



Sobre el así denominado concepto estricto de acto administrativo

“(…) se admiten como administrativos determinados actos que no reúnen las características deseadas por razones de oportunidad o por necesidad. Es evidente que estas soluciones no serían necesarias si la teoría expresara correctamente la realidad”.

Antonio Abruña Puyol*

Resumen: El presente artículo trata acerca del concepto de acto administrativo que, a juicio del autor, contiene el ordenamiento jurídico administrativo peruano. Para ello, a la luz de la legislación, de la doctrina nacional y extranjera se analiza nuestro ordenamiento, se aporta un concepto general de acto administrativo y se examina en detalle incluyendo y excluyendo determinados actos del concepto. Finalmente, se analiza la propuesta de determinado concepto de acto administrativo aportado recientemente por alguna doctrina peruana y esta es aprovechada para resaltar las características que hacen adecuado en nuestro ordenamiento y en nuestra realidad jurídica el concepto propuesto por el autor.

Palabras clave: Acto administrativo; acto interno; acto de voluntad; acto de juicio; acto de deseo; acto regulador; reglamento; contrato; efectos jurídicos; potestad; declaración.

Abstract: This paper studies the notion of administrative act on peruvian law. The author analyzes the legal system by reviewing legislation as well as national and foreign doctrine. The paper also contributes a general concept of administrative act, including and excluding some figures from that concept. Finally, the author examines a notion proposed by the academy and highlights the features that make it appropriate in our context.

Keywords: Administrative act, internal act, act of will, act of judgment, act of desire, regulatory act, regulation, contract, legal effects, authority, statement.

* Doctor en Derecho por la Universidad de Navarra (España), Lcd. en Derecho por la Universidad Complutense de Madrid, título revalidado por el de abogado en la PUCP, Profesor Ordinario Principal de Derecho Administrativo en la Universidad de Piura.

Sumario: Introducción. 1. El concepto de acto administrativo: 1.1. Procedencia de una Administración Pública; 1.2. Declaración productora de efectos jurídicos; 1.3. En ejercicio de una potestad administrativa. 2. Supuestos excluidos e incluidos: 2.1. Supuestos excluidos; 2.2. Supuestos incluidos: 2.2.1. Actos internos; 2.2.2. El reglamento; 2.2.3. El contrato público. 3. Sobre el así denominado concepto estricto de acto administrativo

Introducción

Ni la doctrina ni la jurisprudencia comparada es pacífica en cuanto al concepto de acto administrativo. Se podría decir que su entendimiento oscila entre lo que la doctrina denomina un concepto restringido, en el que solo cabría la declaración de voluntad dirigida a un sujeto externo de la propia Administración Pública y un concepto amplio que incluiría también las declaraciones de juicio, conocimiento y deseo, concepto en el que, dependiendo de los autores, se incluirían como actos administrativos los actos internos, los reglamentos y contratos⁽¹⁾.

¿Es posible encontrar un sustrato jurídico común en los actos administrativos? Su importancia radica en que permite identificar contenidos comunes, conocer su naturaleza jurídica y, en consecuencia, agruparlos en un determinado género al que se asignará un régimen jurídico común. De la bondad de la teoría se seguirá una consecuencia práctica: a todos los actos que tengan esos elementos comunes será posible aplicarles el régimen establecido. De lo contrario, nos encontraremos con excepciones a las que, por una u otra razón, se les deberá aplicar o no ese régimen u otro por las razones que determinada teoría sustente. Por ello, es importante encontrar los elementos

fundamentales comunes que deben contener esos actos pues, de contenerlos o no, dependerá, su validez, su eficacia y el régimen jurídico aplicable.

A mi entender, sí es posible encontrar esos elementos comunes que identifican como pertenecientes al género “acto administrativo” a determinadas actuaciones de la Administración Pública. Esto permitirá, como ya se ha adelantado, el estudio sistemático de la realidad de la actuación de la Administración Pública; el análisis de cada uno de sus actos, su comprensión y, en consecuencia, su tratamiento jurídico.

