
A&C

Revista de Direito Administrativo & Constitucional



ISSN 1516-3210

A&C REVISTA DE DIREITO ADMINISTRATIVO & CONSTITUCIONAL

IPDA
Instituto Paranaense
de Direito Administrativo

INSTITUTO DE DIREITO
**ROMEUFELIPE
BACELLAR**

© 2009 Editora Fórum Ltda.

Todos os direitos reservados. É proibida a reprodução total ou parcial, de qualquer forma ou por qualquer meio eletrônico ou mecânico, inclusive por meio de processos xerográficos, de fotocópias ou de gravação, sem permissão por escrito do possuidor dos direitos de cópias (Lei nº 9.610, de 19.02.1998).



Luís Cláudio Rodrigues Ferreira
Presidente e Editor

Coordenação editorial: Olga M. A. Sousa
Revisoras: Lourdes Nascimento, Ana Flávia Inácio Ferreira
Projeto gráfico: Luis Alberto Pimenta
Diagramação: Bruno Lopes
Bibliotecário: Ricardo José dos Santos Neto - CRB 2752 - 6ª Região

Av. Afonso Pena, 2770 - 15º/16º andares - Funcionários
CEP 30130-007 - Belo Horizonte/MG - Brasil
Tel.: 0800 704 3737
Internet: www.editoraforum.com.br
e-mail: editoraforum@editoraforum.com.br

Os conceitos e opiniões expressas nos trabalhos assinados são de responsabilidade exclusiva de seus autores.

Impressa no Brasil / Printed in Brazil
Distribuída em todo o Território Nacional

A246	A&C Revista de Direito Administrativo & Constitucional. ano 3, n. 11, jan./mar. 2003. Belo Horizonte: Fórum, 2003.
	Trimestral
	ano 1, n. 1, 1999 até ano 2, n. 10, 2002 publicada pela Editora Juruá em Curitiba
	ISSN 1516-3210
	1. Direito Administrativo. 2. Direito Constitucional. I. Fórum.
	CDD: 342 CDU: 33.342

Revista do Programa de Pós-graduação do Instituto de Direito Romeu Felipe Bacellar (Instituição de Pesquisa especialmente credenciada pelo Ministério da Educação - Portaria nº 2.012/06), em convênio com o Instituto Paranaense de Direito Administrativo (entidade associativa de âmbito regional filiada ao Instituto Brasileiro de Direito Administrativo).

A linha editorial da A&C – Revista de Direito Administrativo & Constitucional segue as diretrizes do Programa de Pós-Graduação do Instituto de Direito Romeu Felipe Bacellar em convênio com o Instituto Paranaense de Direito Administrativo. Procura divulgar as pesquisas desenvolvidas na área de Direito Constitucional e de Direito Administrativo, com foco na questão da efetividade dos seus institutos não só no Brasil como no direito comparado, com ênfase na questão da interação e efetividade dos seus institutos, notadamente América Latina e países europeus de cultura latina.

A publicação é decidida com base em pareceres, respeitando-se o anonimato tanto do autor quanto dos pareceristas (sistema double-blind peer review).

Desde o primeiro número da Revista, 75% dos artigos publicados (por volume anual) são de autores vinculados a pelo menos cinco instituições distintas do Instituto de Direito Romeu Felipe Bacellar.

A partir do volume referente ao ano de 2008, pelo menos 15% dos artigos publicados são de autores filiados a instituições estrangeiras.

Esta revista está indexada em:

- Base RVBI (Catálogo do Senado)
- Library of Congress (Biblioteca do Senado dos EUA)
- Ulrich's Periodicals Directory

A&C – Revista de Direito Administrativo & Constitucional realiza permuta com as seguintes publicações:

- Revista da Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo (USP), ISSN 0303-9838
- Rivista Diritto Pubblico Comparato ed Europeo, ISBN/EAN 978-88-348-9934-2

Diretor-Geral
Romeu Felipe Bacellar Filho
Diretor Editorial
Paulo Roberto Ferreira Motta
Editora Acadêmica Responsável
Ana Cláudia Finger
Secretário Editorial Executivo
Daniel Wunder Hachem
Conselho Diretivo
Adriana da Costa Ricardo Schier
Edgar Chiuratto Guimarães
Célio Heitor Guimarães

Conselho Editorial
Adilson Abreu Dallari (PUC/SP)
Alice Gonzalez Borges (UFBA)
Carlos Ari Sundfeld (PUC/SP)
Carlos Ayres Britto (UFSE)
Carlos Delpiazzi (Universidad de La República – Uruguai)
Cármén Lúcia Antunes Rocha (PUC/MG)
Celso Antônio Bandeira de Mello (PUC/SP)
Clèmerson Merlin Clève (UFPR)
Clovis Beznos (PUC/SP)
Enrique Silva Cimma (Universidad de Chile)
Eros Roberto Grau (USP)
Guilherme Andrés Muñoz (in memoriam)
Jaime Rodríguez-Arana Muñoz (Universidad de La Coruña – Espanha)
Jorge Luís Salomoni (in memoriam)
José Carlos Abraão (UEL)
José Eduardo Martins Cardoso (PUC/SP)
José Luís Said (UBA – Argentina)
José Mario Serrate Paz (Universidad de Santa Cruz - Bolívia)
Juan Pablo Cajarville Peluffo (Universidad de La República – Uruguai)
Juarez Freitas (UFRGS)
Julio Rodolfo Comadira (in memoriam)
Lúcia Valle Figueiredo (in memoriam)
Luís Enrique Chase Plate (Universidad Nacional do Paraguai)
Manoel de Oliveira Franco Sobrinho (in memoriam)
Marçal Justen Filho (UFPR)
Marcelo Figueiredo (PUC/SP)
Márcio Cammarosano (PUC/SP)
Maria Cristina Cesar de Oliveira (UFPA)
Nelson Figueiredo (UFG)
Odilon Borges Junior (UFES)
Pascual Caiella (Universidad de La Plata - Argentina)
Paulo Eduardo Garrido Modesto (UFBA)
Paulo Henrique Blasi (UFSC)
Paulo Neves de Carvalho (in memoriam)
Pedro Paulo de Almeida Dutra (UFMG)
Regina Maria Macedo Nery Ferrari (UFPR)
Rogério Gesta Leal (UNISC)
Rolando Pantoja Bauzá (Universidad Nacional do Chile)
Sérgio Ferraz (PUC/RJ)
Valmir Pontes Filho (UFCE)
Weida Zancaner (PUC/SP)
Yara Stroppa (PUC/SP)

Conselho Consultivo
Prof. Dr. Antonello Tarzia (Università Commerciale Luigi Bocconi - Itália)
Profa. Dra. Cristiana Fortini (UFMG - MG)
Prof. Dr. Eduardo Biacchi Gomes (UniBrasil - PR)
Prof. Dr. Eduardo Talamini (UFPR - PR)
Prof. Dr. Emerson Gabardo (UniBrasil - PR)
Prof. Dr. Fabrício Macedo Motta (UFG - GO)
Prof. Dr. Fernando Vernalha Guimarães (Unicuritiba - PR)
Prof. Dr. Gustavo Henrique Justino de Oliveira (USP - SP)
Prof. Dr. Isaac Damsky (Universidad de Buenos Aires - Argentina)
Prof. Dr. José Pernas García (Universidad de La Coruña - Espanha)
Prof. Dr. Mário Aroso de Almeida (Universidad Católica de Lisboa - Portugal)
Prof. Dr. Paulo Ricardo Schier (UniBrasil - PR)
Prof. Dr. Paulo Roberto Ferreira Motta (UTP - PR)
Profa. Dra. Raquel Dias da Silveira (Faculdades Dom Bosco - PR)
Profa. Dra. Tatyana Scheila Friedrich (UFPR - PR)
Prof. Dr. Ubirajara Costódio Filho (Unicuritiba - PR)
Profa. Dra. Vanice Lirio de Valle (Universidad Estácio de Sá - RJ)

El acto administrativo como categoría jurídica¹

José Luis Meilán Gil

Catedrático de Derecho Administrativo. Universidad de La Coruña. Ex-Consejero de Estado.

Resúmen: El objetivo del presente artículo es analizar el surgimiento del acto administrativo, cuál es su función y hasta qué punto puede identificarse el núcleo esencial que lo configura como categoría jurídica propia del Derecho administrativo — *ius commune* — liberado de las construcciones del Derecho Civil.

Palabras-clave: Acto administrativo. Categoría jurídica. Derecho Administrativo.

Sumario: Introducción - 2 Origen del acto administrativo: El primer convencionalismo de la teoría - 3 El acto administrativo en Francia como resultado de la no fiscalización de la Administración por los tribunales ordinarios - 4 El acto administrativo construido a imagen y semejanza de la sentencia - 5 La influencia del Derecho civil - 6 La dispersión doctrinal - 7 Ensayo de reconducción de los elementos esenciales de la categoría jurídica - 7.1 La potestad administrativa - 7.2 Incidencia directa en situaciones jurídicas - 7.3 Acto administrativo y jurisdicción contencioso-administrativa - 7.4 Acto administrativo, actuación administrativa y derechos fundamentales - 7.5 Algunas consecuencias prácticas - 7.6 El acto administrativo como concreción de la norma - 8 Conclusión

Introducción

El acto administrativo es una categoría jurídica fundamental, incluso central, en la formación y desarrollo hasta nuestros días del Derecho administrativo no anglosajón.² Sucede que, no obstante esta importancia, teórica y práctica, tanto en la vertiente no contenciosa como contenciosa, las concepciones del acto administrativo son variadas.³ El arco va desde una concepción del acto como denominador común de la actividad del Estado — actos legislativos, actos reglamentarios, actos contractuales, acto unilateral, acto-condición, actos jurisdiccionales —⁴ a otras menos amplias que engloban en una misma

¹ Una primera versión se ha publicado en las Actas del VIII Foro Iberoamericano de Derecho administrativo (A. VIII Foro) "El acto administrativo como fuente del Derecho administrativo en Iberoamérica" Congress S. A, Panamá, 2009.

² Así lo declaró enfáticamente OTTO MAYER en su *Deutsches Verwaltungsrecht*, 1ª ed. de 1885 "El *Rechtsstaat* se perfecciona en virtud del acto administrativo" y el Derecho administrativo moderno "está dominado por él". Derecho administrativo alemán, t. I. Buenos Aires, 1982, p. 125. En Francia. Cfr. M. HAURIUO, *Précis de Droit administratif et de Droit public général*, 5ª ed., 1903, Prefacio: "El Derecho administrativo francés ha hundido su raíz jurídica en el acto de administración. Todo se ha concentrado sobre el acto". M. CAETANO, *Princípios fundamentais do Direito administrativo*, Almedina, Coimbra, 1996, p. 89: "tema central do Direito administrativo moderno". En España, testimonios más recientes: A. GALLEGO ANABITARTE - A. MENENDEZ REXACH, *Acto y procedimiento administrativo*, Marcial Pons, 2001, p. 22. R. BOCANEGRA, *Lecciones sobre el acto administrativo*, 3ª ed., Thomson-Civitas, 2004, p. 25.

³ Un muestrario extenso en F. GARRIDO FALLA, *Tratado de Derecho administrativo*, v. I Parte general, 3ª ed., Tecnos, Madrid, 2002, p. 540-44 por nota.

