



**VNiVERSiDAD
D SALAMANCA**

CAMPUS OF INTERNATIONAL EXCELLENCE

DOCUMENTOS DE TRABAJO

Área Derecho Administrativo

Departamento de Derecho

Administrativo, Financiero y Procesal

Universidad de Salamanca

2022/2

SOBRE EL ACTO ADMINISTRATIVO: HISTORIA Y DOGMÁTICA EN ESPAÑA

Marcos M. Fernando Pablo
Catedrático de Derecho Administrativo
Universidad de Salamanca
macfer@usal.es

Sumario

I. INTRODUCCIÓN. II. ACTO ADMINISTRATIVO Y SEPARACIÓN DE PODERES. REVISIÓN DE ALGUNAS FUENTES: NACIMIENTO Y FUNCIÓN DE UN NUEVO TIPO DE ACTO JURÍDICO PÚBLICO. 1.- *El lenguaje y la separación de poderes: Del arrêté al acto de la administración.* 2.- *Los actos de administración, los tribunales civiles, el tribunal de casación y el Directorio: El origen de una categoría teórica.* 3.- *La afirmación de iguales principios en España: De la providencia administrativa al acto previo.* 4.- *La introducción de la terminología acto administrativo en la legislación no fue neutra.* 5.- *Primeras construcciones doctrinales en España: El acto como descripción del objeto del recurso contencioso.* **III. LEGALIDAD Y DOGMÁTICA DEL ACTO ADMINISTRATIVO: UN CONCEPTO CONSTRUIDO SOBRE LA DOCTRINA DEL NEGOCIO JURÍDICO PRIVADO Y UN ACTO DE PODER CONSTRUIDO SOBRE EL RÉGIMEN DE LA SENTENCIA.** 1.- *El acto como concepto en el derecho español: La limitada jurisprudencia inicial, la doctrina y la obra del legislador.* 2.- *Acto administrativo como acto jurídico: Relativa contención de la noción funcional del acto administrativo en la jurisprudencia.* **III. EL DERECHO A LA TUTELA JUDICIAL EFECTIVA Y LA DOCTRINA DEL ACTO ADMINISTRATIVO.** 1.- *Identificación, ampliación, distinción en el acto administrativo.* 2. *En los confines de la autotutela.* 3. *Conclusión: Crisis y reconstrucción dogmática del acto administrativo en el derecho español.*

I. INTRODUCCION

Según una muy influyente síntesis material del derecho administrativo en España, todo lo que hace la Administración Pública, en régimen de derecho administrativo, puede ser enjuiciado jurídicamente conforme a cinco grandes regímenes jurídicos: acto administrativo, reglamento, contrato, actividad técnica y actividad de coacción¹. En tal enumeración, “acto administrativo” es un régimen

¹ *Curso de Derecho Administrativo* de los profesores GARCÍA DE ENTERRIA y FERNANDEZ RODRIGUEZ, que cito por la decimonovena edición de su Volumen I, pg. 867 (Civitas-Thomson)

jurídico completo que cuenta, en España, con un tratamiento derecho positivo codificado hoy en la Ley 39/2015².

Esta simplificación oculta el papel central que aquella categoría ha desempeñado en el derecho administrativo. En la noción y régimen de acto administrativo confluyen, como destacó GIANNINI³, los elementos constitutivos del régimen administrativo: Separación de poderes, legalidad de la acción administrativa y tutela judicial frente a la Administración.

Nos proponemos utilizar esa estructura propia para ordenar la aplicación del método histórico-dogmático a la categoría “acto administrativo” tal cómo la configura el derecho español. Esas tres diferentes perspectivas aclararán as peculiaridades del acto administrativo en la tradición jurídica propia.

II. ACTO ADMINISTRATIVO Y SEPARACIÓN DE PODERES. REVISIÓN DE ALGUNAS FUENTES: NACIMIENTO Y FUNCIÓN DE UN NUEVO TIPO DE ACTO JURÍDICO PÚBLICO.

1.- El lenguaje y la separación de poderes: Del arrêté al acto de la administración.

La categoría acto administrativo se dice, tuvo su origen positivo en las Leyes revolucionarias de 16-24 de agosto de 1790 y 3 de septiembre de 1795 (la primera que utiliza la terminología acto administrativo), pues allí se establecieron materialmente las consecuencias de calificar una actuación administrativa como “acto de administración”: La incompetencia de la jurisdicción ordinaria para “inmiscuirse” o perturbar la acción administrativa, y la imposibilidad de que mediante el ejercicio de acciones ante los tribunales ordinarios, pudiera paralizar la ejecución de lo administrativamente decidido.

Reuter, Madrid 2020). El *Curso* ha sido, por décadas, la obra más influyente del derecho público español.

² Título III: “De los actos administrativos” Título V “De la revisión de los actos en vía administrativa”, art. 25 de la Ley 29/1988 de la Jurisdicción contencioso-administrativa, actividad administrativa impugnada ante la jurisdicción contencioso-administrativa: “*los actos expresos y presuntos de la administración pública que pongan fin a la vía administrativa*”.

³ GIANNINI, M.S.: *Attività amministrativa. Atto amministrativo. Contratto della Pubblica Amministrazione*, Giuffrè Milano, 1960, pags. 28 y ss.

Antes de aquellas referencias normativas, la cuestión (a la que por cierto se dio gran trascendencia), fue la de encontrar una *denominación formal* para este nuevo tipo de acto jurídico-público. El Decreto de la Asamblea Nacional de 22 de diciembre de 1789 (publicado como ley mediante *lettre patente* del Rey de enero de 1790), sobre la constitución de Asambleas Primarias y las Asambleas Administrativas, al regular las funciones de los órganos de estas nuevas estructuras, se cuidó de indicar también que “no pueden ser entorpecidos en el ejercicio de sus funciones administrativas por ningún acto del poder judicial”. La Instrucción de la Asamblea Nacional de 8 de enero de 1790 que le siguió, en el punto relativo a la extensión y naturaleza de los poderes de los cuerpos administrativos (Consejos y Directorios de Departamento y Consejos y Directorios de Distrito) fue clara⁴: “La constitución sería violada si el Poder Judicial pudiera mezclarse en las cosas administrativas y entorpecer de cualquier manera que fuera los cuerpos administrativos en el ejercicio de sus funciones... “. Un Decreto posterior de la Asamblea Nacional, de 24 de junio de 1790 (*lettre patente* de 27 de junio) establecerá, más tarde: “Ningún cuerpo administrativo podrá emplear, ni en el título ni en el dispositivo de sus deliberaciones, la expresión “*decret*”, consagrado a los actos del cuerpo legislativo. Debe emplearse el término *deliberación*”⁵

Un poco después, el Decreto de la Asamblea de 27 de marzo de 1791 indica en su art. 1: “los actos de los Directorios o Consejos de Distrito y de Departamento no podrán ser titulados ni *decret*, ni *ordonnances*, ni *reglement*, ni *proclamations* ... Llevarán el nombre de “*arrêtés*”⁶.

La discusión de este artículo muestra cómo se trataba de encontrar una denominación formal de los actos a que daba lugar el ejercicio de las funciones de aquellos órganos, a fin de que evitar una nomenclatura que pudiera “*hacer*

⁴ Instruction de l'Assemblée Nationale sur la formation d'Assemblées représentatives et des corps administratifs de 8 janvier 1790. Vid. *Lois et actes du Gouvernement*, T. I (Août 1789 à Septembre 1790). L'Imprimerie Impériale, Paris 1806, pg. 52 y ss. Se trata de una reimpresión de la muy conocida *Collections des Loi rendues depuis 1789 jusqu'au 22 du prairial an II*, de J.F. BAUDOIN. Mediante Ley de 14-16 frimaire an II (4-6 diciembre 1793) se implanta, con estatuto público el *Bulletin des Lois*.

⁵ *Ibidem*. pág. 244. La Constitución francesa del año I (1793), distinguía formalmente, por su contenido entre *Decrets* de la Asamblea (art. 55) y *Lois* (art. 55).

⁶ Vid. MADIVAL, MJ. y LAURENT, ME: *Archives Parlementaires. Recueil complete des débats legislatifs. Première serie (1787-1799)*, Tome XXIII pg. 646

creer bajo ningún concepto a los administradores que eran jueces o legisladores” (así, literalmente la intervención del Diputado REWBELL). El Diputado, DÉMEUNIER, que actúa como relator, acepta este argumento y la propuesta que BARNAVE expone en sesión de 3 de marzo de 1791: “todos los actos de los cuerpos administrativos deben llevar el nombre de *arrêts*⁷, en esa palabra creo que quedan comprendidos todos los actos de su competencia”

Lo que aparentemente es una pura cuestión terminológica⁸, tenía un significado profundo, de aplicación material de la separación de poderes, porque aquella afirmación de la Instrucción de la Asamblea (según la cual “*todo acto de los tribunales y cortes de justicia tendente a contrariar o suspender el movimiento administrativo siendo inconstitucional, devendrá sin efecto*”) había sido, entre tanto, llevada a la Ley 16-24 de agosto de 1790 sobre la Organización Judicial (que es la fuente generalmente citada, art. 13), y a la Constitución de 3 de septiembre de 1791.

Ha nacido un nuevo tipo de acto jurídico público no vinculado ni al poder legislativo ni al poder judicial; un acto público distinto de las “normas” y de los juicios o resoluciones judiciales (*arrêt, jugement, ordonnances*). Un nuevo *término* que será sustantivado, en la misma línea de separación de poderes, por la Ley de 3 de septiembre de 1795 (Ley de 16 de fructidor del año III) prohibiendo a los tribunales conocer de los actos de la administración cualquiera que sea su especie.

2. Los actos de administración, los tribunales civiles, el tribunal de casación y el Directorio: El origen de una categoría teórica.

⁷ El portal web vie.publique.fr, dependiente de la *Direction de l'information légale et administrative*, define “*arrêté*” como “acto emanado de una autoridad administrativa distinta del Presidente de la República o el Primer Ministro” y añade “*acto administrativo unilateral*”.

⁸ La trascendencia de estas “logomaquias”, tan propias de la Revolución Francesa, ha sido destacada hace ya tiempo: Sucedió algo parecido en la discusión sobre la denominación de la “Asamblea Nacional” (frente a otras denominaciones como *Asamblea del Pueblo*) que mantuvo SIEYES, o con el propio *concepto de ley*, surgido como denominación formal frente a la anterior “*decret*”. Por todos, sobre el lenguaje en la Revolución, GUILHAUMOU, J.: “Langue et discours pendant la Révolution française” en *Mots*, n°16, mars 1988. Numéro spécial. *Langages. Langue de la Révolution française*) y, en España, GARCÍA DE ENTERRÍA, E.: *La lengua de los derechos. La formación del derecho público europeo tras la Revolución Francesa*. Alianza Editorial, Madrid 1994 (existen ediciones posteriores).

Pronto se hizo evidente, que, definiendo lo que fueran esos “actos de administración”, se iba a construir un ámbito de actuación del poder ejecutivo exento de control judicial e inicialmente sujeto sólo a otras vías de recurso, pero en todo caso, dando lugar a la incompetencia de la jurisdicción ordinaria⁹. Lo entendió así, manejando casi *avant la lettre*, la terminología moderna, la *Cour de Cassation* (civil) haciendo aplicación de aquellas leyes¹⁰. También lo hizo un *arrêté* del Directorio Ejecutivo de 2 de germinal del año V (22 de marzo de 1797) que, bajo la vigencia de la Constitución Republicana del año III –1791- en aplicación de las leyes de 16-24 de agosto de 1790 y 3 de septiembre de 1795, establece¹¹: “...en la clase los asuntos administrativos sustraídos al conocimiento de los tribunales judiciales se incluyen *todas las operaciones que se ejecutan bajo las órdenes del gobierno por sus agentes inmediatos bajo su vigilancia y con los fondos aportados por el tesoro público*”

El pronunciamiento, muy citado en las fuentes posteriores¹² por describir el primer concepto amplio de “actos de la administración”, parece ser el origen de

⁹ Tribunal Civil de la Loire Inferior, 13 de noviembre 1796, (23 Brumaire año V) en un recurso de apelación contra una primera sentencia civil que admitió su competencia: “Cdo: Que las Leyes de fructidor del año 3 prohíben a los tribunales conocer de los *actos de administración* de cualquier especie; que el fletamento de las embarcaciones de F. *habiendo sido realizado por cuenta de la República* a los administradores de los transportes militares...debe ser considerado un *acto de administración*... El Tribunal resuelve que ha sido incompetentemente juzgado por la sentencia apelada...”. *Bulletin des jugements du Tribunal de Cassation rendus en matière civile*, tomo II an. VIII, Cour de Cassation Imprimerie de la République, Paris 1799 pag. 12

¹⁰ Tribunal de Casación 1 de brumario año VIII (23 octubre 1799): “en la clase de los asuntos administrativos se incluyen *todas las operaciones que se ejecutan por orden del gobierno o sus agentes inmediatos bajo su vigilancia*”. Vid. *Bulletin des jugements du Tribunal de Cassation rendus en matière civile*, cit. tomo II an. VIII, pág. 32.

Un pronunciamiento que utiliza ya la nueva categoría, el *jugement* (Cour de Cassation) de 5 germinal año VIII, casando sentencia del Tribunal Civil del Departamento des Vosges por haber interpretado un “*acte administratif*” (sic). Vid. *Bulletin des jugement du du Tribunal de Cassation en matière civile*... cit. tomo II num. 6 (25 mars 1800) pag. 193 y ss.

¹¹ El art. 262 de la Constitución de 1795 decía: “*Le Directoire exécutif dénonce au Tribunal de cassation, par la voie de son commissaire, et sans préjudice du droit des parties intéressées, les actes par lesquels les juges ont excédé leurs pouvoirs*”. El texto original del *arrêté* en *Bulletin des lois de la République Française*, n° 115, 1797-3, con cita directa de la leyes 16-24 agosto de 1790 y la Ley de 16 de fructidor del año III, para reclamar a los Comisarios del Gobierno ante el Tribunal de Casación que denuncien ante ese tribunal como *exces du pouvoir* judicial, las resoluciones de los tribunales civiles de Las Ardenas y el Marne y requiera que sean casados los pronunciamientos previos de los tribunales civiles que han condenado a un agente del Gobierno al pago de una letras de cambio giradas por gastos realizados en interés de la República.

¹² BREMOND, J.: *Traité théorique et pratique de la compétence administrative*. Tome I. Larose, Paris 1894. pag. 23; BLOCK M. *Dictionnaire de L'Administration Française*, Paris 2ª 1887, pg. 10; CARPENTIER, A. et G. FRÈRE JOUAN DU SAINT: *Répertoire général alphabétique du droit français*, Tome 1, Larose et Forcel, Paris 1886, pg. 461.

la noción *doctrinal*, que resulta de la voz “*acte administratif*” del *Repertorio de jurisprudencia* MERLIN y desde ahí generalizada¹³.

Pero el “*acte administratif*” aparece mencionado antes de 1800 en varias ocasiones, en las fuentes documentales parlamentarias bajo el Directorio¹⁴ (1795-1799). Los órganos legislativos enfrentados a reclamaciones de ciudadanos contra actos de la administración¹⁵, remiten la decisión al Directorio, que actúa como “justicia administrativa”. De la exención jurisdiccional en negativo, se comienza a pasar a un ámbito *positivo* de revisión, en sede del ejecutivo, que dará paso a la nueva justicia administrativa.

3. La afirmación de iguales principios en España: De la providencia administrativa al acto previo

El examen de algunas fuentes de nuestra propia tradición conduce a un relato histórico similar en esa conexión inicial entre la *terminología*, primero, y después, la categoría “acto administrativo”, con la separación de poderes y sus

Todavía exposiciones recientes sobre el acto recuerdan este pronunciamiento, quizá a través del *Traité de la jurisdiction administrative* de LAFERRIERE. Por ejemplo, GARCIA TREVIJANO, J.A.: *Los actos administrativos*, Civitas, Madrid 1986, pg.47; MUÑOZ MACHADO, S.: *Tratado de derecho administrativo y derecho público general Tomo XII Actos y Sanciones Administrativas* (2ª), BOE Madrid 2017, pg. 17

¹³ MERLIN Ph. A: *Répertoire universel et raisonné de jurisprudence*. Paris, Garnery, 4ª (T.I, 1812) pg. 72. Acte administratif “es un *arrêté*, una decisión de la autoridad, *un hecho de un administrador en relación con sus funciones*”.

