de un deber de comportamiento que consiste en la necesidad de observar de cara al futuro la conducta que los actos anteriores hacían prever».

Últimamente, la doctrina y la propia jurisprudencia administrativas prefieren referirse a esta concreta manifestación de la buena fe con otra denominación. Hablan de principio (de protección) de la confianza legítima, adoptando así una terminología propia del Derecho público alemán (*Vertrauensschutz*) <sup>27</sup> y de la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas, que, sensible a las aportaciones germanas, lo utiliza corrientemente en sus sentencias <sup>28</sup>.

En España, algún autor emplea esta expresión en la idea de que alumbra un nuevo principio que se distingue netamente del de la buena fe <sup>29</sup>. Sin embargo, la tesis de otros autores (y, en cierto

<sup>25</sup> J. GONZÁLEZ PÉREZ, *El principio...*, cit., págs. 57-58, 73-74, 99-100. En esta línea, se sitúa la doctrina italiana. Así, G.P. CIRILLO, *Il danno...*, cit., págs. 176-178, que se suma a la opinión de F. MERUSI, *Buona fede...*, cit., pág. 127.

<sup>26</sup> Ar. 10219.

<sup>27</sup> Sobre el principio en el Derecho alemán, en lengua española, J.P. SCHNEIDER, *Seguridad jurídica y protección de la confianza en el Derecho constitucional y administrativo alemán*, trad. M. BACIGALUPO SAGGESE, Docum. adm., núms. 263-264, 2002, págs. 249-279; F. CASTILLO BLANCO, *La protección...*, cit., págs. 118-139 y la obra de GARCÍA LUENGO (*El principio...*, cit.), construida dogmáticamente sobre un profundo análisis de las elaboraciones de este ordenamiento. En lengua alemana, *ex multis*, E. GRABITZ, *Vertrauensschutz als Freiheitsschutz*, DVB., 1973, págs. 675-684; G. KISKER, *Vertrauensschutz im Verwaltungsrecht*, VVSrL, 1974, págs. 149-225; H. MAURER, *Kontinuitätsgewähr und Vertrauensschutz*, AA.VV., *Handbuch des Staatsrecht*, dir. J. Isensee y P. Kirchhof, t. III, 1988, págs. 211-279; F. OSSENBUHL, *Vertrauensschutz...*, cit., págs. 25-36; K. SCHMIDT, *Die Vertrauensschutzrechtsprechung des BVerwGE und des BVerfGE*, DÖV, 1972, págs. 36-41. Aunque no tiene mayor trascendencia, resulta curioso que, según dicen GONZÁLEZ PÉREZ y GONZÁLEZ NAVARRO [*Comentarios a la Ley de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común (Ley 30/1992, de 26 de noviembre)*, t. I, 3.ª ed., Civitas, Madrid, 2003, pág. 364], el Código de la República Popular de Polonia de 14 de julio de 1960 (art. 6) positivizara, antes que el ordenamiento alemán, el principio de confianza legítima. Sobre la cuestión en el ordenamiento inglés, S.J. SCHÖNBERG, *Legitimate Expectations in Administrative Law*, Oxford University Press, Oxford, 2000; A. GORDON, *Procedimiento, derecho material y proporcionalidad: el principio de confianza legítima en el Derecho Administrativo del Reino Unido*, Doc. adm., núms. 263-264, 2002, págs. 329-352; D. SARMIENTO RAMÍREZ-ESCUADERO, «El principio de confianza legítima en el Derecho inglés: la evolución que continúa», *REDA*, núm. 114, 2002, págs. 233-262. Para el sistema jurídico italiano, además de los trabajos citados, L. LORELLO, *La tutela del legittimo affidamento tra diritto interno e diritto comunitario*, Giappichelli, Torino, 1998. En Francia, M. HEERS, «La sécurité juridique en droit administratif français: vers une consécration du principe de confiance légitime?», *Revue Fr. Droit adm.*, 1995, págs. 963-969.

<sup>28</sup> Sobre la aplicación comunitaria del principio, R. GARCÍA MACHO, «Contenido y límites del principio de la confianza legítima: Estudio sistemático en la jurisprudencia del Tribunal de Justicia», *REDA*, núm. 56, 1987, págs. 557-571; E. CENTENO GONZÁLEZ, *El principio...*, cit., *passim*; L. LORELLO, *La tutela...*, cit., *passim*; y S.J. SCHÖNBERG, *Legitimate Expectations...*, cit., *passim*.

<sup>29</sup> Así, pero con significativas diferencias en sus planteamientos de fondo, F. MARTÍN RIAÑO, *La recepción del principio de confianza legítima en la jurisprudencia del Tribunal Supremo*, coment. STS de 28 de febrero de 1989, *La Ley*, 1989/2, pág. 605; F. CASTILLO BLANCO, *La protección...*, cit. págs. 272-273; y J. GARCÍA LUENGO, *El principio...*, cit., págs. 121-151, 183-196, 277. Del planteamiento de estos autores y, en particular, del último de los citados me ocuparé más adelante (ap. V.2.2).

modo también, la de la jurisprudencia), que es la que sigue esta investigación, considera que la regla de la confianza legítima no es sino ese deber específico de no contradicción y coherencia que, de conformidad con la doctrina administrativa tradicional y coherentemente con las elaboraciones del Derecho privado, constituye una de las nociones que encierra el más amplio concepto de la buena fe <sup>30</sup>.

La irrupción de esta nueva terminología ha podido, pues, aumentar considerablemente la confusión en torno a los criterios aplicativos que la buena fe ya tenía por su (necesaria) elasticidad, debiéndose considerar que el principio de no contradicción englobado en la buena fe y el de confianza legítima son una misma cosa. No obstante, ha contribuido a revitalizar los estudios sobre estas cuestiones en el Derecho español. Además, la nueva expresión parece acertada, pues resalta el valor ético-social que, según dijera SAINZ MORENO, expresa la buena fe: la «legítima confianza» en que la rectitud personal (*honeste vivere*) no será causa de daño <sup>31</sup>. Por eso, de ahora en adelante, se utili-

<sup>30</sup> Así, J. GONZÁLEZ PÉREZ, *El principio...*, cit., págs. 52-54, L. PAREJO ALFONSO, Prólogo a F. CASTILLO BLANCO, *La protección...*, cit., págs. 17-18; L. MORELL OCAÑA, *La lealtad...*, cit., págs. 168-170; y M. SANCHEZ MORÓN (*Venire contra factum proprium non valet*, Docum. adm., núms. 263-264, 2002, pág. 240), que habla del «principio de buena fe (o confianza legítima)». También, creo, E. ARANA GARCÍA (*La alegación...*, cit., pág. 11); F. LLISET BORRELL («Principios generales y relaciones interadministrativas», en AA.VV., *Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y Procedimiento Administrativo Común. Comentarios a la Ley 30/1992, modificada por la Ley 4/1999, y su conexión con el Régimen Local*, 2.<sup>a</sup> ed., El Consultor, Madrid, 2000, págs. 30, 33), que resalta la íntima conexión entre ambos principios y suscribe las palabras de SAINZ MORENO en cuanto al valor social de «confianza» recogido en la buena fe; y A. GONZÁLEZ QUINZÁ («Comentario al artículo 3», en AA.VV., *La reforma del procedimiento administrativo. Comentario a la Ley 4/1999, de 13 de enero*, coord. S. FERNÁNDEZ POLANCO y J.A. HERNÁNDEZ CORCHETE, Dykinson, Madrid, 1999, págs. 54, 56-57), quien, aunque no se adscribe explícitamente a ningún concreto planteamiento, da amplia cuenta del llevado a cabo por el profesor PAREJO y se hace eco de que, para el Consejo de Estado, el significado del principio de confianza legítima «no es ajeno al principio de buena fe» (Dictamen de 22 de enero de 1998, que recomienda insertar en el art. 3.1 LPC la referencia a los principios de buena fe y confianza legítima). Resueltamente en esta línea destaca, por su beligerancia argumentada, el trabajo de CENTENO GONZÁLEZ, que dedica en su capítulo VI (págs. 239-273) una crítica certera a la recepción del principio de protección de la confianza legítima por la jurisprudencia española, señalando, en la línea apuntada por GONZÁLEZ PÉREZ y PAREJO ALFONSO, que «non sembra che questo principio apporti qualche novità realmente significativa che contribuisca ad una corretta stima delle relazioni tra cittadini e Amministrazione, piuttosto, credo che, a causa del modo in cui è stato formulato dalla nostra giurisprudenza, in sostanza l'unica cosa che si è ottenuto è stata la creazione di confusione sulle stesse» (pág. 239). Y después de explicar el significado que asume en nuestro Derecho el deber administrativo de obrar de buena fe, señala «E evidente che questa concezione della buona fede applicata ai rapporti tra la Pubblica Amministrazione e i cittadini poteva essere applicata perfettamente ai casi in cui oggi si fa appello al legittimo affidamento, ad ogni modo il fatto rilevante è la situazione di mancanza di protezione in cui si trova il singolo individuo quando il suo legittimo affidamento nell'apparente legalità del procedimento dell'Amministrazione lo porta a comportarsi in modo da pregiudicare poi i suoi stessi interessi» (pág. 243). Ahora bien, téngase en cuenta que, como revela el propio autor, las sentencias no se adscriben a esa tendencia a dotar al principio de confianza de un contenido singular, que lo aleja del «tradicional» de la buena fe. La jurisprudencia utiliza ambos indistintamente, y CENTENO GONZÁLEZ considera que esto es acertado. Lo criticable son los efectos que aquélla hace derivar a la desatención de esos principios en algunas ocasiones. Por otra parte, hay que señalar que también la doctrina italiana reconduce la tutela del *affidamento* y el principio de confianza legítima al deber de obrar de buena fe (F. MERUSI, *Buona fede...*, cit., págs. 9-16, que, citando a GONZÁLEZ PÉREZ, se hace eco de la vigencia de este posicionamiento en el ordenamiento español; L. LORELLO, *La tutela del legittimo affidamento...*, cit., págs. 235, 243-254). En Derecho alemán, el profesor F. OSSENBÜHL (*Vertrauensschutz...*, cit., págs. 27-28) entiende que el principio de confianza legítima se sustenta en dos pilares, uno de los cuales es el principio general de la buena fe. El otro, es el principio de seguridad jurídica y sirve para explicar por qué en algunos casos la Administración no puede retirar, en ejercicio de sus facultades revisoras, una resolución favorable erróneamente concedida. Sobre esta cuestión, *vide infra* ap. V.2.2.

<sup>31</sup> *La buena fe...*, cit., págs. 309-311. También, GONZÁLEZ PÉREZ (*El principio...*, cit., pág. 53) y la jurisprudencia (entre otras, la STS de 28 de mayo de 1984, Ar. 2800).

zarán indistintamente las expresiones principio (o deber) de no contracción o coherencia, principio (o deber) de buena fe y principio de (protección de la) confianza legítima.

Sentada la vigencia de una prohibición de actuar incoherente o contradictoriamente y, por tanto, la vigencia de una obligación de no defraudar las expectativas objetivamente depositables en tal género de conductas, que arraiga en la genérica exigencia de actuar de buena fe, hay que abordar la tarea nada sencilla de determinar en qué casos puede hablarse en un sentido técnico de una confianza susceptible de ser ilegítimamente traicionada. Esto se hará más adelante, de la mano de la experiencia jurisprudencial y de algunas valiosas aportaciones doctrinales. Ahora, y partiendo de la hipótesis de que esa confianza existe técnicamente, conviene poner de manifiesto qué es lo que sucede cuando resulta defraudada, es decir, qué consecuencias acarrea la vulneración del deber específico que nos ocupa. A tal efecto, será de enorme utilidad conocer lo que acontece cuando una de las partes que se proponía contratar interrumpe la negociación con violación de la *bona fides in contrahendo*.

### III. LOS EFECTOS DEL INCUMPLIMIENTO DEL DEBER DE COHERENCIA

#### 1. El quebrantamiento del deber de coherencia en la etapa *in contrahendo* y sus efectos estrictamente resarcitorios.

Las partes que discuten el contenido de un posible contrato pueden abandonar las negociaciones en cualquier momento, pues no están obligadas a contratar. No hay en el contacto precontractual un vínculo prestacional que obligue a la perfección del contrato. No hay nada que pueda forzar a un sujeto a concluir el negocio que se estaba preparando porque los tratos no vinculan, pues, por encima del interés de la contraparte, se sitúa la libertad de quien interviene en la fase prenegocial<sup>32</sup>. Quien decide preparar un contrato dispone de un poder de retirada frente al cual no cabe oponer la confianza en el éxito de las negociaciones.

Al perjudicado no le asiste un derecho a imponer su voluntad negociadora, ni siquiera cuando los preparativos fueron interrumpidos en contra de las exigencias de la buena fe. Tampoco puede solicitar la reposición de la situación patrimonial en la que se hallaría si el contrato se hubiera perfeccionado y cumplido. Aunque haya violación de la buena fe, no puede reclamar, pues, el denominado «interés positivo» (*positives Vertragsinteresse*), también denominado «interés de cumplimiento» o «interés de ejecución» (*Erfüllungsinteresse*), esto es, el beneficio neto que habría producido el cumplimiento del negocio, por la sencilla razón de que no existe un contrato que cumplir ni es posible exigir que lo haya<sup>33</sup>. Evidentemente, tales ganancias no han sido percibidas y su pérdida, individualmente considerada, cons-

<sup>32</sup> M. ALONSO PÉREZ, «La responsabilidad precontractual», *R. crit. Der. inmov.*, núm. 485, 1971, pág. 891.

<sup>33</sup> Estos conceptos, acuñados por JHERING (*Culpa...*, cit., *passim*), son corrientemente manejados por la doctrina española (v.gr., C.I. ASÚA GONZÁLEZ, *La culpa...*, cit., págs. 67-75; M. YZQUIERDO TOLSADA, *Sistema de responsabilidad civil contractual y extracontractual*, Dykinson, Madrid, 2001, págs. 146, 157; C. CUADRADO PÉREZ, *Oferta, aceptación...*, cit., págs. 59-65) para expresar los conceptos indemnizables en supuestos de responsabilidad contractual.

tituye un daño. Ahora bien, su causa no está en la defraudación de la confianza sino en la legítima decisión de la contraparte de abandonar las negociaciones. Es cierto que tal decisión, aunque legítima –expresa la esencia misma de la autonomía de la voluntad–, se ha hecho con violación del principio de coherencia, pero la buena fe no puede obligar a concluir el pacto que se estaba preparando ni, consecuentemente, a indemnizar las ganancias que su cumplimiento habría reportado.

Evidentemente, este planteamiento es del todo compatible con la afirmada vigencia del deber de no interrumpir los tratos preliminares cuando se ha suscitado la razonable creencia de que el contrato iba a perfeccionarse. Lo que ocurre es que el incumplimiento de este deber no otorga el derecho a concluir el contrato (ni a la indemnización del interés positivo), sino, simplemente, el derecho al resarcimiento del denominado «interés negativo» (*negatives Vertragsinteresse*) o «interés de confianza» (*Vertrauensinteresse*)<sup>34</sup>. Lo que se persigue expresar a través de la fórmula del interés negativo o de confianza es que, cuando hay incumplimiento del deber de obrar de buena fe, procede reponer las cosas al estado en que estarían si el perjudicado *nunca* hubiera oído hablar del contrato (*id quod interest contractum initium non fuisse*), cubriendo tanto los gastos inútilmente efectuados durante la negociación como la pérdida de ocasiones alternativas de negocio<sup>35</sup>. Son los daños que pueden estar etiológicamente conectados con la defraudación de la confianza: si el sujeto que inicia la negociación se hubiera abstenido de mantener un comportamiento contrario a la buena fe (*v. gr.*, sabía desde el principio que no iba a contratar), la otra parte no habría entablado conversaciones, por lo que no habría realizado gastos ni habría descartado otras vías de negocio pensando en la prestación futura<sup>36</sup>.

En este sentido, valen las observaciones de ASÚA GONZÁLEZ<sup>37</sup>. Según la autora, lo «reprochable» en estos casos no es que, habiéndose iniciado unas negociaciones contractuales, no se haya proseguido hasta el final, porque, no existiendo una obligación de contratar, a nadie puede «reprochársele» (en el campo jurídico) que no lo haga; lo «reprochable» es que se haya hecho creer que se celebrarían un contrato y que después se interrumpían las negociaciones<sup>38</sup>.

<sup>34</sup> Sobre este concepto, M. ALONSO PÉREZ, *La responsabilidad...*, cit., págs. 905-906; C.I. ASÚA GONZÁLEZ, *La culpa...*, cit., págs. 67-75, 288-289; L. DIEZ-PICAZO, *Fundamentos...*, cit., pág. 280; M. YZQUIERDO TOLSADA, *Sistema...*, cit., págs. 146-147; C. CUADRADO PÉREZ, *Oferta, aceptación...*, cit., págs. 59-65. Sobre la cuestión en el Derecho alemán, donde nace de la mano de JHERING y se desarrolla la categoría, además de la obra de C.I. ASÚA GONZÁLEZ (con tres Capítulos dedicados a este ordenamiento), pueden consultarse las clásicas de H.A. FISCHER, *Los daños civiles y su reparación*, W. Roces Suárez, Libr. Gen. Victoriano Suárez, Madrid, 1928, págs. 99-115 y D. MEDICUS, *Tratado de las relaciones obligacionales*, 2 vols., trad. 6.ª ed. (1992) A. Martínez Sarrión, Bosch, Barcelona, 1995, págs. 306-307.

<sup>35</sup> En parecidos términos, C.I. ASÚA GONZÁLEZ, *La culpa...*, cit., pág. 67.