⁴ *Ad exemplum*, cfr. G. JÉZE, *Les principes généraux du Droit administratif*, t. I. Dalloz, 2005, p. 25 y ss. *Ad exemplum* en la doctrina francesa, A. de LAUBADÈRE, *Traité élémentaire de Droit administratif*, t. I, 3ª ed., París, 1963, p. 15 y ss.

categoría los reglamentos, o actos reglamentarios o actos administrativos normativos y los actos administrativos no normativos, con respaldo en el Derecho positivo⁵ o se admite junto a esa concepción otra más estricta que se correspondería a la de los actos administrativos no normativos.⁶

En el centro de esta diversidad se encuentra la consideración de las fuentes del Derecho y en ese sentido si el acto administrativo es o no fuente de Derecho. El carácter polisémico de esta expresión, que no deja de tener algo de metafórica, añade complejidad a la cuestión y amplía las divergencias. Puede entenderse, y así se ha entendido, como el origen de donde procede el Derecho o como su manifestación.⁷ El planteamiento era más fácil desde la vertiente civilista en la que se construyó inicialmente la teoría. Para lo que aquí importa, la cuestión tal como la entiendo, estriba en discernir si el acto administrativo crea Derecho o simplemente lo aplica, creando, extinguiendo o modificando derechos, entre otras funciones posibles, por expresarlo de una manera gráfica. Esta segunda opción es mi punto de partida.

Al aplicar el Derecho, entendido como el conjunto del ordenamiento jurídico en el que se incluyen principios generales y costumbre, el acto administrativo generador de derechos⁸ manifiesta obviamente el Derecho, como sucede en la sentencia desde la concepción jurisprudencial del derecho romano, — el “*ius esto*” del pretor — que ha llevado a sostener que “Derecho es lo que aprueban los jueces”.⁹ De algún modo esa idea se vislumbra en la definición del acto administrativo de Otto Mayer “*was für ihn Recht sein soll*”. Desde esa concepción reduccionista, habría que concebir el acto administrativo como fuente del Derecho, entendida como “fuente jurídica de las obligaciones del administrado y así mismo de los derechos que él puede invocar frente al Estado”,¹⁰ que nadie discute, porque se trata de un acto de la Administración “sometido al Derecho”.

Por eso, la jurisprudencia sólo desde ese sentido puede ser considerada como fuente del Derecho. La jurisprudencia “complementará el ordenamiento jurídico”.¹¹ Los jueces no crean Derecho, “lo ponen en

⁵ Ad exemplum, F. GARRIDO FALLA, Tratado ... p. 547. R- ALESSI, Principi de Diritto amministrativo, p. 79, J. P. CAJARVILLE, (A. Foro VIII, p. 732) en Uruguay, J. O. SANTOFIMIO, Tratado de Derecho administrativo, t. I, 3ª ed., Universidad Externado, 2003, en Colombia.

⁶ Ad exemplum: E. SAYAGUES, Tratado de Derecho administrativo, I. Montevideo, 1953, p. 388, C. A. BANDEIRA DE MELLO, Curso de Derecho administrativo, Poma, México, 2006, J. FERNÁNDEZ, (A. Foro VIII, p. 513).

⁷ Cfr. F. de CASTRO Y BRAVO, Derecho civil de España, Thomson-Civitas, 2008 (reimpresión) p. 363 y ss con amplia bibliografía.

⁸ Cfr. R. F. BACELLAR FILLO, (A. Foro VIII, p. 151) habla del acto administrativo como “criador de direitos” y por eso la necesidad de asegurar su “estabilização”.

⁹ Cfr. A. D’Ors Atlántida, 1970, núm. 45.

¹⁰ P. J. COVIELLO (A. Foro VIII), p. 34.

¹¹ Artículo 1,6 del Código civil español.

acción”.¹² Algo análogo puede sostenerse en relación con el precedente administrativo. Su posible fuerza vinculatoria es aplicable por el principio de jerarquía cuando opera como instrucción intradministrativa y en relación con los particulares en virtud de principios generales que sí son fuente de Derecho y tienen un “carácter informador del ordenamiento jurídico”,¹³ como es la igualdad y, en todo caso la interdicción de la arbitrariedad exige la adecuada motivación para separarse del precedente.¹⁴

Siempre he sido partidario de operar con categorías jurídicas, nítidas¹⁵ que puedan utilizarse como lenguaje que facilite la comprensión y que sean punto de referencia para la movilidad esencial del Derecho administrativo,¹⁶ reflejo del dinamismo de sus actores y sobre las cuales se pueda construir al modo científico. En el bien entendido que no se trata de refugiarse en un conceptualismo formal.

Para no caer en el uso innecesario de categorías jurídicas, siempre que sea razonable explicar un supuesto jurídicamente dudoso o debatido de acuerdo con una ya reconocida me inclino por no acuñar una nueva. Razones de claridad me llevan también a usarlas de acuerdo con lo que corresponde a su nombre ya que el Derecho positivo en ocasiones recurre a la metáfora. Es lo que sucede con el aforismo del *contractus-lex*. El contrato no es una ley, aunque se diga que las obligaciones que nacen de los contratos tienen fuerza de ley entre las partes contratantes, para expresar de una manera contundente y gráfica la vinculación de los contratantes a lo pactado.

Por la misma razón, entiendo que si reconoce que existen actos normativos, distintos de los que no tienen ese carácter quizá lo más claro será calificar a aquellos de normas diferentes de los actos administrativos.

En último término la categoría jurídica se justifica por el régimen jurídico que conlleva. Las clasificaciones doctrinales han de responder a las diferencias del régimen jurídico de los elementos clasificados. Las categorías jurídicas no las entiendo como un apriorismo¹⁷ sino como el resultado

¹² Artículo 1,6 del Código civil español. En la tradición francesa, Cfr. F. GÉNY, *Método* p. 377-379, con un rechazo del sistema anglosajón.

¹³ Artículo 1,4 del Código civil español. Sobre eso y la aportación de la perspectiva iusadministrativista, Cfr. J. L. MEILÁN GIL, “Los principios generales del Derecho desde la perspectiva del Derecho público en España”, *Actas del VII Foro Iberoamericano de Derecho administrativo*, Junta de Castilla y León, 2008, p. 409 y ss.

¹⁴ El artículo 54 de la LRJAPAC española 30/1992 exige motivación para los actos que se “separen del criterio seguido en actuaciones precedentes o del dictamen de órganos consultivos”.

¹⁵ *Ad exemplum*, J. L. MEILÁN, *La estructura de los contratos públicos*, Norma, acto, contrato. Iustel, 2008.

¹⁶ Cfr. J. L. MEILÁN GIL, “El proceso de la definición del Derecho administrativo”, ENAP, Madrid, 1967 en *Administración Pública en perspectiva*, Universidad da Coruña, 1996, p. 41-46, con citas de Posada Herrera, Wolf, a las que podría añadirse Prosper Weil, *Derecho administrativo*, Civitas, Madrid, 1986, p. 39 “a cada edad corresponde una capa diferente” evocando una imagen geológica.

¹⁷ Sobre el refugio de los juristas en el método deductivo, OTTO NASS, *Reforma administrativa y ciencia de la Administración*, ed. española, Madrid, 1964, p. 51-52.

de un proceso de abstracción a partir de los datos de la realidad, en la que ha de contarse con la historia y los contextos socio-políticos e ideológicos.

En ese sentido es necesario recorrer aguas arriba el río de la historia para comprobar donde y cuando aparece el acto administrativo, cuál es su función y hasta qué punto puede identificarse el núcleo esencial que lo configura como categoría jurídica propia del Derecho administrativo — *ius commune* — liberado de las construcciones del Derecho — privado — civil.¹⁸

2 Origen del acto administrativo: El primer convencionalismo de la teoría

Según Otto Mayer¹⁹ y se ha ido repitiendo en los autores posteriores, la primera referencia explícita al acto administrativo aparece en 1812 en Francia, concretamente en el Repertorio de Jurisprudencia de Merlin. Se trata de un repertorio que había empezado a editarse en el Siglo XVIII por Guyot en 1784. La voz “acto administrativo” no figura en esta primera edición; el acto jurídico se refiere a la justicia y al Derecho civil. La tercera edición está a cargo de Merlin que incorpora voces nuevas entre ellas la del acto administrativo. He aquí su definición: “un arreté, une décision de l’authorité administrative, ou une action, un fait de l’administration qui a rapport a ses fonctions”.

El propio Otto Mayer, al transcribir una frase del célebre repertorio Dalloz según el cual “el antiguo Derecho no había tenido interés por indagar los caracteres de los actos administrativos”, se apresura a comentar que ello es debido a que tales caracteres no existían.

El origen del acto administrativo sería Francia, de donde se exportaría al continente europeo y llegaría al latinoamericano, y su nacimiento se corresponde con la Revolución. Aparece ligado al nuevo orden político que, frente al Antiguo Régimen, se presenta asentado en los principios de separación de poderes y la supremacía de la ley y el posible control judicial del Poder,²⁰ contrapuesto al *legibus solutus* que se atribuía al Príncipe.²¹

¹⁸ Cfr. J. L. MEILÁN GIL, El proceso p. 37-39, con citas de Hauriou, Waline, Rivero en Francia y Otto Mayer y Wolf en Alemania.

¹⁹ OTTO MAYER, *Le droit Administratif Allemand*, París, 1903, p. 62 nota 10.

²⁰ Sobre la euforia de los revolucionarios franceses y su convicción de que estrenaban un orden nuevo y el mimetismo de la doctrina que ignora la realidad anterior cfr. J. L. MEILÁN GIL, El proceso de la definición del Derecho administrativo, ENAP, 1997, p. 18 y ss., incorporado a *Administración Pública en perspectiva*, Universidad de A Coruña, 1996, p. 25 y ss.

La tesis ha sido desarrollada ampliamente por A. GALLEGU ANABITARTE, *Administración y jueces: Gubernativo y contencioso*, ENAP, 1971, incorporado a *Poder y Derecho*, Marcial Pons, Madrid, 2009 Cfr. G. VILLAPALOS, *Los recursos contra los actos de gobierno en la Baja Edad Media*, Instituto de Estudios administrativos, Madrid, 1976: no existe el acto administrativo, como categoría jurídica, pero existía un control peculiar de actos que podrían considerarse equivalentes.

²¹ Sobre la interpretación de ese texto del Derecho romano por Vazquez de Mechaca sustentando el contrario “*princeps legibus alligatus*”, Cfr. A. GALLEGU, op. cit., p. 58-64.

La explicación revela un cierto convencionalismo, podría decirse que es un origen fingido. Como agudamente ha observado Giannini²² el juego de esos tres principios no hubiera sido suficiente para hacer surgir la teoría del acto administrativo. En países del Common law, como el Reino Unido y los EE.UU.,²³ no se detecta esa teoría.²⁴ El acto administrativo, en su prístino sentido, se inserta en la línea de una determinada concepción del poder político que se inicia en las Monarquías absolutas en la Europa continental y subsiste incluso en épocas de una acusada y recusable concentración del mismo.²⁵

Ese nuevo acto administrativo aparece, paradójicamente, como un privilegio de la emergente Administración Pública, que necesitó para su consolidación la Revolución francesa,²⁶ que “no tuvo territorio propio” y se incubó en la Ilustración del siglo XVIII.