MERLIN fue ministro de Justicia, por segunda vez, entre el 10 de febrero de 1797 y el 3 de septiembre de ese mismo año V del calendario republicano. Actuando como *Comisario del Gobierno* ante el Tribunal de Casación, firma un requerimiento al Tribunal de Casación contra un pronunciamiento de un juzgado de paz que ha condenados a un administrador de un instituto de beneficencia municipal al pago de ciertas deudas de éste. El escrito ante el Tribunal de Casación reproduce a la letra el *arrêté* del Directorio de 2 de germinal del año V antes citado. Parecería que la noción doctrinal formulada por MERLÍN tiene su origen en este pronunciamiento.

Vid. los textos del requerimiento y la sentencia de casación en PAILLIET, J.B: *Droit Publique française ou histoire des institutions politiques*, Kleffer, Paris 1822, pgs. 1216 y ss.

¹⁴ En esa misma época aparece la expresión “*droit administratif*” en un curso de legislación de T. METIVIER para la Escuela Central de Charente Inférieure y otro de M. REGNAULT DE SAINT-JEAN D’ÁNGELY (1805,).

¹⁵ El Poder Legislativo (*Conseil des Cinq-Cents* y *Conseil des Anciens*) contesta: “Considérant que cet *arrêté* n'est point un acte de législation, mais un *acte administratif* et qu'il est instant de faire réparer, s'il y a lieu, l'injustice de ses dispositions par l' autorité compétent (...) La pétition de la citoyenne Bacler, relative à la destitution de sa place de directrice de la poste aux lettres d'Arras, est renvoyée au Directoire exécutif, pour y être par lui statué définitivement...”. Vid. *Loi qui renvoie au Directoire exécutif la pétition de la citoyenne Bacler, contre un arrêté par lequel elle a été destituée de la place de directrice de la poste aux lettres d'Arras. Du 22 prairial IV –10-6-1796*) en *Collection Baudouin, Collection général des lois et des actes du corps législatif et du directoire exécutif* Vol 71, Directoire, pg. 200.

La expresión *acte administratif* se repite en igual sede legislativa, en los volúmenes siguientes (73, 78, 85) de esta importante fuente documental.

consecuencias. Puede citarse, *la Instrucción para el gobierno económico político de las provincias* (Decreto CCLXIX de 23 de junio de las Cortes de Cádiz que regulaba (art. 18) un recurso gubernativo ante el jefe político contra las *providencias* dictadas por el Ayuntamiento o por el alcalde: “Si algún vecino se sintiere agraviado por *providencias económicas o gubernativas* dadas por el Ayuntamiento, o por el alcalde, sobre cualquiera de los objetos que quedan indicados, *deberá acudir* al Jefe político, quien por sí oyendo a la Diputación provincial cuando lo tuviere por conveniente, resolverá gubernativamente toda duda, sin que por estos recursos se exija derecho alguno”.

Por su parte, el Decreto XLV de 3 febrero de 1823 de las Cortes publicado como Ley de 6 de junio de 1823 ya indicaba más claramente: “En los casos en que los alcaldes y ayuntamientos ejecutan las leyes del ramo gubernativo, o desempeñen las atribuciones que les son peculiares, *no pueden admitirse recursos judiciales ni en concepto de despojo ni en ningún otro a no ser que los respectivos superiores del mismo ramo a quienes deberán dirigirse las quejas, consideren que han incurrido en excesos para cuya averiguación y castigo pasen los expedientes a los tribunales de justicia*”¹⁶.

También conocido es que, ante las dificultades que suscitaban, en España, la interrupción de las obras y actividades públicas municipales por la intervención de los tribunales ordinarios, la Real Orden de 8 de mayo de 1839 (Gaceta num. 1664 de 17 de mayo) dispuso por punto general “que 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”¹⁷.

¹⁶ En la legislación de la época el Alcalde acumulaba la condición de autoridad administrativa y de órgano del poder judicial. Las cuestiones de competencia en torno a si las providencias sancionadoras dictadas por aquellos correspondían a su función como juez o como administrador -con posible recurso ante el Jefe Político o Gobernador-, resultaron numerosas. La jurisprudencia (recopilada por RIEGO Y AMAT, J.: *Jurisprudencia administrativa. Colección de competencias informadas hasta el día por el Consejo Real*. Imprenta de José Marcili, Alicante, 1847) no ofreció más que la diferencia entre *providencias gubernativas* y *providencias judiciales*, en función de si el Alcalde actuaba como delegado de la autoridad judicial o “dentro del círculo de atribuciones que le confieren las leyes en los diferentes ramos de la administración”: No ha nacido aún, la terminología “acto administrativo”.

¹⁷ El expediente de competencia resuelto por Real Orden Comunicada de 29 de agosto de 1846 (Gaceta num. 4380, 11 de septiembre, pg. 2) resulta llamativo, porque contiene, que sepamos,

Enseguida, este precepto fue considerado de aplicación general, y expresión de un principio superior, pues se entendió que dicha Real Orden no tendría sentido sino fuera de aplicación a todas las autoridades administrativas¹⁸. El principio es claro y si la Ley de organización y atribuciones de los Ayuntamientos de 1843, art. 62, indicaba ya que los acuerdos tomados por los ayuntamientos, en ciertas materias, *eran ejecutorios*¹⁹, la Ley Municipal de 20 agosto de 1870 art. 84 declara con rotundidad (art. 84): “Los Juzgados y Tribunales no admitirán interdictos contra las *providencias administrativas* de los Ayuntamientos y Alcaldes en los asuntos de su competencia”.

la **primera afirmación de la supremacía de la Constitución** y presenta la Orden de 8 de mayo de 1839 como expresión de la propia Constitución: “Considerando: Que siendo de la clase de las providencias administrativas el acuerdo del Ayuntamiento.... es claro que el juez de partido, admitiendo contra él un interdicto, contravino la expresada Real Orden y *faltó al respeto debido a la independencia establecida entre las autoridades administrativa y judicial por la Constitución*, para lo cual *no pudo apoyarse en ley alguna particular, por que las esta clase, en presencia de aquella, no tienen fuerza en lo que se oponen...*”.

Cuarenta años antes (anticipándose tres años a *Marbury v. Madison*), el naciente *Conseil d'Etat* del Consulado, había dictado un *avis* (4 nivoso del año VIII, 25 diciembre 1799) en igual sentido: “Le Conseil d'État, délibérant sur le renvoi qui lui avait été fait par les Consuls de la République, d'un arrêté de la section de législation, présentant la question de savoir si les lois des 3 brumaire an III, 19 fructidor an V et 9 frimaire an VI, qui excluent de la participation aux droits politiques et de l'admissibilité aux fonctions publiques, les parents d'émigrés et les ci-devant nobles, ont cessé d'exister par le fait de la Constitution, ou s'il faut une Loi pour les rapporter, **est d'avis que les lois dont il s'agit, et toute autre loi dont le texte serait inconciliable avec celui de la Constitution, ont été abrogées par le fait seul de la promulgation de cette Constitution, et qu'il est inutile de s'adresser au législateur pour lui demander cette abrogation.** En effet, c'est un principe éternel, qu'une loi nouvelle fait cesser toute loi précédente, ou toute disposition de loi précédente contraire à son texte, principe applicable, à plus forte raison, à la Constitution, qui est la loi fondamentale de l'Etat. Or, les conditions qui déterminent le droit de voter et celui d'être élu aux diverses fonctions publiques sont réglées par l'acte constitutionnel. **Il n'est pas permis au législateur d'en retrancher quelques-unes, ni d'en ajouter de nouvelles: son texte est général, impérieux, exclusif. Donc toute loi ancienne qui contrarierait l'application, a cessé d'exister, du moment où l'acte constitutionnel a été promulgué.**” Vid. J.B. SIREY: *Recueil général des lois et des arrêts en matière civile, criminelle, commerciale et de droit public*. Paris, 1800, Tomo 1, II parte, *Lois et décisions diverses*, pag. 36.

¹⁸ Y así se declaró en alguna decisión de competencia, tal como la resuelta con fecha 1 de julio de 1846, (Gaceta num. 4319 de 12 de julio de 1846, pg. 2) conforme a la cual “sin embargo de hablar solo de providencias de ayuntamientos y diputaciones provinciales, se extiende indudablemente por su objeto a las de todas las autoridades administrativas, superiores e inferiores” para terminar afirmando que: “en ningún caso pueden los jueces, sin desconocer la independencia de la administración, juzgar sus actos, no siendo delitos, aunque sean verdaderos abusos”

¹⁹ Lo que en la doctrina española se teoriza, no sin discrepancias, como *ejecutividad* y *ejecutoriedad* del acto, se fue afirmando desde antes de 1845. Por eso, por ejemplo, la decisión de competencias de 25 de septiembre de 1850 (*Colección Legislativa*, 1950, tomo 51, num 40: Tomo II pág. 23) puede afirmar, sin especiales argumentaciones, “es *privativo de la Administración activa económica hacer efectivos los créditos declarados a su favor*, siempre que reúnan las circunstancias de ser líquidos o determinados”. La expresión “acuerdo ejecutivo” será después “ejecutivo” (así, por ejemplo, art. 361 de la Ley de Régimen Local de 1955: los actos de las corporaciones locales serán *inmediatamente ejecutivos cuando no requieran aprobación o autorización gubernativa*”).

Esta consecuencia, la separación de poderes como exclusión del poder judicial, venía limitada, como se ve, a la existencia de “*providencia*” o “*acuerdo*” administrativo²⁰. En el nivel central se adoptará la terminología “*resolución*” (Real Decreto de 30 de noviembre de 1846, Reglamento sobre el modo de proceder del Consejo Real en los asuntos contenciosos).

El llamado posteriormente “acto administrativo”, terminología técnico-jurídica superpuesta a estas diversas denominaciones (*providencia, negocio, acuerdo, acto, decisión, resolución...*) aparece, con esta importante carga procesal²¹, en alguna temprana decisión de competencia²², también en las decisiones del Consejo Real actuando como órgano contencioso²³, y es asumido por la Ley sobre jurisdicción en materias de hacienda²⁴, aunque a veces se cita el reglamento provisional para las reclamaciones económico administrativas de 15 de abril de 1890 como primera norma en utilizar la nueva terminología.

Tanto en la tradición francesa como en la española, las fuentes muestran cómo esta función inicial del “acto administrativo”, fue perfilándose y acotando su

²⁰ Vid. la voz “Providencia administrativa” en el *Repertorio de la jurisprudencia administrativa española* de PANTOJA, Madrid, Revista General de Legislación y Jurisprudencia, Imprenta de la RGLJ, Madrid 1869, pgs. 957 y ss. La equiparación terminológica entre providencia administrativa y acto administrativo, en la Competencia de 28 de julio de 1866, en pág. 959: “Así como no pueden dejarse sin efectos las *providencias* de la administración por interdictos judiciales, tampoco pueden estos desvirtuarse por medio de *actos administrativos*”.

²¹ Para esa caracterización inicial del acto administrativo en España, Vid. SANTAMARÍA PASTOR, *La nulidad de pleno derecho de los actos administrativos*, IEAL, Madrid (2ª ed) 1975.

²² La primera que hemos localizado, la resuelta por Real Decreto de 20 de junio de 1849, parece aplicar la noción a una actuación material: “Que aquel desagüe *fue un acto administrativo*, ya se mire como dispuesto por el alcalde de Castellón en uso de la facultad que le atribuye el citado art. 74, párrafo 5 de la ley de 8 de enero de 1845, ya como mera ejecución de lo ordenado por el Jefe político... Que por ello el interesado debió acudir ante la administración misma por la vía competente... más nunca apelar a un interdicto restitutorio que rechaza la Real orden citada...”. Una decisión anterior, de 27 de octubre de 1847 (Gaceta de 18 de noviembre) utiliza la expresión acto administrativo, por primera vez para condicionar la posibilidad de recurso contencioso: “Considerando que...*no había acto administrativo* que diese lugar a la vía contenciosa...”

²³ Real Decreto Sentencia 27 julio 1848, citada SANTAMARÍA PASTOR, J.A: “Sobre el origen y evolución de la reclamación administrativa previa” *RAP*, 77 pg. 81 y ss.: “se entabló el pleito *sin que hubiera acto administrativo* que le diera origen...”

²⁴ La Ley de 2 de febrero de 1850, se cita en ocasiones con otra terminología. Su art. 11 habla de la responsabilidad por alcance de los funcionarios públicos “por razón de los *actos administrativos* en que hubieran ejercido como funcionarios públicos”.

Alguna norma anterior utilizaba ya la categoría, justamente para atribuir competencia a los tribunales contenciosos: Vid el Real Decreto de 10 de junio de 1847 que impone la liquidación de la Real Empresa de Lorca y la creación del Sindicato de Regantes. Tras señalar las competencias del Tribunal de Aguas, se dice (art. 7) que “las cuestiones que resulten del cumplimiento de las ordenanzas o de algún *acto administrativo* serán de competencia del Consejo Provincial”. Vid. CASA Y MORAL, Recopilación *Legislativa de España*, T.IV, Imprenta de D. Manuel Ramiro, Granada, 1859, pg. 205

campo de cobertura. Primero para excluir la pura acción material, porque se exigió, para poder afectar a las situaciones posesorias de los ciudadanos sin que estos pudieran acudir al juez de derecho común, que aquella acción material administrativa estuviera amparada por un título formal que, como hemos visto, recibió diferentes nombres. En tal sentido la Decisión de competencias del 26 de junio de 1846 (Gaceta num. 4309 de 2 de julio 1846) señala, reconociendo la competencia jurisdiccional ordinaria:

Considerando que en el presente caso *no hay providencia alguna del ayuntamiento* de la villa de de las que, en el citado párrafo segundo, artículo 62 de la ley de 14 de Julio de 1840 se expresan, a que pueda atribuirse como a causa inmediata el despojo que motivó el recurso de Doña.... al juez del partido, por lo cual queda aquel reducido a la clase de despojo de particular a particular, justificada la procedencia del interdicto, sin aplicación alguna la mencionada Real Orden de 8 de mayo de 1839”²⁵

Esta situación también se producía siempre que la administración actuaba sin dar lugar a la adopción de una verdadera decisión en forma. La decisión de competencias últimamente citada añadía: “se presentó un escrito del Ayuntamiento en el que después de hacer mérito de una *sumaria información de testigos* recibida por el Ayuntamiento, se presentaba un informe de la misma corporación declarando la posesión anterior de otro vecino...”, pero termina afirmando, como queda reseñado, que “*no hay providencia alguna*” del Ayuntamiento”, por lo que la cuestión corresponde a la jurisdicción ordinaria²⁶.

Una vez arraigada en la jurisprudencia de competencias la idea de que las providencias administrativas no admitían contestación judicial ordinaria a través de interdictos, pronto se admitirá igualmente que tal forma de tutela tampoco corresponde frente a la actuación administrativa de *ejecución de providencias*,

²⁵ Más adelante, es ya doctrina general la de que “Cuando no media acuerdo o *acto administrativo* contra el cual se dirija un interdicto, falta el fundamento que para reclamar el negocio pudiera invocar la Administración apoyado en la RO de 8 de mayo de 1839, toda vez que esta solo prohíbe los interdictos restitutorios en cuanto por su medio se intente dejar sin efecto providencia legalmente administrativa”. Competencia de 3 de diciembre de 1856, *Colección Legislativa*, 1956, tomo LXX, num, 13, tomo VI, pág. 67.