Recientemente, algunos autores han criticado enfáticamente los estudios que sobre el acto administrativo se han dado en Iberoamérica. Esta corriente liderada por el profesor Bocanegra Sierra y, en nuestro ámbito, seguida por los profesores Huapaya Tapia e Isasi Cayo, ha propuesto la asunción en nuestro ordenamiento de un concepto restringido de acto administrativo, concordante con aquel que se mantiene en la doctrina y ordenamiento alemanes⁽²⁾.

Me ha parecido conveniente comentar esta propuesta pues, más que aclarar, introduce mayor confusión sobre lo que es el acto administrativo. Para ello, a la luz de nuestros textos legales, muy especialmente la Ley del Procedimiento Administrativo General (en adelante,

- (1) Hay casos singulares como Guaita, para quien “acto administrativo” es todo acto sujeto al Derecho administrativo con independencia de quien proceda y de si produce o no efectos jurídicos [Cfr. “El concepto de acto administrativo”, *REDA*, nº 7 (1975)].
- (2) Cfr. Bocanegra Sierra, R., *Lecciones sobre el acto administrativo*, 4ª ed., Civitas, Cizur Menor, 2012. Huapaya Tapia, R. A., “Propuesta de una nueva interpretación del concepto de acto administrativo contenido en la LPAG” en *Administración pública, Derecho administrativo y regulación. Estudios y cuestiones*, Ara editores, Lima 2011, pp. 149-193. Isasi Cayo, F., *Tratado de Derecho Administrativo*, 1ª Ed., Gaceta Jurídica, Lima, 2014.

Sobre el así denominado concepto estricto de acto administrativo

LPAG), trataré de establecer cuáles son los elementos que estimo debe contener un acto administrativo y qué actos deben considerarse tales⁽³⁾ para, posteriormente, comentar la teoría propuesta.

Por otro lado, en nuestro ordenamiento se simplifica el estudio del acto administrativo por la ausencia de jurisprudencia constitucional relevante en esta materia —dada su falta de publicidad—, la desconocida jurisprudencia judicial y, finalmente, por contar con una definición legal de acto administrativo en la LPAG⁽⁴⁾.

Por la limitación propia de este artículo, en algunos casos me remitiré a otros escritos que sustentan mi visión del tema para terminar comentando la teoría aludida.

1. El concepto de acto administrativo

La mayoría de la doctrina⁽⁵⁾ coincide en afirmar que el acto administrativo es toda declaración de la Administración Pública que trae como consecuencia la producción de efectos jurídicos en ejercicio de una

potestad administrativa. Sin embargo, sus diferencias se revelan al excluir o incluir distintos tipos de actos en el concepto⁽⁶⁾.

1.1 Procedencia de una Administración Pública

El primer elemento de identificación del acto administrativo ha de ser su procedencia subjetiva, pues todo acto debe provenir de una Administración Pública⁽⁷⁾. Estas organizaciones son, indistintamente, el Poder Ejecutivo, algunos órganos al servicio del Congreso (artículos 94° de la Constitución y 39° del Reglamento del Congreso), o del Poder Judicial (artículos 143° de la Constitución, y 81° y 82° de la Ley Orgánica del Poder Judicial), del Tribunal Constitucional (artículo 2°, Ley Orgánica del Tribunal Constitucional) y otros organismos del Estado (artículos 20°, 82°, 84°, 87°, 150°, 151°, 158°, 161°, 176°, 178°, 182°, 183°, 191° y 197° de la Constitución). Además, en este listado se deben incluir todos los entes que por ley son autónomos, instrumentales o no, independientes o dependientes de otras Administraciones Públicas.