Para el vasto propósito de cambio general y súbito que se pretendía bajo la etiqueta auténtica de revolución, no bastaba con leyes. Se precisaba un brazo poderoso que las ejecutara y, sobre todo, para adoptar numerosas medidas que hicieran real e irreversible la revolución. Alexis de Tocqueville ha dejado escritas páginas magistrales sobre la centralización de un poder “inmenso y tutelar ... absoluto, detallista, regular, previsor”, único agente y único árbitro de la felicidad de los ciudadanos, que encarna la Administración pública, providencial y creadora.

Pese a su radicalismo, los revolucionarios escarmientan en la cabeza del decapitado Rey y, al suprimir privilegios y fueros repartidos entre estamentos varios, los unifican en la Administración, apurando la orientación reformadora del absolutismo real. Porque, “la Revolución tuvo dos frases: la primera, durante la cuál los franceses parece que quisieron abolir todo el pasado; la segunda, en la que volvieron a tomar parte de lo que habían dejado”, dirá Tocqueville.²⁷

²² M. S. GIANNINI, “Atto amministrativo”, Enciclopedia giuridica, p. 159.

²³ En estos ordenamientos existen actos equivalentes. En el Reino Unido incluso con el mismo nombre — administrative act — que proceden del Government y public authorities. La diferencia es que estos actúan “if they were private individuals”. Sus “unlaw acts”, su “administrative wrong doing” son objeto de judicial review para declarar su ilegalidad, ante los tribunales ordinarios (Cfr. H.W.R.WADE, Administrative Law, 6ª ed., Clarendon Press, Oxford 1989, p. 22, 33, 36,37). No obstante, la judicial review implica un control judicial de la actividad de los governmental bodies con base en principios de public law, que reconoce aquellas funciones, poderes y deberes que no tienen los particulares. Pero nunca se ha planteado la judicial review, pese a su nombre, como un proceso al acto, sino como un proceso de pretensiones.

Cfr. P. CANE, An Introduction to Administrative Law, 3ª ed., Clarendon Press, Oxford, 1996, parte. I.

Para los EE.UU. vid infra, The administrative Procedure Act. La judicial review es el remedio fundamental contra la actuación administrativa ilegal. Hace efectiva la doctrina de ultra vires, por actuar fuera del poder que estatutariamente se otorga a las agencias. Cfr. B. SCHWARTZ, Administrative Law, 2ª ed., LB, Boston, 1984, p. 435 y ss.

El régimen administratíf tiene, en cambio, como fundamento el acto administrativo ligado a las prerrogativas de la Administración.

²⁴ Cfr. J. L. MEILÁN GIL, Sobre el acto administrativo y los privilegios de la Administración, Administración ... p. 389 y ss.

²⁵ Etapas conocidas en Alemania, Italia, Portugal, España.

²⁶ Cfr. E. GARCÍA DE ENTERRÍA, La Revolución francesa y administración contemporánea, Madrid, 1972, p. 72-73, citando a A de Tocqueville.

²⁷ ALEXIS DE TOCQUEVILLE, El antiguo Régimen y la Revolución, trad. Esp. Guadarrama, Madrid, 1969, p. 16-17.

La Administración Pública, nacida de la Revolución, hereda los privilegios del Rey decapitado; pero los engarza con un peculiar entendimiento de la división de poderes. De algún modo los revolucionarios prolongan la antigua confusión entre administrar y juzgar.²⁸

El “acto administrativo” enlaza con el “acto del Príncipe”, en un nuevo contexto político. Hoy se admite con normalidad la presunción de validez, aunque se discuta con razón, del acto administrativo, su fuerza ejecutiva o ejecutividad, la peculiaridad de su control judicial mediante una jurisdicción especial revisora que es el contencioso-administrativo. Esas características se encuentran con anterioridad a la Revolución francesa.

El Derecho intermedio recoge, con una u otra palabra, la presunción de validez de las decisiones del Príncipe.²⁹ La ejecutividad del acto y la posibilidad de la ejecución de oficio hay que entroncarlos con la “ejecución forzada” de las Partidas de Alfonso X o la “parata executio” que se elabora interpretando ampliamente la Ley aquiliana en relación con los privilegios del Fisco.³⁰ Un privilegio que supone actuar “sine iudice” como se decía en el Derecho regio.³¹

La distinción de “actos de imperio” y “actos de gestión” sobre la que se ha realizado una fundamental sistematización del Derecho administrativo francés y la tesis de que la Administración actúa “a double face: la “face de puissance publique” y la “face patrimoniale”³² encuentra un precedente en el libro de Alfaro “Tractatus de officiis fiscalis” en donde se afirma que el Príncipe “habet duplicem personam, publica et privata” y no es el único testimonio.

El acto administrativo — como el acto del Príncipe — implica una imposición unilateral. En expresión consagrada será la “decisión exécutoire” (Hauriou). En torno a él se creó la aureola de encarnación de la justicia en una concepción del Estado que se denominaría de Derecho. Aparecerá como una racionalización del poder frente al caos, sin el abuso del Antiguo Régimen. Por eso puede hablarse del mito del acto administrativo. En su meollo fue una eficaz instrumento político para la concentración del poder: del absolutismo a la centralización que “l’Europe nous envie”, dirá Tocqueville. No sólo en Francia, también en Alemania, con formulaciones que se complementan.

²⁸ Cfr. G. BIBOT, “La difficile distinction Droit public/Droit privé dans l’ancien droit: l’exemple du droit administratif”, *Droits*, n. 28, p. 108. En general, *Introduction historique au droit administratif depuis 1789*, Paris, 2002.

²⁹ *Principum mandatum habet praesumptionem pro se. Princeps paesumitur nolle iniusta*. Cfr. J. L. VILLAR PALASÍ, *Apuntes*, t. II., 2ª ed., p. 201. El iussum del Rey Juan II se refleja en los acuerdos de los Ayuntamientos: “Lo que fuese acordado por el Consejo y Regimiento de cualquier villa o lugar que vala y sea firme”. Cfr. A. GALLEGU, *Poder...* p. 297.

³⁰ De la equiparación del Fisco al menor de edad, con base en fuentes romanas da cuenta, Ramón Lázaro de DOU Y BASSOLS, *Instituciones de Derecho público general de España*, Madrid, 1800, p. 361-2.

³¹ Cfr. J. L. VILLAR PALASÍ, *op. cit.*, p. 202.

³² LAFERRIÈRE, *Traité élémentaire de Droit administratif*, Paris, 1933.

3 El acto administrativo en Francia como resultado de la no fiscalización de la Administración por los tribunales ordinarios

La filosofía política de los revolucionarios llevaba consigo la partición de la competencia jurisdiccional entre Tribunales ordinarios, a los cuales correspondían un orden civil y unos tribunales administrativos a los que correspondía un orden administrativo. Pero esta simetría, tan de gusto del momento, que es una faceta más de la pretenciosa aspiración racionalizadora, no era sincera, ni resultará verdadera.

El sometimiento del poder al Derecho debería haber supuesto la sumisión de la Administración pública — que entonces emerge como sucesora del Rey — a los tribunales: pero los revolucionarios tan pagados de su racionalidad, evitaron que su aceptación perjudicase el nuevo orden político. Los primeros revolucionarios son aristócratas que luchan por someter las ordenanzas reales a los parlamentos judiciales. Al triunfar la Revolución, sus auténticos beneficiarios, burgueses ilustrados, aprovechan la lección de lo que había sucedido y a lo que habían contribuido decisivamente. Se cuidan de afirmar solemnemente que el nuevo poder ejecutivo está sometido al judicial.

En la Asamblea constituyente de 1789 se consigna la prohibición de que los tribunales conozcan de los actos de la Administración. En Leyes posteriores se reitera con expresiones de gran contundencia. Así la Ley de 16-24 de Agosto de 1790 afirmará: "Las funciones judiciales son independientes y se mantendrán siempre separadas de las funciones administrativas. No podrán los jueces sin incurrir en el delito de prevaricación, intervenir de ninguna manera en las operaciones de los cuerpos administrativos". Y la Ley de 16 fructidor año III, de 3 septiembre de 1795 repite algo parecido; "se prohíbe terminantemente que los tribunales conozcan de los actos de la Administración cualquiera que fuese su especie".

Detrás de estas enfáticas declaraciones se encuentra la desconfianza hacia los Parlamentos judiciales vistos, por su composición, como una supervivencia del Antiguo Régimen, contrarrevolucionarios. El pragmatismo se impone al dogmatismo y éste, a su vez, proporciona una nueva solución que permita un mínimo de coherencia con sus postulados. Se ideará una hábil fórmula de compromiso: el control de la Administración por una jurisdicción especial, los corps administratifs elegidos por el poder ejecutivo. No se podía sostener que no existiese un control judicial. Este no podía ser ejercido por los tribunales ordinarios, sino por unos nuevos tribunales administrativos que entendían de los actos de la Administración

de “cualquier especie” lo que impulsó a definir el acto administrativo con la máxima amplitud.³³

La orquestación teórica oculta o ignora la explicación real. Se llegará a afirmar con absoluta naturalidad, que administrar no es sólo ejecutar — la ley — sino decidir las dificultades de la ejecución y juzgar las reclamaciones que la ejecución provoca. El poder de administrar lleva así, lógicamente, el poder de juzgar administrativamente, es decir, la jurisdicción.³⁴

Un testigo cercano a los hechos, Cormenin,³⁵ desvela el convencionalismo de las explicaciones doctrinarias, al tiempo que deja traslucir la realidad a que sirven los intereses creados por la Revolución. “Es una verdad que existe hoy una multitud de derechos adquiridos y de intereses privados que cubren la faz de Francia y que tienen su fundamento en la Ley administrativa, cuyo origen no se remonta más allá de la Revolución.”³⁶ Dicho más llanamente, la revolución crea unos intereses; posteriormente tiene que proteger jurídicamente esos intereses aunque sea distorsionando las reglas jurídicas tradicionales, para evitar la decepción y la enemistad de los beneficiarios que son al mismo tiempo el soporte de la Revolución. Por eso, sigue afirmando Cormenin, la Asamblea constituyente temió redescubrir los parlamentos antiguos en los tribunales; “no pensó más que en las necesidades o si se quiere en las urgencias de su política, pero no suficientemente en las necesidades de la Justicia.”³⁷ Los derechos debían ceder al imperativo revolucionario.³⁸

De la mano de este planteamiento político es fácil comprender el papel del acto administrativo. Bastaba sencillamente declarar que un determinado acto era administrativo para que quedase fuera del alcance de los tribunales ordinarios. Disposiciones que desarrollan leyes de 1790 califican de actos administrativos “todas las operaciones que se ejecuten por orden del gobierno, por sus agentes inmediatos y con fondos procedentes del Tesoro público”. Es paradigmático lo que sucedió con las ventas de bienes nacionales que ayudó a hacer irreversible la Revolución, configurándolas como actos administrativos.³⁹

El acto administrativo venía a ser de ese modo el talismán de un nuevo Rey Midas. Era suficiente que una determinada actividad se declarase acto administrativo para que la bella simetría, soporte del Estado de Derecho tan

³³ La distinción entre actos administrativos y cuestiones civiles domina todo el Derecho administrativo francés y como un eco — a veces como la exportación de una enfermedad imaginaria — al de otros países. Cfr. R. FERNÁNDEZ DE VELASCO, *El acto administrativo*, Madrid, 1929, p. 65.