²⁶ Cuestión de competencias del 25 noviembre 1866, Gaceta del 2 de diciembre: “No existiendo *acto alguno administrativo* que haya podido ser contrariado por el interdicto, no puede tener aplicación la Real Orden de 8 de mayo 1839”.

igualmente reconocida como propia y exclusiva de la administración, siempre que actuase dentro de sus competencias²⁷:

Apartada, por otro lado, la pura actuación material del régimen del acto administrativo, posteriormente se segregará (en Francia, es la distinción tradicional entre actos de gestión y actos de poder)²⁸ la actuación “*iure privato*” de la Administración. Se observará que en ocasiones la administración no actuaba como poder en el ejercicio de funciones y competencias legalmente atribuidas, sino como un sujeto jurídico más, al modo de un sujeto privado. En tal caso, los tribunales ordinarios (a falta de atribución expresa a la nueva jurisdicción contenciosa) recuperaban la plenitud de su jurisdicción, incluso en presencia de actuaciones procedentes de una autoridad administrativa: No existía “acto administrativo”, pero sí acto de administración.

La noción inicial tuvo, por tanto, un componente procesal doble: fundamentaba la incompetencia de los tribunales ordinarios y actuaba como presupuesto del nuevo recurso contencioso-administrativo: *Todo procedimiento contencioso administrativo supone un acto de la administración que lo ocasione*²⁹.

²⁷ Cuestión de competencias de 8 de febrero 1865. Gaceta, 24 de marzo, pg. 18

²⁸ La distinción se encuentra ya en SIREY, J.B.A: *Jurisprudence du Conseil d'Etat, ou Recueil des décisions, arrêts et actes du Conseil d'Etat, sur le contentieux de l'administration, les conflits et les autres matières administratives... avec des tables à chaque volume, classant le tout par ordre des matières*. Publiée par A. Sirey,, Vol. 1, (Jurisprudencia anterior a 1812) París, sin fecha : “Un arrendamiento de bienes de propiedad privativa *no es un acto administrativo*, es un acto de *regie* de bienes. Por ello la cuestión relativa a la validez o no del arrendamiento, debe ser llevada ante los tribunales y no ante la autoridad judicial administrativa”.

El establecimiento del *Tribunal des Conflits* en 1848 contribuyó a asentar la diferencia pero la idea estaba ya presente en el derecho comparado. *Vid.*, por ejemplo ROMAGNOSI, que publica la primera edición de sus *Instituzioni di diritto amministrativo* en Milán, 1814 (después republicadas bajo el título *Principi fondamentali del diritto amministrativo onde tesserne le istituzioni*, pag. 186) y ya trata la distinción entre actos de gestión y actos de autoridad, con cita del propio Merlín.

²⁹ Así, los diversos pronunciamientos anotados por PANTOJA, J.M.: *Repertorio de la jurisprudencia administrativa española*. Biblioteca de la RGLJ, Madrid 1869 pág. 145 voz “vía contenciosa”. Entre ellos, la Sentencia de 5 julio 1848 (Colección Legislativa 1848, tomo 44, num. 16: Tomo IV pág. 77: “Para que proceda la vía contenciosa se requieren dos circunstancias especiales, a saber, *el acto administrativo* y el derecho o el interés legítimo preexistente que haya sido vulnerado por una resolución administrativa”.

La cuestión del carácter estrictamente revisor de la inicial jurisdicción contenciosa en España es cuestión que fue objeto de una conocida polémica entre A. NIETO, y R. PARADA, en la que terció finalmente SANTAMARÍA PASTOR, J.A: “Sobre el origen y evolución...” *RAP Revista de Administración Pública*, 77 pg. 81, que no podemos resumir aquí.

La adopción de la terminología “acto administrativo” contribuyó a la generalización de la exigencia de vía administrativa previa y al carácter “revisor” de la jurisdicción contenciosa. Obsérvese la utilización en las fuentes de la nueva nomenclatura (acto administrativo).

En la medida en que el acto administrativo, ya con esa denominación, expresa parte de los *privilegios jurisdiccionales que fundamentaron la especialidad del ordenamiento jurídico administrativo*³⁰ no debe restarse importancia a la idea de que la terminología implicó también una nueva categoría desarrollada en torno a la determinación del objeto del naciente recurso contencioso administrativo, en la configuración de la vía administrativa previa, y en la exención jurisdiccional de la administración ante la jurisdicción ordinaria.

4.-La introducción de la terminología acto administrativo en la legislación no fue neutra.

Durante el siglo XIX, ni en la normativa sobre el procedimiento administrativo, ni en la legislación sobre la jurisdicción contencioso-administrativa, se utiliza la voz *acto*, sino la tradicional de “providencia” o “resolución”. Sin embargo, el Reglamento provisional para las reclamaciones económico-administrativas de 15 de abril de 1890, presenta un punto de fractura pues allí se incorpora la voz “acto” y se da tratamiento positivo al conjunto de cuestiones que, de manera dispersa, se habían ido planteando a propósito de las “providencias” gubernativas, más allá de la exención jurisdiccional³¹.

A diferencia de la redacción del anterior reglamento para las reclamaciones económico administrativas (Real Decreto de 24 de junio de 1885: “*El conocimiento y resolución de los asuntos económico administrativos se ajustará*

³⁰ SANTAMARIA PASTOR, J.A.: *Sobre la génesis del derecho administrativo español en el siglo XIX (1812-1845)* IGO. Sevilla 1973. Una visión diferente insiste, con muy buenos argumentos, en que el origen del régimen jurídico acto administrativo “*se inserta en la línea de una determinada concepción del poder político que se inicia en las Monarquías absolutas en la Europa continental*”, enlazando aquel concepto con la consideración del “acto del príncipe”, especialmente en cuanto éste gozaba de “*presumptio pro se*”, se imponía unilateralmente, e iba acompañado de la “*parata executio*” que le acompañaba. Vid. la síntesis de esta opinión en MEILAN GIL, J.L.: “El acto administrativo como categoría jurídica” *Revista de Direito Administrativo & Constitucional*, n. 38, pgs. 13 y ss, con cita, inevitable, de VILLAR PALASÍ, *Apuntes de derecho administrativo*, t. II., 2ª ed. UNED 1974, p. 201.

³¹ La Ley de Bases de procedimiento para las reclamaciones económico administrativas, de 31 de diciembre 1881 resultó ser un texto fundamental: Por ejemplo, configura una *vía administrativa previa* que terminará generalizándose; su Base 5 prefigura el ámbito posterior de revisión contencioso-administrativo; introduce un tratamiento particular del *recurso de lesividad*, que desapodera, pasados ciertos plazos, al superior jerárquico para modificar actos de órganos inferiores no recurridos, sino es a través de la declaración de lesividad y posterior pleito contencioso a instancias de la propia administración. Sobre esto y cómo a partir de esa norma es posible diferenciar entre *acto firme* y *acto que causa estado* (y como un acto que no causa estado por proceder de órganos inferiores, alcanza sin embargo firmeza por no haber sido recurrido) vid. GARCIA DE ENTERRIA, E.: “La configuración del recurso de lesividad”, *RAP Revista de Administración Pública*, núm. 15 pag. 109 y ss.

en cada ramo de la administración de la hacienda pública a las instrucciones y reglamentos respectivos”), la norma de 1890 añade al art. 1 un párrafo conforme al cual, ello sería así “...hasta que exista un *acto administrativo* que determine responsabilidad o niegue un derecho”.

El acto administrativo se presenta como categoría diferente, que expresa el corte conceptual entre la actuación previa y la incidencia concreta en una posición jurídica. La finalización del expediente permite abrir una reclamación, un recurso; recurso cuyo objeto es, precisamente, el acto mismo, en cuanto impone una obligación o limita un derecho. Esta primera mención legal al “acto administrativo” en nuestro derecho, se presenta como “acto final” (equivalente a *resolución*), como equivalente a *acto definitivo* de un procedimiento gubernativo anterior, asunto este que, dada la dejadez de la regulación y práctica de la vía gubernativa en la época, termina siendo decisivo³². El reglamento de las reclamaciones económico administrativas de 3 de septiembre de 1902, clarificando el texto anterior, establecerá un aspecto más del posterior régimen del acto: “aun cuando se promueva reclamación contra un acto administrativo...no se suspenderá la ejecución de este con todas las consecuencias legales”.

La Ley de Bases de Procedimiento Administrativo de 19 de octubre de 1889 se mantiene en la terminología tradicional (Base 11: Las *providencias* que pongan término en cualquier instancia a un expediente se notificarán al interesado), y esta llega, con otro sentido, a la Ley sobre el ejercicio de la jurisdicción

³² La transformación de la providencia administrativa en *acto administrativo* no es jurídicamente neutra, si se recuerda el estado de la vía gubernativa tal como lo describe, por ejemplo, ABELLA, F.: *Manual teórico práctico de lo contencioso administrativo y del procedimiento especial en los asuntos de hacienda*. El consultor, Madrid 1982, págs. 322 y ss: “respecto del procedimiento gubernativo en general existe el caos...”, denunciando, la falta de audiencia y vista del expediente, el secretismo, la acumulación de notas, informes, consultas, diligencias o el desconocimiento de los recursos procedentes, para terminar, muchas veces, en *una tramitación sin resolución definitiva*, (una providencia aparentemente resolutoria podía alterarse por otra posterior), a lo que habría de sumarse la posibilidad de que a lo previamente actuado “se le ponga el visto por toda providencia y se le envía al archivo”.

En esta misma línea emprendida por la norma comentada, el Real Decreto de 23 de agosto de 1924 de Procedimiento Municipal al regular el procedimiento económico administrativo municipal señalará: “se entenderá *causado el acto administrativo* por el acuerdo de la Comisión permanente, el Alcalde o el teniente en quien éste delegue”. Lo que parece ser una generalización de la expresión “acto que causa estado”, (acto susceptible de recurso contencioso) también puede interpretarse en el sentido de que se entenderá *producido el acto a los efectos* de recurso, como hecho diferente de las puras diligencias internas anteriores.

contenciosa de 13 de septiembre 1888 cuyo art. 1, consagra ya la diferencia entre las resoluciones definitivas y las de trámite, admitiendo también recurso contra estas cuando “*decidan directa o indirectamente el fondo del asunto o hagan imposible su continuación*”.

Las menciones que la Ley jurisdiccional realiza a los actos, lo son para diferenciar, entre actos y disposiciones (art.3) distinguir entre acto discrecional (que no admite recurso, art. 4, 1º) y acto reglado, e igualmente para destacar la diferencia entre acto administrativo y acto privado o acto de gestión, (art. 4.2, párrafo segundo: actos en los que la administración “*haya obrado como persona jurídica, o sea, como sujeto de derechos y obligaciones*”)³³.

Una categoría implícita en la Ley, la de *acto político*, insusceptible de recurso contencioso administrativo aun cuando el mismo procediera conforme a las reglas generales, había sido ya introducida por el Real Decreto de 29 de julio de 1868 “*resolviendo que los actos del gobierno en circunstancias excepcionales no pueden sujetarse a revisión por la vía contenciosa*”³⁴.

El principio de separación de poderes aportó a la noción posterior de acto administrativo los siguientes elementos: (i) se trata de una actuación de la Administración Pública, no de otros poderes o de acciones del personal al servicio de la misma no referidos al ejercicio de las funciones propias del oficio

³³ Una exposición crítica del sistema de la Ley, en lo que afecta al *acto administrativo* es la conocida obra de GONZÁLEZ CARMONA, A.: *La materia contencioso-administrativa. Teoría. Legislación vigente. Jurisprudencia*. Imprenta de E. Rubiños, Madrid 1891, pág. 29 y ss. Se argumenta allí contra la consideración de los reglamentos como ajenos al recurso contencioso y se desarrolla la posibilidad de que a los reglamentos *no les falta ni una sola de las condiciones exigidas para la revisión en vía contenciosa de los actos de las administraciones públicas*, para concluir que, mientras no se modifique la Ley “*no habrá razón para declarar que las disposiciones reglamentarias de la administración no puedan ser materia contenciosa*”.

El autor citado da una primera caracterización del *acto administrativo discrecional* consecuente con esta doctrina: aquel que directa o indirectamente “*no afecta a derechos y obligaciones creados o amparados por las leyes*” (*opus cit.* pág.199 y ss).

³⁴ Gaceta núm. 218, de 05/08/1868. El Real Decreto niega la procedencia de la vía contenciosa, (conforme al art. 59 de la Ley Orgánica del Consejo de Estado de 17 de agosto de 1870, que, en efecto, permitía al Consejo de Ministros denegar la procedencia de tal vía). Lo relevante de aquella resolución es que *se pronuncia contra el parecer de la mayoría* de la Sección de lo Contencioso del Consejo de Estado, y siguiendo el criterio discrepante de un único miembro, que estimaba que el cese en su oficio de un Corredor de Comercio, acordado por el Ministerio de Fomento, no daba lugar a recurso contencioso (la separación acordada “*no fue un acto de administración ejecutado aplicando las leyes o reglamentos del ramo, sino consecuencia de una medida general tomada por el Gobierno según su criterio y bajo su responsabilidad*”), dado el estado de guerra en que se procedió a tal cese y el hecho de haber participado el interesado en una sublevación contra el orden público.

o cargo; (ii) el concepto excluye la actuación puramente material, fáctica, para quedar referido únicamente a la actividad *declarativa* (posteriormente se aplicará la doctrina del acto jurídico) (iii) se excluyen de la noción, igualmente, los actos de derecho privado (iv) la noción se configuró como presupuesto de la improcedencia de recursos judiciales ordinarios y como presupuesto de otros recursos ante la naciente justicia administrativa.

La configuración positiva de ésta última determinará, en España, un importante rasgo distintivo en el concepto de acto administrativo: A diferencia de lo que sucedió en Francia no fue posible la asimilación de los reglamentos (una vez descartada su condición de actos legislativos delegados)³⁵ a los actos administrativos, por lo que, desde entonces al menos, el derecho español opta por segregar el régimen del acto administrativo y el de las “disposiciones administrativas de carácter general”, construyendo dos regímenes diferentes para cada una de estas categorías.

5. Primeras construcciones doctrinales en España: El acto como descripción del objeto del recurso contencioso.

En España, la expresión acto administrativo tomó doctrinalmente también ese sentido procesal y funcional, de inspiración francesa. Ortiz de Zúñiga³⁶ en 1843 se refiere a los acuerdos o providencias de la administración dentro de sus competencias, frente a las cuales el poder judicial no tiene facultad para contrariar sus efectos; Olivan³⁷ no lo menciona (aunque sí el *derecho administrativo*) más que como *causa* de litigios administrativos; Posada Herrera en sus *Lecciones* no contiene más que alguna referencia aislada a las

³⁵ Desde 1907, el Consejo de Estado acepta examinar el fondo de los recursos dirigidos contra *reglamentos de administración pública* (*Conseil d'État*, 6 de diciembre 1907, *Cie. du Nord et autres*). Vid. PENIN, M.: *Ouverture progressive du prétoire au recours pour excès de pouvoir dans la jurisprudence du Conseil d'État*, Sirey, Paris, 1935.

³⁶ *Elementos de derecho administrativo*, Imprenta Sanz, Granada 1843, pags. 364 y ss.

³⁷ OLIVAN, *De la Administración Pública con relación a España*, Nueva edición, Madrid 1843, pág. 10

providencias³⁸ y es, quizá, la *Enciclopedia Arrazola* (1848)³⁹ la primera obra, con clara inspiración francesa (se cita a Dalloz y Laferriere y se declara expresamente así en el prólogo), que incorpora una noción de acto: “*todo acto que procede del poder activo de los funcionarios encargados inmediatamente y con preferencia de la ejecución de una actuación. También lo será todo acto de corporación administrativa encargada por la ley para acordar decidir y ejecutar por sí misma funciones especiales*”.

A esta descripción se añade un elemento ya nuevo, pues la noción se aplica (de conformidad con el derecho vigente aplicable a los Municipios) únicamente a los actos *ejecutivos*, separado de las *deliberaciones*. Igualmente, desde la perspectiva de la procedencia o no del recurso contencioso, se excluyen de la noción los *actos de mero imperio o de mando* (como son “los reglamentos instrucciones o disposiciones generales”), así como los que proceden del poder *arbitrario y discrecional*: La improcedencia del recurso contencioso frente a providencias administrativas se ha transformado en *criterio delimitador* del acto.