(3) En el Derecho comparado se ha abordado este tema de maneras diversas. Así, en la generalidad de los países europeos continentales, y particularmente en Francia, se ha delimitado este concepto sobre la base de la jurisprudencia. En España, en cambio, se cuenta desde hace muchos años con buenos textos legales que expresan y, a la vez, permiten fundar la doctrina. A este respecto, el profesor argentino Cassagne señala con mucha propiedad que «la circunstancia de que en la mayor parte de los países falten normas positivas de derecho administrativo para disciplinar el campo de relaciones que abarca la teoría del *acto administrativo* hace más necesaria aún su sistematización doctrinaria» (Cfr. Cassagne, J. C., *El acto administrativo*, 2ª ed., Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1981, p. 82).

(4) Ver Huapaya Tapia, R., *Op cit.* nota 2 a pié de página, p. 150.

(5) Un resumen de las diferentes visiones que sobre el acto administrativo se han dado desde su nacimiento hasta la actualidad se puede ver en Isasi Cayo, F. *Op cit.*, p. 257 y ss.

(6) Guaita, A., *Op. cit.*, p. 529.

(7) Sobre el concepto de Administración pública puede verse mi libro *Delimitación Jurídica de la Administración Pública en el Ordenamiento Peruano*, Palestra editores, Lima, 2010, donde se trata con extensión lo que aquí se comenta.

(8) Sólo como ejemplo, consideran que el acto administrativo debe provenir de una Administración pública García de Enterría, E.-Fernández, T.R., *Curso de Derecho administrativo, I*, 15ª ed., Civitas, Madrid, 2011, p. 572 y Garrido Falla, F., *Tratado de Derecho administrativo, I*, 14ª ed., Tecnos, Madrid, 2005, pp. 555. Sin embargo, estos autores, partidarios de teorías subjetivas, no consideran como tales los procedentes de lo que nosotros hemos denominado Administraciones de apoyo ni de otros órganos o entes constitucionales, Cfr. Abruña Puyol, A., *Op cit.*, p. 100 y ss.

En el mismo sentido que estos autores Acosta Romero, M., *Teoría general del Derecho administrativo*, Porrúa, México 1988, 623 y ss.; Bocanegra Sierra, R., *Op cit.*, p. 44; Núñez Borja, H., *Breve tratado de Derecho Administrativo del Perú, 1ª Parte, 3ª ed.*, Arequipa, 1971, p. 55; Ruíz-Eldredge Rivera, A., *Manual de Derecho administrativo. Temática esencial*, Cultural Cuzco S. A. Editores, Lima, 1990, p. 160 y Tola, F., *Derecho administrativo del Perú, Primera Parte*, U. N. M. S. M., Lima, 1945, p. 63.

Los entes jurídico-privados, de titularidad pública o privada, no son Administraciones Públicas, aunque, por excepción y previa habilitación legal, podrán ejercer por delegación potestades administrativas. De esta manera, actúan, para ciertos efectos, como Administraciones Públicas⁽⁹⁾.

Al respecto, el ordenamiento peruano, es muy claro: “Son actos administrativos, las declaraciones de las entidades (...)”⁽⁹⁾ (artículo 1°, inciso 1 LPAG). Entendemos, por tanto, que el acto administrativo sólo puede proceder de una Administración Pública en sentido subjetivo; y, que estas organizaciones, las Administraciones Públicas, son siempre poderes públicos institucionalizados como tales y que son o actúan con una personalidad jurídica pública⁽¹⁰⁾.

1.2 Declaración productora de efectos jurídicos

Jurídicamente, sólo es relevante aquello que afecta en alguna manera a la realidad jurídica; es decir, a las situaciones de los sujetos protegidos por los mecanismos institucionales (derechos, obligaciones, deberes, cargas, etcétera). En este sentido, sólo podrán tener interés jurídico y entrar en el concepto jurídico de actos administrativos los que, procediendo de la Administración Pública, contengan una declaración productora de efectos jurídicos.