³⁴ LAFERRIERE, *Traité élémentaire de Droit administratif*, Paris, 1933, p. 548.

³⁵ Cfr. *Questions de Droit Administratif*, 2ª ed., Paris, 1823.

³⁶ *Ibidem*, p. VII.

³⁷ *Ibidem*, p. III.

³⁸ G. BIGOT, *loc. cit.*

³⁹ Cfr. J. L. MEILÁN GIL, *La estructura de los contratos públicos*, Norma, acto, contrato. Iustel, Madrid, 2008, p. 77 y ss. El reconocimiento de que se trataba de razones políticas y no teórico dogmáticas se encuentra en LAFERRIERE, *Traité ...* p. 602.

pomposamente proclamado, quebrase sin más. Esto podía incluso suceder cuando los que interviniesen en una cuestión litigiosa fuesen particulares. Bastaba que la cuestión se plantease “a l’occasion d’un act administratif”⁴⁰

No había, por otra parte y no es difícil comprenderlo, ningún límite a esa extensión del acto administrativo. El testimonio de Cormenin lo corrobora: “la Administración invadía muchas materias civiles con el pretexto fútil de su relación próxima o lejana con los intereses administrativos, sin que los jueces abrumados por el terror, osasen hacer ninguna reivindicación”⁴¹

Esta es la historia real del acto administrativo: una técnica jurídica al servicio del poder político de la Revolución.⁴²

4 El acto administrativo construido a imagen y semejanza de la sentencia

El paralelismo entre el acto administrativo y la sentencia se establece en la formulación del Estado de Derecho. El *Rechstaat* “se perfecciona en virtud del acto administrativo” en la contundente expresión Otto Mayer. El punto de partida es la particular relación entre los tres poderes del Estado. Para Mayer el poder legislativo, y su producto la ley, tiene la primacía. A su lado, pero subordinadamente, existe el poder ejecutivo que se divide a su vez en dos ramas: la justicia y la Administración. Estas dos ramas se desenvuelven paralelamente, ambas están sometidas a la ley.

La justicia aplica la ley en la sentencia, la Administración la aplica con la jurisdicción administrativa y con el acto administrativo. El Estado debe actuar “conforme a Derecho” (Stahl). Para que la Administración, que forma parte del Estado, actúe conforme a Derecho debe estar vinculada por la regla jurídica, dirá Mayer; o de otro modo “la acción de la Administración ha de ser dirigida, en la medida de lo posible, por reglas de Derecho”. Pero, puesto que la regla de Derecho es insuficiente, hace falta que en el campo de la Administración exista algo análogo a lo que sucede en la jurisdicción con la sentencia, es decir un acto que declare en una situación individual lo que está de acuerdo con la regla de Derecho. Esta función la cumple dentro de la Administración el acto administrativo. Como dice Mayer “tal acto determina ahora una relación jurídica, que la misma autoridad está obligada a respetar y poner en ejecución

⁴⁰ BERTHELEMY, Traité ... p. 598.

⁴¹ Ibidem, p. V.

⁴² En España una manifestación de la pugna entre Administración y Tribunales es la que ofrecen actos administrativos e interdictos. Un ejemplo es una Real Orden de 8 de mayo de 1839 acerca de los límites de las atribuciones administrativas y judiciales. “Las disposiciones y providencias que dicten los ayuntamientos y en su caso las diputaciones provinciales, en los negocios que pertenecen a sus atribuciones según las leyes, forman estado y deben llevarse a efecto, sin que los tribunales admitan contra ellas los interdictos posesorios de manutención o restitución”. La batalla entre la fuerza ejecutiva del acto administrativo y la fuerza sumaria del interdicto es ganada por el primero como revela la jurisprudencia del Consejo Real de 1845 a 1868.

tanto en beneficio del súbdito como contra él". Desarrollando la idea, "lo esencial es siempre la determinación jurídica del caso individual". Decisión de la Administración que determina frente al súbdito en un caso concreto "lo que ha de ser derecho para él", como en la sentencia. El acto administrativo completa la idea central del Rechtsstaat, del Estado sometido al régimen del Derecho por la adaptación de las formas jurídicas a lo administrativo.

Posteriormente Jellinek completaría las analogías y diferencias entre acto administrativo y sentencia: ambos se ejecutan y realizan pese a la disposición de su destinatario, lo que en ocasiones ha llevado a atribuir al acto administrativo la naturaleza de cosa jugada,⁴³ a equiparar la discrecionalidad administrativa al arbitrario judicial.

Aparte de la finalidad de no subordinar la Administración al poder judicial ordinario, como en Francia, en Alemania la equiparación del acto administrativo a la sentencia va a servir como instrumento del poder político. No es casualidad que la nación alemana se haya construido coincidiendo con el mando fuerte del Canciller de hierro, Bismark y la ideología del idealismo que inspira el Estado de Derecho. El Estado dirá Hegel es "la realización de la idea moral o ética". El fin del Estado es la realización del Derecho. El Derecho se realiza primordialmente a través de las declaraciones de los tribunales. El eslabón nuevo que se introduce en este razonamiento será que la Administración, al estar colocada al mismo nivel que la jurisdicción, adoptará los modos de la justicia y por eso el acto administrativo será, como la sentencia, realización concreta, en un caso determinado, de la justicia: aplicación de la ley.

Con este bagaje ideológico, la actividad de la Administración gozará de la presunción de justicia. El acto administrativo vendrá a ser la consecuencia del despliegue de la dinámica interna del Estado, de la inmanencia del ejercicio del poder.⁴⁴ Está legitimado desde el Estado autoproclamado de Derecho. Y como recordará Mayer, en relación con el acto administrativo, el Estado manda siempre unilateralmente.⁴⁵ De ahí la dificultad que ha existido en Alemania en aceptar el contrato administrativo.⁴⁶

5 La influencia del Derecho civil

El derecho civil y sus instituciones van a incidir en la configuración del acto administrativo por distintas razones, aunque confluyentes. Por la madurez científica de su construcción, con una larga historia que procede del

⁴³ Ad exemplum, STS de 13 de julio de 1961 para fundamentar en ella la teoría del acto confirmatorio o el acto de reproducción.

⁴⁴ Un desarrollo aberrante conducirá al Führerprinzip, el Führer encarna la idea moral del Estado.

⁴⁵ Otto MAYER, Derecho.... p. 125.

⁴⁶ Cfr. J. L. MEILÁN GIL, La estructura.... p. 59 y ss.

Derecho romano y su recepción académica orientada hacia el Derecho privado que suscitaba admiración.⁴⁷ Por los cambios que se habían producido en la relación entre la sociedad y el Estado. Consolidado el ideal revolucionario, el mundo liberal-burgués procura defenderse de la intromisión del Estado en los ámbitos que genéricamente se denominarán libertad y propiedad.⁴⁸

La seguridad del Derecho civil, dirá Hauriou a finales del XIX desde su declarada posición liberal, viene de que “la sociedad civil tiene más importancia que las formas políticas que le sirven de envoltura protectora”. Consciente de la corriente socializante de la escuela de Burdeos (Duguit, Jéze) declara que: “hubo un tiempo en el que ser liberal suponía favorecer la expansión del Estado ... hoy los papeles se han cambiado ... se es liberal luchando por limitar el Estado.”⁴⁹

El mundo liberal-burgués prefiere el amparo del Derecho privado y de la jurisdicción ordinaria. La distinción entre actos de autoridad y de gestión lo manifiesta, al reducir el acto administrativo a los primeros. Los segundos son realizados por la Administración Pública, no como poder público, sino como persona jurídica, que inciden en el ámbito patrimonial. Serán los contratos que, venciendo resistencias, se configurarán como administrativos⁵⁰ sujetos a la jurisdicción administrativa porque versan sobre servicios públicos en los que se descubre una “puissance publique”, convirtiéndolos en gestión pública.⁵¹ La resistencia se manifiesta, por ejemplo en Berthelemy,⁵² que se declara liberal “Los servicios públicos — dirá — están sometidos al Derecho común siempre que no se haya previsto el ejercicio de la autoridad propio del Derecho administrativo. Encontrar un pretexto para salirse de los principios ordinarios del Derecho es disminuir sin razón las garantías de los administrados”. El acto administrativo se limitaba el acto de autoridad, de imposición unilateral, la decisión ejecutoire.

En Alemania, por influencia del Derecho civil, se construirá dogmáticamente el acto administrativo como negocio jurídico.⁵³ Esta línea se inició por Otto Mayer y adquiere notoriedad con Korman⁵⁴ y

⁴⁷ Cfr., Otto MAYER, Derecho t. I, p. XXVIII; La admiración persiste en H. J. WOLF, *Verwaltungsrecht*, I, 5ª ed., Munich-Berlín, 1963, p. 1.

⁴⁸ En ello radica la “reserva de ley” para limitar la potestad del Ejecutivo de dictar reglamentos. Cfr. J. L. MEILÁN GIL “El poder normativo del Estado. A propósito de ley y reglamento en el Derecho español”, *Revista Iberoamericana de Derecho Público y Administrativo*, n. 8, 2007, p. 13-14.

⁴⁹ Précis de Droit administratif et de Droit public général, Prefacio de la 3ª ed. en *Obra escogida ...* p. 36.

⁵⁰ Cfr. J. L. MEILÁN GIL, *La estructura ...* p. 81-82.

⁵¹ Cfr. J. L. MEILÁN GIL, *Progreso tecnológico y servicios públicos*, Thomsom-Civitas, 2004, p. 21-23. Esa correlación está ya asentada en la 5ª edición del *Précis de Hauriou* publicada en 1903. En 1900 había publicado “La gestión administrativa”, apud, *Obra escogida*, p. 127 y ss. La 11ª edición de 1927 comienza enlazando servicio público y poder público. “El servicio público es la obra a realizar por la administración pública — el fin — el poder público es el medio de realización”.

⁵² *Melanges Hauriou*, p. 819-820. En la misma línea Laferrière.

⁵³ Una exposición sucinta en A. GALLEGU ANABITARTE, *Acto ...* p. 38-43.

⁵⁴ *System der rechtsgeschäftlichen Staatsakte*, 1910.

Fleiner.⁵⁵ Según el primero, los actos administrativos son declaraciones de voluntad que están dirigidas a crear relaciones jurídicas, que es lo propio del negocio jurídico. Desde un punto de vista dogmático se quiere diferenciar determinados actos de la Administración de otros que no tienen ese carácter negocial, porque se limitan a certificar algo ya existente, a informar o se trata de simples actos materiales.

Desde este punto de vista la teoría no se aparta de la función originaria del acto administrativo, sino que la refuerza. Dentro de la amplia panoplia de actos de la Administración existirían unos que merecerían con propiedad la calificación de acto administrativo.