Colmeiro, no obstante, añadirá, que pueden ser impugnados por vía contenciosa los actos de potestad discrecional que fueran viciados de *incompetencia o exceso de poder*, porque entonces “la administración actúa vulnerando derechos dignos de respeto y violando las formas protectoras de un interés legítimo”⁴⁰. La

³⁸ Pero no deja de advertir (*Lecciones de Administración*. Madrid, Establecimiento Tipográfico calle del Sordo número 11, 1843, tomo I, p. 110.) a propósito de las ventas amparadas por la legislación desamortizadora y discrepando de la práctica francesa: “Los *actos administrativos no pueden convertir en administrativa, una cuestión que antes era puramente civil*. Ni la naturaleza de la acción administrativa, ni la conveniencia pública, pueden justificar el que se prive a un ciudadano de la garantía que le ofrecen los tribunales para la defensa de sus derechos civiles...”. Sobre ello, SANTAMARIA PASTOR, J.A: “Sobre el origen y evolución de la reclamación administrativa previa” *RAP, Revista de Administración Pública*, núm.77, pg. 81 y ss.

³⁹ *Enciclopedia española de derecho y administración o Nuevo teatro universal de la legislación de España e Indias*. por L. ARRAZOLA, Rius y Rossel, Madrid 1808, T. I. La voz “actos administrativos” en págs. 440 y ss.

Existe, no obstante, una obra anterior, *Del Consejo Real como elemento del Gobierno constitucional*, de probable autoría de Cristóbal Bordiú y Góngora, Madrid 1846, que fue glosada por NIETO, A., bajo ese mismo título, en la *RAP, Revista de Administración Pública* nº 84, pág.537 y ss. Se contiene allí una muy apretada construcción, con fundamentos constitucionales, de los *actos administrativos civiles* (es decir, privados, cuya competencia corresponde a los tribunales civiles) y los *actos administrativos públicos*, que a su vez admiten la división entre actos de imperio (discrecionales), que no admiten otro recurso que el jerárquico, y *actos de jurisdicción*, cuya impugnación debe realizarse ante los Consejos Provinciales o el Consejo Real cuando afecten a un derecho. Vid. *opus cit.* pag. 25 y ss. La obra está hoy disponible en la Biblioteca Digital Hispana, de la Biblioteca Nacional.

⁴⁰ COLMEIRO, examina, ante todo, los requisitos que debe cumplir el acto para dar acceso a la jurisdicción. Vid *Derecho Administrativo español*, t. 2. Ángel Calleja editor, Madrid 1850, pag.

segunda y tercera edición del Colmeiro contiene ya una descripción del acto como objeto del recurso contencioso administrativo. El acto administrativo se presenta como resultado de la administración subjetiva (poder) y en el examen de las competencias de cada autoridad administrativa se afirma, con relación a los Ministros lo que será doctrina común por largo tiempo: “el ministro, considerado como agente administrativo, decide soberanamente sin sujeción á otra autoridad alguna en los asuntos de simple gestión, de potestad reglamentaria, de poder discrecional, y en las medidas de orden público o seguridad común; en suma, de todas cuantas disposiciones dictare dentro de los límites de la *administración pura*, no queda a los interesados otro recurso que acudir nuevamente al ministro mejor informado. Mas si de sus varias disposiciones, en vez de intereses lastimados, resultase algún derecho ofendido, debe el agraviado pedir la revocación del acto, y si su queja no fuere escuchada, desde entonces empieza un juicio contradictorio entre el particular y el ministro, este pierde su carácter de agente, se reviste de la cualidad de juez, y ya cae el negocio bajo la jurisdicción contencioso-administrativa”.

Por ello, “no dan origen a lo contencioso-administrativo los actos de puro mando que *proceden del poder discrecional de la administración*, ordenando por vía de regla general porque no lastiman derechos particulares, sino en todo caso los intereses públicos”, ni “los actos de la administración que arreglan un interés colectivo porque tampoco crean derechos”⁴¹.

Otra obra de la época, el muy conocido *Diccionario Alcubilla*⁴², precisa el trasfondo procesal de la categoría, pues, tras definir la noción de acto (“resoluciones mandatos y acuerdos de las autoridades y corporaciones en materia de sus atribuciones”) y separarla de las medidas generales que tiene por objeto la ejecución de las leyes (actos de gobierno), describe el acto en función de lo requerido para la admisibilidad del recurso contencioso

223. Se cita la sentencia del Consejo Real de 30 de junio de 1847 que, en efecto, había reconocido que determinados *intereses legítimos* eran también objeto de tutela por la jurisdicción contenciosa. Se trata de la conocida sentencia (Gaceta, nº 4798 de 5 de noviembre) mencionada por GARCÍA DE ENTERRÍA (“La configuración...” *cit.* 1 nota 1) para subrayar que quizá el sistema inicial de justicia administrativa “retenida”, en España, presentaba aspectos en los que supera al sistema perfectamente jurisdiccional de 1888.

⁴¹ COLMEIRO, *cit.* T. II pag. 304

⁴² MARTINEZ ALCUBILLA, M.: *Diccionario de Administración*, Tomo 1.El Consultor, Madrid 1858

administrativo, en particular la afectación a derechos reconocidos en sede administrativa.

El *Tratado* de A. Posada⁴³, tras lamentar la anarquía en torno a la definición de acto, incluyó un capítulo completo dedicado al acto administrativo, comenzando con la remisión al Alcubilla, y definiendo, por su parte, el acto como las *decisiones de las personas administrativas en el ejercicio concreto de sus funciones, siempre que obren dentro de las prescripciones legales y en materia de su respectiva competencia*. En sentido más estricto, los actos administrativos, en el derecho positivo, serían *los actos de la Administración en los que procede por vía de autoridad en virtud de su facultad imperativa*, caracterizándose por estar sometidos en su producción positiva a reglas especiales del procedimiento, por tener un carácter jurídico privilegiado, que impide que sean objeto de un procedimiento judicial ordinario, y por ser a su vez, objeto de recursos legales especiales para obtener la reparación del derecho que puede haber vulnerado.

Por su parte, Santamaria de Paredes⁴⁴ trata el acto administrativo particularmente como resultado del procedimiento gubernativo y presupuesto del recurso contencioso-administrativo, lo que le permite hablar de esta clase de actos como “resolución *definitiva* de la administración (*decreto, orden, decisión, providencia*) sobre materia administrativa, en virtud de sus facultades regladas, que afecte a un derecho administrativo, particular y preexistente”.

A finales del siglo XIX, por tanto, aunque faltaba una construcción dogmática completa del acto administrativo⁴⁵, se manejaban en España ya las categorías que hemos visto aludidas en las fuentes citadas: acto *definitivo* frente a acto *de trámite*, acto *firme* (no susceptible de recurso), acto *que causa estado*, acto reglado frente a *acto discrecional*... Existía la materia jurídica (el conjunto de

⁴³ POSADA, A.: *Tratado de derecho administrativo según las teorías filosóficas y la legislación positiva*, Tomo I, Librería de Victoriano Juárez, Madrid, 1897, págs. 230 y ss. A falta de elaboración dogmática (que, tal como destacó SANTAMARIA PASTOR, comenzará con la introducción por LOENING, *Lehrbuch des Deutschen Verwaltungsrechts*, Leipzig, 1884, p. 226, de la temática civilística de la declaración de voluntad) la exposición de POSADA da cuenta, por completo, de las funciones que el derecho positivo otorgaba a la categoría.

⁴⁴ SANTAMARIA DE PAREDES, v.: *Curso de Derecho Administrativo*. Establecimiento tipográfico de Ricardo Fé, Madrid 1885, pg. 822 y ss. Previamente, el autor ha examinado las *potestades de la administración* y allí, junto con la potestad reglamentaria se examina, la *potestad imperativa o de mando*, de la que resultan los actos administrativos, y la diferencia entre potestad de mando reglada y discrecional.

⁴⁵ Vid GARCIA TREVIJANO, J.A: *Los actos administrativos*, Civitas, Madrid 1986, pgs. 52 y ss.

problemas que se abordaban con tales denominaciones). Faltaba darle forma jurídica.

III. LEGALIDAD Y DOGMÁTICA DEL ACTO ADMINISTRATIVO: UN CONCEPTO CONSTRUIDO SOBRE LA DOCTRINA DEL NEGOCIO JURÍDICO PRIVADO Y UN ACTO DE PODER CONSTRUIDO SOBRE EL RÉGIMEN DE LA SENTENCIA.

1. El acto como concepto en el derecho español: La limitada jurisprudencia inicial, la doctrina y la obra del legislador.

El papel del principio de legalidad en la construcción de la noción de acto es históricamente fruto de la jurisprudencia del *Conseil d'Etat*, pero la configuración inicial de la jurisdicción contencioso-administrativa en España no permitió una evolución similar. El recurso *por exceso de poder* configurado como “*proceso al acto*” (Laferrier) dio ocasión para sistematizar los posibles vicios jurídicos de aquél, al tiempo que, puesto que el enjuiciamiento se fragmentó en dos pronunciamientos (admisibilidad y fondo), el concepto mismo de acto administrativo, que hacia el recurso “admisible”, resultó depurado en su extensión, en sus efectos y requisitos.

En España, dada la ausencia de un recurso jurisdiccional *objetivo*, la evolución dogmática en torno al acto debió esperar al desarrollo teórico aportado por la recepción doctrinal de la doctrina civilista del negocio jurídico. Sólo entonces fue posible “sustantivar” la noción de acto y apartarlo del sustrato procesal descrito en el apartado anterior⁴⁶. La limitada jurisprudencia contenciosa anterior a la

⁴⁶ Se ha dicho que sólo la Ley de Procedimiento Administrativo de 18 de julio de 1958 “rechaza la concepción tradicional del acto administrativo, lo aparta de su contexto procesal y acaba por sustantivarlo...”. Literalmente, así se afirma en un brillante párrafo del Dictamen 48.953, de 23 de febrero de 1987 del Consejo de Estado (sección 3ª). Vid. *Recopilación de Doctrina Legal. Consejo de Estado*. Madrid 1989, pg. 238. Recuérdese, no obstante, el tratamiento que ya se había dado al acto administrativo, en, por ejemplo, FERNANDEZ DE VELASCO, R.: *El acto administrativo (Exposición doctrinal y estudio del derecho español)*, Edi. Rev.Der.P Priv. 1929; BALLBE PRUNES, M.: “Actos administrativos” *Nueva Enciclopedia Jurídica*, tomo II, 1950. En esa misma década, aparece el tratamiento dogmático ofrecido por GARRIDO FALLA, F.: “*Elementos de los actos administrativos*” (*Nueva Enciclopedia Jurídica*, V. 8, 1956, pag. 199 y ss y *Régimen de impugnación de los actos administrativos* IEP, Madrid 1956). La primera edición del *Tratado de derecho administrativo* del propio GARRIDO FALLA es, justamente, la del IEP, Madrid 1958. También de la época son, por citar otras fuentes, los estudios de GUAITA, A. “Eficacia del acto administrativo” *RAP* 25, 1958, pag. 172 y ss., y RODRIGUEZ MORO; N.: *La ejecutividad del acto administrativo*, IEAL, Madrid, 1949.

fundamental Ley de la Jurisdicción de 27 de diciembre de 1956 destacó algunos aspectos del control de legalidad que posteriormente serán enunciados como “*elementos*” o requisitos de validez del acto administrativo: La *competencia* y el *procedimiento*⁴⁷, además de la *infracción de ley o disposición* administrativa en el *contenido* del acto.

Especial trascendencia tuvo la consideración de que aquellos dos aspectos iniciales podían enjuiciarse incluso con relación a actos materialmente excluidos de recurso contencioso bajo el imperio de la ley de 1888: Es la conocida doctrina de los “vicios de orden público”, conforme a la cual, el Tribunal Contencioso estaba llamado a decretar la *nulidad* de lo actuado por la administración, incluso cuando el recurrente no acredita un derecho administrativo perfecto, o se está en presencia de una decisión materialmente discrecional⁴⁸.

La doctrina del tribunal contencioso (Consejo de Estado) fue, en ocasiones, clara: Si el actor no podía alegar derecho vulnerado tal como exigía el art. 1 de la Ley de la Jurisdicción 1888, o el acuerdo impugnado recae sobre materia discrecional “tiene declarado este tribunal que *la vía contenciosa procede por infracción de las formas de procedimiento*” (Sentencia de 5 de febrero de 1895). Más claramente, la Sentencia de 16 de enero de 1885, pese a apreciar la falta de derecho del recurrente y admitiendo que el acuerdo recurrido es discrecional, termina decretando (por incompetencia) “*la nulidad de todo lo actuado tanto en vía gubernativa como contenciosa*”.

A esta reconstrucción, se unirá después la legalidad positiva: El Estatuto Municipal de 8 de marzo de 1924 reguló una acción pública vecinal sin reclamar *lesión de derechos*; la Ley municipal republicana (Ley de Bases de 10 de julio y Decreto 31 de octubre 1935), además del recurso de plena jurisdicción, regulará un recurso de anulación por alguno de estos motivos: violación *material* de ley o

⁴⁷ Sentencia del Tribunal Contencioso (Consejo de Estado) de 12 de enero 1891, anulación de una Real Orden por falta de Informe del Consejo de Estado y ausencia de *quórum* en la votación de un órgano colegiado; Autos del mismo órgano jurisdiccional de 11 de enero, y 5 de febrero de 1895 y Sentencia de 16 de enero de ese mismo año. *Vid. Jurisprudencia Administrativa*. Revista General de Legislación y Jurisprudencia, tomo 48, Madrid 1889, págs. 112, 122 y 197.

⁴⁸ Sobre ello, FERNANDEZ RODRIGUEZ, T.R.: *La doctrina de los vicios de orden público*, IEAL, Madrid 1970 y, antes, “La doctrina de los vicios de orden público en el contencioso administrativo: Origen y evolución”, en *RAP, Revista de Administración Pública* núm. 56, 1968

disposición administrativa, aunque no lesione un derecho administrativo anterior perfecto, *vicio de forma, incompetencia por razón de la materia*⁴⁹.

La dogmática española más común en torno al acto es consecuencia de la incorporación de construcciones de inspiración francesa, italiana y alemana, simplificando mucho, supeditada a la recepción en España de la obra de Hauriou y O. Mayer y, finalmente, Ranelletti y Zanobini. Una síntesis de tales construcciones detecta dos corrientes en la primera en la dogmática española del siglo XX⁵⁰.

Por una parte, con origen en la obra de Hauriou (que prologa el texto), Fernández de Velasco ofreció un concepto estricto (*declaración unilateral y ejecutiva en virtud de la cual la administración tiende a crear, reconocer, modificar o extinguir una situación jurídica subjetiva*) asimilable al “acto jurídico unilateral y ejecutivo”, y un tratamiento completo del acto de cierto valor, respecto de la cual se ha señalado que, si es cierto que construye una noción aceptable de acto administrativo⁵¹, (excluyendo del mismo las normas administrativas y los actos de administración que no contiene declaraciones de derechos, los actos bilaterales y las operaciones materiales) no acertaba a incorporar los elementos de influencia alemana e italiana que se aprecian en la segunda parte de la definición (*crear reconocer modificar o extinguir situaciones jurídicas*) donde se manifiesta una “*confusa aproximación al estudio de la relación entre acto y negocio jurídico*”⁵². En una senda de igual mezcla de influencias, pero con un tono algo más anticuado, Segismundo Royo Villanova hablará de “*un hecho jurídico que por su procedencia emana de un funcionario administrativo; por su*

⁴⁹ Base XXVII de la Ley de Bases y art. 223 del Decreto de 31 de octubre de 1935. La Base LIX de la Ley de Bases de Régimen Local de 1945 no limita el motivo de recurso a la incompetencia por *razón de la materia*. Tampoco lo hace el art. 386. 3 del Decreto de 16 de diciembre de 1950 que aprueba el Texto Articulado de esta Ley de Bases.