Así, el artículo 1°, inciso 1 de la LPAG señala que “son actos administrativos, las declaraciones de las

González Navarro habla más bien de su «procedencia de un Poder público», con lo que en el fondo coincidiría con lo que nosotros decimos, aunque no acierta a llamar a esos otros poderes públicos por lo que son: Administraciones públicas (vid. *Derecho administrativo Español*. III, Eunsa, Pamplona, 1997, pp. 393-394). En este mismo sentido, Parada Vázquez, R., *Derecho administrativo (Parte General)*, I, 12ª ed., Marcial Pons, Madrid, 2000, p. 95 y ss; Patrón Faura, P. y Patrón Bedoya, P., *Derecho administrativo y Administración pública en el Perú*, 6ª ed., Grijley, Lima, 1997, p. 296 y Sayagüés Laso, E., *Tratado de Derecho administrativo*, I, 2ª ed., Editorial Martín Bianchi Altuna, Montevideo, 1959, p. 388 y ss.

En nuestro ámbito, Morón Urbina, a tenor de nuestro artículo I LPAG, mantiene un concepto subjetivo de acto administrativo (“Los actos administrativos en la nueva Ley de Procedimiento administrativo general”, *Derecho & Sociedad*, año XII, nº 17, Lima, 2001, p. 243 y ss). Ahora bien, no todos los autores están de acuerdo en considerar el acto administrativo como el procedente de una Administración pública. Los defensores de un concepto funcionalista de la Administración pública, como es lógico, lo niegan. En este sentido Ballbé, señala que «proviene de un órgano que ejerce *in actu*, que está *ejerciendo* función administrativa objetivamente considerada» (vid. “Actos administrativos” en *Nueva enciclopedia jurídica Seix*, II, 1950, p. 296); Isasi Cayo, F., Op. cit., pp. 279 - 281; Boquera Oliver, para quien el acto administrativo es aquel que se impone con una presunción *iuris tantum* de legalidad (vid. *Estudios sobre el acto administrativo*, 7ª ed., Civitas, Madrid, 1992, pp. 18-19) y Guaita, para quien es suficiente el sometimiento al Derecho administrativo para que un acto sea administrativo (vid. Op. cit., p. 531 y ss). Pero, como ya hemos dicho (Cfr. Abruña Puyol, A., Op. cit., p. 70 y ss), la Administración pública, necesariamente debe estar constituida primeramente, de alguna manera, como una organización. En otras palabras, es necesario un fundamento subjetivo en que anclen sus funciones y les sirva de sustento, pues, aunque lo que primeramente se percibe en la realidad es la necesidad del ejercicio de determinadas funciones, una vez comprobada esa necesidad, la naturaleza material de ellas y sus propiedades, reclaman su adscripción a un Poder público que se convierte así en el sustrato necesario para ejercerlas.

También mantienen posturas funcionalistas, Comadira, J. R., *Derecho Administrativo*, Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1996, pp. 28 y ss. y Dromi, R., *El acto administrativo*, IEAL, Madrid, 1985, p. 15.

Tanto Cassagne, como Marienhoff, aparentemente, sustentan la misma posición, pero al mismo tiempo la niegan, por lo cual entendemos que sólo admiten actos administrativos procedentes de Poderes públicos (vid. respectivamente Op. cit., pp. 86 - 95 y *Tratado de Derecho administrativo*, II, 4ª ed., Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1993, pp. 223 y 259-260).

(9) Sobre el término *entidad* Cfr. Abruña Puyol, A., Op. cit., p. 97 y ss.

(10) La necesidad de que el acto administrativo proceda de una Administración pública, estaba también recogida en la anterior legislación en el artículo 113° LNGPA, «(.) actos administrativos o sea las decisiones de las autoridades u órganos de la Administración Pública (.)». Sin embargo, al igual que en la actual norma de Procedimientos, al momento de especificar las organizaciones que conformaban la Administración pública incurría en el exceso de configurar como tales a algunas organizaciones que no lo eran: así el artículo 1° LNGPA, señalaba, «(.) para los fines a que se contrae este artículo, la Administración Pública comprende a (...) las empresas u otras entidades públicas y privadas que prestan servicios públicos, incluidas las universidades públicas y privadas».