<sup>36</sup> En este sentido, C.I. ASÚA GONZÁLEZ, *La culpa...*, cit., pág. 71.

<sup>37</sup> *La culpa...*, cit., págs. 155-156.

<sup>38</sup> La doctrina de la responsabilidad por violación o defraudación de la confianza en la etapa *in contrahendo* ha sido aplicada por las SSTs de 16 de mayo de 1988 (Ar. 4308) y 16 de diciembre de 1999 (Ar. 8978). En el primer asunto, los directivos de un banco entraron en negociaciones con uno de sus empleados, en relación con el posible traslado de éste a una oficina de Miami. Según el relato fáctico de la sentencia, los tratos llegaron a un punto en el que el traslado parecía inminente, por lo que el empleado llevó a cabo, junto a su esposa, determinados actos de disposición (venta de automóviles, excedencia voluntaria de la esposa de su puesto de trabajo de auxiliar de clínica en la Seguridad Social). Según L. DIEZ PICAZO (*Fundamentos...*, cit., pág. 277), la sentencia es correcta cuando afirma que aquellos directivos han incurrido en culpa *in contrahendo*, pues, según se desprende de sus datos fácticos, a partir de determinado momento, los interlocutores no dudaron en continuar las negociaciones sabiendo o, al menos, intuyendo, que éstas no llegarían a buen término. El segundo pronunciamiento mencionado se refiere también a un supuesto en el que la «falta de lealtad cuyo núcleo fue una ruptura unilateral» de las negociaciones provocó «la vanidad de unos gastos, esfuerzos y trabajos».

Así las cosas, el incumplimiento del principio de coherencia es, nada más y nada menos, fuente de responsabilidad (por el interés negativo); es la circunstancia que obliga a su autor a reparar el daño causado, independientemente de toda consideración subjetiva de culpa o malicia, porque la buena fe constituye un arquetipo social de conducta desprendido de la concreta actitud moral o intencionalidad de los sujetos. Consecuentemente, el perjudicado por la conducta de la contraparte durante la fase precontractual no puede exigir la conclusión del contrato, pero sí el resarcimiento del daño a su confianza y a tal efecto no tiene que probar la concurrencia de dolo, culpa o mala fe.

## 2. La conculcación del deber de coherencia en el procedimiento administrativo y sus efectos estrictamente resarcitorios.

Al igual que, en una relación *ante contractum*, la parte no está obligada a contratar (por el principio de la autonomía de la voluntad), la Administración, en la relación *ante actum*, no está obligada a adoptar la resolución que interesa al administrado (por el principio de legalidad). No existe un vínculo que le obligue a satisfacer las aspiraciones del interesado (salvo que esto constituya la única solución legalmente posible). A lo que está obligada es a definir el procedimiento *secundum ius*. Por encima del interés del particular está el deber administrativo de observar la legalidad.

La Administración puede denegar legítimamente la utilidad pretendida (cuando ésta sea la solución que impone la regulación aplicable o la derivada de un correcto ejercicio de la discrecionalidad) y el interesado no podrá invocar el principio de buena fe para promover la anulación de la resolución negativa y el reconocimiento de aquella utilidad. Al administrado no le asiste un derecho a una determinada resolución (salvo que así lo establezca el ordenamiento jurídico), ni siquiera cuando la actitud de la Administración generó una confianza en el resultado apetecido. El principio de coherencia y confianza no constituye en este sentido un límite al principio de legalidad, de la misma manera que no lo es al de la autonomía de la voluntad, según hemos visto.

Por eso, tampoco aquí puede la víctima solicitar la indemnización del interés positivo, esto es, la reposición de la situación patrimonial en la que se hallaría si el acto favorable en cuyo otorgamiento confiaba se hubiera adoptado. La pérdida de las ganancias que le habría reportado el otorgamiento del acto favorable legalmente denegado no está etiológicamente vinculada con la frustración de la esperanza producida por la denegación legal del beneficio. Su causa radica en el ejercicio de la potestad administrativa, que es lo que ha impedido legítimamente la ampliación patrimonial auspiciada. Por eso no hay ninguna circunstancia que permita trasladar su coste a la Administración. El principio de buena fe no puede obligar a dictar una resolución contraria a Derecho ni, consecuentemente, a indemnizar las ganancias que habría producido la actividad legalmente impedida.

Ahora bien, al igual que ocurre en la relación precontractual, estas consideraciones son perfectamente compatibles con la afirmada vigencia del deber de mantener la coherencia y respetar la confianza del interesado durante el procedimiento administrativo. Lo que sucede es que el incumplimiento de este deber, aunque no proporciona derecho a la anulación de la medida (la que, aten-



diendo al comportamiento sostenido con anterioridad, resulta contradictoria o incoherente) ni al resarcimiento del interés positivo, sí permite exigir la indemnización de los daños y perjuicios que la frustración de su esperanza haya ocasionado al interesado: es un «título justificativo» de la responsabilidad patrimonial por la lesión del denominado «interés negativo».

Cuando la Administración viola el deber de coherencia ha de reponer las cosas al estado en que estarían si el perjudicado nunca hubiera oído hablar de la ventaja pretendida. Ha de resarcir, en definitiva, los perjuicios conectados con la defraudación de la confianza (los gastos e inversiones y la pérdida de una ocasión lucrativa alternativa) porque si la Administración se hubiera abstenido de mantener un comportamiento contrario a la buena fe (v. gr., emitir una información no vinculante favorable al otorgamiento de licencia urbanística), el interesado no habría realizado determinados gastos e inversiones ni habría descartado otras vías de negocio pensando en la prestación futura. Entre el acto esperanzador y el acto defraudador, el interesado ha podido adoptar decisiones tendientes a preparar la consecuencia patrimonial esperada <sup>39</sup>, y la Administración debe, en definitiva, hacerse cargo de los efectos perjudiciales de estas decisiones.

Parafraseando a ASÚA GONZÁLEZ y adaptando sus consideraciones a la problemática de la relación «predecisional», lo «reprochable» no es que, habiéndose iniciado un procedimiento, la Administración no haya adoptado la resolución que interesa al administrado porque, no existiendo una obligación de acoger la pretensión de éste, no se le puede «reprochar» que haya dictado un acto desfavorable conformado a Derecho; lo «reprochable» es que haya hecho creer que se brindaría la utilidad, porque esto pudo condicionar las decisiones del particular conduciéndolo a realizar desembolsos que de otro modo no habría realizado o a descartar vías de lucro alternativas que en otras circunstancias no habría declinado.

En parecidos términos, señalando que la infracción del deber de buena fe lleva aparejada, como consecuencia, la responsabilidad, se han expresado algunos autores en supuestos en los que la Administración ha engendrado (por medio de determinadas actuaciones erróneas o contrarias a Derecho) y defraudado (a través de una resolución denegatoria) la confianza en la obtención de una licencia urbanística, una licencia de apertura o una subvención <sup>40</sup>. También la jurisprudencia, aunque existen sentencias que, subvirtiendo el principio de legalidad e ignorando su rango constitucional, han considerado que el incumplimiento del deber de coherencia y protección de la confianza da derecho a la

<sup>39</sup> En parecidos términos, pero limitadamente a los casos en que el acto generador de confianza es una información urbanística, M.J. MONTORO CHINER, *La responsabilidad patrimonial de la Administración por actos urbanísticos*, prólogo R. ENTRENA CUESTA, Montecorvo, Madrid, 1983, pág. 269.

<sup>40</sup> Así, L.M. Díez-PICAZO, *La doctrina...*, cit., pág. 42; E. CENTENO GONZÁLEZ, *El principio...*, cit., págs. 109-112, 285-291; J. GARCÍA LUENGO, *El principio...*, cit., págs. 38-46, 328, 341-342. Este último niega con toda claridad la posibilidad de que en estos casos el quebrantamiento de la confianza alumbre un derecho que de otro modo no existiría (porque no lo atribuye el ordenamiento), circunscribiendo la tutela posible al ámbito de la responsabilidad patrimonial. Lo que, a mi juicio, no está claro, aunque se trata casi de una cuestión nominal, es si el autor apoya esta conclusión en el deber de buena fe como principio de coherencia o en el de confianza legítima, que él entiende como manifestación de la garantía constitucional de la seguridad jurídica. Del ámbito que en su planteamiento corresponde a cada uno me ocupo después (ap. V.2.2).

obtención *contra legem* de la utilidad denegada. Así, la famosa STS de 28 de febrero de 1989<sup>41</sup>, en relación con una denegación de subvención a un Centro privado de formación profesional<sup>42</sup>.

El Centro en cuestión no reunía los requisitos exigidos para obtener la condición de Escuela subvencionada. No obstante, la Administración venía proporcionándole las ayudas que a lo largo de los años había solicitado. En el curso académico 1983/1984, la Escuela recibió la subvención para el primer semestre, incurriendo la Administración, nuevamente, en la irregularidad reseñada. Sin embargo, solicitada la ayuda para el segundo tramo del curso, se dictó resolución denegatoria, señalándose que el Centro no reunía los requisitos establecidos para la concesión. El Alto Tribunal estimó que la Administración, al otorgar la ayuda económica correspondiente al primer semestre del curso, generó «la confianza legítima del administrado», quien, convencido de que iba a ser igualmente subvencionado durante el período siguiente, siguió impartiendo la docencia. A su vez, y esto es lo que ahora interesa, consideró que la denegación quebrantó la confianza suscitada y que tal fractura obligaba a desconocer la normativa aplicable, reconociendo el derecho del postulante a percibir la subvención que de otro modo no le habría correspondido, toda vez que la Escuela no gozaba de la condición de Centro subvencionado.

Así las cosas, el Tribunal ha considerado en ésta y en alguna otra sentencia que la Administración, cuando desoye las exigencias de la buena fe, se obliga a satisfacer la esperanza suscitada, sin que importe el hecho de que la adecuada aplicación de la normativa vigente debiera conducir a una solución diversa<sup>43</sup>. Estos pronunciamientos desconocen cuál es la operatividad de la buena fe (en particular, del deber de no contradicción) en las relaciones de confianza. Evidentemente, el ordenamiento no permanece indiferente ante la vulneración de las exigencias de corrección y coherencia, pero lo que desde luego no hace es admitir que una situación ilegal se prolongue *pro futuro*<sup>44</sup>.

<sup>41</sup> Ar. 1458.

<sup>42</sup> Comparten el criterio del Tribunal F. MARÍN RIAÑO, *La recepción...*, cit., págs. 605-608, y F. CASTILLO BLANCO, *La protección...*, cit., págs. 288-289. El profesor GÓNZALEZ PÉREZ (*El principio...*, cit.), parece admitirlo (págs. 39, 141), si bien señala en otro lugar (pág. 102) que «si es la Administración la que ejercita un derecho o potestad contra las exigencias de la buena fe, la invalidez únicamente puede hacerse valer en los procedimientos de revisión». Más adelante (ap. V.2.2) nos ocuparemos de los procedimientos de revisión donde, por lo que parece, cabe defender con base en un principio que no es el de la buena fe (la seguridad jurídica) que, en determinadas circunstancias, el administrado puede pretender legítimamente el mantenimiento del acto ilegal que la Administración quiere eliminar. Sin referirse específicamente a la sentencia, parecen compartir, al menos en parte, su planteamiento de fondo, GÓNZALEZ NAVARRO, que señala (junto con GÓNZALEZ PÉREZ, *Comentarios a la Ley de Régimen Jurídico...*, cit., pág. 363; y junto con éste y GÓNZALEZ RIVAS, *Comentarios a la Ley 4/1999, de 13 de enero, de modificación de la Ley 30/1992*, 2.ª ed., Civitas, Madrid, 2000, pág. 85), que la «más importante consecuencia» del principio de confianza legítima es «la de atenuar (e incluso dejar sin eficacia en casos concretos) el rigor del principio de legalidad». El profesor SÁNCHEZ MORÓN (*Venire contra...*, cit., págs. 239-241) ha sostenido similares conclusiones al ocuparse de «las relaciones entre el principio de legalidad y el de buena fe» para averiguar «si la Administración está vinculada por sus actos propios que han generado una situación de confianza cuando esos actos o el respeto a sus consecuencias supone realizar actuaciones contrarias a la ley o al Derecho». Parte de que, en general, la consecuencia de que una decisión administrativa sea contraria al principio de buena fe o confianza legítima es su anulación total o parcial y, en su caso, el restablecimiento de situaciones jurídicas subjetivas. Pero señala que, en el ámbito de las actuaciones regladas en particular, no cabe oponer actos propios a la legalidad, limitando la virtualidad anulatoria del principio general de la buena fe al campo de las resoluciones de carácter discrecional.

<sup>43</sup> Para un supuesto similar al relatado, *vide* STS de 22 de marzo de 1991 (Ar. 2670).

<sup>44</sup> En este sentido, J. GARCÍA LUENGO, *El principio...*, cit., págs. 38-46; y CENTENO GÓNZALEZ, *El principio...*, cit., pág. 328.

La tesis jurisprudencial, llevada *mutatis mutandis* al ámbito de la responsabilidad precontractual, conduciría a la conclusión de que la violación de la buena fe otorga al aspirante ilegítimamente frustrado el derecho a imponer su voluntad negociadora a la contraparte; a la negación de la irrenunciable libertad de que disponen los precontrayentes para abandonar en cualquier momento los preparativos de un posible contrato. Y si se admitiera esta conclusión, tambalearían los cimientos sobre los que se ha edificado el Derecho privado (se subvertiría el principio de autonomía de la voluntad) de la misma manera que, con las referidas sentencias, han tambaleado los que sostienen el Derecho público (se ha conculcado el principio de legalidad).

La falta de coherencia en la conducta administrativa produce efectos única y exclusivamente en el plano de la responsabilidad patrimonial. En éste, como en todos los casos de responsabilidad por (quebrantamiento de la) confianza, procede la reintegración de las cantidades inútilmente comprometidas en la esperanza de obtener la resolución esperada y las que se hubieran percibido de haberse emprendido esa otra actividad lucrativa que fue descartada por confiar en la posibilidad de desarrollar la jurídicamente condicionada a la intermediación favorable de la Administración.

#### IV. LAS CONFIANZAS TUTELABLES: CARACTERÍSTICAS Y DELIMITACIÓN DE SUPUESTOS

##### 1. Las confianzas defraudadas por conductas que, a la luz del estándar aplicable de coherencia, resultan contradictorias con otras anteriores.

La casuística que puede plantearse es tan rica y numerosa que resulta imposible enumerar todas las situaciones en las que la Administración incurre en responsabilidad por quebrantamiento de la confianza. Sin embargo, podemos tratar de descubrir los criterios normativos que la deben gobernar y dar cuenta de los principales supuestos que se presentan.

Hay que partir de la evidencia de que la buena fe no ampara al interesado que realiza gastos o descuida vías de lucro alternativas a sabiendas de (o, incluso, debiendo saber) que la Administración va a adoptar una resolución que le es desfavorable. Cuando esto ocurre, la actuación administrativa no defrauda expectativa alguna y no cabe invocar la buena fe porque su sentido consiste, precisamente, en amparar situaciones de *verdadera* confianza. Es claro que el interesado sólo puede tratar de trasladar al patrimonio de la Administración el coste de los gastos realizados y las alternativas de lucro descartadas cuando tales actos de disposición fueran *consecuencia* de una auténtica confianza suscitada y defraudada por la Administración; y tal cosa no ocurre cuando aquél sabía (o debía saber) que la ventaja auspiciada iba a serle denegada.

Es asimismo evidente que, aunque exista una ilusión o confianza verdadera, su frustración no es siempre causa de responsabilidad. El interesado ha de ser consciente de que la Administración

puede adoptar la medida que no le favorece porque está obligada por el principio de legalidad; y de que la defraudación de sus expectativas sólo en determinados casos puede proporcionarle derecho a indemnización. No hay, pues, que confundir la esperanza que, por lo general, tiene todo interesado en el éxito del procedimiento con la confianza tutelable. Las confianzas tutelables, esto es, las que pueden encender la mecánica resarcitoria, son sólo algunas de las que genera y traiciona la Administración con su comportamiento.

Para diferenciar unas de otras, hay que analizar, no las convicciones del interesado, sino la actitud sostenida por la Administración antes y durante el procedimiento. En efecto, para determinar si hay un auspicio cuya defraudación entraña un incumplimiento de las exigencias de la buena fe, no hay que indagar, por el sentido objetivo de la buena fe, la psicología o las creencias del interesado, sino la conducta de la Administración <sup>45</sup>. A su vez, y esto es una ulterior consecuencia del carácter objetivo de la buena fe, para determinar qué conductas administrativas engendran confianzas tutelables, es decir, confianzas cuya frustración puede ser causa de responsabilidad patrimonial, hay que prescindir de toda consideración del elemento culpa o intención. De lo que se trata es de juzgar la coherencia del comportamiento administrativo y no las convicciones del interesado ni la intencionalidad de la Administración. Es preciso establecer si la conducta administrativa, en sí misma considerada, puede estimarse incoherente, porque, de ser así, hay que entender que ha frustrado la confianza que en el recibimiento de la ventaja había generado precedentemente.

Así las cosas, resolver la cuestión de la que depende la existencia o no de una confianza fundada y, por tanto, de una responsabilidad patrimonial (si hay daño, naturalmente) pasa por determinar cuándo la actuación administrativa es contradictoria. De lo que se trata, por tanto, es de determinar cuál es el parámetro de coherencia aplicable y, a partir de él, juzgar el comportamiento de la Administración, para, de esta manera, concretar si hay incumplimiento del deber de obrar de buena fe y responsabilidad por los daños producidos.

