BOCANEGRA SIERRA, Raúl: *La teoría del acto administrativo*, Iustel, Madrid, 2005.

Hace no mucho tiempo que publiqué un comentario a un libro de lecciones sobre el acto administrativo de Raúl BOCANEGRA, que, según él mismo explicaba en el prólogo, constituía una reelaboración y profundización de los temas que yo le había encargado para que formaran parte del gran manual electrónico de Derecho administrativo que pensábamos editar en «Iustel.com» y que, felizmente, está disponible en la red desde hace ya algunos años *(tempus fugit)*. Este trabajo tenía, a su vez, como precedente otros estudios de BOCANEGRA sobre la teoría de las nulidades y temas conexos, cuya lectura me había llamado la atención por su enfoque novedoso en relación con la doctrina dominante. *La teoría del acto administrativo*, que ahora me dispongo a comentar, es el último episodio de esta saga de publicaciones y, como es natural, su entrega más meditada y elaborada.

El núcleo fundamental de las ideas que se exponen en este libro ya lo había contado para el público el profesor BOCANEGRA, como se deduce de lo que acabo de indicar, pero no es impertinente volver sobre ellas en un comentario a la obra para contribuir a fomentar el interés por esta nueva contribución a la teoría del acto administrativo.

Contrasta la hiperactividad de los juristas positivos de nuestro tiempo (la producción de libros es extraordinaria y el número de revistas que somos capaces de rellenar cada trimestre es realmente insólito) con la escasa disposición que habitualmente se tiene para debatir sobre propuestas o teorías novedosas. Normalmente, cuando los especialistas consideran tener la lección aprendida no vuelven sobre lo que consideran dogmas inconmovibles, salvo que se produzca un terremoto legislativo o jurisprudencial, que siguen siendo las maneras más habituales y casi únicas de barrer bibliotecas enteras por haber devenido inservibles. Pero con las aportaciones doctrinales los especialistas suelen ser bastante más indolentes. En España no hay manera de convencer a los cultivadores de las disciplinas jurídicas de la necesidad de conocer la filiación doctrinal de las técnicas y soluciones que manejan, explicar la evolución de los dogmas y establecer su historia concreta, que son las únicas maneras de conocer el ingenio de cada autor y premiar su creatividad, sino que resulta francamente difícil atraer la atención sobre exposiciones que desvirtúen las concepciones asentadas, por más que el tiempo haya demostrado su inadecuación o simplemente haya sido posible determinar su falta de rigor o su incoherencia.

Toda esta introducción tiene muy buen sentido si se aplica a *La teoría del acto administrativo* del profesor de Oviedo, ya que, hasta donde yo conozco, se trata de un libro que no ha suscitado inmediatamente el debate doctrinal que su contenido, valiente y rotundo, merece, sea para adherirse a sus tesis o para refutarlas. Tanto más considerando que de lo que trata la obra es del acto administrativo, institución que, como bien dice el autor, siguiendo a Otto MAYER, es el centro del Derecho administrativo moderno, institución, en efecto, «capital de la disciplina, la más característica y definitoria, con toda seguridad, de las que le son propias».

La relevancia de la revisión de la teoría del acto administrativo que el libro que comento pretende se aprecia nada más comenzar su lectura. Léanse conmigo las siguientes afirmaciones: «La mayor parte de la doctrina española maneja un concepto excesivamente amplio de acto administrativo»; «Esta perspectiva mayoritaria, que tiene origen italiano, entiende que (prácticamente) todas las declaraciones con valor jurídico dictadas por la Administración son actos administrativos, incluyendo, incluso, algunos autores las normas reglamentarias, reduciendo el régimen común de la institución hasta niveles que impiden el cumplimiento de su finalidad sistemática y de su propia función institucional» (pág. 20). La imputación se concreta en que el concepto que maneja la mayor parte de la doctrina española procede del que propuso en la primera mitad del siglo XX, en Italia, Guido ZANOBINI, e involucra en el seguidismo inconveniente que critica a autores tan dominantes en este punto como F. GARRIDO FALLA y a E. GARCÍA DE ENTERRÍA y T. R. FERNÁNDEZ, por citar a los principales.

Para BOCANEGRA, la doctrina del acto administrativo está mal construida por hiperbólica, ya que acepta que cualquier clase de decisión o resolución administrativa es un acto administrativo. A su juicio, esta desmesurada ampliación del concepto ha estado al servicio de una determinada construcción de la jurisdicción contencioso-administrativa según la cual el proceso contencioso-administrativo es de carácter subjetivo e implica la defensa de pretensiones particulares frente a un acto administrativo previo, cuya revisión se pide al órgano jurisdiccional. En base a esta concepción amplia, que es la dominante, para acudir a la jurisdicción contencioso-administrativa es precisa la impugnación de un acto previo, por lo que es imprescindible otorgar tal condición a cualquier clase de resoluciones administrativas, como ya se ha dicho. Sin embargo, esta doctrina, que BOCANEGRA moteja de arcaica, antigua, italianizante, insegura, desventajosa, esclavizante, técnicamente incorrecta y calificativos semejantes, se separa injustificadamente de la construcción de la teoría del acto administrativo desarrollada en la doctrina alemana, sin quiebras dogmáticas significativas desde Otto MAYER, y aceptada también básicamente por la doctrina francesa y el Derecho comunitario europeo. En la obra de Otto MAYER, el acto administrativo es una institución en virtud de la cual la Administración aplica unilateralmente el Derecho mediante una declaración destinada a adquirir firmeza y a asegurar así la necesaria estabilidad de las situaciones jurídicas creadas o declaradas por ella misma. Acto administrativo no es cualquier clase de decisión de la Administración, ni cualquier tipo de actividad desarrollada en su seno, sino una clase de resolución que «determina de forma coactiva para el ciudadano qué es lo que el Derecho sea para él en el caso concreto».