Sobre el así denominado concepto estricto de acto administrativo

entidades que, en el marco de normas de Derecho público, están destinadas a producir efectos jurídicos sobre los intereses, obligaciones o derechos de los administrados dentro de una situación concreta”.

El acto administrativo es, en consecuencia, un acto jurídico; es decir, más específicamente, el acto administrativo consiste, como ya hemos dicho, en una declaración productora de efectos jurídicos. Lo que afirmamos es más claro aún en nuestro ordenamiento, pues tanto el anteproyecto como el proyecto de la nueva LPAG, en su artículo 1º, inciso 1 definían el acto administrativo como “manifestaciones de voluntad”. El texto de la ley, como ya hemos visto, los define como declaraciones que producen efectos jurídicos.

Como en su momento fue puesto de manifiesto por Zanobini⁽¹¹⁾, no sólo las declaraciones de voluntad⁽¹²⁾

constituyen actos administrativos, —actos jurídicos en el ordenamiento peruano⁽¹³⁾—, sino también las declaraciones de juicio (como el caso de los dictámenes e informes), conocimiento (como certificaciones, atestados y denuncias) y deseo (como las propuestas⁽¹⁴⁾). Aunque con una redacción defectuosa, no es otra cosa lo que quiere decir el artículo 5º, inciso 1 de la LPAG: “El objeto o contenido del acto administrativo es aquello que decide, declara o certifica la autoridad”⁽¹⁵⁾.

La diferencia esencial entre la declaración de voluntad y las demás declaraciones está en el carácter negocial de la primera, es decir, la declaración de voluntad produce los efectos jurídicos queridos y expresados imperativamente por el autor del acto, mientras que los efectos producidos por las declaraciones de juicio,