Para algunos supuestos, la ley ha establecido ese estándar jurídico de coherencia. Así lo hace la legislación urbanística, que habilita a la Administración para suspender el otorgamiento de licencias urbanísticas con ocasión del estudio y elaboración de nuevos planes a los que las mismas tendrían que ajustarse, pero cuyo condicionamiento se ignora. Cuando la Administración suspende el procedimiento para evitar situaciones discrepantes con el nuevo planeamiento, el artículo 27.2 del Texto Refundido de la Ley sobre el Régimen del Suelo y Ordenación Urbana, aprobado por Real Decreto 1346/1976, de 9 de abril (TRLR 1976), garantiza a los peticionarios de licencias solicitadas con

<sup>45</sup> Cosa distinta es que resulte acreditado que el interesado conocía o debía conocer por alguna razón que el resultado del procedimiento le iba a ser desfavorable. En estos casos, lo hemos dicho, no habrá responsabilidad administrativa toda vez que no habrá confianza tutelable. Cuando no sea éste el supuesto, determinar si hay o no una confianza con suficiente entidad como para que su defraudación dé derecho al resarcimiento no depende de las específicas convicciones del interesado. Puede estimarse que hay confianza tutelable, pese a que un pesimista interesado albergase pocas esperanzas de obtener la ventaja solicitada; y, a su vez, puede estimarse que no la hay, aunque el optimista solicitante contara con la firme creencia del recibimiento.

anterioridad a la publicación en el Boletín Oficial correspondiente el derecho a la indemnización del coste oficial de los proyectos y a la devolución de las tasas abonadas <sup>46</sup>.

Esta regla viene en cierto modo a tipificar un supuesto concreto de responsabilidad por quebrantamiento de la confianza. Lo interesante es que de esta manera se libera al juez de la carga de determinar si la confianza del interesado era o no tutelable (si había o no incumplimiento del deber de buena fe), pues la ley lo concreta específicamente. El comportamiento de la Administración, que comienza a tramitar un procedimiento y después lo suspende, constituye una actitud que la norma juzga incoherente, por lo que lleva aparejada, como efecto, la responsabilidad por los daños ocasionados <sup>47</sup>.

<sup>46</sup> Sobre el tema, me remito a J.L. BELTRÁN AGUIRRE, «Comentario general al Título V», en AA.VV., *Comentarios a la Ley sobre Régimen del Suelo y Valoraciones. Ley 6/1998, de 13 de abril*, 2.ª ed., Aranzadi, Elcano, 2002, pág. 764; A. CHINCHILLA PEINADO, «Urbanismo y responsabilidad patrimonial», *R. Der. urb.*, núm. 162, 1998, págs. 80-87; F. GARCÍA GÓMEZ DE MERCADO, «La responsabilidad patrimonial de la Administración: Especial consideración del ámbito urbanístico», *R. Der. urb.*, núm. 182, 2000, págs. 59-60, y, con referencias a las parecidas previsiones establecidas en la Ley catalana de Urbanismo (art. 109.7), *Manual de contratación y responsabilidad de la Administración. Estudio sistemático de las obligaciones de la Hacienda Pública, los contratos y convenios de la Administración y la responsabilidad patrimonial de ésta*, Comares, Granada, 2004, págs. 842-843; L. MARTÍN REBOLLO, *La responsabilidad patrimonial de las Administraciones Públicas en el ámbito urbanístico*, Serv. Publics. Univ. Cantabria, Santander, 1993, pág. 83; y J.A. IVARS BAÑULS y G. VILLARINO SAMALEA, *La responsabilidad por actos de naturaleza urbanística*, prólogo E. SÁNCHEZ GOYANES, Inap, Madrid, 2003, págs. 158-162.

<sup>47</sup> Téngase en cuenta que el fundamento del derecho resarcitorio del interesado en esta hipótesis podría estar, no en la violación de la confianza, sino en la expropiación forzosa. Hay supuestos indemnizatorios en los que la Administración adopta una resolución que, como el acto expropiatorio, persigue directamente la producción de un daño, pero sujetándose a cauces formales distintos de los previstos en la legislación de expropiación forzosa. Así, las resoluciones dictadas en ejercicio de la potestad de revocación por motivos de oportunidad, admitida en nuestro sistema en relación con los actos no favorables (art. 105.1 LPC) y las licencias otorgadas por las Entidades Locales (art. 16.3 del Reglamento de Servicios de las Corporaciones Locales, aprobado por Decreto de 17 de junio de 1955); el rescate de concesiones de obras o servicios públicos [arts. 168.2 y 264 g) Texto Refundido de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas, aprobado por RDLeg. 2/2000, de 26 de noviembre]; o la resolución por la que se modifica un acto administrativo favorable, adoptándolo a las nuevas normas o planes que redefinen el interés público [art. 77 c) Ley 22/1988, de 28 de julio, de Costas y art. 42.2 Ley 6/1998, de 13 de abril, sobre Régimen del Suelo y Valoraciones]. La doctrina habla en estos casos de operaciones materialmente expropiatorias, señalando que la institución que proporciona cobertura al derecho resarcitorio de la víctima es, no la responsabilidad, sino la expropiación forzosa [A. BLASCO ESTEVE, *La responsabilidad de la Administración por actos administrativos*, prólogo A. NIETO GARCÍA, 2.ª ed., Civitas, Madrid, 1985, pág. 54, y *Responsabilidad de la Administración por actos urbanísticos*, en AA.VV., *Manual de urbanismo*, Inap, Madrid, 2001, tema 19, págs. 951, 953; R. BOCANEGRA SIERRA, *Lecciones sobre el acto administrativo*, Civitas, 2002, págs. 200, 221-223; E. GARCÍA DE ENTERRÍA, *Los principios de la nueva Ley de Expropiación Forzosa. Potestad expropiatoria. Garantía patrimonial. Responsabilidad civil de la Administración*, 2.ª ed. (reimpr.), Civitas, Madrid, 1984, págs. 92, 93, y, junto con T.R. FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, *Curso de Derecho Administrativo*, t. I, 11.ª ed., Civitas, Madrid, 2002, págs. 664-667; F. GARCÍA GÓMEZ DE MERCADO, *Manual de contratación...*, págs. 754-757; F. VELASCO CABALLERO, *Las cláusulas accesorias del acto administrativo*, Tecnos, Madrid, 1996, págs. 173-174 y 177. Pues bien, también podría asimilarse al justiprecio la indemnización del coste de tasas y proyectos que, según el artículo 27.2 del TRSL 1976, ha de abonarse cuando la Administración suspende el procedimiento de otorgamiento de licencia. La cuestión no es baladí, porque, si se acude a la figura de la responsabilidad por confianza, tal coste habría de resarcirse aunque una correcta aplicación de la normativa urbanística hubiera de todos modos conducido a la denegación de la licencia (y quizá, habrían de abonarse también, aunque la ley no lo diga expresamente, las ganancias de una actividad alternativa descartada en la esperanza de explotar la jurídicamente condicionada a la intermediación favorable de la Administración). En cambio, si se acude a la figura de la operación materialmente expropiatoria, tal coste habría de indemnizarse sólo cuando resultara probado que se habría obtenido la licencia (y quizá, en tal caso, habrían de repararse

.../...

El problema es que la ley no ha establecido el parámetro aplicable para todos los casos (ni puede hacerlo, probablemente), lo que impide conocer *ex ante* el grado de coherencia exigible, obligando a los operadores jurídicos a resolver la cuestión atendiendo a las circunstancias de cada caso. Ahora bien, esto no implica que el juzgador haya de resolver si hay confianza, contradicción y responsabilidad por la frustración de aquélla, atendiendo a su personal concepción o idea de lo que podía esperarse de la Administración en el asunto de que se trate. Al contrario, obliga a localizar ese parámetro de coherencia y, una vez establecido, a aplicárselo a la Administración <sup>48</sup>.

Los jueces deben concretar, en primer lugar, el modelo de conducta al que debe acomodarse la Administración atendiendo a las circunstancias de cada caso y a las cambiantes exigencias económico-sociales; deben, en definitiva, establecer el estándar de coherencia que, según el tipo de procedimiento y la conciencia social, vincula a la Administración por imperativo del principio de buena fe. Después, han de comparar la actitud administrativa concreta con la que, según este parámetro, era la efectivamente exigible, es decir, han de señalar razonadamente cuándo la Administración, al alejarse de ese arquetipo, actúa incoherentemente, defraudando la confianza del interesado.

Partiendo de este planteamiento, trataremos de examinar los supuestos más frecuentes en los que la Administración se aparta del estándar de coherencia aplicable, pudiendo contraer responsabilidad por la confianza generada y frustrada. Me refiero a los casos en que la Administración deniega una utilidad en cuya obtención podía confiarse, a la luz del contenido de una promesa, una información admi-

.../...

también, aunque la ley no lo mencione explícitamente, las ganancias que el interesado, mediante la consecución de la licencia, habría conseguido). Esto es así porque, bajo la óptica de la responsabilidad por confianza, cobra relevancia, no el menor o mayor número de probabilidades de que, sin el acto suspensivo, se hubiera obtenido licencia, sino la intervención de un comportamiento fundador de legítimas expectativas y condicionante de la actividad económica del interesado; y, según parece, a tenor de lo establecido en el artículo 27.2, la simple decisión de tramitar la solicitud de licencia –para luego suspender el procedimiento– constituye un comportamiento de este tipo. En cambio, bajo la perspectiva de la expropiación forzosa, sí cobran relevancia las concretas posibilidades de éxito de que disponía el interesado porque, si eran nulas o insignificantes, hay que entender que la suspensión no ha producido sacrificio patrimonial alguno y, por tanto, que no ha lugar una indemnización. La jurisprudencia del Tribunal Supremo no se ha pronunciado claramente al respecto (*vide* SSTs de 6 de julio de 1981, Ar. 3155, y de 1 de julio de 1996, Ar. 6126), pero parece entender que el supuesto indemnizatorio del artículo 27.2 constituye una operación materialmente expropiatoria cuando considera que no subsiste derecho a la indemnización si el proyecto presentado era manifiestamente contrario a la ordenación urbanística todavía en vigor y la propuesta de resolución del procedimiento había sido ya adoptada cuando el acuerdo de suspensión se publicó (28 de mayo de 1996, Ar. 5479). Téngase en cuenta que tal tipo de restricción también podría encajar en el marco de la responsabilidad por confianza. En efecto, cuando se deniega la indemnización porque la licencia solicitada es manifiestamente contraria al ordenamiento urbanístico podría estarse ante uno de esos casos en los que el interesado no tiene derecho a la reparación porque sabía (o debía saber) que la Administración iba a adoptar una resolución que le era desfavorable, no pudiéndose afirmar, por tanto, que el pago de las tasas y proyectos fuera una conducta etiológicamente ligada a la gestación y defraudación de una auténtica y legítima confianza.

<sup>48</sup> En este sentido, MORELL OCAÑA (*La lealtad...*, cit., págs. 180-181) señala: «La conducta que se espera es la adecuada al problema planteado, adecuada a la finalidad del encuentro o relación social de intercambio. Esa conducta, además, ha de responder a patrones, tipificaciones establecidas social o jurídicamente (...). El *standard*, de acuerdo con su funcionalidad, remite el contenido del precepto a la conducta que sea habitual en el lugar o en la situación que considera; de suerte que esa conducta habitual pasa a tener un carácter normativo, dotándola el precepto de una ordenación jurídica que aparece ya con carácter vinculante. Los *standards*, por ello, impiden al Juez o a la Administración una estimación libre, vinculando dicha estimación a las valoraciones existentes en el ámbito o entorno en que se produce».

nistrativa, un convenio de Derecho público, un baremo de jerarquización de candidatos o la praxis administrativa. Es preciso abordar la cuestión con cierto detenimiento porque no se producen supuestos de responsabilidad por confianza siempre que la Administración dicta una medida distinta de la que cabía esperar a la luz de lo declarado en estos instrumentos o del sentido de una práctica administrativa anterior. Por eso, antes de analizar estos concretos supuestos, nos referiremos a otra importante nota o característica, que perfila el concepto de «confianza tutelable» y que ayuda a averiguar cuándo el incumplimiento del deber de coherencia constituye título atributivo de responsabilidad: la exigencia de la que la conducta administrativa esperanzadora no genere un vínculo prestacional.

Por otra parte, hay que insistir en que las hipótesis que ahora se contemplan son sólo aquellas en las que la falta de coherencia administrativa puede resultar evidente y palmaria. Pero cabe que, partiendo del estándar jurídico de lealtad de que se trate, se aprecie que comportamientos de otro tipo susciten confianzas tutelables <sup>49</sup>.

## 2. Las confianzas depositadas en conductas que no tienen virtualidad obligatoria.

### 2.1. Consideraciones generales.

La responsabilidad por confianza presupone una conducta o comportamiento que genera la confianza en la obtención de un determinado beneficio, pero que no obliga a su autor al efectivo otorgamiento. Si tal conducta o comportamiento da lugar al nacimiento de un auténtico vínculo prestacional, la actuación posterior que la contradice, más que defraudar la esperanza generada, lo que hace es incumplir la obligación prestacional constituida, situando la cuestión fuera del ámbito de la responsabilidad por violación del principio de coherencia.

Así lo ha puesto de manifiesto la civilística <sup>50</sup>, al señalar que no hay un problema de responsabilidad por confianza cuando, durante los tratos preparatorios, se formaliza el compromiso de poner en funcionamiento el contrato que se está proyectando (el denominado precontrato, promesa de contrato o contrato preliminar) y una de las partes decide no perfeccionarlo. Si esto ocurre, más que incumplimiento del deber de coherencia, hay incumplimiento de la prestación debida, por lo que el acreedor podrá forzar la puesta en práctica del contrato definitivo y el resarcimiento del daño (la lesión del interés positivo) en concepto de responsabilidad contractual por violación

<sup>49</sup> Así, por ejemplo, el Tribunal Supremo ha considerado en Sentencia de 25 de junio de 1987 (Ar. 4287) que hay una contradicción inadmisibles cuando la Administración deniega una subvención, habiendo incluido en su disciplina reguladora una amplia enumeración de fines e impulsado al interesado a elevar la instancia a través de una campaña de publicidad oficial. Y otra vez, en Sentencia de 1 de febrero de 1990 (Ar. 1258), brindó tutela a la confianza suscitada por un acto que informaba sobre el reconocimiento de un beneficio que no fue finalmente atribuido, pero que estaba redactado en términos confusos, sin mención de su carácter de simple propuesta de resolución.

<sup>50</sup> *Vide, ex multis*, M. ALONSO PÉREZ, *La responsabilidad...*, cit., págs. 869-871.

del principio *pacta sunt servanda*, y no en concepto de responsabilidad precontractual por infracción de la buena fe <sup>51</sup>.

Lo mismo puede suceder durante un procedimiento administrativo en el que tiene lugar alguna actuación que engendra, no ya la confianza del interesado en un determinado resultado, sino un vínculo prestacional de la Administración. En estos casos, la resolución sucesiva, si se orienta en un sentido diverso, es contradictoria y, por lo tanto, podría considerarse contraria a la buena fe. El acto administrativo es ilegal y, aparentemente, la disconformidad jurídica es debida a la infracción del deber de coherencia. Sin embargo, lo que en realidad determina la ilegalidad de la resolución es el incumplimiento de la prestación debida en virtud del vínculo contraído por la Administración. El interesado puede exigir en estos casos el reconocimiento de la utilidad comprometida y el resarcimiento del daño (la lesión del interés positivo) en concepto de responsabilidad por ilegalidad, y no por violación del principio de buena fe.

Consideramos, consecuentemente, que no es de recibo esa opinión doctrinal <sup>52</sup>, de la que a veces participa la jurisprudencia <sup>53</sup>, para la que la responsabilidad por violación de la buena fe puede surgir cuando la Administración genera signos externos que orientan al ciudadano hacia una determinada conducta, «incluso sin necesidad de ser jurídicamente vinculantes». La responsabilidad por confianza puede surgir tan sólo, precisamente, cuando tales signos no son jurídicamente vinculantes.

En este sentido, hace tiempo que el profesor GARCÍA DE ENTERRÍA, al demostrar «que el principio de los actos propios no puede ser invocado, ni como fundamento, ni siquiera como motivo lejano» que justifique el sistema de lesividad y el régimen revocatorio que lleva parejo <sup>54</sup>, denunciaba la imprecisión con que, tanto en el ámbito del Derecho Administrativo como en el del Derecho Civil,

<sup>51</sup> Según la doctrina del Tribunal Supremo, Salas de lo Civil (Sentencias de 22 de octubre de 1987, Ar. 7463; 3 de marzo de 1992, Ar. 2156; 3 de junio de 1994, Ar. 4576; 23 de diciembre de 1995, Ar. 9396; y 11 de mayo de 1999, Ar. 3104) y de lo Social (15 de marzo de 1991, Ar. 4167; 21 de julio de 1992, Ar. 5645; y 30 de marzo de 1995, Ar. 2352) hay precontrato «cuando las partes dejan para el futuro la celebración del contrato definitivo, pero habiendo señalado los elementos y circunstancias del contrato, pues mostraron su decidida voluntad de celebrar un auténtico contrato» (STS, Sala de lo Civil, de 3 de junio de 1994). En estos casos, el deudor que decide no realizar el negocio proyectado puede incurrir en una auténtica responsabilidad contractual, por incumplimiento de contrato, como pone de relieve, también, la jurisprudencia de las Salas de lo Social de los Tribunales Superiores de Justicia de Cataluña (Sentencia 669/1994, de 10 de febrero), Andalucía (Sentencias 133/2000, de 28 de enero; y 2665/2002, de 24 de septiembre), Castilla-La Mancha (Sentencia 167/2000, de 14 de febrero), Galicia (Sentencia de 3 mayo de 2001), Canarias (Sentencia 703/2001, de 25 de septiembre) o Madrid (Sentencias 800/2002, de 1 de octubre; y 35/2003, de 30 de enero). En cambio, los tratos preliminares en sentido estricto, en cuyo seno puede surgir una responsabilidad por confianza, son «actos y operaciones que los intervinientes y *ad lateres* realizan con el fin de discutir y preparar el contrato»; actos y operaciones que «se desenvuelven en un área nebulosa y desde luego evanescente, pues las mismas hay que enfocarlas desde un punto de vista muy amplio—ideas, especulaciones, planteamientos—, pero que siempre tendrán un denominador común, como es no suponer un acto jurídico alguno, ya que dichas referidas operaciones no se derivan, de manera inmediata, efectos jurídicos mensurables. Pues bien, de dichos tratos sociales o «contactos sociales»—denominación germánica— puede y debe derivarse una cierta responsabilidad—responsabilidad precontractual o culpa *in contrahendo*— (STS, Sala de lo Civil, de 16 de diciembre de 1999, Ar. 8978).