Para afirmar esa diferencia, quizá no sea necesario ligar acto administrativo a negocio jurídico “por una cuestión de lenguaje”.⁵⁶ El acto administrativo implica una imposición unilateral, aunque en ocasiones su eficacia requiera una aceptación.⁵⁷

En la literatura francesa, Hauriou subraya que el acto administrativo es “una decisión adoptada en vista de producir un efecto jurídico”, decisión que identifica como una declaración de voluntad, en diálogo con el Código civil alemán.⁵⁸

De esta orientación quedará en un amplio sector de la doctrina científica la concepción del acto administrativo como declaración de voluntad, sin más de la Administración (que produce efectos jurídicos subjetivos)⁵⁹ o se añade de deseo, de conocimiento o de juicio (realizada por un sujeto de la Administración pública en el ejercicio de una potestad administrativa) (ZANOBINI)⁶⁰ que en España acepta en sus propios términos Garrido Falla⁶¹ y García de Enterría, éste con la adición al final “distinta de la potestad reglamentaria”.⁶²

6 La dispersión doctrinal

Las concepciones — e incluso definiciones — sobre el acto administrativo son muy diversas. No es cuestión de realizar una enumeración,

⁵⁵ Instituciones de Derecho administrativo alemán; trad. de S. Álvarez Gendín, Labor, Barcelona, 1933. Se sigue manteniendo por WOLFF, Verwaltungsrecht. En España, ad exemplum, J. A. GARCÍA TREVIJANO, Los actos administrativos, Civitas, 1986, p. 68 y ss.

⁵⁶ Crítica de Walter JELLINEK y FORSTHOFF, en A. GALEGO ANABITARTE, Acto... p. 41-42.

⁵⁷ Cfr. J. L. MEILÁN GIL, La estructura p. 144-145.

⁵⁸ Cfr. Maurice HAURIUO, “La declaración de voluntad en el Derecho administrativo francés”, Obra escogida. Instituto de Estudios administrativos, Madrid, 1976, p. 211 y ss.

⁵⁹ E. SAYAGUÉS LASO, Tratado de Derecho administrativo, I, Montevideo, 1953, p. 388. En análogo dirección J. M^a BOQUERA OLIVER, Estudios sobre el acto administrativo, 4^a ed., Civitas, Madrid, 1986, p. 70, que en esa altura entiende que para la jurisprudencia el acto administrativo es declaración de voluntad singular o general de una Administración pública o un delegado suyo, con la que ejercita poder público administrativo.

⁶⁰ Guido ZANOBINI, Corso di diritto amministrativo, 8^a ed., Milán, 1958, V. V Principi generali.

⁶¹ Tratado de Derecho administrativo, I, 13^a ed., Tecnos, Madrid, 2002, p. 547.

⁶² Curso de Derecho administrativo, 6^a ed., Civitas, Madrid, 1993, p. 520.

aunque fuese sucinta. Las divergencias derivan con frecuencia de la perspectiva desde la que se entiende el Derecho administrativo. En una síntesis convencional podría admitirse que desde un concepto más bien reducido en el origen se produce posteriormente una auténtica inflación, que invita a un ensayo de reconducción a lo que se estima que serían los elementos de una categoría jurídica autónoma y diferenciada.

Dos muestras serán suficientes para comprobar la ampliación del concepto de acto administrativo. El profesor Ballbé,⁶³ abierto a las aportaciones italianas, es una referencia, en los años cincuenta del pasado siglo. Referirse al acto administrativo, en singular, como una actividad particularmente solemne de la Administración es confundir — decía — lo que merece ser el acto con lo que en realidad es, tomando la parte por el todo. El acto administrativo es “cualquier acción, toda conducta, comportamiento o manifestación anímica de la Administración regida por el Derecho público” y el adjetivo anímico comprende cualquier manifestación de voluntad, deseo, conocimiento o juicio. Actos administrativos serán los de consejo o informe, también los materiales o de ejecución. El acto administrativo no es sólo un mandato, un mandar, es también un realizar. Para precisar, de todos modos, que esa manifestación es unilateral, de los órganos del Estado en el ejercicio de función administrativa sujeta al Derecho público.⁶⁴

La apoteosis de la ampliación del concepto podría decirse que se produce en Guaita.⁶⁵ Acto administrativo es acto sujeto al Derecho administrativo, aunque no lo haya dictado la Administración, sea un reglamento, sean unilaterales, bilaterales o contratos, declaren una voluntad eficaz, una resolución (negocios jurídicos) declaren o manifiesten un deseo, un conocimiento o ciencia, un juicio (actos no negociables), sean externos o internos, declarativos o de ejecución material.

7 Ensayo de reconducción de los elementos esenciales de la categoría jurídica

Hasta qué punto esa pluralidad de actos puede reconducirse a un singular que sea expresión de una categoría jurídica. Estas nacen en un momento determinado al servicio de intereses determinables en un contexto también específico. Aunque susceptibles de profundización y de adaptación a nuevos escenarios han de conservar lo esencial para que no sean desvirtuadas. Por

⁶³ Cfr. M. BALLBÉ, “Actos administrativos” Nueva Enciclopedia jurídica, t. II. Barcelona, 1950.

⁶⁴ Por un concepto amplio de ese tipo se decanta J. A. GARCÍA TREVIJANO, *Los actos administrativos*, Civitas, Madrid, 1986, p. 95-99.

⁶⁵ Aurelio GUAITA, “El concepto de acto administrativo”, REDA, 7 (1975, p. 549).

eso se ha prestado atención al origen histórico del acto administrativo, una construcción artificial deudora de intereses acusados. Se tratará, por tanto, de ver hasta qué punto los datos de origen siguen siendo válidos para identificar la categoría y qué otros aportados con posterioridad contribuyen al mismo fin.

7.1 La potestad administrativa

En el comienzo el acto administrativo implica ejercicio de un poder — de la Administración — fiscalizable por una jurisdicción especial. Esta circunstancia procesal es determinante. El ejercicio del poder implica una imposición que se identificará como unilateral.

Esa circunstancia permite considerar el acto administrativo desde el Derecho del mismo nombre, sin acudir a préstamos del Derecho civil. El acto administrativo es resultado del ejercicio de un poder, o si se prefiere de una potestad, reconocida por el Derecho, una potestad administrativa, inicialmente reconocida a la Administración Pública. No es necesario acudir a la declaración de voluntad.⁶⁶ Aplicada al acto administrativo es una “metáfora”, significa un inadecuado antropomorfismo. Yendo al fondo, voluntad y potestad juegan en ámbitos diferentes. La primera opera fundamentalmente en el Derecho privado que es el dominio de la autonomía de la voluntad. La segunda, en el del principio de legalidad.

La diferencia se aprecia de un modo rápido si se examinan los vicios jurídicos de una y otra. No es, en el caso de la potestad, la vis, el metus, el dolo — aunque alguna repercusión puede tener en el titular de la competencia —⁶⁷ sino la incompetencia, el contenido imposible o ilícito, ausencia del procedimiento legalmente establecido, infracción del ordenamiento jurídico, incluida la desviación de poder.⁶⁸ Este último vicio es paradigmático. Lo decisivo no es la voluntad del titular que dicta el acto, sino “el ejercicio de potestades administrativas” para fines distintos de los fijados por el ordenamiento jurídico.⁶⁹ La desviación de poder no equivale a abuso de Derecho, ni por el origen, ni por sus efectos; ni discrecionalidad se indentifica con autonomía de la voluntad. Esta supone para el particular libertad de elegir la actuación que estime conveniente, sin más limitación que lo que esté prohibido. La discrecionalidad es simplemente ausencia de determinación en la norma de los presupuestos de ejercicio de la potestad. Un silencio consciente para que

⁶⁶ En ese sentido, J. L. VILLAR PALASÍ, en *Apuntes de Derecho administrativo* (1966-1967).

⁶⁷ Para no interrumpir el hilo de la argumentación no se analiza el error o la violencia en relación con el recurso extraordinario de revisión contra actos firmes en vía administrativa, (art. 118 de LRJAPAC).

⁶⁸ Cfr. artículos 62 y 63 de la Ley 30/1992 de ley de Régimen jurídico de las Administraciones públicas y del procedimiento administrativo común que se refieren a la nulidad y anulabilidad de los actos de las Administraciones Públicas.

⁶⁹ Artículo 70 de la Ley 29/1998 reguladora de la Jurisdicción contencioso-administrativa.

la Administración elija, en una decisión, lo que es lo justo y apropiado en un caso al interés general que debe servir. Su límite no es lo no prohibido, sino lo permitido, más aún lo ordenado, — vinculación de la potestad a su fin — aunque esto último no esté expresamente determinado en la norma.

Al subrayar la importancia de la potestad administrativa se permite reconocer la existencia de auténticos actos administrativos en aquellos órganos del Estado, distintos de la Administración, cuando desarrollan funciones que no son las que caracterizan su inserción constitucional, o por entes a quienes el ordenamiento jurídico atribuye funciones sustancial o materialmente administrativas y que hacen posible la revisión de los actos por la jurisdicción contencioso-administrativa.⁷⁰ Y, por supuesto, los actos de particulares en cuanto sean titulares de potestades administrativas reconocidas por el ordenamiento jurídico, como ocurre en concesionarios de servicios públicos.

7.2 Incidencia directa en situaciones jurídicas

La amplitud antes señalada con que se ha caracterizado el acto administrativo en la doctrina ha propiciado un movimiento de reducción de aquella.⁷¹ En Italia, y el dato es significativo, un sector ha distinguido dentro de los actos de la Administración, los provvedimenti amministrativi y los actos administrativos instrumentales. Aquellos serán los actos administrativos “por excelencia o en sentido propio.”⁷² Si todos los actos de la Administración tienen como finalidad la realización de un interés público concreto (Alessi) o son expresión actual de la autoridad (Giannini) los provvedimenti realizan ese interés público de una manera inmediata, en tanto que los instrumentales los realizan de modo mediato. Se vuelve a reprimir la comparación de los provvedimenti con las sentencias. Así como la sentencia no es el único acto del juicio,⁷³ lo mismo ocurre con el provvedimento, que va precedido y seguido de actos instrumentales. Dicho con palabras de Giannini, los provvedimenti actúan el “momento” de la autoridad, suprimen o comprimen la libertad de algunos particulares, determinan en un caso concreto las relaciones de autoridad-libertad.

La distinción expuesta viene a subrayar la importancia del procedimiento administrativo.⁷⁴ El iter de ese provvedimento — en la tradición

⁷⁰ En España, Congreso y Senado, Consejo general del Poder Judicial, Tribunal Constitucional, Tribunal de Cuentas, Defensor del Pueblo..., actos en materia de personal, administración y gestión patrimonial sujetos al Derecho público. Cfr. artículo 1,2 de la Ley 29/1998.

⁷¹ Por una noción restringida del acto administrativo, que comparto, en la doctrina española, VILLAR PALASÍ, GALLEGO ANABITARTE, BOCANEGRA SIERRA, muy marcado por una orientación alemana.

⁷² Cfr. M. S. GIANNINI, *Atto...* p. 163-165.

⁷³ No es el proceso, sino la sentencia lo que constituye el acto judicial, dirá A. MERKL, *Teoría General del Derecho administrativo*, Comares, Granada, 2004, p. 225.

⁷⁴ Cfr. artículo 107 de la LRJAPAC.

española, la resolución — viene precedido por unos actos — de trámite — y seguidos por actos de ejecución.⁷⁵ Unos y otros tienen como referencia el acto administrativo, que produce como efecto incidir en una situación jurídica. Esto último es lo que lo diferencia de los otros. La distinción sería equivalente a la expuesta por Otto Mayer entre negociales y no negociales. La resolución — el acto administrativo — ha de producirse de acuerdo con el procedimiento debido. En ese sentido, el iter del ejercicio de la potestad es diferente al de la voluntad.