- (11) Es clásica la referencia a este autor, por resaltar que el acto administrativo no consiste solamente en declaraciones de voluntad (por todos, vid. García de Enterría y Fernández, *Op. cit.*, p. 571).
- (12) Hay autores para los cuales la declaración sólo puede ser de voluntad, en este sentido Acosta Romero, M., *Op. cit.*, p. 623-624; Boquera Oliver, J. M., *Op. cit.*, p. 74 y ss; Díez, M. M., *El acto administrativo*, Tipográfica Editora Argentina, Buenos Aires, 1956, p. 73; Marienhoff, M. S., *Op. cit.*, p. 224; Patrón Faura, P. y Patrón Bedoya, P., *Op. cit.*, p. 295; Ruíz-Eldredge Rivera, A., *Op. cit.*, p. 168; Sayagüés Laso, E., *Op. cit.*, pp. 388-389; Tola, F., *Op. cit.*, p. 63.
- (13) El Código civil peruano, en el artículo 140º del libro II, llama acto jurídico a lo que la doctrina europea conoce como negocio jurídico: “el acto jurídico es la manifestación de voluntad destinada a crear, regular, modificar o extinguir relaciones jurídicas”. Acto jurídico es, para el ordenamiento peruano, por tanto, una declaración de voluntad. En general, la doctrina continental al hablar del acto administrativo afirma que es un acto jurídico, pero entendiéndolo éste como declaración no sólo de voluntad, sino también de conocimiento, de juicio, de deseo. Por esto, para evitar confusiones, preferimos utilizar la expresión declaración productora de efectos jurídicos. Si el Código Civil hablara de negocio jurídico, preferiríamos utilizar la expresión acto jurídico en su sentido amplio, tal como lo entiende la mayoría de la doctrina continental europea, es decir: el acto jurídico es el género, el negocio jurídico la especie. Aún con lo que decimos la doctrina peruana no es pacífica en este punto. Se pueden confrontar los trabajos de Arana Courrejolles, C., *La interpretación del acto jurídico*, Cultural Cuzco, Lima, 1992; Lohman Luca de Tena, G., *El negocio jurídico*, Grijley, Lima, 1994 y Vidal Ramírez, F., *Acto jurídico*, Gaceta Jurídica Editores, Lima, 1998.
- (14) Caracterizan el acto administrativo de esta manera (declaraciones de voluntad, juicio, conocimiento y deseo), entre otros, Cassagne, J. C., *Op. cit.*, pp. 92-93; Comadira, J. R., *Op. cit.*, p. 25; Danós Ordóñez, J., “Comentarios al proyecto de la nueva ley de normas generales de procedimientos administrativos”, *THÉMIS*, n° 39, 1999, p. 242; Morón Urbina, J. C., *Op. cit.*, p. 244; Dromi, R., *Op. cit.*, p. 16; García de Enterría, E. y Fernández, T-R., *Op. cit.*, p. 571; García Trevijano Fos, J. A., *Los actos administrativos*, Civitas, Madrid, 1986, p. 95; Garrido Falla, F., *Op. cit.*, p. 555; González Navarro, F., *Op. cit.*, III, p. 392; Gordillo, A., *Tratado de Derecho administrativo*, T. III, 5ª Ed., Fundación de Derecho Administrativo, Buenos Aires, 2000, p. III-14; Guaita, A., *Op. cit.*, pp. 543-544; Santamaría Pastor, J. A., *Principios de Derecho administrativo general*, II, 2ª ed., Iustel, Madrid, 2009, p. 124 y ss.
- (15) Señalamos que es defectuosa porque entendemos que lo que el artículo pretende es explicar el significado de declaración y, finalmente, no lo hace (una decisión es un acto de voluntad y una certificación de conocimiento), pero una declaración como hemos visto incluye los actos de juicio, de conocimiento, de deseo y de voluntad. También se puede confrontar el artículo 62.2 LPAG: «Particularmente compete a estos órganos resolver los asuntos que consistan en la simple confrontación de hechos con normas expresas o asuntos tales como: certificaciones, inscripciones, remisiones al archivo, notificaciones, expedición de copias certificadas de documentos, comunicaciones o la devolución de documentos».

conocimiento y deseo no están expresadas en ellas por su autor, sino que vienen determinados por el ordenamiento jurídico⁽¹⁶⁾.

Por otra parte, los efectos que produce la declaración en que el acto administrativo consiste pueden ser tanto directos como indirectos, favorables como de gravamen. Esto se recoge en el artículo 1º, inciso 1 de la LPAG que define los actos administrativos como “las declaraciones de las entidades que, en el marco de normas de derecho público, están destinadas a *producir efectos jurídicos sobre los intereses, obligaciones o derechos de los administrados* dentro de una situación concreta” (resaltado nuestro). Como es posible apreciar, no distingue la calidad de los efectos que produce. Alguna doctrina, en base a la diferenciación de los efectos, sólo considera como actos administrativos a aquellos que producen determinados efectos. Trataremos más ampliamente de estas peculiaridades en el punto 2.2.1.

1.3 En ejercicio de una potestad administrativa

Finalmente, el acto administrativo debe reflejar el modo de actuar propio de la Administración Pública, por lo que debe ser un acto realizado en ejercicio de una potestad administrativa. Esto significa que requiere un peculiar contenido declarativo y, en todo caso, comporta que ha de tratarse precisamente de una declaración, de un acto declarativo, al menos, en principio.