<sup>52</sup> J. GONZÁLEZ PÉREZ, *El principio...*, cit., pág. 57.

<sup>53</sup> Así, las SSTs de 7 de octubre de 1991 (Ar. 7520), 20 de abril de 1992 (Ar. 3927), 30 de junio de 1995 (Ar. 5024) y 31 de marzo de 1998 (Ar. 3082), a las que me refiero después (ap. IV.2.2 y IV.2.4).

<sup>54</sup> «La doctrina de los actos propios y el sistema de la lesividad», *RAP*, núm. 20, 1956, pág. 77.



se utiliza la doctrina de la buena fe y la prohibición que de ella deriva de *venire contra factum proprium* <sup>55</sup>. Señalaba, en particular, que estas últimas se confunden sistemáticamente con la doctrina sustantiva de los efectos del consentimiento o de la declaración de la voluntad y que, sin embargo, es claro que esta doctrina, y no la de la buena fe, explica la vinculación de un sujeto a sus actos jurídicos: «El que yo no pueda retirarme unilateralmente de un contrato no es una consecuencia de la doctrina de los actos propios, sino, obviamente, una consecuencia –la primera, art. 1.901 CC– del contrato» <sup>56</sup>.

## 2.2. El incumplimiento de compromisos vinculantes: la inexistencia de responsabilidad por confianza.

Comoquiera que, para el nacimiento de la responsabilidad por confianza, la conducta administrativa que resulta después contradicha no ha de vincular, no entra en juego la buena fe como causa y título de imputación del daño cuando la Administración desatiende las promesas que, referidas a un acto administrativo, puedan considerarse obligatorias <sup>57</sup>. Así, por ejemplo, si la Administración realiza una auténtica oferta obligatoria, el incumplimiento del compromiso contraído vicia la resolución contradictoria y da derecho al resarcimiento, no sólo de los gastos devenidos inútiles, sino también del lucro que con la ventaja ofrecida se habría conseguido.

Por eso estimamos que es incorrecta la doctrina sentada en la STS de 30 de junio de 1995 <sup>58</sup>. En este asunto existía una oferta jurídico-negocial: la invitación que realizó la Administración a un empresario para solicitar un incentivo destinado al desarrollo de una determinada actividad productiva. El interesado aceptó la oferta, cumpliendo, además, los condicionamientos impuestos por ésta. Pues bien, el Tribunal entendió que la Administración, al denegar la prestación comprometida, defraudó una confianza legítima y que esto obligaba a la Administración a dictar *ex post* la resolución favorable. Sin embargo, lo que daba derecho a la subvención no era la buena fe o la confianza en el otorgamiento, sino la oferta negocial incumplida.

Lo mismo puede ocurrir en algunos casos en los que un Ayuntamiento deniega una licencia en cuyo otorgamiento confiaba el interesado porque la cédula que había solicitado informaba diversamente sobre sus posibilidades urbanísticas. La cédula es un instrumento de expedición obligatoria

<sup>55</sup> *Ibidem*, pág. 71.

<sup>56</sup> *Ibidem*, pág. 72.

<sup>57</sup> En este mismo sentido, en el Derecho alemán, T. MAUNZ, «Selbstbindungen der Verwaltung», *DÖV*, núm. 34, 1981, pág. 501; apelando al principio *pacta sunt servanda*, G. KISKER, *Vertrauensschutz...*, cit., pág. 163; y, subrayando que «las promesas legales (...) llevan en sí mismas su fuerza vinculante», sin que deba acudir a estos efectos al principio de confianza legítima, F. OSSENBÜHL, *Vertrauensschutz...*, cit., pág. 28. En la doctrina española, J. GARCÍA LUENGO, *El principio...*, cit., pág. 339. También, al tratar el Derecho alemán, F. CASTILLO BLANCO, *La protección...*, cit., pág. 128.

<sup>58</sup> Ar. 5024. Comparte sus criterios la STS de 20 de abril de 1992 (Ar. 3927).

que informa sobre las circunstancias en que se encuentran los terrenos o fincas de que se traten <sup>59</sup>. La Ley 6/1998, de 13 de abril, del Suelo y Valoraciones, no define su naturaleza (vinculante o simplemente informativa), remitiéndose a tal efecto a la legislación autonómica. Algunas leyes urbanísticas, como las de la Cataluña <sup>60</sup> y Valencia <sup>61</sup>, configuran estas informaciones como auténticas declaraciones vinculantes que pueden garantizar el libramiento de la licencia sobre la que se pide consulta (arts. 97.3 y 84.2, de las regulaciones respectivas). En estos casos, si la información favorable se ajusta al ordenamiento jurídico (y puede, por tanto, vincular a la Administración), la ulterior denegación de licencia, no es que defraude las expectativas que aquélla despierta, es que incumple la obligación contraída, incurriendo, por tanto, en una ilegalidad <sup>62</sup>. Los daños que sufra el interesado no son, pues, daños a la confianza o al interés negativo (el valor de los gastos inútilmente realizados y las alternativas de lucro descartadas en la esperanza de obtener la ventaja), sino los ligados al incumplimiento de la prestación debida o al interés positivo, es decir, los derivados de la contrariedad jurídica de la resolución: los beneficios que le habría comportado una acción pública conformada a Derecho (a la cédula vinculante) o, lo que es lo mismo, el desarrollo de la actividad que le habría permitido el oportuno libramiento de la autorización.

Por lo mismo, tampoco generan responsabilidad por confianza las resoluciones que dejan sin efecto el contenido provechoso de las consultas que, a tenor de lo establecido en la legislación tributaria, tienen carácter vinculante <sup>63</sup>; ni el incumplimiento de los convenios que, celebrados con arreglo al artículo 88 de la LPC durante un procedimiento, participan de una naturaleza obligatoria <sup>64</sup>.

<sup>59</sup> Vide V. BOIX REIG, «La cédula urbanística», *Rev. Der. urb.*, núm. 39, 1974, págs. 55-76; A. NIETO GARCÍA, «Las consultas a la Administración: una aportación jurisprudencial a los conceptos de acto administrativo y acto inexistente, coment. STS de 9 nov. 1974», *REDA*, núm. 8, 1976, págs. 137-145; A. AROZAMENA LASO, «Consultas urbanísticas: un estudio del artículo 55.2 de la Ley del Suelo», *Rev. Der. urb.*, núm. 113, 1989, págs. 485-513; M.J. MONTORO CHINER, *La responsabilidad...*, cit., págs. 257-268; J. GONZÁLEZ PÉREZ, *Comentarios a la Ley sobre Régimen del Suelo y Valoraciones (Ley 6/1998, de 13 de abril)*, Civitas, Madrid, 1998, págs. 125-130; F.A. CHOLBI CACHÁ, «El procedimiento de Concesión de licencias de Urbanismo. Especial referencia a la aplicación del silencio positivo», *El Consultor*, Madrid, 2002, págs. 57-64; P. GONZÁLEZ SALINAS, «La responsabilidad patrimonial por funcionamiento de la Administración urbanística», *Bol. I. Colegio Abogados Madrid*, 3.ª época, núm. 24, «La responsabilidad patrimonial del Estado (II)», 2003, págs. 180-182. Sobre las consultas urbanísticas, insistiendo en la oportunidad de una reforma que permita recurrirlas directamente, sin esperar al acto estrictamente resolutorio, F. GONZÁLEZ BOTIJA, *Los otros actos administrativos*, obra pendiente de publicación a la que he tenido acceso gracias a la amabilidad del autor.

<sup>60</sup> Decreto Legislativo 1/1990, de 12 de julio, por el que se aprueba el Texto Refundido de las disposiciones vigentes en materia urbanística.

<sup>61</sup> Ley 6/1994, de 16 de noviembre, reguladora de la actividad urbanística.

<sup>62</sup> En este sentido, J. GARCÍA LUENGO, *El principio...*, cit., págs. 341-343.

<sup>63</sup> En esta línea, F. GARCÍA LUENGO, *ibidem*, págs. 342-343.

<sup>64</sup> Son los contratos sobre actos o potestades que la doctrina italiana denomina *accordi integrativi vincolanti* (vide, L.M. COSCULLUELA MONTANER, *Manual de Derecho administrativo*, vol. I, 14.ª ed., Civitas, Madrid, 2003, págs. 360-362; F. DELGADO PIQUERAS, *La terminación convencional del procedimiento administrativo*, Aranzadi, Pamplona, 1995, págs. 79-80) y algún autor español califica como «convenios no sustitutivos de la resolución, pero vinculantes de su contenido», considerándolos como una forma impropia de terminación convencional porque la propia o estricta es la consistente en un acuerdo bilateral obligatorio y alternativo a la resolución, por el que finaliza el procedimiento (A. GALLEGO ANABITARTE y A. MENÉNDEZ REXACH, «Lecciones de Derecho administrativo», vol. 2, *Acto y procedimiento administrativo*, Marcial Pons, 2001, pág. 165).

Si la Administración debía formalizar la solución pactada en un acto administrativo y, sin embargo, dictó una resolución de contenido distinto en perjuicio del interesado, incurrirá en responsabilidad, pero no por defraudación de la confianza, sino por el incumplimiento de la prestación comprometida, es decir, por la ilegalidad de su actuación.

2.3. *La defraudación de las expectativas engendradas por instrumentos que no pueden vincular porque no tienen naturaleza obligatoria o porque su contenido es erróneo o contrario a Derecho: el supuesto típico de responsabilidad por confianza.*

Hay casos en los que, pese a la naturaleza obligatoria de la información administrativa, el convenio de Derecho público o la promesa de que se trate, el acto administrativo contradictorio puede generar auténticos daños a la confianza. Así, cuando estas actuaciones, aunque configuradas con carácter vinculante, no pueden obligar porque su contenido es equivocado o contrario a Derecho. La información que contiene una noticia errónea y los compromisos de acordar medidas contrarias al ordenamiento jurídico no pueden, evidentemente, vincular a la Administración. Ésta puede y debe desobedecer los instrumentos mencionados, pero esto no le exonera del deber de indemnizar al perjudicado cuando esta postura defraude la confianza del interesado, causándole daños <sup>65, 66</sup>.

A su vez, cuando tales actuaciones no tienen virtualidad obligatoria, la Administración que las desoye puede igualmente incurrir en responsabilidad por confianza si su contenido es erróneo o contrario al ordenamiento jurídico porque el interesado ha podido seguir sus indicaciones. La jurisprudencia ofrece numerosos ejemplos en este sentido, sobre todo cuando se trata de cédulas urbanísticas o consultas tributarias no vinculantes que reconocen equivocadamente la existencia de un derecho urbanístico o un beneficio fiscal que resulta (legítimamente) denegado <sup>67, 68</sup>.

<sup>65</sup> Por eso, hay que juzgar acertada la previsión establecida en el artículo 178.2 del Decreto 146/1984, de 10 de abril, que, en relación con las consultas urbanísticas, señala que «pese al libramiento del certificado, no podrá ser otorgada ninguna licencia contra las determinaciones del planeamiento aplicable y sin perjuicio de las responsabilidades administrativas a que hubiere lugar». Sobre la cuestión, J. CHINCHILLA, *Urbanismo y responsabilidad...*, cit., nota 56, pág. 728. En este orden de ideas, el profesor FRITZ OSSENBÜHL (*Vertrauensschutz...*, cit., pág. 29), considera que las promesas pueden generar responsabilidad en el Derecho alemán cuando su contenido es contrario a Derecho. De este posicionamiento se ha hecho eco el profesor CASTILLO BLANCO (*La protección...*, cit., pág. 128). Sobre la cuestión en el Derecho italiano, F. MERUSI, *Buona fede...*, cit., págs. 165, 181.

<sup>66</sup> Téngase en cuenta que la ilegalidad o el error pueden no ser las únicas razones que justifiquen que la Administración desobedezca instrumentos normativamente configurados como vinculantes. Así, por ejemplo, la doctrina alemana considera que la obligatoriedad de las promesas administrativas desaparece cuando las circunstancias de hecho o de Derecho cambian sustancialmente, pudiendo asegurarse que la Autoridad no habría contraído el compromiso de haber conocido la posterior evolución de los acontecimientos (T. MAUNZ, *Selbstbindungen...*, cit., pág. 501). En este supuesto, en la medida en que puede estarse ante conductas que, sin generar vínculo prestacional alguno, generan una confianza razonable en el recibimiento, puede haber también una responsabilidad patrimonial por violación del principio de buena fe.

<sup>67</sup> Sobre la responsabilidad de la Administración y las consultas tributarias, es ilustrativo el estudio de MATA SIERRA (*La responsabilidad patrimonial de la Administración tributaria*, prólogo J.L. MUÑOZ DEL CASTILLO, *Lex Nova*, Valladolid, 1997, págs. 149-160), que, sin embargo, no diferencia el fundamento de la responsabilidad y el alcance del resarcimiento según que la Administración se aparte de la información (correcta) vinculante o proporcione una noticia equivocada. En relación

.../...

La responsabilidad patrimonial derivada de la defraudación de las expectativas suscitadas por una información inexacta cabe, no sólo cuando el sujeto ve denegada su solicitud, sino también cuando desiste del proceso edificatorio o decide no acogerse a un determinado beneficio fiscal por confiar en una cédula o certificado que niega sus verdaderas posibilidades urbanísticas o fiscales <sup>69</sup>. En este caso, el interesado puede descubrir mucho tiempo después que existían tales posibilidades y que, entonces, trate de acogerse a las mismas, cuando ya no es jurídicamente posible –por un cambio del planeamiento o de la regulación– o cuando el padecimiento de perjuicios *medio tempore* –las ganancias inobtenidas desde la fecha en que pudo disfrutarse la resolución favorable hasta aquella en que se disfruta efectivamente– es inevitable.

2.4. *La separación de un precedente, de un baremo o de otras actuaciones administrativas con violación de la doctrina del agotamiento de la discrecionalidad, el principio de igualdad o el principio de interdicción de la arbitrariedad: la inexistencia de responsabilidad por confianza.*

Ocurre algunas veces que una actuación susceptible de generar confianza puede determinar que la resolución administrativa que la contradice sea ilegal. Me refiero ahora a los casos en que, debién-

.../...

con las consultas urbanísticas tampoco menciona expresamente el fundamento de la responsabilidad AROZAMENA LASO (*La consulta urbanística...*, cit., págs. 509-519), aunque dice con acierto: «la consulta urbanística implica el derecho a una información veraz, por lo que el particular que, confiado en la que se le ha suministrado, redacta el proyecto técnico y solicita la licencia con base en aquella información, si bien no puede invocar (...) un derecho a la obtención de la licencia, si puede, en cambio, llegar a fundar un derecho al resarcimiento de la lesión patrimonial efectiva que le cause la denegación de la licencia y siempre que la motivación de la denegación descansa en prescripciones urbanísticas distintas de las que fueron objeto de información».

<sup>68</sup> En jurisprudencia, se acogen a este criterio las SSTs de 7 de febrero de 1978 (Ar. 582), 29 de octubre de 1979 (Ar. 3547), 29 de septiembre de 1980 (Ar. 3459), 31 de octubre de 1980 (Ar. 4004), 6 de junio de 1981 (Ar. 2551), 29 de octubre de 1982 (Ar. 6463), 5 de noviembre de 1984 (Ar. 5756), 8 de mayo de 1986 (Ar. 4393), 25 de noviembre de 1988 (Ar. 9209), 12 de junio de 1991 (Ar. 4878), 10 de febrero de 1994 (Ar. 878), 23 de febrero de 1999 y 7 de marzo de 2000 (Ar. 2371). En el asunto de esta última, una Comisión Municipal de Urbanismo informó favorablemente un proyecto inviable, porque consistía en la construcción de una instalación deportiva (cinco pistas de tenis, un local y varios vestuarios de 120 m<sup>2</sup>) que no podía llevarse a cabo con arreglo al planeamiento, dado que la compatibilidad de usos que éste permitía estaba condicionada a la inalteración del carácter no edificable de las zonas afectadas. Como revela la sentencia, la empresa informada (un Club de Tenis) adquirió después los terrenos en que había de construirse la instalación y, solicitada la licencia de obras, recibió respuesta negativa por parte del Ayuntamiento. El Alto Tribunal, aunque no apela a la buena fe ni al incumplimiento del deber de coherencia como título justificativo de la responsabilidad patrimonial, señala que la cédula generó la creencia en unas posibilidades urbanísticas que, a la luz del ordenamiento vigente, no existían y que tal creencia motivó unas inversiones y gastos que posteriormente se convirtieron en perjuicios resarcibles por cuanto devinieron imposibles las construcciones proyectadas. La Administración incurrió, pues, según dice la sentencia, en responsabilidad por funcionamiento anormal del servicio, por lo que debió afrontar los gastos de gestoría, incluidos los de notaría y el pago del impuesto de transmisiones satisfecho, y el coste de los terrenos, deduciendo una cantidad identificable con el valor que tales terrenos para otros usos o aprovechamientos distintos de aquel para el que fueron adquiridos.