El Texto Refundido de la Ley de lo contencioso administrativo (Decreto 8 de febrero de 1952) no modificó esta dualidad en el régimen de lo contencioso, puesto que el recurso de anulación *por incompetencia, vicio de forma o violación sustancial de ley o disposición administrativa* sólo se mantiene en materia provincia y municipal.

⁵⁰ *Vid.*, por todos, BARCELONA LLOP, J. : *Ejecutividad, ejecutoriedad y ejecución forzosa de los actos administrativos*, Universidad de Cantabria 1995; BETANCORT, A.. *El acto ejecutivo*, CEC, Madrid 1992.

⁵¹ Con alguna incongruencia. *Vid.* GALLEGO ANABITARTE: “La influencia extranjera en el derecho administrativo español desde 1950 a hoy” *RAP, Revista de Administración Pública*, 150, pag. 89.

⁵² BUSTILLO BOLADO, R. “El concepto de acto administrativo y la teoría del negocio jurídico”, en *Homenaje a Luis Rojo Ajuria*, Universidad de Cantabria, 2002 pag. 785 y ss.

naturaleza se concreta en una *declaración especial* y por su alcance, *afecta* positiva o negativamente, a los *derechos* de las personas”.

Por otro lado, ya a mediados de siglo, Ballbé incorporará una noción amplia importada en parte de cierta doctrina italiana, refiriendo el concepto a la *función administrativa* y ampliando su campo a “*cualquier acción, toda conducta, comportamiento, manifestación unilateral de voluntad*, de deseo de conocimiento o de juicio de *los órganos del Estado* o vicarios suyos en ejercicio de la *función administrativa* sujeta a derecho público”⁵³.

Estas dos líneas maestras se mueven entre la caracterización inicial de Mayer que expresamente acercó la noción de acto administrativo a la sentencia, y la visión de HAURIOU que optó por caracterizar el acto en términos que lo aproximaban al *acto jurídico* ejecutorio.

Aunque omitamos la referencia expresa a las definiciones sin número que dieron lugar a la “dispersión conceptual”⁵⁴ del acto en España (recuérdese que ni la Ley de Procedimiento de 1958 ni las posteriores incluyeron una noción legal), las definiciones más utilizadas incluyen una mención a (i) la conducta de la administración, (estricta *declaración* unilateral u otras conductas), (ii) al *contenido de la misma* (incluyendo o no, además de la voluntad, otros contenidos

⁵³ BALLBE PRUNES, M.: “Actos administrativos” *Nueva Enciclopedia Jurídica*, tomo II, 1950, pg. 297. De la referencia de BALLBE a los “órganos del Estado” y la consiguiente subrayado de que el acto administrativo “no se caracteriza tanto por su procedencia como por su sustancia” (*cit.* pág. 301) podían entenderse que el autor mantiene la posibilidad de actos administrativos subjetivamente extraños a la organización de la administración pública e incardinables en la esfera de acción de otros órganos del Estado. *Vid.* BOQUERA OLIVER, J: *Estudios sobre el acto administrativo*, Civitas, Madrid 1985, pg. 26.

⁵⁴ La expresión es de MEILÁN GIL, JL.: “El acto administrativo como categoría...”, *cit.* No es difícil apuntar algunas definiciones inespecíficas en la manualística previa a la Ley de Procedimiento Administrativo de 1958: GASCON Y MARIN, *Tratado de derecho administrativo*, Reus, Madrid 1948, pg. 180: “Acto que realiza una autoridad administrativa para lograr un efecto jurídico conducente al cumplimiento de su función pública”. Igualmente, se encuentran nociones demasiado amplias: A. GUAITA (“El concepto de acto administrativo” *REDA, Revista Española de Derecho Administrativo*, núm. 7, 1975), incluye prácticamente cualquier actuación administrativa y numerosos actos de los particulares.

Desde otro punto de vista, ciertas nociones incluyen en el concepto a los reglamentos (GARRIDO FALLA, ENTRENA CUESTA, BOQUERA OLIVER) mientras la mayoría afirman la distinta naturaleza jurídica de aquellos frente a los actos. Finalmente, ciertos autores sólo admiten en el concepto de acto las “*declaraciones de voluntad*” no la de los demás elementos (juicio, conocimiento, información...), mientras la noción hoy mayoritaria admite un contenido más amplio en la declaración unilateral.

tal como deseo, juicio, conocimiento...) y en tercer lugar (iii) una mención a los efectos *jurídicos* de la misma.

Como esta estructura se acercaba a la propia del negocio jurídico privado (declaración de la voluntad creadora de efectos jurídicos), también en España se realizó en *clave comercial* una construcción dogmática del acto, aunque no sin problemas⁵⁵. Tal incorporación fue notable en lo que se refiere al elemento “*declaración*”, (*instrumentum*) pero más problemática en cuanto afecta a los “*efectos*” jurídicos (*negotium*). Aun sin aceptar acriticamente las indicaciones expresas de la privatista (que reclamaba la aplicación de la idea de negocio jurídico a la nascente doctrina de los actos administrativos)⁵⁶, a la *declaración* se le dará contenido dogmático acudiendo a la doctrina del *acto jurídico*⁵⁷.

Las posteriores Leyes de la jurisdicción contenciosa y de procedimiento administrativo, coincidiendo ya con la evidente crisis de la teoría del negocio jurídico, modifican levemente el cariz dogmático del acto, centrando, simultáneamente la atención en *los efectos* (más que en la declaración) y en la dinámica de la *potestad administrativa*.

⁵⁵Recuérdese la tardía incorporación directa y expresa de la temática del negocio jurídico a nuestra civilística. DE CASTRO, F. en *El negocio jurídico*, Instituto Nacional de Estudios jurídicos, Madrid 1967 pg.21 .

⁵⁶ En el momento de mayor éxito de la doctrina del negocio jurídico, la doctrina civilista comenzó a calificar a ciertos actos administrativos de negocios jurídicos unilaterales. Vid. CAVALLARO, M.: *Gli elementi essenziali del provvedimento amministrativo*, Torino, 2021, pag. 18

⁵⁷ La notable aportación de la doctrina tuvo en la *Revista de Administración Pública*, su mejor exponente. Allí puede verse lo mejor de ésta inspiración anterior a las grandes leyes españolas de la década central del pasado siglo. El primer número de esa Revista (1950) ofrece ya una reconstrucción completa de la aplicación de la idea de negocio jurídico en el campo del derecho público desde KORMANN en adelante, a cargo de GARRIDO FALLA, F.: “Los motivos de impugnación del acto administrativo”, num. 17, 1955: Otras aportaciones del mismo autor “El tratamiento jurisprudencial de la discrecionalidad administrativa”, num. 13, 1954; “La llamada doctrina del silencio administrativo”, núm. 16 1955, “La impugnación de resoluciones administrativas de carácter general y la jurisprudencia del Tribunal Supremo”, núm. 6, 1951. En la misma *RAP*, MARTÍN RETORTILLO, S: “El exceso de poder como vicio del acto administrativo”, núm. 23, 1957; GUAITA, A.: “Eficacia del acto administrativo”, núm. 25 1958; VILLAR PALASÍ, J.: “La Federal Administrative Procedure Act de Estados Unidos”; “La doctrina del acto confirmatorio”, num. 8, 1952.

En la *Revista de Estudios de la Vida Local*, en época aproximada: MALLOL GARCIA, J.: “Nulidad del acto jurídico civil y del administrativo”, núm. 60, 1951, GONZALEZ BERENGUER J. “Sobre la ineficacia del acto administrativo declaratorio de derechos”, num. 167 1968; ENTRENA CUESTA, R.: “El acto administrativo complejo en la esfera local” num 95, 1957.

La Ley de la Jurisdicción contenciosa de 27 de diciembre de 1956⁵⁸ (LJ) contenía la *cristalización* del acto administrativo y permitió el desarrollo dogmático completo (hasta hoy) del concepto con apoyo en el derecho positivo. Por una parte, se establece allí la definitiva separación del régimen del acto respecto de la “*disposición administrativa de carácter general*” (reglamento), no sólo enunciados separadamente en el art. 1.1 de la Ley, sino también como *objetos* distintos de posible impugnación a través de diferentes mecanismos (por ejemplo, admisión de un recurso indirecto sólo contra disposiciones administrativas de carácter general, restricción de la legitimación para impugnar *directamente* tales disposiciones). Acto y reglamento se consagran como categorías diferentes, esencialmente diferentes, por proceder éste último a una “innovación” del ordenamiento jurídico y aquel a la simple “aplicación” del mismo, con la consiguiente incorporación del primero al sistema de fuentes, mientras del segundo se proclama su “*tipicidad*” y su “*consunción*”. Se rechaza el criterio de la generalidad de afectados, pues el ordenamiento admitirá el “acto plúrimo” el acto destinado a una generalidad indeterminada de sujetos.

Por otra parte, la enunciación explícita (art. 1) del concepto genérico de acto administrativo como “acto (*jurídico*) *unilateral*”⁵⁹ de la administración pública *sujeto a derecho administrativo*”, sitúa la idea de acto administrativo con referencia necesaria a alguno de los sujetos enumerados como “Administración Pública” en el art. 1-2, incluyendo la posibilidad de “*actos administrativos dictados por particulares cuando obren por delegación o como meros agentes o mandatarios*” de la Administración (art. 28 4. b), pero excluyendo los actos de otros poderes públicos.

⁵⁸ Sobre la “intrahistoria” de ésta fundamental Ley, vid. BASSOLS, M.: “La tramitación parlamentaria de la Ley de la Jurisdicción contenciosa de 1956: Modificaciones e innovaciones incorporadas” *RAP, Revista de Administración Pública*, 203, 309-341; FERNÁNDEZ TORRES, J.R.: *Historia Legal de la Jurisdicción Contencioso-administrativa* (1845-1998), Iustel, Madrid 2007 y, como actor principal de primera hora, GONZALEZ PEREZ, J.: *Comentarios a la Ley de la Jurisdicción contencioso administrativa*, (1ª Ed). Civitas, Madrid 1978. La participación de éste maestro, (tal como se reproduce después en su artículo “Evolución de la legislación contencioso administrativa”, *RAP, Revista de Administración Pública*, 150, pg. 222) fue, junto con M. Ballbé y el ministro Iturmendi, decisiva.

⁵⁹ Acto jurídico *unilateral*, puesto que también se atribuye, separadamente, a la jurisdicción contenciosa, el conocimiento del “cumplimiento, inteligencia resolución y efectos de *los contratos* cuando tuviesen por finalidad obras o servicios públicos”.

Adicionalmente, la Ley (recibiendo aquí la influencia de las doctrinas sobre la declaración de voluntad: *expresa, presunta, tácita*) manejaba un concepto de acto que pretendía incluir no sólo los *actos expresos*, manifestados por escrito, sino también los actos “*tácitos*”, resultado de “*cualquier otra forma de manifestación regulada por el derecho*” o los actos *presuntos*, resultado del silencio administrativo⁶⁰. Finalmente, se daba carta de naturaleza a las categorías recibidas: acto definitivo, acto de trámite cualificado (que decidan directa o indirectamente el fondo del asunto o hace imposible la tramitación), *acto que causan estado* (“no sean susceptibles de ulterior recurso ordinario en vía administrativa”), incluso la categoría de *acto político* o de gobierno (art. 2) respecto de los cuales se dice que son actos “esencialmente distintos, por ser una la función administrativa y otra la función política”.

La Ley renunció a enumerar los posibles vicios o defectos del acto administrativo para afirmar que la anulación es procedente cuando el acto “incurra en cualquier infracción del ordenamiento jurídico”, si bien introdujo una referencia positiva a otro elemento del acto (el fin) al aludir a la *desviación de poder* que define como “*ejercicio de potestades administrativas para fines distintos de los fijados en el ordenamiento jurídico*” (art. 83-3) entre las posibles infracciones jurídicas.

Al hacerlo así, con mención expresa a la potestad, resultaba evidente la conexión conceptual y positiva entre el *acto*, objeto material de recurso contencioso administrativo, y la *potestad* en cuanto tipo particular de poder jurídico. Tal conexión (que se mantendrá hasta el presente, recuperando el tratamiento que del término había realizado Santamaría de Paredes, y había introducido Ballbé en el concepto de acto) es elevada doctrinal y positivamente a *núcleo conceptual* del acto administrativo en España, bajo la influencia de Santi Romano, Ranelletti y Zanobini (a quien se atribuye la definición inicial de la que derivará después la noción más utilizada en España⁶¹).

⁶⁰ La Exposición de Motivos decía: “Se habla de acto, y no de acuerdo, resolución, providencia o de cualquier otro concepto semejante, por ser aquél más extenso y *comprender todas las manifestaciones* de la actividad administrativa. El acceso a la Jurisdicción contenciosa ha de ser posible cuando la Administración produce actos expresos y escritos, (y) también cuando revisten cualquier otra forma de manifestación regulada por el Derecho, o son tácitos o presuntos...”

⁶¹ “Cualquier declaración de voluntad, de deseo, de conocimiento o de juicio realizada por un sujeto de la administración pública en el ejercicio de una potestad administrativa”. El autor se cuida de señalar que tal definición procede sustancialmente de Ranelletti (vid. *Corso di diritto*

La crítica a la concepción negocial del acto administrativo fue formulada expresamente, un poco más tarde, por VILLAR PALASÍ y VILLAR EZCURRA⁶² reproduciendo las críticas que se habían formulado a la aplicación del negocio jurídico en el campo público: La producción de los efectos de la declaración no responde a la autonomía de la voluntad, sino a la aplicación del ordenamiento. El acto administrativo debe formularse en términos de **“ejercicio de potestades”** antes que en clave de “autonomía de la voluntad”. Y este parecía el concepto de la Ley de la Jurisdicción: Manifestación externa y unilateral de la administración (acto jurídico unilateral) en ejercicio de potestades administrativas, distintas de la potestad reglamentaria, y de los actos de ejercicio de la capacidad de obrar de la administración en régimen de derecho privado, que afecta unilateral y ejecutivamente a derechos e intereses legítimos y produce los efectos de la potestad ejercitada.

La otra gran Ley que estableció el régimen jurídico del acto, la Ley de Procedimiento Administrativo de 17 de julio de 1958, (LPA) gracias a la doctrina previa, prestó apoyo jurídico-positivo a las exposiciones de los “elementos” o *requisitos* del acto, más una regulación de la eficacia, validez y ejecución, que componían un régimen codificado del acto administrativo que ha sobrevivido hasta hoy⁶³.

amministrativi, VI. I, (6ª) Giuffré, Milano 1956 pg. 186) y, aunque incorpora a la declaración de voluntad otros contenidos, la hace depender del *ejercicio de una potestad* añadiendo que todos esos contenidos de la declaración “*son actos voluntarios*, actos que reciben su existencia de la voluntad de un sujeto administrativo”.

⁶² La crítica al negocio jurídico como explicación del acto había sido ya comenzada por J.L VILLAR PALASÍ en sus “Apuntes...” cit. en 1974. *Vid.*, posteriormente, VILLAR PALASÍ y VILLAR EZCURRA: *Principios de derecho administrativo, tomo II*, Universidad Complutense, Madrid 1982, pg.60. Una exposición en conjunto sobre ese punto en VELASCO CABALLERO, F. *Las cláusulas accesorias del acto administrativo*, Tecnos Madrid 1996 y antes, en su *Memoria de Tesis*, 1994.

La generalización de la categoría “potestades administrativas” (que no existe en otros derechos, al decir de GALLEGO ANABITARTE, *La influencia extranjera... cit.* pag. 97) ha sido muy intensa, y cuenta con respaldo legal expreso: *Vid.* art. 4 de la Ley 7/85 de Bases de Régimen Local. Por todos, SUÑÉ LLINÁS, E.: *La potestad, con especial referencia al derecho administrativo* (tesis) Universidad Complutense, Madrid 1985, los diferentes trabajos de DE LA CUÉTARA, M, (entre ellos, *Las potestades a administrativas*, Tecnos, Madrid 1986) y el más reciente GAMERO CASADO (dir) *La potestad administrativa*, Tirant lo Blanch, Valencia 2021

⁶³ La Exposición de Motivos de la Ley indicaba, a propósito de la regulación de los actos que “*se había evitado adscribirse a una determinada posición teórica o doctrinal*” ...*Vid.* GONZALEZ PEREZ, J.: *El procedimiento administrativo*, Publicaciones Abella, 1964. Otro de los grandes actores de la Ley, M. BALLBE había fallecido en 1961.