BOCANEGRA se acoge sin reticencias y con franqueza a la construcción alemana de la teoría, hasta el punto de que la definición que nos ofrece de acto administrativo la trae directamente del artículo 35 de la Ley de Procedimiento alemana: acto administrativo es «toda disposición, resolución u otra medida de autoridad adoptada por un órgano administrativo y dirigida a la regulación de un caso particular en el ámbito del Derecho público con efectos inmediatos en el exterior (frente a terceros)». Esta noción de acto administrativo, emparentada por sus características y su sustancia con las resoluciones judiciales, reduce mucho el ámbito de las decisiones o actividades administrativas que tienen tal condición. Los elementos esenciales de la definición, que el autor desgrana en términos que no reproduciremos, subrayan, primero, el carácter regulador que el acto tiene que tener para ser tal; segundo, sus efectos externos; tercero, su origen en una Administración pública; cuarto, la circunstancia de suponer el ejercicio de una potestad de Derecho administrativo; quinto, tratarse de una potestad distinta de la reglamentaria. De estas notas caracterizadoras, sin duda, la que presenta mayor novedad y fuerza caracterizadora es la concerniente al «carácter regulador de su contenido». Esta noción se concreta considerando que un acto tiene tal carácter cuando se dirige precisamente «a la producción o al establecimiento de una consecuencia jurídica, consecuencia que consistirá en la

creación, la modificación o la extinción de un derecho o un deber, o en su declaración vinculante, o, también, en cuanto se reconoce la existencia de actos administrativos reales, a la determinación de la condición jurídica de una cosa». Un acto administrativo, para serlo, debe estar dictado para la creación, la modificación o la extinción de una determinada relación jurídica, o para la declaración o negación de un derecho respecto de una persona, cosa o situación. Como bien se comprende, esta concepción del acto hace completamente inútil usar como criterio de clasificación o conceptual en cualquier caso el estado intelectual del órgano que lo produce, recurso que, además, le parece a BOCANEGRA de un «antropomorfismo inaceptable» (pág. 59).

Partiendo de estas concepciones dogmáticas centrales, la obra que comentamos continúa proyectando sus consecuencias sobre las condiciones de validez, la eficacia y la invalidez de los actos administrativos.

Resulta curioso constatar que proposiciones tan novedosas como las que BOCANEGRA maneja no conducen siempre y necesariamente, al aplicarlas a los diferentes aspectos del régimen jurídico de los actos, a conclusiones institucionales y técnicas radicalmente diferentes de las alcanzadas por la teoría tradicional y dominante, con algunas excepciones notorias que enseguida diré. Pero no he de entretenerme en el marco de un breve comentario en establecer las debidas comparaciones, a las que invito en todo caso a los lectores más interesados.

De las consecuencias de la teoría germánica del acto administrativo, que BOCANEGRA defiende con tanto vigor y seguridad, destacaré ya, brevemente, tres o cuatro que me parecen decisivas, unas explicadas por el propio autor y otras que la lectura de su estupendo libro me sugiere.

En primer lugar están las consecuencias de la concepción del acto administrativo que se propone sobre la teoría de la invalidez. Sin ninguna duda, ésta queda mucho más claramente formulada que como lo está en la doctrina dominante y en la jurisprudencia que la ha seguido, a veces añadiendo bastante confusión. Lo que la nueva construcción propone es que resulta imprescindible distinguir el régimen de los negocios jurídico-privados y el de los actos administrativos en punto a la validez. Las infracciones de la legalidad deben traer como consecuencia, ordinariamente, la nulidad en el caso de los negocios jurídicos privados, mientras que esta sanción debe ser excepcional en el caso de los actos administrativos. Cuando incurre un acto en infracciones tan graves como para poder ser considerado nulo, la consecuencia mayor es que pierde enseguida el más característico de sus rasgos jurídicos, que es la eficacia inmediata, habilitando a la inaplicación y al incumplimiento. Cuando, según se postula que debe ser lo normal, un acto incurre en infracciones que determinan su anulabilidad, la protección de la seguridad jurídica determina que deba ser impugnado dentro de plazos concretos que, una vez caducados, hagan irreversibles las situaciones jurídicas creadas por la decisión administrativa de que se trate. Insisto en el mayor rigor de la construcción de la teoría de la invalidez, partiendo de las concepciones generales que el autor usa, aunque no pueda detenerme en explicar todas sus proyecciones.