<sup>69</sup> Sobre estas hipótesis, pero limitando sus consideraciones al ámbito urbanístico, J.A. CHINCHILLA PEINADO (*Urbanismo y responsabilidad...*, cit., págs. 731, 732), que cita la STSJ de Asturias, de 17 de abril de 1995, que parte de este planteamiento; F.A. CHOLBI CACHÁ (*El procedimiento...*, cit., pág. 66) y F. GARCÍA GÓMEZ DE MERCADO (*Manual de contratación...*, cit., pág. 843).

dose juzgar *ex post* la conformidad a Derecho de un acto discrecional, se estima que la conducta respetada por la Administración antes o durante el procedimiento asume relevancia a efectos anulatorios.

Piénsese en el ciudadano extracomunitario que interrumpe su actividad laboral al resultar despedido por no obtener la renovación del permiso de trabajo que había solicitado. La jurisprudencia ha estimado en asuntos de este tipo que la denegación es contraria a Derecho si subsistían las circunstancias de hecho y de Derecho que determinaron la concesión originaria y no se han recabado informes que, atendiendo a la situación laboral nacional y, en particular, a la cantidad de mano de obra española no colocada en el sector, aconsejen la denegación<sup>70</sup>. Parece que, en estos supuestos, la falta de coherencia vicia la resolución administrativa y que el principio de no contradicción (su conculcación) desborda el ámbito estrictamente resarcitorio amparando la eliminación de la resolución.

Hay multitud de supuestos en los que, por la misma razón, parece que la infracción de la buena fe lleva aparejada la sanción de la invalidez. Así, por ejemplo, cuando de la baremación de los proyectos presentados en un procedimiento de contratación resulta de manera inequívoca que la adjudicación correspondía a un concreto licitador y, sin embargo, se optó por otro. También cuando la decisión administrativa rompe sin la adecuada motivación con el criterio (legal) sostenido con anterioridad en procedimientos sustancialmente idénticos. En uno y otro caso, el interesado puede resultar perjudicado por una resolución distinta de la que, atendiendo al baremo o al precedente, era de esperar.

En estos casos, la deslealtad administrativa tiene, aparentemente, una virtualidad anulatoria que, por lo demás, parece contradecir la tesis que aquí se sostiene (el quebrantamiento de la confianza sólo puede producir efectos en el plano resarcitorio) y parece congeniar con la incontestable evidencia de que el principio de legalidad obliga a la Administración a obedecer no sólo las normas escritas sino también los principios generales que, como el de buena fe, componen, fundamentan y estructuran el ordenamiento jurídico, dándole un sentido que va más allá del que correspondería a un simple conjunto heteróclito de preceptos<sup>71</sup>.

Como consecuencia de lo anterior, puede parecer acertada la conclusión de que el deber de coherencia opera como límite al ejercicio de las potestades discrecionales, como un criterio que, a la hora de enjuiciar determinadas actuaciones, puede determinar su ilegalidad<sup>72</sup>. De hecho, el Tribunal

<sup>70</sup> SSTs de 2 de noviembre de 1987 (8766), 9 de diciembre de 1987 (Ar. 9436), 12 de junio de 1991 (Ar. 4878), 11 de mayo de 1998 (Ar. 4314) y 14 de abril de 1999 (Ar. 4522).

<sup>71</sup> Sobre los principios generales del Derecho y el control que a su través debe hacerse de las actuaciones discrecionales, E. GARCÍA DE ENTERRÍA, *La lucha contra las inmunidades del poder (Poderes discrecionales, poderes de gobierno, poderes normativos)*, 2.ª ed., Civitas, Madrid, 1979, 30-49; y el mismo autor junto con T.R. FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, *Curso...*, t. I, cit., págs. 83-90, 476-483.

<sup>72</sup> Así lo entiende GONZÁLEZ PÉREZ (*El principio...*, cit., pág. 39), aunque dice también que, fuera de los procedimientos de revisión, no cabe invocar la buena fe para obtener la declaración de invalidez (pág. 102) y que la indemnización es el efecto más general (pág. 113). Parece situarse en esta línea SÁNCHEZ MORÓN (*Venire contra...*, cit., págs. 239-241), aunque realiza unas formidables precisiones en orden a demostrar cómo tal tipo de declaración se puede basar en los principios de legalidad, igualdad o interdicción de la arbitrariedad (pág. 231); y ARANA GARCÍA (*La alegación...*, cit., págs. 32-40), al señalar que la buena fe está llamada a jugar un importante papel cuando la Administración ejercita potestades discrecionales.

Supremo ha invocado esta doctrina en casos análogos a los anteriores. Así, la STS de 7 de octubre de 1991 <sup>73</sup> anuló la resolución denegatoria de unas autorizaciones «*con un cierto componente discrecional*», por separarse de los criterios que la Administración había difundido profusamente en una «nota» y cuya aplicación habría debido conducir al otorgamiento. El Alto Tribunal estimó que, aunque tales criterios no eran jurídicamente vinculantes, debían operar por imperativo de la buena fe y la confianza legítima <sup>74</sup>.

Sin embargo, aunque en estos casos puede existir violación del principio de coherencia, no creo que sea ésta la que determina la disconformidad jurídica de la resolución. Si el administrado puede pretender legítimamente la anulación de la decisión, no es por su incoherencia con la actitud precedente, sino por otras razones. Lo que ocurre es, sencillamente, que las actuaciones administrativas posteriormente contradichas tuvieron la virtualidad de agotar la discrecionalidad. El acto administrativo sólo era discrecional en apariencia porque hubo circunstancias que colmaron el déficit de programación normativa. Aquellos hechos, aquel baremo, aquel precedente o aquella «nota» integraron la regulación aplicable, y se puede decir *ex post*, cuando el procedimiento ya ha finalizado, que la solución adoptada no estaba entre las legalmente posibles. Como el acto administrativo en cuestión era de distinto tenor, infringió la normativa reguladora de la potestad, que es la que, completada con el material instructorio u otros datos, imponía una determinada resolución. Así las cosas, se puede decir que la contrariedad jurídica de la medida no deriva de la violación principio de buena fe, que seguramente existe, sino de la aplicación de la doctrina del agotamiento de la discrecionalidad <sup>75</sup>.

Además, en estos casos y, en particular, cuando la Administración no razona una resolución que se separa del criterio que, a tenor de las actuaciones sostenidas antes o durante el procedimiento, cabía esperar razonablemente, puede haber, al menos, arbitrariedad o el atentado a otros principios fundamentales como el de igualdad <sup>76</sup>. De ahí que la ilegalidad de la resolución se pueda expli-

<sup>73</sup> Ar. 7520.

<sup>74</sup> Esta misma doctrina ha sido aplicada en la STS de 31 de marzo de 1998 (Ar. 3082). Sobre la buena fe y las normas internas, F. MERUSI, *Buona fede...*, cit., págs. 188-195.

<sup>75</sup> Sobre la doctrina del agotamiento de la discrecionalidad, que enlaza con la de la autovinculación a través de actuaciones administrativas pueden verse, en el Derecho alemán, *ex multis*, J. BURMEISTER, «Selbstbindungen der Verwaltung», *DÖV*, núm. 34, 1981, págs. 503-513; C. DICKE, «Der allgemeine Gleichheitssatz und Selbstbindung der Verwaltung», *VerwArch*, núm. 59, 1968, págs. 293-310; A. GERN, «Die Ermessensreduzierung auf Null», *DVBl.*, 1987, págs. 1.194-1.199; T. MAUNZ, *Selbstbindungen...*, cit., págs. 497-503; en la doctrina española, M. BELTRÁN DE FELIPE, *Discrecionalidad administrativa y Constitución*, Tecnos, Madrid, 1995, págs. 149-150, 205-206; M. BACIGALUPO SAGGESE, *La discrecionalidad administrativa. Estructura normativa, control judicial y límites constitucionales de su atribución*, prólogo M. BULLINGER, Marcial Pons, Madrid, 1997; A. HUERGO LORA, *Las pretensiones de condena en el contencioso-administrativo*, Aranzadi, Elcano, 2000, págs. 315-336.

<sup>76</sup> Vide, T.R. FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, *De la arbitrariedad de la Administración*, 4.<sup>a</sup> ed. correg., Civitas, Madrid, 1999, *passim*.

car también por esa arbitrariedad o esa discriminación singular, pero no por la violación de principio de buena fe <sup>77</sup>.

En estos supuestos, si la actuación administrativa ocasiona daños y perjuicios, también habrá responsabilidad patrimonial, pero no por la defraudación de la confianza y la lesión del interés negativo, sino por el incumplimiento del deber de adoptar una resolución ajustada a Derecho y la lesión del interés positivo. Por eso el interesado puede solicitar, no ya la reintegración de los gastos que han devenido inútiles, sino también las pérdidas derivadas de la no obtención de la utilidad a la que tenía derecho.

### 2.5. *La frustración de la confianza depositada en el precedente ilegal: un caso posible de responsabilidad por confianza.*

Es posible delimitar, no obstante, algún caso en que la forma en que se ejerció anteriormente la potestad puede suscitar confianzas cuya defraudación se protege resarcitoriamente. De la misma manera que las promesas, las informaciones o los convenios de Derecho público que formalizan compromisos jurídicamente inadmisibles, los precedentes, si no se ajustan al ordenamiento, pueden plantear cuestiones de responsabilidad por confianza.

Cuando el criterio manejado en asuntos análogos es conforme a Derecho, la Administración no incurre normalmente en responsabilidad por confianza, bien porque adoptó, motivándolo, un nuevo criterio perfectamente legal que no genera ningún tipo de deber indemnizatorio; bien porque, al separarse del precedente, se considere que la resolución es contraria a Derecho en virtud de la doctrina del agotamiento o, lo que parece más correcto, por infracción del principio de interdicción de la arbitrariedad o del de igualdad (y, por lo tanto, pudiendo contraer –si hay daños– responsabilidad por incumplimiento del deber de definir el procedimiento *secundum ius*).

Los principales supuestos en los que una resolución administrativa puede dar lugar a responsabilidad por quebrantamiento de la confianza depositada en el precedente son, pues, aquellos en los que tal precedente es ilegal. En efecto, como el precedente es contrario a Derecho, la resolución administrativa que lo desoye no puede en ningún caso considerarse ilegal porque, ni ésta es arbitra-

<sup>77</sup> En esta misma línea se sitúa M. SÁNCHEZ MORÓN (*Venire contra...*, cit., pág. 231), para quien «que la Administración se aparte en un caso concreto de lo previsto por circulares o instrucciones propias constituirá una infracción del principio de legalidad, en el caso de que aquéllas tengan eficacia normativa, o bien del de igualdad, si supone desigualdades de trato, o del de interdicción de la arbitrariedad, en la medida en que las circulares internas se consideren vinculaciones establecidas por la propia Administración para el ejercicio de sus potestades discrecionales». También, J. GARCÍA LUENGO, *El principio...*, cit., pág. 59. Este autor critica la STS de 31 de marzo de 1998 (Ar. 3082), que apela a la confianza para anular una resolución que era contraria a los criterios que previamente había adoptado la Administración: «la vinculatoriedad de la Administración a las declaraciones generales por las que redujo su margen de discrecionalidad (...) no precisa para ser explicada del principio de protección de la confianza legítima». Sobre la discriminación singular o la arbitrariedad que puede denotar la aplicación de un criterio distinto del usual, E. GARCÍA DE ENTERRÍA y T.R. FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, *Curso...*, t. I, cit., págs. 74-79; L.M. COSCULLUELA MONTANER, *Manual...*, cit., págs. 136-137.

ria o discriminatoria, ni aquél sirve para agotar la discrecionalidad. Pero como expresa el criterio anteriormente manejado por la Administración y el interesado pudo desconocer su disconformidad jurídica, puede generar una confianza que defrauda ilegítimamente la resolución (correcta) que no lo acoge (no lo puede acoger), dando derecho al resarcimiento de los gastos inútilmente realizados y de las pérdidas de ocasiones alternativas de negocio descartadas en la esperanza de obtener la utilidad pretendida <sup>78</sup>.

En esta línea, el profesor DÍEZ-PICAZO GIMÉNEZ señala que la Administración, cuando produce un precedente *contra ius*, crea una expectativa que luego se ve forzada a defraudar; y que este comportamiento, por ser contrario a la buena fe, puede engendrar responsabilidad <sup>79</sup>. Por su parte, la jurisprudencia ha considerado que algunos precedentes ilegales pueden generar confianzas tutelables. Como vimos, el Alto Tribunal apreció en la Sentencia de 28 de febrero de 1989 que la Administración, al conceder de manera irregular unas subvenciones durante varios años consecutivos y en el primer tramo de otro, generó en el beneficiario una confianza que la denegación de la ayuda ulteriormente solicitada defraudaba ilegítimamente. El error en que, a mi juicio, incurrió el pronunciamiento jurisdiccional no fue que apreciara la existencia de una confianza legítima sino que considerara que aquel precedente obligaba a otorgar una subvención *contra ius*. Pudo estimar, en

<sup>78</sup> Aunque hemos dicho que la responsabilidad por confianza presupone la ilegalidad del precedente, no puede descartarse que, en algún supuesto específico, la resolución administrativa que se separa de un precedente legal no sea anulable (porque se aprecie que no se ha producido el fenómeno del agotamiento, que no hay un trato discriminatorio o que no hay irregularidad invalidante alguna); pero que sea contraria al principio de la buena fe (porque se estime que la Administración se ha alejado del estándar de coherencia que le era exigible). Aunque no es exactamente el caso, interesa en este sentido la STC 39/1989, de 16 de febrero, comentada por MARTÍNEZ LÓPEZ-MUÑIZ [«Subvenciones e igualdad (STS 3.ª 28 mayo 1985, y STC 2.ª, 39/1989, 16 febrero)», REDA, núm. 65, 1990, págs. 119-129]. El Gobierno de 1981 negó al sector de maquinaria eléctrica la calificación de «sector en crisis», que le hubiera permitido beneficiarse de las ayudas previstas en un DL de reconversión industrial. No obstante, concedió ayudas a tres empresas, negándose a otra («Alconza, S.A.»). Por lo que parece, el Ministerio de Industria y Energía estimó inicialmente atendible la pretensión de esta última empresa, solicitándole la presentación de un plan de reestructuración y una auditoría que ella realizó a su costa. Presentado el plan, se encargó un dictamen -que resultó favorable- a una empresa especializada sobre la viabilidad del plan y que la solicitante hubo de costear. Después, la Dirección General de Industrias Siderometalúrgicas y Navales propuso la concesión. Sin embargo, el nuevo Gobierno, formado después de las elecciones de octubre de 1982, no se pronunció expresamente. Ante el silencio, la indicada sociedad acudió al TS, que desestimó el recurso y, después, alegando violación del artículo 14 CE, al TC, que denegó el amparo, en el entendimiento de que «ninguna norma de nuestro ordenamiento jurídico determina expresamente la obligatoriedad de la concesión por la Administración de las ayudas pretendidas por dicha parte (...), no se ha producido tanto una denegación por silencio administrativo, que pudiera resultar discriminatoria, teniendo en cuenta el trato otorgado a otras empresas, como un cambio de criterio en la concesión de las ayudas, que se corresponde con el cambio de Gobierno producido tras la celebración de las elecciones». Según MARTÍNEZ LÓPEZ-MUÑIZ, la denegación debió considerarse ilegal porque se separó del precedente sin realizar una fundamentación razonada, toda vez que no se resolvió expresamente el procedimiento. Según él, no parece que un cambio de Gobierno ampare un cambio inexplicado de criterio ni tenga «la virtualidad formidable de hacer que la desigualdad no resulte discriminatoria». Lo interesante, desde la perspectiva de esta investigación, es que las instancias que conocieron del asunto, si no apreciaban que la denegación por silencio era ilegal, pudieron estimar que la Administración había incurrido en responsabilidad por confianza. Si el precedente y el material instructorio no tenían la virtualidad de agotar la discrecionalidad, pudo entenderse, según parece, que generaban una confianza tutelable en el otorgamiento de la ayuda solicitada que daba derecho, por lo menos, a la compensación de los cuantiosos gastos que, como hemos vistos, hubo de afrontar la reclamante.

<sup>79</sup> *La doctrina...*, cit., pág. 42. En parecidos términos se expresa M. SÁNCHEZ MORÓN (*Venire contra...*, cit., págs. 231, 232), aunque dice también que la contradicción en que incurre en estos casos la Administración «no siempre determinará la antijuridicidad del cambio de criterio, pues el precedente puede ser ilegal y ese cambio de criterio estar justificado y fundamentado».



cambio, que había responsabilidad por confianza y, por tanto, ordenar el resarcimiento de los gastos inútilmente efectuados y la pérdida, convenientemente acreditada, de una vía de lucro alternativa <sup>80</sup>.

En relación con la praxis administrativa en materia de policía, la jurisprudencia viene considerando que la tolerancia administrativa de actividades prohibidas no puede generar confianzas tutelables. Así, la STS de 20 de marzo de 1996 <sup>81</sup>, que negó la posibilidad de invocar frente a la imposición de una multa la dejación administrativa de las facultades sancionadoras. En el caso, el recurrente confesó haber cometido reiteradamente y durante muchos años la infracción sin que la Administración le sancionara <sup>82</sup>.