Los actos instrumentales — de trámite — están vinculados a la resolución, a cuya validez contribuyen. Sin resolución — acto definitivo —, que le sirva de fundamento jurídico, no podrá llevarse a cabo ningún acto de ejecución material. Es lógico que los actos de trámite puedan ser objeto de recurso administrativo como las resoluciones cuando de algún modo las sustituyen o las impiden.⁷⁶ Por eso, se comprende que se haya negado en la tradición española⁷⁷ que los consejos y dictámenes de las corporaciones administrativas sean actos administrativos. Se reserva esta calificación para los actos que tengan “la fuerza de ejecutivos y obligatorios, sin otro trámite”. La ley de lo contencioso de 1888-94 reconocía a las resoluciones administrativas como el objeto del proceso administrativo.

Los efectos del acto administrativo, su modo de manifestarse y su incidencia son fundamentales para su configuración. Son parte esencial de la explicación del origen del acto administrativo. Como declaración jurídica resulta obvia su diferencia con un hecho, aunque de éste se deriven efectos jurídicos de acuerdo con el Derecho administrativo, como puede ocurrir con el mero transcurso del tiempo o como causa de responsabilidad.

El acto administrativo, desde esa misma perspectiva, también difiere de la sentencia. Aquél es una imposición unilateral, aunque sometida al Derecho, que incide primaria y originariamente en una situación jurídica de un tercero. La sentencia — en el contencioso-administrativo — incide secundariamente al revisar el acto o con motivo de un acto. La sentencia procede de un órgano judicial independiente. La resolución de un recurso administrativo es un acto administrativo que procede del mismo órgano que dictó la resolución recurrida (recurso de reposición) o de otro con el que está relacionado jerárquicamente.⁷⁸

⁷⁵ En el mismo sentido, G. VEDEL-P.DEVOLVÉ, *Droit administratif*, 11ª ed., PUF, 1990, p. 254-257.

⁷⁶ Artículo 107,1 de la LRJAPAC.

⁷⁷ En la vieja Enciclopedia jurídica Seix.

⁷⁸ Como se expuso anteriormente a estos actos algún autor los denomina jurisdiccionales. Lo son en cuanto resuelven un recurso, pero entiendo que ello no cambia la naturaleza del acto administrativo. Tampoco entiendo que sea necesario distinguir en el acto administrativo, esencialmente unilateral, los que sean decisiones “executoires” y los que no se consideren como tales porque no modifican la situación, al desestimarse un recurso administrativo (VEDEL, *op. cit.*, p. 246-247). Se trata de un acto administrativo confirmatorio de otro, que evita la alteración de la situación reconocida.

De acuerdo con lo expuesto, el acto administrativo puede ser entendido como una declaración jurídica — de derechos y obligaciones — que incide en situaciones jurídicas concretas, reconociéndolas, creándolas, modificándolas o extinguiéndolas. Declaración que es resultado del ejercicio de una potestad administrativa.⁷⁹ Por esa incidencia se distinguiría de actos de trámite y de ejecución insertos o ligados a un procedimiento. Por la unilateralidad se distinguiría del contrato, en el que es esencial la bilateralidad, aunque la Administración conserve prerrogativas en la concepción tradicional del contrato y puedan separarse actos de preparación del contrato, precisamente por los efectos que producen.⁸⁰

Esta aproximación se corresponde con el origen del acto administrativo y la tradición francesa ligada a la *décision exécutoire*, a la orientación italiana del *provvedimento*, a la concepción mayeriana recogida en la vigente ley alemana⁸¹ y a la tradición española y el Derecho positivo.⁸²

7.3 Acto administrativo y jurisdicción contencioso-administrativa

La aparición del acto administrativo, como categoría jurídica, en el mundo del Derecho está ligada a la creación de una jurisdicción especial, distinta de la ordinaria, por los intereses políticos expuestos, para consolidar el nuevo orden político surgido de la Revolución y que sería confirmado, en este aspecto, después de la Restauración monárquica y en las etapas siguientes. Se alumbrará la diferencia entre recurso de anulación y de plena jurisdicción, en un encomiable esfuerzo del *Conseil d'Etat* por hacer más efectivo el control del poder acumulado en la Administración de que el propio Consejo es testimonio desde su mismo nacimiento. Por eso, resulta significativo que el limitado recurso de anulación se denomine por "exceso de poder". La ligazón del acto administrativo a lo contencioso-administrativo se mantiene.⁸³

⁷⁹ En la misma dirección R. FERNÁNDEZ DE VELASCO, *El acto administrativo*, Madrid, 1929, p. 15 y ss. Acto administrativo es "toda la declaración jurídica unilateral y ejecutiva en virtud de la cual la Administración tiende a crear, reconocer, modificar o extinguir situaciones jurídicas subjetivas".

⁸⁰ Cfr. J. L. MEILÁN GIL, *Estructura ...* p. 131-151.

⁸¹ El artículo 35 de la *Verwaltungsverfahrensgesetz* (ley de procedimiento administrativo) define el acto administrativo como toda disposición, decisión u otro medida de poder adoptada por una autoridad para el régimen de un caso particular en el ámbito del Derecho público, con efectos jurídicos directos al exterior, se sobreentiende de la Administración pública a cuya organización pertenece la autoridad que ejerce una potestad.

R. BOCANEGRA, *Lecciones...* p. 33 y ss pone el acento en la regulación — *regelung* — que no se utiliza aquí para evitar los equívocos que pudieran derivarse de la regulación económica ahora de actualidad.

⁸² Un espiguelo. El Título V de la LRJAPAC se refiere a disposiciones y actos administrativos. La denominación no es unitaria. Su capítulo II habla de los requisitos de los actos administrativos. En el III de los actos de las Administraciones Públicas sujetos al Derecho administrativo al referirse a la ejecutividad y a la eficacia (artículos 56 y 57). Al tratar de la notificación se habla de resoluciones y actos administrativos que afecten a sus derechos y e intereses (artículo 58). Al tratar actos de la nulidad y anulabilidad se habla de actos de la Administración pública.

El objeto de los recursos administrativos son las resoluciones — actos definitivos en el artículo 25 de la LJCA — y los actos de trámite, si estos últimos deciden directa o indirectamente el fondo del asunto ... (artículo 107 de LRJAPAC). Acto administrativo como decisión con efectos en derechos o intereses de terceros.

⁸³ En ese sentido se afirma que los actos administrativos unilaterales "font grief". Cfr. G. VEDEL-P. DEVOLVÉ, *Droit...* p. 240-242. Esa ligazón se observa en el Derecho comunitario. Según el artículo 230 del Tratado, versión consolidada, el Tribunal de justicia controlará la legalidad de los actos...

El Derecho español, como tantos otros, ha operado en esta órbita aunque la ley de 1956,⁸⁴ con una lúcida exposición de motivos no admitió las dos clases de recursos citados liberándose de un corsé que no respondía a la tradición y hace más difícil y restrictivo el control de la Administración y el reconocimiento de los derechos del ciudadano. Pese a afirmaciones de aquella exposición, el contencioso-administrativo sigue considerándose como una "jurisdicción" revisora del acto, aunque la revisión no implique un automatismo cerrado. Por eso se mantiene el término de "recurso" ligado al acto previo (préalable) por respeto a la tradición, aunque reconoce "las fundadas objeciones de que ha sido objeto" y, en ocasiones, utiliza alternativamente el de "acción". En definitiva, el contencioso administrativo se configuró como "un proceso al acto". En ello encuentra explicación la fabricación artificial del acto, cuando éste no es expreso, apelando al régimen del silencio, y por eso se dice que la procedencia de la acción contencioso-administrativa "esencialmente" es que el "acto no sea conforme a Derecho".

Es cierto que en la propia ley se apuntó un cambio que ha sido interpretado por la jurisprudencia y permitiría un nuevo enfoque a partir de la Constitución de 1978. En ese sentido la exposición de motivos dejó dicho con claridad que ante la jurisdicción contencioso-administrativa "se sigue un auténtico juicio o proceso entre partes" que "tiene por objeto específico el conocimiento de las pretensiones que se deduzcan en relación con los actos de la Administración pública sujetos al Derecho administrativo" (art. 1º). El acto administrativo, se reconocerá en vía jurisprudencial, no es el objeto del proceso, sino sólo su presupuesto.

El acto administrativo empieza a dejar de ser el monopolio de lo contencioso-administrativo. Además de la nulidad del acto, el accionante podría ya entonces pretender "además" el reconocimiento de una situación jurídica individualizada y la adopción de medidas para su restablecimiento (art. 42). La jurisdicción, podría decirse, operaba con ocasión de un acto administrativo. La pretensión pasaba a tener prevalencia sobre el acto.⁸⁵

La relación entre acto administrativo y jurisdicción contencioso-administrativa fue fundamental para la configuración jurídica de aquel. En el estadio actual, que se incoa en la interpretación antes expuesta, el contencioso-administrativo no se ciñe ya exclusivamente al acto administrativo. Este no tiene que construirse al modo procesal,⁸⁶ como

⁸⁴ Cfr. J. L. MEILÁN GIL, Prólogo al libro de Marta GARCÍA PÉREZ, *El objeto del proceso contencioso-administrativo*, Aranzadi, 1999.

⁸⁵ Cfr. J. L. MEILÁN GIL, "El objeto del contencioso-administrativo", en *El proceso contencioso-administrativo*, Escola galega de Administración Pública, Santiago de Compostela, 1994, p. 19-38.

⁸⁶ Sobre esto cfr. R. BOCANEGRA, *Lecciones ...* p. 31, aunque me parece excesiva la afirmación de que "la configuración institucional de los actos administrativos pasa inexcusablemente por su desgajamiento del acceso al contencioso".

el acto susceptible de ser revisado por una jurisdicción especial. El acto administrativo, incluso en el momento histórico de su alumbramiento, existía aunque no fuese recurrido judicialmente. Atribuía, reconocía o limitaba o imponía derechos y obligaciones. Precisamente, por esto podía suscitarse una controversia ante la nueva jurisdicción contenciosa. La accesibilidad al contencioso revela la naturaleza jurídica del acto administrativo.

7.4 Acto administrativo, actuación administrativa y derechos fundamentales

La Constitución de 1978 ha permitido dar un paso importante para que el contencioso-administrativo español haya dejado de estar vinculado exclusivamente al acto administrativo. Según el artículo 103, clave en la nueva orientación, la “Administración pública sirve con objetividad los intereses generales... con sometimiento pleno a la ley y al Derecho”. El artículo 106 declara que “los tribunales controlan la potestad reglamentaria y la legalidad de la actuación administrativa”.⁸⁷

De la intencionalidad de esa nueva redacción puedo dar una interpretación cuasiauténtica por haber intervenido en su redacción como constituyente. La posición de la Administración como servidora orienta a considerar sus potestades, no como privilegios, sino vinculadas al fin que será concreción del interés general. El sometimiento del Derecho — de influencia de la ley fundamental de Bonn — supone superar estrictos límites de la ley dando cabida a los principios generales del derecho con toda naturalidad, alguno de ellos incorporados a la Constitución (artículo 9), que son el “oxígeno que respiran las normas”.⁸⁸

La “actuación” permite incorporar como objeto del contencioso-administrativo “todas las actuaciones — de la Administración — que realiza en su condición de poder público”. Se conocerán en ese orden jurisdiccional “las pretensiones que se deduzcan en relación con la actuación de las Administraciones públicas sujeta al derecho administrativo ...”.⁸⁹ La actuación comprende “inactividades u omisiones”, la actividad prestacional, las actividades negociales de todo tipo, las actuaciones materiales. La actuación equivaldría a un “comportamiento”.