A falta de un concepto legal, se intuía en la ley que los actos administrativos son *actos unilaterales de la administración sujetos a derecho público* (arts. 40 y 44 que mencionaban respectivamente los actos administrativos y los actos de la administración sujetos a derecho público). En la Exposición de Motivos se mencionan las “*declaraciones de voluntad frente a los administrados*”: Esta asimilación parcial de la influencia civilística del acto jurídico era expresa. No obstante, aunque se reconoció que “*la actuación administrativa se descompone en actos de naturaleza distinta*”, tal constatación sólo llevó a oponer *resoluciones* (actos que ponen fin al procedimiento, art. 92) y *actos de trámite* (art. 113, actos de trámite que únicamente admiten recurso en tanto impidan la continuación del procedimiento, o produzcan indefensión), pero no fueron diferenciados los *actos negociales* y los *meros actos*, tal como comenzaba ya a suceder en la dogmática italiana, en función de si el contenido realmente crea modifica, extingue o regula situaciones jurídicas de los administrados.

La enumeración de los *requisitos* (así mencionados en la Ley) constituía una exposición del régimen de los elementos del acto: Elemento subjetivo (procedencia de un *órgano administrativo competente* -art. 40-), elemento formal (procedimiento y forma de manifestación - arts. 40 y 41, 43, este último con la exigencia de motivación expresa de ciertos actos-) contenido (art. 40-2: *El contenido de los actos se adecuará al ordenamiento jurídico*; art. 47 1 b, *actos de contenido imposible*), fin (art. 115, desviación de poder como vicio del acto) y causa (art. 40 adecuación del contenido al fin) ⁶⁴.

La descripción de la invalidez del acto, como carencia de requisitos en aquellos elementos, se vio complicada por la introducción de dos grados de invalidez⁶⁵ (a diferencia de la Ley de la Jurisdicción) con efectos diferentes según una histórica *reconstrucción* del derecho privado⁶⁶.

⁶⁴ El art. 6 del Decreto de 17 de junio de 1955 (Reglamento de Servicios de las Corporaciones Locales) decía, con mayor precisión: “*El contenido de los actos será congruente con los motivos y fines que los justifiquen*”. Tal requisito podría enumerarse dentro de las exigencias del *contenido* de los actos o suponer un elemento diferente (la causa). Es una de las razones de las diferentes sistemáticas utilizadas por la doctrina española en la enumeración de los elementos (y sus requisitos) de los actos.

⁶⁵ Según parece, por influencia de GARRIDO FALLA F.: Régimen *de impugnación de los actos...* que reproduce después en “Los motivos de impugnación...” ,*cit.*, RAP, núm.. 17 1955

⁶⁶ La mejor exposición de esta temática quizá fue y sigue siendo, SANTAMARÍA PASTOR, A: *La nulidad de pleno derecho...* *cit.*, IEA, Madrid (1ª ed) 1972.

La nulidad absoluta como excepción (incompetencia manifiesta por razón de la materia o del territorio, contenido imposible o delictivo, ausencia total o esencial de procedimiento o falta de requisitos esenciales en la manifestación de voluntad del órgano colegiado, art. 47 de la LPA), la nulidad relativa -anulabilidad- como regla (*cualquier otra infracción del ordenamiento*), y la existencia de ciertas irregularidades no invalidantes (defectos de forma que no ocasionen indefensión ni impidan al acto alcanzar su fin, actuaciones fuera de plazo, si no es esencial) diseñaban un cuadro de invalidez que quería tener relevancia a dos efectos.

Por una parte, al servicio de la agilidad y eficacia administrativa, “*la distinción entre nulidad y anulabilidad forzosamente habrá de reflejarse en las facultades de la administración*”, decía la Exposición de Motivos. Por eso “*superando viejas concepciones se le reconoce expresamente la facultad de declarar en cualquier momento la nulidad de sus actos en los casos taxativamente enumerados*”. La ley reconoce asimismo a la administración la potestad de revisar sus propios actos *declarativos de derechos por infracción manifiesta de Ley*, (con dictamen favorable del Consejo de Estado, al igual que en el caso anterior) en plazo de cuatro años, para terminar señalando: “*en los demás casos será la jurisdicción la que decidirá sobre la anulación de los actos*”⁶⁷.

Por otra parte, la segregación de la categoría de nulidad absoluta buscaba permitir la aplicación de las reglas de conservación de actos y en concreto la posibilidad *convalidación* de actos anulables, que, lógicamente con el contenido teórico de la categoría, no se admitía respecto de los actos afectados de nulidad absoluta (art. 53)⁶⁸.

Respecto de la eficacia⁶⁹ la LPA, aunque utilizando una terminología discutible (se habla de *eficacia*, de *inmediata efectividad* jurídica desde la fecha en que los

⁶⁷ Sobre el régimen de la revisión de oficio en la LPA de 1958 *vid.* BOCANEGRA SIERRA, R.: *La revisión de oficio de los actos administrativos*, IEAL, Madrid 1977.

⁶⁸ Tal esquema pervive en la actualidad y los importantes problemas que planteaba y plantea la diferenciación en dos grados de la invalidez del acto (se supone que con efecto declarativo y *ex tunc* la nulidad absoluta, eficacia constitutiva y alcance *ex nunc*, la anulabilidad) han comenzado a ser destacados. *Vid.*, por todos, la más reciente exposición de SANTAMARÍA PASTOR: “Proposiciones sobre la teoría y la regulación de la invalidez de los actos administrativos”, *RAP* núm. 213, 2020, pgs. 113 y sgs. El trabajo se ocupa también del problema *terminológico* de la eficacia e invalidez del acto, y es una llamada a reformular el derecho positivo recibido.

⁶⁹ GARRIDO FALLA: “La eficacia de los actos administrativos en la nueva Ley de Procedimiento”, *RAP* núm. 26, 1958; “Los actos administrativos en la Ley de Procedimiento administrativo” *Documentación Administrativa*, núm.10, 1958.

actos se dicten -salvo exigencia de aplazamiento por el contenido del acto, exigencia de notificación o aprobación superior-, pero se realiza un remisión a las *potestades de auto ejecución* de la administración) parece fundarla en la “presunción de legalidad” del acto (art. 45: los actos serán *válidos* y producirán efecto desde la fecha en que se dicten...), a la cual no se presta ninguna atención especial en la Exposición de Motivos. Simplemente allí, se encuentra una mención a la “**decisión ejecutiva**”, que recuerda a HAURIUO,⁷⁰ porque inmediatamente se pasa a enunciar las consecuencias de la ausencia de “*decisión previa*”: “Con carácter fundamental se *consagra el principio de régimen administrativo que exige la **decisión previa** para que la administración pueda emprender cualquier actuación material* (que limite derechos de los particulares, art. 100). *Si no existe **decisión ejecutiva** los particulares afectados por la actuación material podrán recurrir a la jurisdicción ordinaria incluso a través del procedimiento interdictal para defenderse de ella*”⁷¹.

En cualquier caso, aquella sistemática no impide apreciar que, si todos los actos son ejecutivos (en el sentido de que la Administración no necesita el pronunciamiento declarativo judicial previo sobre la legalidad de sus actos administrativos, ni siquiera la firmeza de los mismos), no todos son *ejecutorios*, pues esta condición (que permite la ejecución forzosa por la propia administración, salvo que la ley exija la intervención de los tribunales) sólo es aplicable a los actos que impongan una obligación de satisfacer cantidad líquida, impongan una obligación no personalísima de hacer, una obligación

⁷⁰ Sobre cómo el maestro de Toulouse construye la decisión ejecutoria, a partir de Laferriere, Daresté (“la puissance publique a la *présomption pour elle*. Elle n'a pas besoin de demander un titre authentique et exécutoire, elle donne elle-même, à ses propres actes, l'authenticité et la force d'exécution) y Chauveau (que es quien formula la aseveración, pero refiriéndose a la decisiones contenciosas, “*les décisions administratives produisent les mêmes effets et doivent obtenir la même exécution que celles émanées de l'autorité judiciaire, qu'elles sont exécutoires sans visa ni mandement des tribunaux judiciaires*”), vid DARCY, G : “La décision exécutoire, esquisse méthodologique”, AJDA, 1994, pg. 663-678

⁷¹ El tratamiento de la presunción de legitimidad, la eficacia, la ejecutividad y la ejecutoriedad del acto en la LPA podrían explicarse teniendo en cuenta estas confesiones del legislador de la LPA. El Prefacio de HAURIUO a la octava edición de su *Précis de droit administratif* Sirey, París 1914 y las referencias iniciales al “régimen administrativo”, así como a la acción directa (pag.s 23 24) más el contenido de la 11ª edición del mismo, sugieren que las menciones de la Exposición de Motivos de la LPA no son casuales.

El planteamiento la Ley permitirá después la reconstrucción dogmática en España, a base de enunciar la posición jurídica de la Administración en régimen de derecho administrativo como *autotutela declarativa y ejecutiva*: GARCIA DE ENTERRIA, E. y FERNANDEZ RODRIGUEZ: *Curso...* cit., pg. 405 y antes, del primer autor, “La formación histórica del principio de autotutela de la Administración”, *Moneda y Crédito*, 1974.

personalísima de no hacer o de hacer, por que esos son los supuestos (arts. 102 y ss de la LPA, hoy, arts. 100 y ss de la Ley 39/2015) en los que la administración emplea medios de ejecución forzosa⁷².

2. Acto administrativo como acto jurídico: Relativa contención de la noción funcional del acto administrativo en la primera jurisprudencia.

El juego conjunto de las dos Leyes comentadas dio lugar a una jurisprudencia que se enfrentó en primer lugar, a la *identificación* del acto. La LJ partía de un concepto muy amplio de acto administrativo, mientras la LPA parecía distanciar de aquél las simples “operaciones administrativas” (*actividad material y actividad no decisoria*). Mientras que la LPA optaba por una regulación estricta del “*instrumentum*” (aunque admitió los actos no manifestados por escrito) y el *negotium* del acto jurídico (acto administrativo como *regulador* de una situación jurídica concreta), la LJ admitió como revisable otra serie de conductas en las que, por una parte, el *instrumentum* del acto jurídico no se ajustaba a una declaración expresa, y por otra, el *negotium* parece difuminarse. Así, si se admitieron los actos *tácitos*⁷³, durante algún tiempo confundidos con los actos presuntos (silencio administrativo), se afirmó que “el recurso jurisdiccional se da contra los actos administrativos y éstos *por ser actos jurídicos exigen una declaración, generalmente de voluntad, expresa o presunta, dimanante de la Administración* y por ello de la revisión jurisdiccional, deben excluirse las meras situaciones de facto como la invocada en el recurso (pues) *tal declaración puede provocarla el administrado postulando que se deje sin efecto la ocupación que no juzgue ajustada a Derecho*”⁷⁴.

⁷² No puede omitirse que una muy importante ley, la Ley General Tributaria (1963) daba otra noción de acto, limitando la presunción de legalidad a los “*actos de determinación de las bases y deudas tributarias*”, presunción que “sólo podrá destruirse mediante revisión, revocación o anulación practicada de oficio o a virtud de los recursos pertinentes” (art. 9) al tiempo que le otorgaba el carácter de *título* que “tendrá la misma fuerza ejecutiva que la sentencia judicial para proceder contra los bienes y derechos de los deudores” (art. 129).

⁷³ Actos tácitos que en ocasiones tenían reconocimiento expreso normativo y jurisprudencial a propósito de la afectación de bienes al dominio público o recepción *tácita* de una obra pública o de urbanización *siempre que la Administración ha tomado efectivamente posesión de la obra ejecutada y ésta se ha entregado al uso público*.

⁷⁴ Sentencia del Tribunal Supremo de 20 de mayo de 1977: Se estima procedente el recurso frente a la denegación por silencio (acto presunto) y no se aprecia acto tácito en una reiterada *ocupación indebida*.

Por otra parte, respecto al *negotium* del acto, alguna sentencia inicial⁷⁵ tras definir el acto administrativo (“*conducta voluntaria de un órgano de la Administración en ejercicio de un poder público, de la que resulta la aplicación de normas jurídicas a un caso concreto*”) separa **la decisión** (“que constituye la esencia del acto administrativo”) de la simple **comunicación** de un pensamiento, un criterio o una información de la Administración, que “no define situaciones jurídicas individuales determinadas mediante aplicación de normas, y por tanto, ni supone acto administrativo, ni admite revisión jurisdiccional”.

Se distingue así entre el contenido de la LPA (que manejaba el concepto de decisión) y el contenido de la Ley de la Jurisdicción. La doctrina expansiva ínsita en la LJ no se aplicó a las simples “comunicaciones” y respuestas a consultas del administrado. Con relación a ellas o bien no se apreció la existencia de “potestad” (la simple comunicación o respuesta a una consulta no “obliga”) o bien no se entendieron revisables por no entrar en el contenido de la función jurisdiccional “corregir” o adoptar criterios interpretativos generales⁷⁶.

Problemática similar se planteó respecto a las “medidas internas”, circulares, instrucciones y órdenes de servicio que, cuando se mantenían en la pura esfera interna de la potestad doméstica, si dieron en alguna ocasión lugar a recurso no fue sin “*poner en entredicho el concepto estricto de acto administrativo y todo su régimen jurídico: las circulares, instrucciones —y, ahora, órdenes de servicio— no se notifican a sus destinatarios, no se expresan los recursos que proceden frente a ellas, no son actos de trámite que no permitan su impugnación separadamente de la resolución, sino que constituyen un acto terminal, un mandato elaborado sin ajustarse a procedimiento alguno que en caso de*

⁷⁵ La recordada, por ejemplo, por Martín BASSOLS, de 6 de noviembre de 1959, (apenas un año después de la vigencia de la Ley, 1 de noviembre 1958). Vid. “El tratamiento jurisprudencial de la Ley de Procedimiento Administrativo”, *Documentación Administrativa*, núm. 62-63, 1963, pg. 49 y ss. Añade que, en igual sentido restrictivo se pronuncian otras sentencias de 26 de diciembre de 1959, 16 de marzo de 1960, 7 y 17 de noviembre de 1961.

⁷⁶ FALCÓN Y TELLA, R.: “Consultas vinculantes y jurisprudencia”. *Revista Quincena Fiscal* núm.. 9/1997. Ya antes, NIETO, A.: “Las consultas a la administración”. *REDA, Revista Española de Derecho Administrativo*, núm.. 8/1976

incumplimiento —por sus destinatarios— no podrá dar lugar a la ejecución forzosa”⁷⁷ .

III. EL IMPACTO DE LA CONSTITUCIÓN. EL DERECHO A LA TUTELA JUDICIAL EFECTIVA Y LA DOCTRINA DEL ACTO ADMINISTRATIVO EN ESPAÑA.

1.-Ampliación, identificación, distinción en el acto administrativo.

Al igual que la vigente Constitución Italiana, la Constitución Española de 1978 (CE) menciona el acto administrativo, y, adicionalmente, la jurisdicción contenciosa y el procedimiento administrativo (arts. 153 y 105): Un *régimen administratif* bien caracterizado. Por otra parte, es patente la asunción de la construcción de la posición jurídica de la Administración a través de la idea de “potestad” (art. 106, art. 45) y, en particular, la potestad de autotutela que se considera implícita en la idea de que *la Administración sirve los intereses generales* (STC 22/84 de 17 de febrero, fdo. jdo. 4º).

La vigencia de las anteriores LPA y LJ no fue más que puntualmente puesta en duda; tampoco lo fue la entera construcción de un moderno derecho administrativo que se había realizado desde la década de los años 70, sobre la base de entender que tal *régimen administratif* implicaba una posición jurídica peculiar de la administración frente al poder judicial (autotutela declarativa y ejecutiva) y ante el ordenamiento (legalidad, vinculación positiva).