El profesor Díez-PICAZO (Luis María) <sup>83</sup> se ha ocupado de esta cuestión. Ha dicho que estas «pequeñas tolerancias» son muchas veces, por el elevado coste que entrañaría su eliminación, necesarias para el buen funcionamiento de la Administración; pero que en determinados supuestos pueden revelar una pérdida de vigencia de determinadas normas por *desuetudo*. En estos excepcionales casos, sólo es admisible, bajo su punto de vista, que la Administración decida no seguir permitiendo esas actividades cuando el nuevo criterio de actuación sea generalizado y firme con respecto al futuro; e, incluso, quizá, previamente comunicado. En esta línea –que admite que, desde la óptica de la estricta legalidad, ese cambio de criterio es irreprochable, pero que quiere hacer frente a las actuaciones netamente arbitrarias que se pueden producir de esta manera– se sitúa GONZÁLEZ PÉREZ <sup>84</sup>. Según él, la confianza del administrado ha de protegerse cuando haya una «tradición de arbitrariedad», poniendo como ejemplo las «drásticas» normas sobre moralidad en las playas que siguieron vigentes durante años en los que la invasión turística ya se estaba produciendo.

A mi juicio, en estos casos, en los que hay una especie de abdicación del Derecho o, en palabras de SCHMIDT-ASSMANN <sup>85</sup>, «un estadio de precaria vigencia del Estado de Derecho», se atisban tres for-

<sup>80</sup> Los autores que han comentado críticamente la sentencia aducen, entre otros argumentos, que en ningún caso un precedente ilegal puede vincular. Esta idea, aunque a mi modo de ver es acertada, no es la que, en mi opinión, sirve de base a la crítica correcta. Como hemos visto, para apreciar que hay una confianza tutelable es *conditio sine qua non* que la actuación de que se trate no vincule, y, precisamente por eso, porque el precedente ilegal no obliga, la decisión que lo desoye puede quebrar la confianza del administrado. Lo criticable no es, pues, que se estimara que la Administración defraudó ilegítimamente unas esperanzas cualificadas, sino que se asociara como efecto a esta actitud el surgimiento de un derecho a una subvención para la que no se reunían todos los requisitos que exigía la normativa vigente. Cosa distinta es que se demuestre que el interesado tenía conocimiento de la ilegalidad de la práctica administrativa (o que debía tenerlo), es decir, que supiera que, de haberse acomodado a Derecho la actuación administrativa, la Administración no le habría brindado las ventajas solicitadas. Cuando esto ocurra, no hay confianza alguna que tutelar a través del resarcimiento ni, por tanto, responsabilidad administrativa, según hemos visto.

<sup>81</sup> Ar. 3373.

<sup>82</sup> Sobre el tema, F. MERUSI, *Buona fede...*, cit., págs. 181, 188. Por otra parte, véase la acertada crítica de GARCÍA LUENGO (*El principio...*, cit., pág. 51) a otro pronunciamiento (STS de 1 de marzo de 1991, Ar. 2502) que estimó que la falta de ejercicio de la potestad sancionadora suscitaba una confianza tutelable.

<sup>83</sup> *La doctrina...*, cit., pág. 26.

<sup>84</sup> *El principio...*, cit., pág. 190.

<sup>85</sup> *La teoría general del Derecho Administrativo como sistema*, trad. M. BACIGALUPO SAGGESE, J. BARNÉS VÁZQUEZ, J. GARCÍA LUENGO, R. GARCÍA MACHO, A. HUERGO LORA, J.M. RODRÍGUEZ DE SANTIAGO, G. VALENCIA MARTÍN, F. VELASCO CABALLERO, prólog. A. LÓPEZ PINA, Marcial Pons/Inap, Madrid, 2003, pág. 66.

mas con que argumentar jurídicamente una tutela del interesado. Si pudiera llegar a sostenerse que hay una efectiva pérdida de vigencia de la regulación aplicada (lo que parece extremadamente difícil), faltarían los presupuestos habilitantes para el ejercicio de la potestad y podría, con facilidad, calificarse la conducta administrativa como arbitraria, lo que determinaría la ilegalidad de la resolución adoptada y la posibilidad consecuente de su eliminación. Si en estos casos excepcionales se parte de que la normativa no ha quedado derogada por desuso, podría sostenerse, en la línea apuntada ya, que la Administración está obligada a anunciar, previamente y con carácter general, que va a actuar contra situaciones ilegales durante largo tiempo toleradas<sup>86</sup>; y que, no habiéndose cumplido este requisito, la resolución administrativa infringiría el ordenamiento jurídico dando derecho al interesado a promover su supresión. Si no pudiera defenderse la existencia de este deber de publicidad o la sanción de la invalidez ligada a su incumplimiento, el acto administrativo inesperado por el que se impone el gravamen sería perfectamente legal, por lo que su validez no podría ponerse en entredicho; sin embargo, podría en algún caso considerarse contrario a la buena fe, lo que daría título al resarcimiento del daño.

En esta última hipótesis, hay que partir de que, en principio, no cabe que el infractor invoque los principios de buena fe o confianza porque conoce la ilegalidad de su actuación y es consciente de que, si su conducta no ha merecido sanción, es por disfunciones del servicio administrativo, no porque cupiera esperar, razonablemente, una actitud de tolerancia del recto proceder de la Administración. Tales principios amparan situaciones de *verdadera* confianza y, en general, tal no es el caso, porque el interesado sabía que en cualquier momento una actuación administrativa perfectamente conformada al ordenamiento jurídico podía desembocar en la imposición de la sanción. Ahora bien, cuando la inactividad administrativa es superlativa, puede, quizá, argumentarse que el interesado puede esperar, razonablemente, que su conducta no sea sancionada. Si así fuera, la esperanza que albergaba el interesado en la evitación del acto represivo podría configurarse técnicamente como confianza tutelable; y la actuación de la Administración, que decide de improviso ejercer la potestad, podría catalogarse como contraria a las exigencias de la buena fe. Desde esta perspectiva (que no llega a cuestionar la vigencia de la norma aplicada y que, consecuentemente, no puede fundamentar la anulación de la medida), el interesado podría reclamar, en concepto de responsabilidad por confianza, que se le reembolsasen las cantidades pagadas, con sus intereses, y cualesquiera otros daños derivados del cumplimiento de la sanción. Esto porque se entendería que el administrado, de haber sabido que la Administración iba a ejercitar una potestad materialmente olvidada en contra de las exigencias de la buena fe, no habría llevado a cabo el comportamiento sancionado ni, consecuentemente, había sufrido menoscabo.

## 2.6. *La desatención de un baremo equivocado de jerarquización de candidatos: otro supuesto posible de responsabilidad por confianza.*

En cuanto a los baremos de jerarquización de candidatos, conviene dar cuenta, con carácter preliminar, de un planteamiento, según el cual es radicalmente imposible entrever confianzas tute-

<sup>86</sup> Así lo entiende también el profesor NIETO, *Derecho Administrativo Sancionador*, Tecnos, Madrid, 2002, pág. 31; y en el Derecho alemán, E. SCHMIDT-ASSMANN (*La teoría...*, cit., pág. 66), para quien ese previo criterio no precisa de formalización jurídica, pero debe ser identificable.

lables en procedimientos selectivos. Se dice así que en los procedimientos competitivos, que son los que a menudo se valen de baremos durante su tramitación, un interesado no puede confiar razonablemente en la victoria porque, aunque conoce el contenido de su oferta, desconoce la de los demás participantes, lo que impide que pueda, con carácter preventivo, calibrar sus posibilidades de éxito <sup>87</sup>.

Es verdad que, en la práctica, puede ser difícil encontrar una actuación que, sin colmar el déficit de programación normativa (y, por tanto, sin que la resolución que la contradice pueda considerarse contraria a Derecho ni susceptible de engendrar otro tipo de responsabilidad –por incumplimiento del deber de actuar conforme a Derecho–), genere una confianza tutelable. Pero esto no significa que de la realidad pueda extraerse un principio jurídico genuino, para estos casos, en virtud del cual los procedimientos de índole competitiva quedan sustraídos a la responsabilidad por violación del principio de coherencia.

Además, y abordamos ya la cuestión de los baremos, sí es posible verificar la realidad de algunos de estos supuestos. Así, puede haber, quizá, responsabilidad por confianza cuando la Administración elabora un baremo, pero, a la hora de resolver el procedimiento, adjudica a favor del que está colocado en segundo lugar porque constata que aquella lista era equivocada, toda vez que el primer clasificado no reunía alguno de los requisitos tasados (por ejemplo, la capacidad técnica o la financiera). En este caso, como ocurre con los precedentes ilegales o las declaraciones erróneas o contrarias a Derecho contenidas en informaciones administrativas, promesas o convenios de Derecho público, la Administración no está, naturalmente, obligada a resolver de conformidad con aquéllos, pero sí puede estarlo a reparar el daño que produce la defraudación de la confianza que ella misma ha generado al producir un instrumento jurídico equivocado <sup>88</sup>.

<sup>87</sup> En la doctrina italiana, E. LIUZZO, *La responsabilità precontrattuale della Pubblica Amministrazione*, Giuffrè, 1995, págs. 75-79; M.R. MULAS, «La responsabilità precontrattuale nei contratti ad evidenza pubblica», *Nuova Rass. legisl. dottr. giurispr.*, 1998/19, págs. 1.905-1.906; en la jurisprudencia, entre otras, la sentencia de la Corte di Cassazione de 29 de julio de 1987, núm. 6.545.

<sup>88</sup> Por lo demás, la doctrina criticada no es la mayoritaria. Así lo admiten SIMONI, «La tutela del affidamento nell'aggiudicazione degli appalti», en *I contratti*, 1999, págs. 405 y ss.; P. SANTORO, *La responsabilità civile, penale ed amministrativa negli appalti pubblici*, present. G. DI GIANDOMENICO, Giuffrè, Milano, 2002, págs. 254-255; P. Bisonti, *Note in tema di responsabilità precontrattuale della pubblica amministrazione*, Giust. it., [www.giust.it/articoli](http://www.giust.it/articoli), cons. 16 marzo 2002, págs. 1-5, M. PROTTO, *Responsabilità della P.A.*..., cit., págs. 1.001-1.004. No se pronuncia claramente, pero insinúa la posibilidad de una responsabilidad por violación del principio de buena fe, A.G. DIANA, *La responsabilità precontrattuale della Pubblica Amministrazione*, Cedam, Padova, 2000, págs. 289-315; A. FLORIS, *La responsabilità precontrattuale della Pubblica Amministrazione nei procedimenti ad evidenza pubblica*, [www.filodiritto.it](http://www.filodiritto.it), cons. 15 dic. 2003, pág. 27. En jurisprudencia, las Sentencias de TAR Pescara de 6 de julio de 2001, núm. 609, TAR Bari de 17 de mayo de 2001, núm. 1761 y TAR Lombardia, Milano, Secc. III, 9 de marzo 2000, núm. 1869.

## V. EL OTORGAMIENTO ILEGAL DE UN ACTO FAVORABLE Y LA PROTECCIÓN DE LA CONFIANZA

### 1. La declaración de nulidad del contrato: la hipótesis principal sobre la que JHERING construyó la teoría de la responsabilidad por confianza.

Desde una perspectiva muy general, cabe señalar, como hipótesis posible de responsabilidad por confianza, la de la Autoridad competente que declara la nulidad de la declaración de voluntad por la que se atribuyen unas prestaciones a una parte, cuando la otra conocía (o debía conocer) el obstáculo que cercenaba su validez. En este supuesto, el sujeto que desconocía la existencia de los vicios determinantes ha podido llevar a cabo actos de disposición, al haber confiado en la validez del instrumento; y el que se encontraba en la situación contraria, ha podido infringir el deber de obrar de buena fe, por introducir u ocultar las irregularidades que después fundamentaron la declaración de nulidad.

Ésta es la hipótesis sobre la que JHERING construyó la teoría de la *culpa in contrahendo*. Se trataba, en particular, de la venta de *res extra commercium* y de herencia inexistente<sup>89</sup>. La responsabilidad en este caso no podía fundarse, desde luego, en un incumplimiento de contrato, pues no había contrato válido del que pudiera surgir un derecho prestacional susceptible de ser violado; pero sí, según el autor citado, en la confianza que la otra parte había defraudado ilegítimamente, por faltar al deber de lealtad durante los tratos preliminares. Según este planteamiento, unánimemente admitido por la doctrina española<sup>90</sup>, la relación que liga a las partes no puede en estos casos producir efectos estrictamente contractuales, pero sí consecuencias de otra índole: el surgimiento del derecho del sujeto defraudado a ser indemnizado en las cantidades que tengan la virtualidad de devolverle a la situación en que estaría de no haber contratado (la indemnización del interés negativo). Por eso, se dice que la responsabilidad *precontractual*, por quebrantamiento de la confianza, se origina por actos fundadores de legítimas expectativas durante el período de preparación del contrato, tanto cuando éste no llega a celebrarse como cuando, habiéndose celebrado, sufre algún defecto que hace que el ordenamiento le prive de efectos desde el principio (nulidad) o permita a alguna de las partes impugnarlo (anulabilidad)<sup>91</sup>.

Partiendo de estas genéricas consideraciones, pasamos a analizar la responsabilidad en supuestos de anulación (judicial o administrativa) de resoluciones administrativas que contienen declaraciones de voluntad favorables, a la que hace referencia explícita, con remisión al régimen general,

<sup>89</sup> *Culpa in contrahendo...*, cit., págs. 7-91. Sobre el particular, vide C.I. ASÚA GONZÁLEZ, *La culpa...*, cit., págs. 25-29; C. TURCO, *Interesse negativo...*, cit., págs. 39-94.

<sup>90</sup> Por todos, C.I. ASÚA GONZÁLEZ, *La culpa...*, cit., págs. 260-273; y L. Díez-PICAZO, *Fundamentos...*, cit., pág. 276; y J.L. LACRUZ BERDEJO, *Elementos de Derecho Civil*, t. II, *Derecho de Obligaciones*, vol. 1.º, *Parte general. Teoría general del contrato*, nueva ed. revis. act. F. RIVERO HERNÁNDEZ, Dikynson, Madrid, 1999, págs. 571-573.

<sup>91</sup> C.I. ASÚA GONZÁLEZ, *La culpa...*, cit., pág. 260.

el artículo 44.2 de la Ley 6/1998, de 13 de abril, de Régimen del Suelo y Valoraciones, para el caso de eliminación del acto de otorgamiento de licencia urbanística <sup>92</sup>.

## 2. La declaración de nulidad del acto administrativo favorable: otra hipótesis posible de responsabilidad por confianza.

### 2.1. La anulación judicial de actos favorables.

Un problema similar al que se acaba de señalar se plantea en los casos en que la Administración dicta una resolución por la que se reconoce o atribuye erróneamente un determinado beneficio; y en que el juez o Tribunal competente declara después la nulidad de ésta. La doctrina y la jurisprudencia, alentadas por la tipificación normativa del supuesto en el ámbito urbanístico, admiten sin reparos la posibilidad de que exista una responsabilidad patrimonial basada en la ilegalidad del otorgamiento, luego retirado en virtud de la sentencia anulatoria <sup>93</sup>.

Esta responsabilidad parece basarse, simplemente, en el deber administrativo de actuar conforme a Derecho, que ha resultado infringido por la Administración, porque «es claro que el administrado en estos supuestos sufre una lesión patrimonial que es consecuencia directa del obrar no correcto de la Administración» <sup>94</sup>. Sin embargo, el fundamento de la responsabilidad en este caso radica también en el quebrantamiento de la confianza; y los daños imputables a la Administración son sólo los derivados de tal quebrantamiento (los ligados al interés negativo).

La ilegalidad de un acto administrativo determina, unas veces, que el interesado no haya podido obtener de la Administración un aumento patrimonial. Así, cuando la disconformidad jurídica

<sup>92</sup> Tal previsión estaba ya en las Leyes del Suelo de 12 de mayo de 1956 (art. 172. 2), de 9 de abril de 1976 (art. 232) y de 26 de junio de 1992 (art. 240).

<sup>93</sup> Sobre el tema, A. BLASCO ESTEVE, *La responsabilidad...actos administrativos*, cit., pág. 63, *Responsabilidad...actos urbanísticos*, cit., págs. 929-968, págs. 951-952; V. LASO BAEZA, «El nuevo régimen de los supuestos indemnizatorios en la Ley 6/1998, de 13 de abril», *R. Der. urb.*, núm. 163, 1998, págs. 1.009-1.011; J.L. BELTRÁN AGUIRRE, *Comentario general...*, cit., págs. 758-761; J.M. BOQUERA OLIVER, *La anulación de oficio de las licencias de edificación*, Gabinete de Estudios de la Secretaría General del Ayuntamiento de Sevilla, 1975; J.A. CHINCHILLA PEINADO, *Urbanismo y responsabilidad...*, cit., págs. 58-105; M.F. CLAVERO ARÉVALO, *El nuevo régimen de licencias de urbanismo (Nueva problemática)*, Civitas, Madrid, 1976, págs. 110-119; E. GARCÍA DE ENTERRÍA y L. PAREJO ALFONSO, *Lecciones de Derecho Urbanístico*, 2.ª ed., Civitas, Madrid, 1981, págs. 880-888; J. GONZÁLEZ PÉREZ, *Comentarios a la Ley sobre Régimen del Suelo...*, cit., págs. 790 y ss.; F. GARCÍA GÓMEZ DE MERCADO, *La responsabilidad...*, cit., págs. 1.444-1.451, *Manual de contratación...*, cit., págs. 839-842; J.L. GONZÁLEZ-BERENGUER URRUTIA, «Indemnizaciones derivadas de daños en el urbanismo. La Administración responsable», *Consultor*, 1995, núm. 23; J.A. IVARS BAÑULS y G. VILLARINO SAMALEA, *La responsabilidad...*, cit., págs. 120-141, 156-162; T. MAR BEL, «La responsabilidad patrimonial de la Administración por motivos urbanísticos», *R. Der. urb.*, núm. 147, 1996, págs. 112-117; . MARTÍN REBOLLO, *La responsabilidad...*, cit., págs. 71-78; M.J. MONTORO CHINER, *La responsabilidad...*, cit., págs. 91-129.