Segundo, la consideración de que un acto administrativo, para serlo, haya de tener carácter «regulador» ha de servir también para precisar las condiciones en que debe producirse la habilitación legal para dictarlo. Éste es un punto que no desarrolla mucho el autor y que, aunque esté implícito en determinados pasajes de su exposición, merecería la pena retomar en ocasiones futuras, aunque sea por otros ilustres miembros de la escuela ovetense. En la medida en que los actos administrativos afectan, siempre y por definición, a los derechos e intereses de los ciudadanos, se enmarcan necesariamente en ámbitos reservados a la ley, lo que implica de suyo que la ley debe haber descendido en la regulación lo suficiente como para haber acotado todos los aspectos esenciales, reduciéndose la discrecionalidad administrativa, que a la postre implica la creación de la norma en el último escalón aplicativo, a límites razonablemente estrechos. Cuando no pueda hacerse, las mismas razones de legalidad impedirán a la Administración utilizar directamente el acto administrativo para decidir, exigiéndole que previamente pro-

grame de un modo objetivo las decisiones que va a adoptar en aplicación de la ley habilitante.

La tercera cuestión destacable es que al profesor BOCANEGRA le merece una queja abierta, y bien razonada, el hecho de que la construcción del acto administrativo de uso mayoritario en España, que incluye en el concepto cualquier tipo de decisión administrativa, sin consideración de su contenido ni sus efectos, haya servido como instrumento de una determinada concepción de la jurisdicción contencioso-administrativa, que siempre y necesariamente actúa como un proceso a los actos administrativos. Recuerda el autor que la jurisdicción contencioso-administrativa alemana ha podido prescindir, sin el menor esfuerzo, de esta concepción del acto administrativo porque el contencioso-administrativo permite acciones declarativas, constitutivas o de condena, que además no forman un *numerus clausus;* los ciudadanos pueden dirigirse contra actuaciones materiales de la Administración, contra su inactividad o contra cualquier clase de decisiones sin la necesidad de que haya de reconocerse a éstas la condición de actos administrativos. Realmente habrá que reconocer que la vigente Ley de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa de 1998 se ha separado bastante de la concepción tradicional del contencioso revisor de actos, porque, aunque siga pivotando esencialmente sobre ella, también acepta ahora acciones por vía de hecho o por inactividad, que han contribuido a flexibilizar el sistema. El autor del libro que comento no tiene más remedio que reconocerlo, aunque afirma que las soluciones de 1998 aún se encuentran en una «estación intermedia», a cierta distancia de la arribada a las soluciones del contencioso alemán.

Añadiré, en fin, que las lecturas de las sucesivas entregas de la teoría del acto administrativo que, en lo esencial, culminan el libro que he comentado, me han servido para reflexionar sobre lo que en ella se dice y lo mucho que sugiere en relación con instituciones vecinas, lo que tengo que agradecer a su autor. No le auguro, sin embargo, que su tesis, a pesar del énfasis puesto en su defensa y de la indudable razón que le asiste, al menos en algunas de las proposiciones que sostiene, vaya a ser recibida con prontitud en nuestra práctica jurídica. No ya sólo por la indolencia intelectual que me he permitido denunciar al principio de esta recensión, sino por una razón operativa mucho más simple: todos nos hemos acostumbrado a manejar una teoría del acto administrativo que, aun con sus imperfecciones, ha funcionado en la práctica y, sin ninguna duda, también ha servido para, poco a poco, ofrecer seguridad jurídica bastante y garantías a los ciudadanos. Siendo así las cosas, cambiar este esqueleto dogmático para poner en funcionamiento un nuevo mecano teórico, por muy bien que estén diseñadas sus piezas, será extremadamente difícil y, en todo caso, cosa de muchos años. Pero éstas son las servidumbres, y también la forma que tiene la gloria, de la mejor doctrina.

Santiago MUÑOZ MACHADO

EMBID IRUJO, Antonio (Dir.): *Derecho Público Aragonés,* 3.ª ed., Ed. El Justicia de Aragón, Zaragoza, 2005, 1.071 págs.

Tengo el gusto y el placer de recensionar la ya tercera edición de un ejemplar único, *rara avis*, dentro de la literatura jurídica, pues hasta la fecha no conozco una obra que cumpla con creces un objetivo tan *magno* como es el ensalzamiento y difusión del Derecho público aragonés. Al respecto, tampoco tengo la menor duda de que este libro se ha convertido, por méritos propios, en un clásico de las estanterías de las mejores bibliotecas jurídicas de dentro y fuera de Aragón, pues todo aquel jurista que tenga pretensiones de acercamiento al Derecho público autonómico de Aragón sabe que tiene en esta obra un referente inestimable. Para darse cuenta de ello sólo tiene que reparar en los nombres que figuran en la portada, pues sin hacer aspaviento literario alguno bien se observa que estamos ante primeras plumas, con el valor añadido que comporta la obra, como es haber reunido a tal plantel de catedráticos y profesores universitarios —la mayor parte de ellos profesores de la augusta Facultad de De-