Con tales líneas, la otra vertiente del acto administrativo⁷⁸, la tutela judicial, formulada como derecho fundamental (art. 24 CE), se sobrepuso al mero control objetivo de la legalidad administrativa, también enunciado en el art. 106 CE (“*los tribunales controlan la legalidad de la actuación administrativa...*”).

⁷⁷ MORENO REBATO, M.: “Circulares, instrucciones y órdenes de servicio: naturaleza y régimen jurídico” *RAP*, num. 147, 1998,

⁷⁸ Sobre el tratamiento doctrinal en la actualidad, vid. VELASCO CABALLERO, F. (2017): “El acto administrativo: concepto, clases y contenido”, en GAMERO CASADO, E. (dir.): *Tratado de Procedimiento Administrativo Común y Régimen Jurídico Básico del Sector Público*, tomo II, págs. 1.757 Tirant Lo Blanch, Valencia.; PAREJO ALFONSO, L. : “Algunas reflexiones sobre la vigencia de la noción de acto administrativo en el Derecho Administrativo español”, en REBOLLO PUIG, M.; LÓPEZ BENÍTEZ, M.; CARBONELL PORRAS, E. (coords.): *Régimen jurídico básico de las Administraciones Públicas. Libro homenaje al profesor Luis Cosculluela*, págs. 471-502. Madrid, lustel, 2015.

Puesto que el derecho a la tutela judicial no estaba debidamente atendido por la LJ preconstitucional, además de entenderse inconstitucionales cualesquiera exenciones de control respecto de la actuación administrativa (comenzando por las expresamente contenidas en la LJ de 1956), el derecho de acceso a la jurisdicción implicó reinterpretar el contenido de la LJ, y, por tanto, la idea misma de acto. Aquella Ley sólo admitía recurso frente a actos o normas reglamentarias (más los supuestos de acto presunto, por aplicación de silencio administrativo) por lo que frente a una actuación “no declarativa” no existía tutela judicial. Tampoco frente a la mera “inactividad” de la administración, que debía transformarse en inactividad formal resolutoria (silencio administrativo) a fin de acceder al recurso.

Ello motivó que el TC (STC 160/91 de 18 de julio) se viese obligado a entender que *“en la expresión actos de la administración pública sujetos derechos administrativo que definen el objeto del recurso contencioso han de entenderse comprendidos los actos expresos, tácitos y presuntos y las actuaciones de la administración que constituyen simple vía de hecho”*⁷⁹.

El *acto tácito*⁸⁰ recupera así un papel antes impensable. Posteriormente, ya vigente un nuevo texto de procedimiento (y una nueva ley de la jurisdicción, la Ley 29/1998 de 13 de junio), la noción será aplicada con decisión, por la jurisprudencia del Tribunal Supremo (por ejemplo, STS 14/06/2010 ECLI: ES:TS:2010:3715, impugnación de la *materialidad*, de la realización de una

⁷⁹ La Sala de lo Contencioso de Valladolid había inadmitido un recurso frente a actuaciones materiales, entendiéndolo que no existía acto. El Abogado del Estado ante el TC respalda esta opción, afirmando que la jurisdicción contenciosa sólo tiene jurisdicción frente a *actos*. El TC falla advirtiendo que frente a una actuación material, o se aplica la doctrina del acto tácito y se entiende que hay una declaración de voluntad implícita, o dicha actuación constituye una vía de hecho que posibilita el recurso.

Esta problemática (actuaciones materiales de fuerzas policiales) ya se había planteado en el asunto “Capuchinos de Sarriá” que fue comentado por FERNANDEZ RODRIGUEZ, T.: “La medidas de policía su exteriorización e impugnación” RAP Nº 61, 1970,

⁸⁰ Ya en la STS de 18 de octubre de 1986 (ECLI:ES:TS:1986:5576) el Tribunal Supremo, admitió que en “el preámbulo de la Ley de la Jurisdicción se habla de acto y no de acuerdo, resolución o providencia o cualquier otro concepto semejante, *por ser aquél más extenso y comprender todas las manifestaciones de la actividad administrativa*”. La simple extinción *de facto* de una relación de servicios interina (finalizado el periodo contratado) se consideró acto tácito.

campaña institucional de propaganda prohibida por la normativa electoral, respecto de la que no se impugna acuerdo o acto expreso, que no se localiza⁸¹)

Pero aún más, por las mismas razones, el TC se vio obligado a extender esa noción a supuestos en los que ni siquiera existía actuación material, sino pura *inactividad* administrativa. De nuevo citando la Exposición de Motivos de la LJ y contra la opinión del Abogado del Estado y el Ministerio Fiscal (que justifican que, en aquel momento, *la inejecución de una obligación legal o de un anterior acto* no tenía tutela judicial), la STC 294/1994, de 7 de noviembre, afirma que en “la negativa de la Administración al cumplimiento de su deuda pecuniaria, visto el tiempo transcurrido (desde 1986) sin que en los Presupuestos Generales del Estado se incluyeran partidas suficientes, y los muchos años transcurridos desde la entrada en vigor de la Ley que generó dicha obligación” existiría, “*un acto tácito*, esto es, producido por *facta concludentia* que indica de forma unívoca la existencia de una resolución administrativa”⁸².

A esta tarea de *ampliación* del concepto de acto a los efectos de su impugnación contenciosa se sumó la vigencia de la nueva LJ, cuya Exposición de Motivos decía querer reformular el tradicional objeto del recurso contencioso. Transformado definitivamente el objeto del proceso contencioso hacia las pretensiones frente a la actuación administrativa y no hacia las categorías jurídicas, pierde interés el concepto de acto que se desdibuja completamente. En particular, pierde importancia la distinción entre acto y *hecho jurídico*, la noción de “declaración”, el que se trate de un acto formal o no formal, expreso o tácito, definitivo o de trámite...⁸³.

Una similar actitud se aprecia en la jurisprudencia cuando se trata de *identificar* lo que constituye acto, incluso dentro de la actividad formalmente declarativa de

⁸¹La Sentencia impugnada en casación decía: “la decisión de realizar una campaña de estas características no es un mero acto de trámite, sino *un acto sustancial que es plasmación de la voluntad administrativa y que, por ello, puede ser impugnado en la medida en que incorpora el núcleo de la decisión del órgano correspondiente*”.

⁸² En el contexto normativo del derecho de los vecinos a exigir la prestación de servicios municipales obligatorios, *vid.* QUINTANA LÓPEZ, T.: “La inactividad de la Administración como acto administrativo tácito”, en *Poder Judicial*, 36, 1994, pp. 415-418

⁸³ Una certera exposición sobre cómo la LJ incide en la categoría acto en BETANCORT, A.: “Revisión de la categoría acto a la luz de la evolución de la jurisdicción contencioso-administrativa” en *Revista Jurídica de Castilla y León*, núm.. 26 2012, El autor concluye. “*tal vez estamos viviendo la muerte del acto administrativo como categoría central del derecho administrativo*”.

la administración. Ahora el criterio de distinción se traslada del *instrumentum* de expresión, al *negotium* (contenido y efectos). Las respuestas a consultas que ofrecía la administración en el campo urbanístico o tributario no se consideraron acto porque les faltaría el requisito de ser ejercicio de una potestad administrativa y responder más bien a un *deber de información y asistencia al administrado* en el cumplimiento de obligaciones o en el ejercicio de sus derechos⁸⁴. Sin embargo, algún pronunciamiento, apreciando un efecto jurídico sobre la totalidad del sector al que se dirige la contestación a una consulta,⁸⁵ ha considerado que la misma *resulta impugnabile* en la medida en que “impone una obligación de hacer, con tal fuerza que su desconocimiento puede ser objeto de inspección y sanción, con lo que *para esos terceros distintos de la consultante* ya no se está en el ámbito de la mera información y asistencia al ciudadano”.

Como ciertas declaraciones de la administración no tienen un carácter “regulador” directo de la conducta del administrado, su repercusión sobre la situación jurídica del afectado es indirecta. Tales *comunicaciones o informaciones* pueden dar lugar a importantes efectos materiales ¿su tratamiento debe ser el propio del acto administrativo, con admisión de recurso contencioso? Esta es la problemática reciente de las “advertencias” de los organismos reguladores del mercado de valores⁸⁶ que señalan a ciertos operadores como “no autorizados” o identifican en determinadas prácticas o productos, riesgos o peligros para ciertos inversores. Es también, en parte, la problemática de ciertas “alertas” alimentarias. Calificar estas acciones de *acto administrativo*, siempre

⁸⁴ En ocasiones, la legalidad se cuida de señalar expresamente que la intervención administrativa se produce “sin carácter de acto administrativo”. Vid. Ley 44/2002: “Los servicios de reclamaciones del Banco de España, la Comisión Nacional del Mercado de Valores y la Dirección General de Seguros y Fondos de Pensiones *resolverán las quejas y reclamaciones a las que se refiere el apartado anterior, mediante informes motivados, que no tendrán en ningún caso carácter de acto administrativo recurrible* (art. 30-a Ley 44/2002 de Reforma mercados financieros)

⁸⁵ Sentencia Audiencia Nacional de 4 de diciembre de 2013, ECLI:ES:AN:2013:5161. Se trata de una respuesta a una consulta de un operador, que ordena “poner en conocimiento” de todos los ellos el criterio mantenido, con la advertencia de que si facturan de forma contraria incumplirían una obligación de derecho público susceptible de inspección y sanción. La sentencia, afirma la *ausencia de potestad*, por falta de atribución legal, y con ello anula la actuación del regulador.

⁸⁶ El supervisor español de los mercados financieros, la CNMV actúa sujeto a las leyes administrativas y entre sus funciones tiene atribuida la de “*realizar advertencias públicas*” respecto de ciertas conductas de operadores que no respeten lo previsto en la Ley del Mercado de Valores. En otro modelo de jurisdicción contenciosa, el *Conseil d’Etat* francés ha finalmente considerado “acto” este conjunto de actuaciones del regulador financiero (no sin previa intervención del Tribunal de Conflictos). Vid. CE, 21 mars 2016, *Fairvesta*.

que respondan a una *potestad* previamente atribuida por el ordenamiento, e impongan consecuencias jurídicas directas, no parece conflictivo. A falta de atribución previa de competencia/potestad en el organismo administrativo que realiza determinadas comunicaciones, informaciones o respuestas, tal conducta merece el calificativo de *vía de hecho*, y así debería ser tratada. Y si la competencia existe, debe examinarse si tal actuación no decisoria “*enuncia prescripciones individuales respecto de las cuales la autoridad pueda posteriormente censurar su desconocimiento*”⁸⁷

La necesidad de *distinguir* si la noción de acto se utiliza a efectos contenciosos o no resulta patente. La definición de la “*actividad administrativa impugnabile*” que formula el art. 25 de la LJ conduce necesariamente a la expansión de la noción de acto como objeto del recurso contencioso: El campo de la impugnación de la inactividad administrativa y la actividad material sólo procede “*en los términos establecidos en esta ley*” (LJ) mientras que si una actuación administrativa puede ser calificada de “acto”, el recurso será siempre admisible. En el amplio arco de conductas de la administración que van desde la inactividad a las comunicaciones e informaciones, declaraciones, decisiones y llega hasta la actividad material y la *vía de hecho*, la reubicación de la noción de acto administrativo⁸⁸ parece depender de la *necesidad de dar tutela a las pretensiones del ciudadano* frente a cualesquiera de esas manifestaciones.

Tal actitud, bien intencionada, puede producir efectos perversos. Si el TC ha admitido, por ejemplo, que puede defenderse la pretensión de que “*se declare ilícita, -ilegal- la difusión, por cuenta de la administración de un video-reportaje perjudicial*” para un administrado (STC 45/2008, de 10 de marzo), sin invocar acto tácito alguno, sino *vía de hecho* (por cuanto la administración carece de competencia para realizar tal conducta), no siempre se debería tender a

⁸⁷ Vid. el pronunciamiento del *Conseil d’Etat* citado en nota anterior. Sobre la evolución del derecho europeo (cuyo sistema de control judicial se aproxima bastante al modelo francés) en este punto del control judicial del “derecho blando”, vid. las Conclusiones del Abogado General en MICHAL BOBEK en asunto C-16/16 P.

⁸⁸ Esta es la temática, como se ve, de si deberíamos diferenciar dogmáticamente, en el derecho español, entre “actos administrativos” y “los otros actos”. Vid. sobre ello, GONZALEZ BOTIJA, F.: “Los otros actos administrativos y su acceso a la jurisdicción contencioso administrativa” *RAP*, núm.. 167 (2005)

calificarse la actividad previa, cuando existe, como acto administrativo⁸⁹. Especialmente cuando tal “actitud” opera *contra la pretensión realmente ejercitada*: Si esta no se dirige contra ningún acto, pero aparece cierta actividad declarativa previa de la administración, totalmente irregular (muy alejada material y formalmente de los requisitos de un acto), que el tribunal la califica de acto, el hecho de no haberle dado el recurrente esa consideración y no recurrir expresamente contra él, ocasionará la inadmisión del recurso (vid. STC 228/2006)⁹⁰.

2. En los confines de la autotutela

Al margen de la tutela judicial, la *identificación* del acto por sus efectos adquiere trascendencia porque calificar de acto administrativo ciertas actuaciones de la administración es admitir que la administración ejerce *potestades de autotutela* allí donde, quizá, el ordenamiento no la ha atribuido. Forzar la noción *procesal* de acto, ofrecer tutela judicial contencioso administrativa frente a tales

⁸⁹ Bien se aprecia que la presión de la jurisprudencia sobre la noción de acto responde, en España, al todavía escueto desarrollo normativo y práctico de esas otras acciones -pretensiones frente a la actuación administrativa. Sobre ello, vid. GONZÁLEZ-VARAS, S.: *Contencioso administrativo: Praxis y propuestas*, Aranzadi, 2019.

⁹⁰ Contra la opinión del Ministerio Fiscal, el Tribunal afirma que la interpretación de la jurisdicción contenciosa, inadmitiendo el recurso, fue correcta. Pero lo hace sobre la base de la siguiente argumentación: “En efecto, el art. 29.1 LJCA contempla como presupuesto del recurso contra la inactividad que la Administración no hubiera dado cumplimiento a la solicitud de realizar una prestación, debida en virtud de una disposición general que no precise de actos de aplicación, de un acto, de un contrato o de un convenio... El precepto no establece explícitamente que una respuesta expresa denegatoria de lo pedido en vía administrativa impida deducir el recurso jurisdiccional contra la inactividad. Cabe, pues, una interpretación del art. 29.1 LJCA en el sentido de que la simple existencia de una denegación expresa de lo solicitado no se erige, por sí misma, en obstáculo impeditivo de un pronunciamiento jurisdiccional de fondo en el recurso contra la inactividad administrativa. Ello es lo que parece deducirse del preámbulo de la Ley de la jurisdicción contencioso-administrativa, que subraya que la carga de reclamar a la Administración con carácter previo al recurso contra su inactividad no convierte a éste en un recurso “contra la desestimación, en su caso por silencio, de tales reclamaciones” y que niega que “la falta de estimación total o parcial, de la reclamación ... constituyan auténticos actos expresos o presuntos”. No puede desconocerse, sin embargo, que cabe entender igualmente que cuando la Administración da una respuesta motivada, mediante la que niega el derecho del solicitante a obtener la prestación administrativa interesada, aquélla dicta un acto expreso, objeto típico de las pretensiones a que se refiere el art. 25.1 LJCA, lo que supone la negación de que concurren los presupuestos legales (art. 29.1 LJCA) para que sea deducible el recurso contencioso-administrativo contra la inactividad de la Administración, de forma tal que la cuestión haya de ser planteada ante el órgano contencioso-administrativo, acudiendo al esquema impugnatorio de la resolución o acto denegatorio”. Esta segunda interpretación pareció también admisible al TC. Sucede que, en el caso, el aparente “acto denegatorio” era una simple carta, sin indicación alguna de su carácter resolutorio, ni indicación del recurso, ni plazo para ejercitarlo, ni órgano ante el que recurrir, sin que tampoco se aprecie suficiente indicación del órgano resolutorio., ni el fundamento de su competencia, ni motivación alguna...

actuaciones con un concepto “amplio”, vago e indefinido de acto administrativo, tiene este riesgo.