<sup>94</sup> SSTs de 14 de diciembre de 1983 (Ar. 6341) y 30 de enero de 1987 (Ar. 2032), en relación con la anulación judicial de una licencia de edificación y de una autorización de apertura de un negocio Bar-Restaurante, respectivamente.

afecta a una resolución denegatoria y queda demostrado que, sin ella, el curso normal del procedimiento habría desembocado en el otorgamiento de una resolución favorable. Otras veces, determina que el interesado no haya podido evitar la imposición administrativa de un decremento patrimonial. Así, cuando la disconformidad jurídica afecta a una resolución ablatoria. En ambos casos, la infracción del deber de actuar con arreglo a Derecho explica el surgimiento de la responsabilidad administrativa por las pérdidas que la inobtención del acto favorable o el sufrimiento del acto de gravamen han acarreado. El caso que nos ocupa (otorgamiento *contra legem* de una utilidad) es netamente distinto, pues la conducta ilegal de la Administración no ha impedido la obtención de la resolución favorable (antes bien, ha propiciado su consecución *contra ius*) ni, evidentemente, ha impuesto ningún género de limitación. La irregularidad invalidante introducida por la Administración no explica, por sí sola, el nacimiento del crédito indemnizatorio del administrado. Adquiere relevancia a efectos resarcitorios cuando es observada desde la perspectiva de la responsabilidad por confianza, como uno de los muchos comportamientos con los que la Administración puede engendrar expectativas legítimas y, de esta manera, condicionar negativamente los actos de disposición del administrado.

Desde esta perspectiva, es claro que la Administración engendra, con el otorgamiento (ilegal) de la ventaja, una confianza legítima en su mantenimiento que el juez se ve obligado a defraudar (declarando la nulidad del acto favorable) por imperativo del principio legalidad. La Administración puede así, atribuyendo una utilidad en contra del ordenamiento jurídico, incumplir el deber de buena fe y el interesado, sufrir graves perjuicios en la medida en que ha podido realizar actos de disposición que de otro modo, esto es, de haberse visto privado desde el principio de la ventaja apetecida, no habría llevado a cabo. Así las cosas, la responsabilidad en estos casos es una responsabilidad por (quebrantamiento de la) confianza que se basa en este concreto incumplimiento y se limita a la lesión del denominado interés negativo.

Hasta ahora, habíamos hecho referencia a la confianza en la obtención de un acto favorable, fundada en decisiones precedentes incorrectas o declaraciones equivocadas emitidas en promesas, informaciones, convenios o baremos; y defraudada por la resolución denegatoria que, en su momento, la Administración se vio forzada a adoptar por imperativo del principio de legalidad, que le obligaba a separarse de las falsedades o irregularidades contenidas en aquellos instrumentos. La estructura del caso que nos ocupa es la misma. Lo que ocurre es que la confianza se refiere a la permanencia de un acto favorable ya adoptado (no a su consecución); el comportamiento que la genera es el otorgamiento *contra legem* de la utilidad (no un precedente, una promesa, una información o un baremo); y el sujeto que está constreñido a defraudarla por imperativo del principio de legalidad es el juez o Tribunal competente (no la Administración).

Las hipótesis de confianza en el mantenimiento de un acto favorable se presentan en el marco de la relación jurídica formalizada en el procedimiento administrativo y, al igual que las de confianza en su recibimiento, tienen su paralelo con las que acontecen en el contacto social inagurado por quienes negocian la perfección de un contrato. Según vimos, la responsabilidad *precontractual*, por quebrantamiento de la confianza, se origina por actos fundadores de legítimas expectativas durante el período de preparación del contrato, no sólo cuando éste no llega a celebrarse (por ejemplo, en casos

de interrupción súbita de una negociaciones muy avanzadas), sino también cuando, habiéndose celebrado, sufre algún defecto que hace que el ordenamiento le prive de efectos desde el principio o permita a alguna de las partes impugnarlo. Pues bien, la responsabilidad *predecisional*, por quebrantamiento de la confianza, se origina por actos o comportamientos generadores de legítimas expectativas que tienen lugar durante (o incluso antes de) la preparación de la resolución administrativa, tanto cuando la efectivamente adoptada no tiene el contenido provechoso que el interesado esperaba obtener (por ejemplo, en casos de utilización de criterios que constituyen un precedente ilegal o de emisión de declaraciones erróneas o contrarias a Derecho en informaciones administrativas, promesas, convenios de Derecho público, baremos, etc.), como cuando, teniéndolo, sufre algún defecto que hace que el ordenamiento le prive de efectos <sup>95</sup>.

Naturalmente, en este último caso, la indemnización no puede alcanzar las ganancias que habría percibido el particular de haberse mantenido el acto administrativo (el interés positivo), pues no le asiste un derecho al disfrute de la ventaja que aquél reconoció o atribuyó ilegalmente por incurrir en vicio de nulidad o anulabilidad. Según hemos dicho, el principio de buena fe o confianza legítima no pugna con el principio de legalidad: de la misma manera que la confianza legítima no puede obligar a librar una licencia o una autorización ilegales (denegadas correctamente, pero en contradicción con actuaciones administrativas anteriores) sino, simplemente, a indemnizar el coste de los actos de disposición adoptados en la esperanza de su recibimiento (la lesión del interés negativo); en estos casos la confianza legítima no puede obligar a conservar la licencia o la autorización ilegales (incorrectamente otorgadas) sino, simplemente, a indemnizar el coste de los actos de disposición adoptados en la esperanza de su mantenimiento (la lesión del interés negativo). Por eso, en la medida en que el interesado no participara determinadamente en la gestación de las irregularidades y en que, confiando en la estabilidad de la situación originada por la resolución favorable, hubiera realizado gastos o inversiones, o declinado vías de lucro alternativas, podrá exigir un resarcimiento por estos conceptos.

Por la ausencia, precisamente, de una reflexión dogmática en torno al fundamento de la responsabilidad en estos casos, la doctrina y la propia jurisprudencia dan a entender, a veces, que procede paliar los efectos lesivos del despojo en lugar de los perjuicios vinculados a la situación de confianza generada por el acto favorable. Así, la STS de 27 de septiembre de 1985 <sup>96</sup>, cuando señala que es «indudable que la anulación de la licencia ocasiona a su titular unos daños y perjuicios ciertos y determinables, porque, en todo caso, supone la imposibilidad de continuar realizando la actividad autorizada».

Pese a todo, los Tribunales, por lo general, acomodan sus fallos, al menos en parte, a los criterios dogmáticos que hemos descrito. Así, la sentencia apenas referida parece atinar cuando, en su último considerando, señala que el importe real del daño es comprensivo de la inversión económica efectuada en la construcción, los gastos de proyectos, visados y tasas así como el coste de la demolición. Tales son (algunos de) los daños ligados al quebrantamiento de la confianza y a la actuación irregular

<sup>95</sup> La precisión de que el acto fundador de confianza puede ser incluso anterior al inicio de la relación jurídica procedimental se hace pensando en las hipótesis de responsabilidad patrimonial por quiebra de las esperanzas suscitadas por un precedente ilegal.

<sup>96</sup> Ar. 4295.

que la generó, sin que la frustración del lucro al que se aspirara sea imputable a dicha actuación, sino al acto anulatorio que, como tal, por ser *secundum ius*, no genera responsabilidad patrimonial. Por lo demás, el pronunciamiento en cuestión contiene un párrafo revelador de que el marco teórico aquí expuesto gobierna en cierto modo los supuestos de responsabilidad por otorgamiento ilegal de resolución favorable: «si bien, como tiene declarado la jurisprudencia, la indemnización debe abarcar tanto el daño emergente como el lucro cesante, es lo cierto que no puede computarse como lucro cesante a efectos indemnizatorios, el beneficio que se pensaba obtener de un actividad ilícita, aunque haya mediado autorización administrativa para tal actividad, posteriormente anulada, y ello (...) porque tal beneficio es antijurídico, por derivar una actividad no permitida por la Ley y en consecuencia el sujeto está obligado a acatar tal prohibición, y en definitiva la privación de tal beneficio no es imputable a la actividad administrativa, sino al mandato de la Ley». Del mismo modo, llegando, casi, a afirmar que la anulación de acto favorable constituye una hipótesis de responsabilidad por confianza, la STS de 28 de 1997<sup>97</sup> declara que «la no explotación de la edificación que no pudo levantarse como consecuencia de la anulación de la licencia no puede considerarse imputable a la actividad administrativa» y que «la imposibilidad de obtener los beneficios esperados de la edificación frustrada, en el caso de la anulación de licencia, obedece al carácter contrario a Derecho de ésta al que objetivamente responde aquella anulación, de tal suerte que sólo son indemnizables los perjuicios consistentes en los gastos que la expectativa suscitada por el otorgamiento indebido de la licencia pudo ocasionar»<sup>98</sup>.

## 2.2. La anulación administrativa de actos favorables.

Una situación prácticamente equivalente, que encaja en la definición apenas brindada de responsabilidad *predecisional* por quebrantamiento de la confianza, se plantea en los casos en los que la Autoridad que declara la nulidad del acto no es un juez o Tribunal, sino la propia Administración, en vía de recurso o en virtud de las facultades revisoras que tiene atribuida (art. 102 LPC)<sup>99</sup>. La posibilidad de una responsabilidad patrimonial en los supuestos de revisión, a diferencia de lo que ocurre en los casos de anulación de actos favorables en la vía jurisdiccional o en la administrativa, no está unánimemente admitida por los autores.

La doctrina, que viene prestando particular atención a las cuestiones ligadas a la revisión de oficio, señala que el acto favorable puede engendrar una confianza en su mantenimiento que la anu-

<sup>97</sup> Ar. 4412.

<sup>98</sup> Esta doctrina es, a mi juicio, sustancialmente correcta. Es preciso puntualizar que, no es que el lucro cesante no sea resarcible en estos casos, pues lo es el derivado de una empresa distinta, que fue rechazada en la confianza de que el contenido beneficioso (ilegalmente) reconocido permanecería en el futuro; sino que las ganancias que, a través del acto favorable, se habrían conseguido, no se deben reparar porque su privación «no es imputable a la actividad administrativa, sino al mandato de la Ley».

<sup>99</sup> La Ley 4/1999 ha reducido enormemente el ámbito dentro del cual la Administración puede ejercer su potestad de revisión de oficio, pues sólo cabe eliminar de esta manera los actos administrativos nulos de pleno Derecho. La eliminación de los actos administrativos anulables, salvo algunos del ámbito tributario, para los que la LPC mantiene su régimen especial (disposición adicional 5.ª), sólo es posible después de su declaración de lesividad y su ulterior impugnación ante la jurisdicción contencioso-administrativa. Una certera crítica a este nuevo régimen, en R. BOCANEGRA SIERRA, *Lecciones sobre el acto administrativo*, Civitas, Madrid, 2002, págs. 209-211.



lación de oficio defraudaría ilegítimamente. Se dice, en particular, que esa confianza se produce (y puede resultar quebrantada si la Administración adopta finalmente el acto revisor) cuando el interesado no ha provocado con su conducta la ilegalidad de la resolución favorable, desconocía tal ilegalidad y no podía esperarse que la conociera por su escasa notoriedad <sup>100</sup>.

Pues bien, coherentemente con la doctrina de la responsabilidad por confianza, un buen número de autores <sup>101</sup> y cierta jurisprudencia <sup>102</sup> admiten que la Administración revise actos, aun cuando esto suponga un *vulnus* de las exigencias de la confianza legítima del administrado; pero entienden que éste puede reclamar la indemnización de los daños y perjuicios que se le hubieran ocasionado. Desde esta perspectiva, el otorgamiento *contra ius* del acto favorable genera una confianza que la Administración puede defraudar, pues el principio de buena fe y confianza legítima no se erigen en límite al ejercicio de las potestades revisoras, pero le obliga a reparar los daños asociados a los actos de disposición patrimonial que realizó el interesado confiando en la permanencia del acto favorable <sup>103</sup>. En este supuesto, como en todos los demás, el principio de coherencia o confianza, derivado del genérico deber de buena

<sup>100</sup> Así, en particular, J. GARCÍA LUENGO, *El principio...*, cit., págs. 358-406, que realiza un profundo análisis de los elementos determinantes en la confianza legítima. Tales elementos o requisitos coinciden, como no podía ser de otra manera, con los que, desde una perspectiva general, hemos expuesto al hilo del análisis de los diferentes supuestos de confianza en la consecución o el mantenimiento de un acto favorable. Resulta curioso que la doctrina haya tratado de perfilar técnicamente el concepto de confianza legítima a la luz de la hipótesis que, probablemente, se presenta con menor frecuencia en la práctica. En efecto, a partir de la reforma operada por la Ley 4/1999, sólo cabe revisar de oficio los actos nulos de pleno Derecho, esto es, los actos que, por lo general, sufren vicios o defectos manifiestos que el interesado conocía o debía conocer; y si, por lo general, conocía o debía conocer tales defectos, el interesado, por lo general, sabía o debía saber que la Administración podía defraudar ilegítimamente su confianza, retirándole la ventaja inicialmente otorgada, lo que, como dijimos, impide hablar de una auténtica y legítima confianza violada (en parecido sentido, J. GARCÍA LUENGO, *idem*; y R. BOCANEGRA SIERRA, *Lecciones...*, cit., págs. 208, 229). Por otra parte, téngase en cuenta que el profesor GARCÍA LUENGO hace referencia a otra nota, ajena a nuestro planteamiento, que, en su concepto, acaba de perfilar el concepto de confianza legítima: que el interesado hiciera uso de las prestaciones reconocidas, es decir, que manifestara la confianza depositada en la resolución a través de un acto de disposición. No sé hasta qué punto tal uso o manifestación constituye una nota conformadora del concepto estricto de confianza tutelable. Si el interesado no incurrió en gastos e inversiones ni descartó otras vías de lucro, no habrá, en efecto, responsabilidad patrimonial, pero, a mi juicio, no porque la Administración dejara de violar la confianza legítima del interesado (lo habrá hecho en la medida en que se presenten las otras condiciones a las que hemos hecho referencia), sino, sencillamente, porque no hay daño imputable. Por eso, en rigor, la imposición de que haya actos de disposición (y, por tanto, daños) deriva del sistema de responsabilidad patrimonial y, en particular, del artículo 106 de la Constitución y el artículo 139 de la LPC, cuando condicionan el surgimiento del crédito resarcitorio a la demostración de una lesión cierta y efectiva; pero no del principio general de confianza legítima. En cualquier caso, el planteamiento del autor citado, según veremos a continuación, sitúa los efectos del quebrantamiento de la confianza en supuestos de revisión de oficio fuera del marco de la responsabilidad (y, por tanto, de la exigencia indispensable de que haya menoscabo), por lo que, quizá, sí tenga sentido, desde la teoría que él propone, añadir la precisión de que la exteriorización de la confianza constituye un elemento definitorio del concepto mismo de confianza legítima.

<sup>101</sup> Así, J. AROZAMENA SIERRA, «Comentarios al capítulo primero del título VII de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre (arts. 102 al 106) (revisión de oficio de actos y disposiciones reglamentarias)», *RAP*, núm. 140, 1996, págs. 85-86; M. CUCHILLO FOIX, «La revisión de oficio y revocación en la LRJPAC», en AA. VV., *Administración Pública y Procedimiento Administrativo. Comentarios a la Ley 30/1992, de 26 de noviembre*, Bosch, Barcelona, págs. 389-390; y, limitadamente a la revisión de determinados actos que atribuyen derechos patrimoniales, F. VELASCO CABALLERO, *Las cláusulas accesorias del acto administrativo*, prólogo A. GALLEGU ANABITARTE, Tecnos, Madrid, 1996, págs. 173-182.

<sup>102</sup> Así, la STS de 20 de mayo de 1987 (Ar. 5827), en relación con la anulación administrativa de la autorización de una acampada.

<sup>103</sup> F. VELASCO CABALLERO, *Las cláusulas...*, págs. 173-182.

fe, no pugna con el principio de legalidad (obligando a mantener resoluciones contrarias a Derecho), pues sólo puede determinar el surgimiento de la responsabilidad por la lesión del interés negativo <sup>104</sup>.

Sirve de apoyo a esta tesis lo establecido en el artículo 102, relativo a las indemnizaciones por la revisión de oficio de actos administrativos: «Las Administraciones Públicas, al declarar la nulidad de una disposición o acto, podrán establecer, en la misma resolución, las indemnizaciones que proceda reconocer a los interesados, si se dan las circunstancias previstas en los artículos 139.1 y 141.1 de esta Ley; sin perjuicio de que, tratándose de una disposición o acto, subsistan los actos firmes dictados en aplicación de la misma». Pero, a mi juicio, el argumento más determinante está en que, si se admite que en los casos de revisión de oficio la consecuencia del quebrantamiento de la confianza legítima es la responsabilidad patrimonial, se da una respuesta plenamente coherente con la solución brindada por el ordenamiento a los demás supuestos de quebramiento de la confianza, tanto en el marco de la relación *predecisional* (anulación en la vía administrativa o en la vía judicial de actos favorables ilegales; denegación legal de acto favorable precedido de un comportamiento que fundó la esperanza en su consecución), como en el del contacto social *precontractual* (anulación de contrato; abandono injustificado de las negociaciones, etc.).