⁸⁷ Cfr. J. L. MEILÁN GIL, “La Administración pública a partir de la Constitución de 1978”, en *Revista española de Derecho constitucional*, 47 (1996) p. 55 y ss. También “La Administración Pública: naturaleza jurídica”, en *Administraciones Públicas y Constitución*, INAP, Madrid, 1998, p. 497 y ss.

⁸⁸ STS de 19 de mayo de 1990. Cfr. J. L. MEILÁN GIL, “Los principios generales del Derecho desde la perspectiva del Derecho público en España”, *Actas del VII Foro Iberoamericano de Derecho administrativo*, Valladolid, 2008, p. 409 y ss.

⁸⁹ Artículo 1 LJCA 29/1998 de 13 de julio, además de actos — y disposiciones — de otros órganos constitucionales o previstos en la Constitución; según expuso anteriormente con carácter general al hablar de la potestad administrativa.

No es del caso examinar lo andado y lo que quede por andar en un trayecto que supone la disminución del protagonismo del acto administrativo a favor de la pretensión, desde la perspectiva procesal, y su acercamiento al sistema anglosajón. El cambio está señalado.

A la disminución de ese protagonismo ha contribuido decisivamente la emergencia de los derechos fundamentales⁹⁰ con la Constitución y singularmente el derecho a la tutela judicial efectiva (artículo 24 de la CE), como confirma consolidada jurisprudencia. En ese sentido es paradigmática la actual regulación de las medidas cautelares, anteriormente circunscritas a la suspensión de ejecución del acto administrativo,⁹¹ como una medida excepcional.

7.5 Algunas consecuencias prácticas

Desde esa aproximación cobra importancia determinar el momento en que se produce la declaración de derechos y obligaciones que afecta a la Administración y al particular. Hasta tanto que esa declaración no se produce el acto es inimpugnable. Por eso, muy acertadamente la jurisprudencia reiteradamente declara que no es “finalidad del recurso dictar resoluciones para prevenir o evitar agravios futuros o corregir anticipadamente defectos probables, sino meramente la de restaurar por revocación o anulación los agravios o perturbaciones originados a tales derechos por actos de la Administración.”⁹² En ese caso el recurso es extemporáneo.

Tomando como punto de partida la declaración jurídica en el sentido que ha venido exponiéndose se da respuesta a la ejecutividad del acto, de la que se ha discutido si es o no una característica o nota esencial. Sólo será ejecutivo el acto administrativo, porque sólo él declara derechos y obligaciones. Por esa razón no tendría sentido hablar de la fuerza ejecutiva de un acto de trámite, de un informe o de un certificado.

Lo reiteradamente sostenido proyecta claridad sobre la teoría de los actos consentidos. Sólo pueden consentirse los actos administrativos en tanto declaraciones de derechos y obligaciones. No serían consentibles los actos que son “satélites” de ellas, como los actos de ejecución. La declaración jurídica constituirá el canon de la conformidad o no a Derecho de éstos.

⁹⁰ La prevalencia reconocida en los artículos 9 y 53 de la CE tiene un precedente en la ley para la reforma política en cuyo proyecto de ley se introdujo como enmienda mía: “los derechos fundamentales son inviolables y vinculan a todos los órganos del Estado”. Sobre ella, que se juzga “de gran trascendencia”, cfr. Pilar y Alfonso FERNÁNDEZ-MIRANDA, *Lo que el Rey me ha pedido*, Barcelona, 1995, p. 261. J. GONZÁLEZ PÉREZ “Prologo” al libro de A. FERNÁNDEZ CARBALLAL, *El urbanismo finalista*, Civitas, UDC, Madrid, 2002, p. 16 con citas de GONZÁLEZ NAVARRO Y HERNÁNDEZ GIL.

⁹¹ “Los interesados podrán solicitar en cualquier estado del proceso la adopción de cuantas medidas aseguren la efectividad de la sentencia” (artículo 129 de la LJCA 29/1998). Con anterioridad a esa ley cfr. J. L. MEILAN GIL, “La suspensión jurisdiccional de los actos administrativos desde la constitucionalización de los derechos fundamentales”, *Perspectivas constitucionais. Nos 20 anos da Constituição de 1976*, JORGE MIRANDA (Org.), Coimbra Ed., 1997, p. 149-180.

⁹² STS 12 de junio de 1965.

7.6 El acto administrativo como concreción de la norma

Desde un punto de vista dogmático, el acto administrativo responde a la necesidad de concretar la norma a uno de los supuestos de hecho previstos por ella ya que, como observó Aristóteles, la Ley no puede cubrir la infinitud de los supuestos singulares. A la norma se anudan los derechos y obligaciones de cada cual; ésta es su primordial función técnico-jurídica. A veces esos derechos y obligaciones se anudan a la norma directamente.⁹³ Pero eso ocurre raramente en el ámbito del Derecho administrativo, y ésta es una de sus peculiaridades. La jerarquía de las normas se alarga, a veces extraordinariamente, en un proceso de concreción. Entre la norma y sus destinatarios se interpone la Administración, provenga aquélla del legislador o de ella misma. Es una peculiaridad del Derecho administrativo. Sucede, además, que en muchas ocasiones la regulación del supuesto de hecho no se hace de golpe, sino mediante una gradación sucesiva de normas ordenadas según un criterio de mayor concreción.⁹⁴

La creación de derechos y deberes en los particulares por su conexión directa a la norma es posible sólo cuando se opera sobre un objeto uniforme o inalterable, cuando se pretende conductas uniformes en todos los destinatarios de las normas, sin que haya necesidad de concretar el cuándo o el cómo. Pero lo normal es que los derechos y deberes, que encuentran su fundamento en una norma, exijan una concreción de ésta, “una modalización singular” respecto a circunstancias singulares: respecto del sujeto o respecto del propio contenido del acto. Lo peculiar del Derecho administrativo es que esa labor no se realiza exclusivamente por la vía de interpretación de unos Tribunales; la misma norma encarga a la Administración la tarea de concretarla a cada supuesto singular, de modalizar en cada caso los derechos y deberes que la norma genéricamente otorga o impone.

La función fundamental del acto consiste en ser la última fase en la concreción de los derechos y deberes que se engarzan en una norma, con capacidad por tanto de modalizarla, de adaptarla a las situaciones singulares y tanto cuando se actúa su ejercicio de potestades regladas como, y con mayor razón, si se actúa en el ejercicio de potestades discrecionales.⁹⁵ Esta es la misión del acto administrativo: operar la máxima concreción de la norma, que es su aplicación singular.

⁹³ Sin necesidad de un previo acto de requerimiento o sujeción individual, por utilizar la expresión del artículo 39 de la LJCA de 1956, o cuando no se precisa de actos de aplicación, según el artículo 29 de la Ley de 1988.

⁹⁴ Cfr. J. L. MEILAN GIL, *La distinción entre norma y acto administrativo*, Escuela Nacional de Administración Pública, Madrid, 1967, p. 45-46. Renato ALESSI, *Principi di diritto amministrativo*, Milán, 1966, p. 9, habla de normas incompletas que necesitan ser completadas en un proceso de integración estructural.

⁹⁵ Un ejemplo, entre muchos en materia de urbanismo: plan general de ordenación urbana, plan particular, licencia.

Desde esta perspectiva no serían actos administrativos, en tanto no conllevan una declaración jurídica con los efectos indicados con anterioridad, los actos instrumentales o de procedimiento. Ayudan a la concreción de la norma. Son hitos, a veces indispensables, para la declaración que contiene el acto administrativo como resolución o acto definitivo que pone fin al procedimiento. Cuando esos actos instrumentales impiden ese final previsto — la declaración jurídica — se sitúan en la misión que corresponde al acto administrativo, determinan la declaración por vía negativa y por eso son recurribles.⁹⁶

La posición que aquí se sostiene implica una distinción entre lo que es propiamente una norma y lo que es un acto, aunque ambos sean resultado del ejercicio de una potestad administrativa, incluso por un mismo titular. La cuestión es que no es raro, sin embargo, en sectores de la doctrina científica calificar de actos, con diferentes efectos jurídicos a ese par de conceptos, normalmente por su consideración desde una teoría general del Derecho.⁹⁷

No parece cuestionable que la Constitución o la ley aprobada por un Parlamento sean normas jurídicas.⁹⁸ La cuestión antes citada se plantea en relación con las normas administrativas, típicamente los reglamentos, así denominados y demás disposiciones administrativas que proceden de órganos o entes administrativos diferentes.⁹⁹

La diferencia entre norma y acto, como categorías jurídicas diferentes se plantea en ordenamientos jurídicos, como el estadounidense, que no operan con el acto administrativo, lo que proporciona un indicio de que la distinción puede obedecer a que manifiestan categorías jurídicas.¹⁰⁰

Esa potencialidad de innovar el ordenamiento es nota decisiva para distinguir el reglamento — y disposiciones administrativas — y el acto administrativo. No son adecuadas las dos acepciones de fuentes del derecho

⁹⁶ Artículo 25 de la LJCA española.

⁹⁷ Vid. Supra.

⁹⁸ En el caso español, el artículo 9,1 de la Constitución de 1978 habla de que “los poderes públicos están sujetos a la Constitución y al resto del ordenamiento jurídico”.

⁹⁹ Cfr. J. L. MEILÁN GIL, “El poder normativo: a propósito de ley y reglamento en el Derecho español” en Estudios jurídicos en homenaje al Prof. Mariano R. Brito, FCU, Montevideo en especial p. 785-792.

¹⁰⁰ The Administrative Procedure Act contiene definiciones que reflejan una distinción equivalente de normas y actos: “rule” means the whole or a part of an agency statement of general or particular applicability and future effect designed to implement, interpret, or prescribe law; “rule making” means agency process for formulating, amending, or repealing a rule; “order” means the whole or a part of a final disposition, whether affirmative, negative, injunctive, or declaratory in form, of an agency in a matter other than rule making but including licensing; “adjudication” means agency process for the formulation of an order; “license” includes the whole or a part of an agency permit, certificate, approval, registration, charter, membership, statutory exemption or other form of permission; “licensing” includes agency process respecting the grant, renewal, denial, revocation, suspension, annulment, withdrawal, limitation, amendment, modification, or conditioning of a license.

Las agencias reguladoras, en el peculiar Derecho estadounidense, se ocupan principalmente de “rule making” y “adjudication”. En concreto, como se ha subrayado en relación con las agencias administrativas sus “adjudicative functions” son de particular importancia porque “through adjudication general rules are given concrete application in individual cases”. Cfr. Peter VOLL, *Administrative Law, The informal process*, University of California Press, p. 2.

a las que se aludió anteriormente, ni por lo que se refiere al poder de donde “mana” el Derecho, ni por el modo o forma en que se manifiesta. Un mismo órgano puede producir un reglamento — para regular determinados aspectos de los funcionarios públicos — o un acto — el nombramiento de un funcionario. Una y otra pueden aparecer bajo la misma forma. Por Decreto puede aprobarse el reglamento y realizarse un nombramiento.