En la jurisprudencia, esta problemática aparece al menos en dos clases de cuestiones. Por una parte, en aquellos supuestos en los que se trataba de *reclamar a los administrados responsabilidad civil* por daños a ciertos bienes demaniales, allí donde no existía una administrativización completa y expresa atribución de la potestad para decidir esas indemnizaciones *ejecutiva y ejecutoriamente*⁹¹. En ausencia de tal previsión legal respecto de ciertos bienes demaniales municipales, las administraciones dictaron actos administrativos determinando la existencia de la responsabilidad (declarando la culpa) y la cuantía de la indemnización (puro ejercicio, pues, de *potestad jurisdiccional*) que obligaron a los afectados a recurrir *como si de un acto* se tratase, aunque, en realidad, tal acto no existía, pues, en buen derecho, *era la administración* quien estaba obligada a acudir a la jurisdicción civil⁹².

El otro conjunto de supuestos tiene que ver con la muy confusa cuestión de los derechos de tanteo y retracto que la ordenación sectorial habilita a la administración para ejercer en ciertos casos. El régimen positivo hace que alguno de ellos (no totalmente “administrativizados” mediante la previsión expresa de autotutela para su ejercicio) deban ser aplicados por la

⁹¹ Por ejemplo, art. 100 Ley Ley 22/88 de Costas, indemnizaciones fijadas *ejecutoriamente* por la administración, art. 118 del Real Decreto Legislativo 1/2000, Ley de Aguas, *se fijarán ejecutoriamente las indemnizaciones*. La Ley 40/2015, art. 28-2 ha generalizado tal potestad cuando el daño es resultado de infracción administrativa: “la indemnización por los daños y perjuicios causados, que *será determinada y exigida por el órgano al que corresponda el ejercicio de la potestad sancionadora*..

⁹² Recordemos al menos dos casos: STSJ Andalucía, (Asunto *Boliden Anazcollar*) de 25 de noviembre de 2008: el art. 81 de la Ley de Minas entonces vigente (*el poseedor de los derechos mineros es responsable de daños y perjuicios que ocasionen sus trabajos*) “no otorga competencia de autotutela alguna a la Administración para resarcirse de los gastos y costes que se reclaman en el Acuerdo impugnado... En ningún caso, se otorga competencia a la Administración para exigir, sin necesidad de acudir a los tribunales de justicia, el reintegro de los daños sufridos”, doctrina que ratifica la STS de 11 noviembre 2011: “el artículo 81 de la Ley de Minas *no confiere una potestad de autotutela declarativa (...)* la Administración *no está habilitada por el artículo 81 de la Ley de Minas para declarar la responsabilidad* de las entidades mercantiles.. con el fin de reembolsar los costes y gastos realizados subsidiariamente por la propia Administración”. No era aplicable al caso, en fin, la Ley 26/2007 de responsabilidad medioambiental, como declara correctamente la sentencia de instancia.

Con relación a los bienes demaniales de los municipios, a jurisprudencia era constante: STS de 13 de octubre 1986: *La indemnización de los daños causados por particulares en el dominio público en ausencia de norma legal expresa en contrario, es una cuestión civil, pues la Administración carece de facultades para determinar la responsabilidad derivada de dichos daños, cuyo pronunciamiento corresponde a la Jurisdicción civil*.

administración *ejerciendo la acción civil de retracto* ante esa jurisdicción (art. 249. 7 Ley Enjuiciamiento Civil). En otras ocasiones se discute *si el acto administrativo* que pretende ejercitar ese derecho atribuido por la legislación sectorial es título suficiente para acceder al registro de la propiedad⁹³. En cualquier caso, suelen aparecer “actos administrativos” que pretenden ser ejercicio de autotutela declarativa, sustituyendo al juez civil, de no muy clara inserción en el ordenamiento. El acto jurídico de la administración no siempre puede, a la vista del derecho positivo, ser calificado de “acto administrativo” pues no resulta ni mucho menos claro si la administración dispone de potestades de autotutela expresamente otorgadas por la legalidad aplicable⁹⁴ o simplemente es titular de un derecho de retracto cuya acción debe ejercitarse ante la jurisdicción ordinaria.

Estos supuestos revelan un aspecto particular de la dogmática del acto administrativo que sólo recientemente ha llamado la atención de la doctrina en España: La necesidad de aplicar la reserva de ley para configurar potestades de

⁹³ La doctrina de la Dirección General de Registros y Notariado, y las calificaciones de los Registradores se orientan en sentido negativo: El acto administrativo, ejecutivo y ejecutorio *no es el modo de ejercicio alguno de tales retractos*, negando la inscripción del acto en el Registro de la Propiedad: “El hecho de que un derecho de retracto tenga su origen en una norma administrativa, *no trae como consecuencia obligada que pueda ejercitarse mediante un procedimiento meramente administrativo*, pues, como ha dicho el Tribunal Supremo (cfr. Sentencia de 10 de junio de 1988) deben distinguirse los llamados «actos de la administración» de los «actos administrativos» pues, sentado que sólo estos últimos son susceptibles de la vía administrativa, dicha calificación la merecen solamente aquellos actos que, junto al requisito de emanar de la Administración Pública, sean consecuencia de un actuar de ésta con facultad de «imperium» o en el ejercicio de una potestad ...” (Resolución de la DGRN de 16 de mayo de 2007 (BOE: 21-JUN-07).

Vid., por todos, MORILLO VELARDE, J.I.: “Los retractos legales a favor de las administraciones públicas” *RAP* 165, (2004), el más reciente PUÑET GOMEZ, P.: “Notas sobre la naturaleza jurídica de los derechos administrativos de adquisición preferente: repercusiones prácticas” en la *Revista Andaluza de Administración Pública*, num. 81 (2011) y el *Informe de la Viceconsejería de Régimen Jurídico del Gobierno Vasco 29/2020 sobre la interpretación del art. 67 de la Ley de Vivienda de esa Comunidad Autónoma*, de 27 de abril de 2020, en la web https://www.euskadi.eus/contenidos/informacion/informes_legislativo_2018/es_def/adjuntos/ddl_cn_2020_-29-.pdf

⁹⁴ En ocasiones se ha configurado algún derecho de tanteo y retracto como “*ejercicio de potestad expropiatoria*” (vid ÁLVAREZ MARTÍN: “Notas sobre el retracto administrativo y su régimen jurídico”, en *Revista de Estudios de la Vida Local*, num. 240 (1988), lo cual resulta posible a la vista de la regulación de estos derechos en materia de patrimonio histórico, artístico y arqueológico en la Ley de Expropiación Forzosa, (art. 81) que, además, (art. 84) salvaguarda la intervención de la jurisdicción contencioso-administrativa. Si no se ejerce otra *potestad de autotutela expresamente configurada* por la legislación positiva, el acto administrativo que pretenda dar por ejercitado el derecho de retracto, sin acudir a ejercitar la acción de retracto en la vía civil, solo puede ser “privación singular acordada imperativamente”, lo cual obliga a tramitar el ejercicio del retracto conforme a la Ley de Expropiación Forzosa.

autotutela declarativa, cuando se trata de afectar la esfera jurídica de los ciudadanos mediante acto administrativo⁹⁵. Y con ello, agotando en la historia un giro completo, la necesidad de redefinir y aplicar sistemáticamente la distinción entre *acto de la administración* y acto administrativo, que parece oscurecerse dada la ampliación del concepto que se ha producido entre nosotros⁹⁶.

3. Conclusión: Crisis y reconstrucción dogmática del acto administrativo en el derecho español.

Una línea dogmática alternativa a la usual, busca hoy reencontrar, sobre bases de la dogmática alemana⁹⁷ algún criterio de *identificación* del acto por su carácter regulador (volver a MAYER, a la aproximación del acto a la sentencia, cómo enunciaba en España la Ley General Tributaria en 1963), y diferenciarlo del resto de la actividad administrativa.

Junto a ello, otra línea se preocupa por depurar el régimen legal recibido, comenzando por la "*presunción de legalidad*" que, formulada positivamente en España (art. 39 LRJPC), parece ser el centro del régimen de eficacia y validez, aspectos que también se someten a crítica. Sobre el primer aspecto, T. Cano⁹⁸

⁹⁵ Vid. BOCANEGRA SIERRA, R. y GARCÍA LUENGO, J.: "La potestad de dictar actos administrativos como intromisión en la libertad" *RAP* núm.. 172, 2007, págs. 103-140.

⁹⁶ En el campo tributario, es notable la incoherencia dogmática: Se niega, con buen criterio, el carácter de acto administrativo a la *autoliquidación* (no admitiendo, por tanto, recurso contencioso contra ella) pero se ejecutan *como si fuesen actos administrativos*, mediante apremio, las autoliquidaciones no seguidas de ingreso. Véase el art. 161 de la LGT y la crítica a esta práctica legal en MARTÍN QUERALT J.M. *et alter*, : *Curso de derecho financiero y tributario*, 31ª ed. Tecno Madrid 2020 , pág. 405. y LAGO MONTERO, J.: "El poder/deber de practicar liquidaciones definitivas" *Nueva Fiscalidad*, núm.. 1, 2019

⁹⁷ Es la tarea que ha emprendido señaladamente BOCANEGRA R.: *Lecciones sobre el acto administrativo* Civitas Madrid (3ª) 2006 y *La teoría del acto administrativo*. Iustel, Madrid 2005. El mismo autor se ha ocupado largamente de esta categoría. Vid., por ejemplo, entre otros, "El concepto de acto administrativo" *Revista General de Derecho Administrativo* nº 2, 2003, o *La revisión de oficio de los actos administrativos*, IEAL, Madrid 1977. También, GARCÍA LUENGO, J.: *La nulidad de pleno derecho de los actos administrativos*. Madrid: Civitas, 2002. Sobre la necesidad de reconstruir la categoría, igualmente, MUÑOZ MACHADO, S, en la segunda edición del volumen XII de su *Tratado de Derecho Administrativo*, BOE 2017. El mismo autor reseñó la *Teoría del acto administrativo* de Bocanegra en el num. 169 de la RAP

⁹⁸ Vid. "La presunción de validez de los actos administrativos" *REALA. Nueva Época*, num. 14, 2020, con cita de los mejores tratamientos de la institución existentes, y entre ellos, REBOLLO PUIG, M.; "La presunción de validez" *REDA*, num. 128 (2005), que no obstante, con buenos argumentos, distingue entre presunción de legalidad y presunción de validez.

Interpretada como pura afirmación de la posibilidad de *ejecución sin intervención judicial previa*, su origen histórico en Francia, puede localizarse en la afirmación de que los actos administrativos "*comportan execution paree*", sin intervención judicial, desde el decreto de 23 de octubre-5 de noviembre de 1790. Vid., LANSEL, M.; *Encyclopédie du notariat* tomo IX, Paris 1981, epigrafe num 36. En España (con otro sistema de ejecución) es resultado de la *praesumptio pro sé* del Monarca en el Antiguo Régimen, como demostró VILLAR PALASÍ. *vid* nota 30

ha llamado la atención sobre la utilidad de la mención legal y su significado (aunque se niegue el carácter de verdadera presunción), en cuanto permite conjugar seguridad jurídica y justicia frente a la actuación administrativa, y establecer un eficaz vínculo entre validez, eficacia y ejecutividad. No obstante, la jurisprudencia tributaria muestra a las claras el abuso al que se presta la institución cuando, en sede contenciosa, se pretende alterar el régimen de carga de la prueba.

No creemos que se pueda prescindir, sin embargo, de tal institución, (aunque solo sea por su continua mención en la jurisprudencia del derecho europeo) a condición de que se interprete únicamente como la inexistencia en la esfera jurídica del destinatario del acto, de la posibilidad de *excepcionar* la ilegalidad de aquél y, por tanto, la imposición de la carga de accionar frente al mismo⁹⁹. La otra consecuencia de tal presunción legal (el carácter no suspensivo de los recursos como manifestación de la ejecutividad) también ha sido puesta en duda recientemente, al entenderse que *“la Administración, cuando pende ante ella un recurso o impugnación administrativa, potestativo u obligatorio, no puede dictar providencia de apremio sin resolver antes ese recurso de forma expresa”*¹⁰⁰.

Sobre el segundo aspecto del régimen positivo (eficacia y validez) J.A. Santamaria Pastor¹⁰¹ partiendo de un trasunto anterior ya crítico¹⁰², además de descalificar la presunción de validez (*“declaración jurídicamente inútil, formulada con una finalidad puramente justificativa”*) pero que contiene *“el mensaje subliminal de que debe suponerse que los actos administrativos son ajustados a derecho... y a la Administración demandada le basta con intentar rebatir los*

⁹⁹ Es un exceso, cada vez más generalizado, extender hacia el plano probatorio, en sede contenciosa, la presunción de legalidad y formalizarla como “presunción de acierto”. Vid. CHAVES J.R.: “De la presunción de validez a la presunción de valoración infalible”, en su blog *De la Justicia*, on line 21-11-2019.

¹⁰⁰ STS de 28 de mayo 2020 ECLI:ES:TS:2020:1421. Un comentario crítico a la misma, señalando la “creación judicial” del derecho que realiza ,en FERNANDEZ FARRERES,G: “Recurso Administrativo y ejecutoriedad del acto recurrido”, en la web AEPDA, on line 28-09-2021

¹⁰¹ “Proposiciones sobre la teoría y la regulación de la invalidez de los actos administrativos”, *RAP*, num. 213, 2020.

¹⁰² Que se remonta a NIETO, A. (prólogo)) y BELADIEZ ROJO,M: *Validez y eficacia de los actos administrativos*, Marcial Pons, Madrid, 1994. También se recuerdan las aportaciones críticas de CANO, T.: *La invalidez sobrevenida de los actos administrativos*, Madrid: Thomson-Civitas 2004, y “Consideraciones generales sobre la invalidez en el Derecho Administrativo” , *Documentación Administrativa, Nueva Época*, num. 5, 2018

argumentos impugnatorios del demandante y afirmar apodóticamente que su acto es legal, justamente porque goza de presunción de validez”), se replantea el tratamiento de la invalidez en el derecho español: La pervivencia de dos categorías de invalidez en la Ley de Procedimiento frente a lo previsto en la LJ, categorías que, además, en sus efectos, son fácilmente intercambiables dada la indeterminación de los efectos de la invalidez y del régimen impugnatorio de una u otra categoría. Adicionalmente, la enumeración de los vicios de nulidad absoluta, “carece hoy de lógica” ha conducido a una “desvalorización de los vicios de procedimiento” que ha terminado por contaminar al enjuiciamiento de los vicios de fondo.

Más trascendente que todo esto, señala SANTAMARÍA PASTOR, falta una enumeración de los posibles vicios del acto, en particular los *vicios silenciados* entre los cuales cita la “ausencia completa de potestad”.

Abandonar el sentido vago y genérico que la voz *acto administrativo* ha ido tomando en el derecho español¹⁰³, retomar la idea de “*ejercicio de una potestad administrativa*” como núcleo del mismo, reconstruir el régimen de su eficacia más allá de la mera invocación retórica de la *presunción de validez*, y acertar a formular la invalidez del mismo sobre nuevas bases, poniendo el acento no tanto de las categorías de invalidez sino en las causas de la misma, parece ser la senda de reconstrucción dogmática del acto administrativo en España.

En particular, importa vincular la existencia, identificación y régimen del acto a la existencia *legal*, titularidad, contenido y ejercicio de la potestad ejercitada.

¹⁰³En algunas ocasiones, cercano al vago sentido inicial de la expresión en ROMAGNOSI y MAUNA. Vid. RAGGI, “Sul atto amministrativi”, *Rivista di Diritto Pubblico e della Pubblica Amministrazione in Italia*, vol. 1, 1917