Hay, no obstante, una importante doctrina para la que, en las circunstancias antedichas, el interesado puede exigir, no ya el resarcimiento de los gastos y las ganancias que por otra vía se habrían obtenido, sino el mantenimiento del acto ilegal. Me refiero al planteamiento de los profesores BOCANEGRA SIERRA <sup>105</sup> y GARCÍA LUENGO <sup>106</sup>. En palabras del primero, «si la revisión de oficio es ilegal, si el acto de revisión infringe el Ordenamiento (por ejemplo, si el particular se encontrara en una situación de confianza protegible –supuesto excepcional en casos de nulidad–), la consecuencia jurídica de semejante infracción no sería nunca la procedencia de una indemnización, sino la imposibilidad de la revisión misma, la imposibilidad de dar curso a un procedimiento de oficio que se revela disconforme con el Ordenamiento, como, por lo demás, el artículo 106 de la LPC declara, indudablemente, con toda claridad» <sup>107</sup>.

<sup>104</sup> En esta línea, GALLEGU ANABITARTE y MENÉNDEZ REXACH (*Acto y procedimiento...*, cit., pág. 295) señalan que «la procedencia de indemnizar a los interesados como consecuencia de la eliminación del acto (cfr. art. 142.4 LRJPAC) no es un límite a las facultades revisoras, sino un resultado de su ejercicio».

<sup>105</sup> *Lecciones...*, cit., págs. 208 y 229.

<sup>106</sup> *El principio...*, págs. 429-435. Consideran también que la violación de la confianza puede producir estas consecuencias, J. GONZÁLEZ PÉREZ, *El principio...*, cit., pág. 39; y F. CASTILLO BLANCO, *La protección...*, cit., págs. 276-325.

<sup>107</sup> En este orden de ideas, dice este autor que «no parece que pueda admitirse, con carácter general, la existencia de responsabilidad patrimonial derivada de acto de anulación, de la declaración de nulidad, puesto que el efecto principal y directo de la revisión de oficio, del acto que la materializa, es, justamente, la producción de ese daño, querido expresa y directamente por el Ordenamiento jurídico, como exigencia institucional inequívoca de la figura. Si la lesión provocada por el acto administrativo fuera ilegítima, por violentar los límites del artículo 106 de la LPC, lo que sucedería es que el acto de revisión sería inválido, pero esta invalidez del acto de revisión no podría ser nunca subsanada, o sustituida, por una indemnización, como, lamentablemente, con absoluta incorrección técnica, sucede con toda frecuencia. Dicho en otros términos, la revisión de oficio, realizada conforme a Derecho, podrá producir, o no, un despojo patrimonial como consecuencia de la declaración de nulidad del acto revisado; pero, si lo produce, ello constituirá un efecto consciente y directo de la propia utilización de la técnica, de tal modo que aquel despojo patrimonial estará plenamente justificado por la ilegalidad (nulidad) del acto a revisar y la ausencia del juego del principio de protección de la confianza» (*idem*). En parecidos términos

.../...

La teoría descrita, alternativa a la de la protección resarcitoria, contradice, al menos en principio, la tesis aquí defendida porque parece enlazar un singular efecto (el surgimiento de un «derecho al mantenimiento del acto ilegal») con la violación de la buena fe, sobre todo si se tiene en cuenta que el artículo 106 de la LPC, que le sirve de apoyo, establece que «Las facultades de revisión no podrán ser ejercitadas (...) cuando su ejercicio resulte contrario (...) a la buena fe». El profesor GARCÍA LUENGO<sup>108</sup> entiende, no obstante, que el fundamento de ese «derecho al mantenimiento del acto ilegal» y, por lo tanto, el de la contrariedad jurídica de la revisión efectivamente adoptada, no está en el mencionado principio. Desde su punto de vista, si en estos supuestos la resolución favorable, pese a su ilegalidad, ha de mantenerse es porque existe otra norma, distinta de la que consagra el principio de la buena fe, que, dotada de rango constitucional, obliga a ignorar las reglas ordinarias de cuya aplicación derivaría normalmente su eliminación; norma que desplaza en estos supuestos la eficacia que normalmente despliega el principio de legalidad. Se trata del artículo 9.3 de la Constitución Española, que, entre otros principios vertebrales, consagra el de seguridad jurídica.

Dice este autor que, cuando la Administración dicta un acto, está fijando el Derecho en el caso concreto, de tal manera que el ciudadano, como consecuencia del principio de seguridad jurídica, puede y *debe* confiar en la actuación administrativa y ajustar su conducta a la misma<sup>109</sup>. En el caso que nos ocupa, el interesado ha podido y *ha debido* depositar su confianza en el acto favorable. Si después la Administración decide retirarlo por reputarlo ilegal, actúa incoherente y contradictoriamente y, en mi opinión, podría violar la *bona fides in procedendo*. Pero, para GARCÍA LUENGO, puede vulnerar también el principio constitucional de seguridad jurídica porque amenaza la estabilidad de las resoluciones administrativas que tal principio garantiza. Esta vulneración —y no la de la buena fe—, la invalida, haciendo surgir el derecho del administrado al mantenimiento del acto favorable en cuya legalidad había confiado. Por eso, si tal acto resulta finalmente retirado, el interesado podrá invocar el principio de seguridad jurídica —y no el de la buena fe— para promover su restablecimiento.

Podría comprenderse así por qué el indicado estudioso se ha esforzado, con la atención puesta en los procedimientos de revisión de oficio, en negar toda conexión entre el principio de buena fe

.../...

se expresa J. GARCÍA LUENGO (*El principio...*, cit., pág. 454) cuando señala que no puede haber protección resarcitoria en estos casos en la medida en que «el despojo producido por la retirada del acto no es una consecuencia eventual del acuerdo de retirada, sino que es el efecto buscado por el mismo que (...) nos conduciría, cumplidos los requisitos formales necesarios, a la expropiación forzosa y no a la responsabilidad patrimonial». Es importante puntualizar que, desde los parámetros de la tesis de la protección resarcitoria, se está de acuerdo con los profesores referidos en que en ningún caso cabe reconocer, en concepto de responsabilidad patrimonial, las cantidades que colocarían al interesado en la situación en que se hallaría de haberse mantenido el acto revisado en contra de las exigencias del principio de la confianza legítima (el denominado interés positivo). Lo que habría de resarcirse no es ese despojo deliberadamente causado, que, en efecto, en otros supuestos (por ej. revocaciones), debe repararse sobre la base del instituto expropiatorio, sino los daños a la confianza, que constituyen perjuicios eventuales (pueden no presentarse) causados accidentalmente y derivados de la defraudación de unas expectativas fundadas: los daños vinculados a las operaciones realizadas (gastos o inversiones) o dejadas de realizar (estancamiento de capitales; alternativas lucrativas declinadas) por confiar el interesado en el mantenimiento del acto favorable.

<sup>108</sup> *Ibidem*, págs. 115-121, 183-196.

<sup>109</sup> *Ibidem*, pág. 193.

y el que, proveniente del Derecho comunitario, se denomina principio de protección de la confianza legítima. Su planteamiento parte, si no me equivoco, de que el principio de confianza legítima arraiga en el de seguridad jurídica y funciona sólo en los procedimientos de revisión de oficio o similares. Desde esta perspectiva, la confianza legítima operaría en el marco de estos procedimientos, habilitando en determinadas circunstancias un desplazamiento de la legalidad aplicable y, con esto, generando un efecto que la buena fe no puede provocar.

Estas observaciones ponen de manifiesto cómo la consideración de que el interesado puede hacer valer su confianza para promover el mantenimiento de un acto ilegal y, caso de haber sido efectivamente revisado y eliminado, para promover la anulación del acto revisor y el restablecimiento del revisado, no contradice la tesis aquí sostenida de que el incumplimiento del deber de coherencia puede tener efectos únicamente en el plano de la responsabilidad. Por lo demás, que la seguridad jurídica entre en juego sólo en los procedimientos revisores y sólo aquí pugne con el principio de legalidad no parece, en principio, difícil de justificar. En los casos en que la confianza del interesado se refiriere a la consecución de un acto favorable, no a su mantenimiento, el acto fundador de confianza (la consulta administrativa errónea, el precedente ilegal, el baremo equivocado, etc.) no ha llegado a alterar la posición jurídica del administrado. En cambio, en los supuestos de revisión de oficio, el acto fundador de confianza (el otorgamiento ilegal de la ventaja) ha incrementado efectivamente el patrimonio jurídico del interesado y ha generado unas expectativas «supercualificadas» a la vez que una situación de estabilidad, de tal manera que el acto posterior que defrauda tales expectativas y altera tal situación (el acto revisor) podría amenazar, no sólo las exigencias de la buena fe, sino también las de la seguridad jurídica, lo que podría provocar el surgimiento de un derecho al mantenimiento del acto ilegal. A su vez, no parece complicado explicar por qué el Derecho civil, en el supuesto equivalente que contempla (perfección de contrato nulo), no pone en circulación el principio de seguridad jurídica ni similares efectos (un derecho a la perfección del contrato —a la imposición a la contraparte de la voluntad negociadora— que excepcione la virtualidad del principio de la autonomía de la voluntad). En los supuestos de revisión hay notas peculiares, como la especial autoidad del sujeto que adopta el acto fundador de confianza y la consecuente mayor intensidad de ésta, que podrían justificar un tratamiento dispar, enlazado con el «giro o tráfico administrativo» y alejado del marco general que proporciona la responsabilidad por violación de la buena fe <sup>110</sup>.

<sup>110</sup> No obstante, no se entiende bien por qué la confianza en el mantenimiento de un acto favorable ilegalmente otorgado habría de protegerse de distinta manera según que la declaración de nulidad provenga de una Administración que ejercita facultades revisoras o de una Autoridad (judicial o administrativa) que actúa en vía de recurso. En el primer caso, el interesado podría hacer valer un derecho al mantenimiento del acto ilegal basado en el principio de seguridad jurídica; y en el segundo, un derecho a la indemnización (del coste de los actos de disposición realizados en la creencia de que la situación provechosa obtenida se prolongaría en el futuro) basado en el principio general de la buena fe. La diferencia entre estas hipótesis es sólo que, en el caso de la revisión de oficio, la misma Administración que produce el acto fundador de confianza (el otorgamiento ilegal) es la que inicia el procedimiento encaminado a adoptar el acto defraudador (la declaración de nulidad). Sin embargo, no creo que tal diferencia pueda explicar por sí sola por qué la seguridad jurídica habría de limitar sus formidables efectos (la permanencia del acto ilegal) a los procedimientos de revisión (o similares). Veamos por qué. Para que haya quebrantamiento de la confianza es preciso, claro está, que haya contradicción entre dos comportamientos, el que funda unas esperanzas y el que las defrauda; pero la conducta reprochable y jurídicamente determinante es sólo, en realidad, la que gestó la confianza en la consecución o el mantenimiento de la utilidad

.../...

Así pues, las tesis expuestas (la que, basada en el principios de buena fe y confianza legítima, aboga por una protección resarcitoria en supuestos de revisión de oficio; y la que, apoyada en el principio de seguridad jurídica y en su rango constitucional, justifica en estos casos el mantenimiento del acto ilegal) están sólidamente argumentadas y son, ambas, compatibles con el planteamiento que aquí se sostiene (la violación del principio de coherencia o confianza englobados en el más amplio concepto de buena fe sólo puede tener efectos en el plano de la responsabilidad)<sup>111</sup>. Ahora bien, si se quiere defender que el principio de seguridad jurídica puede justificar la anulación del acto revisor y el restablecimiento de la resolución contraria a Derecho, no puede negarse, a mi juicio, la corrección técnica de la tesis de la protección resarcitoria. Es más, habría que admitir que la entrada en juego de un principio distinto al de la buena fe conduce a la adopción de una respuesta singular, diferente de la que *normalmente* debería recibir en cuanto que en nuestro sistema jurídico todos los demás supuestos de deslealtad en el marco de una relación de confianza generan únicamente responsabilidad patrimonial por la lesión del interés negativo. Téngase en cuenta, además, que, últimamente, se

.../...

que, a la postre, fue legalmente denegada o retirada. Según vimos al hilo del estudio de la responsabilidad por quebrantamiento de la confianza en la consecución de un acto administrativo favorable, lo reprochable no es que, habiéndose iniciado un procedimiento ampliatorio, la Administración no haya adoptado la resolución que interesa al administrado porque, no existiendo una obligación de acoger la pretensión de éste, no se le puede reprochar que haya dictado un acto desfavorable conformado a Derecho; lo reprochable es que haya hecho creer que se brindaría la utilidad, porque esto pudo condicionar las decisiones del particular conduciéndolo a realizar desembolsos que de otro modo no habría realizado o a descartar vías de lucro alternativas que en otras circunstancias no habría declinado. La misma idea es aún más clara, si cabe, en los casos en que la Administración dicta una resolución favorable ilegal, pues aquí el sujeto forzado a defraudar la esperanza suscitada (por el principio de legalidad) puede ser un sujeto distinto: el juez o Tribunal que constata la nulidad o la anulabilidad del otorgamiento. En este supuesto, lo reprochable no es, evidentemente, que la jurisdicción cumpla su función, declarando la ilegalidad del acto; sino que la Administración, a través del otorgamiento, haya esperanzado al interesado, dándole a entender que dispondría de una ventaja, porque, al igual que en los supuestos de confianza en la consecución de una utilidad, pudo así condicionar negativamente las decisiones económicas de éste. Hasta tal punto el comportamiento reprochable es la gestación de unas esperanzas irrealizables –y no la conducta contradictoria ulterior– que, en este caso, hay una confianza violada imputable a la Administración pese a que el sujeto que la defrauda efectivamente es el juez que tiene que declarar la invalidez de la resolución. Pues bien, lo que se reprocha a la Administración en hipótesis de revisión de oficio en contra de las exigencias de la confianza legítima es que haya aprobado un acto nulo (fundando así una legítima confianza), pero no que lo haya suprimido del mundo jurídico después, declarando contrario a Derecho (y cumpliendo así con las exigencias del principio de legalidad). Resulta que el acto que, por fundar una confianza legítima, es jurídicamente reprochable es el mismo en los casos de anulación de acto favorable ilegal en la vía administrativa o en la vía judicial y en el de anulación a través de procedimientos de revisión de oficio: el otorgamiento ilegal de una ventaja. La diferencia radica sólo, según hemos dicho, en ese otro comportamiento (el que frustra la confianza previamente generada) que, sin embargo, no es reprochable ni jurídicamente determinante. El otorgamiento de un acto ilegal puede generar unas expectativas «supercualificadas» y una situación de estabilidad que pueden verse amenazadas por una declaración de nulidad, sin que, al menos en principio, pueda entenderse que la buena fe o la seguridad jurídica se duelan en mayor o menor medida en función de que tal declaración provenga de una Administración o de un Tribunal o se adopte en el curso de un procedimiento de revisión o en el de un procedimiento de recurso. Por eso, si, para los casos de revisión de oficio, se prefiere la teoría alternativa a la de la protección resarcitoria basada en la buena fe –que da una solución uniforme, coherente y, a mi juicio, también convincente a todos los supuestos de quebrantamiento de confianza legítima, habrán de encontrarse otras razones que puedan explicar por qué sólo puede hablarse de un derecho al mantenimiento del acto ilegal fundamentado en el principio de seguridad jurídica cuando la Autoridad que declara la nulidad del otorgamiento es la Administración y sólo cuando lo hace en procedimientos de revisión o similares.

<sup>111</sup> Una teoría ecléctica, que ve en el principio de confianza legítima una concreción del principio general de la buena fe, unas veces, y una manifestación del principio de seguridad jurídica, otras, y que, en supuestos de revisión de oficio, admite con base en uno u otro principio una protección resarcitoria o el mantenimiento del acto ilegal según los casos, en F. OSSENBÜHL, *Vertrauensschutz...*, cit., págs. 27-29.

han vertido críticas sobre otras teorías que se montan sobre el principio constitucional de seguridad jurídica y que, quizá, podrían trasladarse a la que defiende la posibilidad de un derecho al mantenimiento del acto ilegal basado en este principio. Me refiero a las palabras del profesor GARCÍA DE ENTERRÍA en relación con la responsabilidad del Estado Legislador <sup>112</sup>:

«Ateniéndonos a nuestro ordenamiento constitucional, aunque se ha sostenido que en el principio de protección de la confianza debe verse una matización o concreción del principio de seguridad jurídica, en efecto proclamado específicamente por el artículo 9.3 de la Constitución, resulta difícil pretender establecer una correlación absoluta entre ambos principios. La seguridad jurídica es un postulado con una muy amplia proyección, entre la cual puede entenderse sin dificultad que pueda incardinarse el principio de protección de la confianza, pero en modo alguno cabría admitir que esa deducción invista necesariamente de rango constitucional a este último principio en cada una de sus aplicaciones (...). El principio de seguridad jurídica informa, en realidad, la totalidad del ordenamiento jurídico, del que es uno de sus constitutivos elementos esenciales, pero ello no impone que haya que prestar a esa totalidad rango constitucional. Es exactamente igual que el principio de 'justicia', enunciado por el artículo 1 de la Constitución (...). Se trata de principios que, en efecto, informan la totalidad del ordenamiento, pero que sólo alcanzan verdadero rango constitucional o supralegal, capaz de imponerse a la superioridad de las leyes y de quebrantar o adicionar su contenido (...), en casos verdaderamente extremos y singulares.»

<sup>112</sup> «El principio de la confianza legítima como supuesto título justificativo de la responsabilidad patrimonial del Estado Legislador», en AA.VV., *Estudios de Derecho Público Económico*. Libro homenaje al prof. Dr. D. SEBASTIÁN MARTÍN-RETORTILLO, coord. y prólogo L.M. COSCULLUELA MONTANER, Civitas, Madrid, 2003, págs. 39-40.