Para distinguir disposiciones reglamentarias y acto administrativo se ha defendido el criterio ordinalista como clave, entendido como la integración o no en el ordenamiento jurídico. En la utilización de ordenamiento jurídico en lugar de Derecho, que serían equivalentes al hablar de fuentes,¹⁰¹ tiene que ver la perspectiva iusadministrativista, ampliadora de la original civilista, que reconoce, además de la ley, disposiciones que proceden del poder ejecutivo, con naturaleza también normativa.¹⁰² El fondo de la cuestión estribará, por tanto, en discernir si los actos administrativos se integran, como los reglamentos y otras disposiciones administrativas de análoga naturaleza, en el ordenamiento jurídico.

Esa integración se manifestaría indiciariamente por la no consunción de la norma reglamentaria frente a la consunción del acto administrativo.¹⁰³ El por qué de la integración y el fenómeno de la no consunción encuentran su explicación y tienen fundamento en el carácter innovador o no de la norma o del acto.¹⁰⁴

La innovación, ese algo nuevo que se introduce, consiste, o bien en una creación radical (por ejemplo, el resultado del ejercicio de la potestad organizatoria), o bien en un desarrollo con o sin derogación de normas anteriores. La finalidad objetiva de la norma de integrarse en el ordenamiento jurídico se explica por su fuerza de innovar. Esto es lo definitivo.

La no consunción de la norma significa la posibilidad de que sea revivida posteriormente de una manera explícita o implícita. Justamente lo contrario es lo que sucede a un acto: ceñido a un supuesto de hecho concreto, a él va ligado y con él muere: el mismo acto no puede volver a utilizarse para otro supuesto de hecho diferente.

¹⁰¹ El artículo 1 del título preliminar del Código civil español reformado en 1973-74 habla de “las fuentes del ordenamiento jurídico español”.

¹⁰² Cfr. sobre la aportación de la perspectiva iusadministrativista, Cfr. J. L. MEILÁN GIL, *Los principios generales del Derecho desde la perspectiva del Derecho público en España*, Actas del VII Foro Iberoamericano de Derecho administrativo, Junta de Castilla y León, 2008, p. 409 y ss. y la versión inicial del presente trabajo, A. VIII Foro, p. 389-392.

¹⁰³ Cfr. E. GARCÍA DE ENTERRÍA, inicialmente en “Recurso contencioso directo contra disposiciones reglamentarias y recurso previo de reposición” RAP, 29(1959) p. 101 y ss. ha sido matizada en *Curso de Derecho administrativo*, I, 6ª ed., Civitas, 1993, p. 173-176 aceptando la innovación.

¹⁰⁴ J. L. MEILÁN GIL, *La distinción entre norma y acto administrativo*, Escuela Nacional de Administración Pública, Madrid, 1967.

Pues bien, esta posibilidad de reviviscencia de la norma frente al definitivo encadenamiento del acto a su supuesto de hecho concreto se explica porque la norma ha introducido alguna novedad objetiva, independientemente del supuesto de hecho determinado que haya sido su occasio.¹⁰⁵ La reviviscencia de la norma, la liberación del supuesto de hecho que ha sido su soporte — la occasio normativa — sólo es posible por su carácter de innovación. Las bases aprobadas para regular un concurso concreto pueden ser utilizadas para otro. La adjudicación realizada al resolver el concurso termina definitivamente su función, no puede extenderse a otro destinatario; se precisa la convocatoria — acto — de un nuevo concurso, que puede utilizar las mismas bases.

En la versión anterior se reconocía, siguiendo la orientación de mi maestro Villar Palasí, que la innovación podía consistir en un “empobrecimiento” del ordenamiento jurídico, de lo que era muestra la derogación. Creo, sin embargo, que la afirmación debe ser rectificada. En primer término, porque lo definitivo de la innovación es que algo se incorpora al ordenamiento. El enriquecimiento o el empobrecimiento referido al ordenamiento es una apreciación axiológica de carácter extrajurídico. En segundo término, porque la derogación de una norma que sea la única misión del “producto” jurídico emanado del titular competente para dictar reglamentos u otras disposiciones administrativas no integra lo derogado en el ordenamiento, simplemente lo hace desaparecer, precisamente por la potestad de quien lo produce. Ese “producto” es un acto, que se encuentra ceñido al supuesto de hecho concreto, como se razonó. Otro acto podrá sencillamente hacer revivir la norma derogada, que se integrará de nuevo en el ordenamiento jurídico.¹⁰⁶

Norma y acto pueden integrarse en una misma forma jurídica. De ahí la dificultad de la distinción.¹⁰⁷ Aunque el reglamento u otra disposición administrativa puede ser expresada directamente, en ocasiones la norma puede ser “expedida” mediante un acto¹⁰⁸ y es lo que sucede cuando un texto refundido de textos legales se aprueba por un Decreto legislativo del Ejecutivo.¹⁰⁹

¹⁰⁵ Cfr. VILLAR PALASÍ, *Apuntes de Derecho Administrativo*, t. II, 1965-66, p. 122.

¹⁰⁶ El anterior razonamiento es aplicable, en el orden judicial constitucional y contencioso-administrativo, a las sentencias. La declaración de inconstitucionalidad de una ley o de una norma con fuerza de ley y todas las que según el artículo 164 de la CE española “no se limitan a la estimación subjetiva de un derecho”, o declaran la ilegalidad de un reglamento o disposición administrativa expulsan esas normas del ordenamiento jurídico.

¹⁰⁷ Sobre esa dificultad, J. L. MEILÁN GIL, *La distinción...* p. 41, en relación con el examen de la línea divisoria, la integración sucesiva de la norma, referencia a los elementos normativos desgajados. Cfr. B. SCHWARTZ, *Administrative Law*, p. 183-187 sobre hybrid Rulemaking. Cfr. Dieter VOLKMAR, *Rechtssatz und Einzelakt*, Berlín, 1962, p. 259; G. SANTANIELLO, *Gli atti amministrativi a contenuto non normativo*, Milán, 1963, p. 9, Jean-Marie RAINAUD, *La distinction de l'acte réglementaire et de l'acte individuelle*, París, 1966.

¹⁰⁸ Cfr. J. FERNÁNDEZ, *op. cit.*, A. VIII Foro, p. 514.

¹⁰⁹ Artículo 82,5 de la CE española, previa autorización de las Cortes generales.

La distinción norma-acto tiene efectos jurídicos; de ahí, la importancia práctica, no sólo teórica, de verificarla. Es una razón, como se apuntó al principio, que justifica la diferencia de las categorías jurídicas.

Sin apurar el razonamiento en relación con los ordenamientos jurídicos positivos que declaran la existencia de un mismo régimen jurídico para reglamentos y actos administrativos, la libertad de derogación de aquellos choca con la dificultad de revocación de los actos administrativos o dicho de otra manera, la estabilidad de estos, certeramente defendida,¹¹⁰ no es predecible de los reglamentos que, de acuerdo con las leyes, son manifestación del ejercicio del poder político.¹¹¹

No parece fácilmente asumible que el procedimiento de producción del Reglamento y demás disposiciones reglamentarias o administrativas y de los actos administrativos sean idénticos, como tampoco su exteriorización y con frecuencia su impugnación jurisdiccional,¹¹² lo que permite que la falta de impugnación directa de las disposiciones de carácter general no impida la impugnación de los actos en aplicación de las mismas, fundadas en que éstas no son conformes a Derecho¹¹³ y hace más amplia la legitimación para recurrir.

La distinción se reconoce con claridad en el Derecho positivo al tratar de su regulación en artículos distintos,¹¹⁴ con expreso reconocimiento del plusvalor singular de aquella.¹¹⁵ La producción de las disposiciones y actos es también diferente,¹¹⁶ y se regula separadamente la nulidad de pleno derecho.¹¹⁷ No caben recursos administrativos contra las disposiciones.¹¹⁸ El acto se reconoce como el modo ordinario de aplicación de una disposición,¹¹⁹ y se evidencia en la posibilidad de interposición de recurso contencioso-administrativo contra los actos que se produzcan en aplicación de las disposiciones.¹²⁰ Al dictar una sentencia estimatoria de un recurso contencioso contra un acto administrativo el Tribunal deberá plantear una cuestión de ilegalidad si considera ilegal el contenido de

¹¹⁰ Cfr. C. E. DELPIAZZO, Estabilidad del acto administrativo generador de derechos, A. VIII Foro, p. 753 y ss.

¹¹¹ Cfr. J. DANÓS ORDÓÑEZ, ¿Constituye el acto administrativo fuente del Derecho en el ordenamiento jurídico peruano?, A. VIII Foro, p. 615 que sostiene la misma tesis que se sustenta en el texto.

¹¹² Cfr. J. DANÓS, *Ibidem*. La notificación, adecuada para el acto administrativo, difícilmente lo es para el Reglamento. Para el Derecho estadounidense cfr. B. SCHWARTZ, *Administrative...* p. 186-196, sobre publicación de "rules" y "regulations", "Rulemaking versus Adjudication" y "Adjudication versus Rulemaking".

¹¹³ Cfr. Artículo 26 LJCA.

¹¹⁴ LRJAPAC, título V, de las disposiciones y los actos administrativos, dedicando el capítulo primero a aquella y el II a estos.

¹¹⁵ Artículo 52 de la LRJAPAC.

¹¹⁶ Para las primeras artículo 52 de la LRJAPAC y artículo 24 de la ley 50/1997 del gobierno. Para los segundos, artículos 53 a 61.

¹¹⁷ Apartados 1 y 2 del artículo 62 de la LRJAPAC.

¹¹⁸ Artículo 107,3 de la LRJAPAC.

¹¹⁹ Artículo 29,1 de la LRJAPAC.

¹²⁰ Artículo 26,1 de la LRJAPAC.

la disposición, o resolverá sobre ello si es competente. En todo caso, la resolución de la cuestión no afectará a lo resuelto en la sentencia.¹²¹

8 Conclusión

El acto administrativo es una categoría jurídica distinta de la sentencia, del contrato, del Reglamento y disposiciones administrativas.

Es manifestación o resultado del ejercicio de una potestad administrativa habilitada por el ordenamiento jurídico — nulla potestas sine lege — sea o no una Administración pública su titular.

Su finalidad es la realización singular de una norma y su contenido consiste en una declaración jurídica, de derechos y obligaciones que incide en situaciones jurídicas concretas, reconociéndolas, creándolas, modificándolas o extinguiéndolas. Por esta última nota no se identifican con otros actos de la Administración que preparan o ejecutan la declaración.

No se integra en el ordenamiento jurídico, no es fuente del Derecho, aunque sí genera derechos.

Su lugar central en el contencioso-administrativo ha sido ocupado por el derecho fundamental a la tutela judicial efectiva.

The Administrative Act as a Juridical Category

Abstract: The objective of this article is to analyze the origin of the administrative act, which is its function and to what extent it is possible to identify the core that configures it as an own juridical category of Administrative Law — *ius commune* — unfastened of the construction of Civil Law.

Key words: Administrative act. Juridical category. Administrative Law.

Recebido em: 02.09.09

Aprovado em: 19.11.09

Informação bibliográfica deste texto, conforme a NBR 6023:2002 da Associação Brasileira de Normas Técnicas (ABNT):

MEILÁN GIL, José Luis. El acto administrativo como categoría jurídica. A&C – Revista de Direito Administrativo & Constitucional, Belo Horizonte, ano 9, n. 38, p. 13-38, out./dez. 2009.

¹²¹ Artículo 27 y 126,5 de LRJAPAC y concordantes.