Algunos autores, para conceptuar el acto administrativo, resaltan su sometimiento al Derecho Administrativo. Así, todo acto que consista en una declaración, que proceda de una entidad de la Administración Pública y que se sujete al Derecho Administrativo, será un acto administrativo⁽¹⁷⁾. No es otra cosa lo que afirma el artículo 1º, inciso 1 de la LPAG: “Son actos administrativos, las declaraciones de las entidades que, en el *marco de normas de derecho público*, están destinadas a producir efectos jurídicos sobre los intereses, obligaciones o derechos de los administrados dentro de una situación concreta” (resaltado nuestro). Por el contrario, los actos que no se someten al Derecho Administrativo, sino al Derecho Privado, no constituyen actos administrativos.

Ahora bien, el ámbito del Derecho Administrativo es más amplio, no sólo se someten a él los actos administrativos, también se someten las actuaciones materiales y las consecuencias que producen algunos actos de la Administración que, sin ser actos administrativos, deben finalmente someterse, de alguna manera, al Derecho Administrativo: es el caso de la responsabilidad de la Administración⁽¹⁸⁾, y, sin lugar a dudas, los actos de los particulares a los que el propio Derecho Administrativo, por diferentes razones, somete a su ámbito. Parece, por tanto, que el sometimiento al Derecho Administrativo es más una consecuencia de la naturaleza del acto administrativo que no es exclusiva de éste y que, por tanto, no sirve para definirlo.

Por lo expuesto, creemos que el elemento que completa cabalmente la caracterización del acto administrativo

(16) Sobre la distinción entre declaraciones de voluntad y de juicio, conocimiento y deseo, se puede confrontar más ampliamente García Trevijano Fos, J. A., *Op. cit.*, pp. 67 y ss. Un ejemplo más de que nuestro ordenamiento defiende esta concepción de acto administrativo es el artículo 107º LPAG: “Cualquier administrado con capacidad jurídica tiene derecho a presentarse personalmente o hacerse representar ante la autoridad administrativa, para solicitar por escrito la satisfacción de su interés legítimo, obtener la declaración, el reconocimiento u otorgamiento de un derecho, la constancia de un hecho, ejercer una facultad o formular legítima oposición”.

(17) En este sentido, Ballbé, M., *Op. cit.*, p. 297; Entrena Cuesta, R., *Curso de Derecho administrativo, III, 13ª ed.*, Tecnos, Madrid, 1999, pp. 173-174 y Guaita, A., *Op. cit.*, p. 535.

(18) En nuestro ordenamiento, esto se recoge en el artículo 238.1 LPAG: “Sin perjuicio de las responsabilidades previstas en el derecho común y en las leyes especiales, las entidades son patrimonialmente responsables frente a los administrados por los daños directos e inmediatos causados por los actos de la administración o los servicios públicos directamente prestados por aquéllas”.

Sobre el así denominado concepto estricto de acto administrativo

es, más bien, que éste constituye ejercicio de potestades administrativas. Asumido, desde luego, su sometimiento al Derecho Administrativo, el acto es administrativo siempre y sólo en la medida que expresa el ejercicio de una potestad administrativa⁽¹⁹⁾. Lo expuesto no contradice la sujeción al Derecho Administrativo, sino que la especifica.

En nuestro ordenamiento, esto se recoge en el artículo I, inciso 7 del Título Preliminar de la LPAG que afirma como característica diferenciadora del actuar de la Administración Pública, el ejercicio de “potestades administrativas”. Además, es definido con mayor claridad en el artículo 4° de la Ley del Proceso Contencioso Administrativo (LPCA), según la cual “conforme a las previsiones de la presente ley y cumpliendo los requisitos expresamente aplicables a cada caso, procede la demanda contra toda actuación realizada en *ejercicio de potestades administrativas*” (resaltado nuestro).

Esta potestad administrativa⁽²⁰⁾ es una parte de poder público⁽²¹⁾ que el ordenamiento atribuye a la Administración Pública que, al juridificarse, se

denomina potestad⁽²²⁾ y que estará sometida al principio de legalidad. La definición de potestad consiste en la capacidad de producir unilateralmente “un cambio en la esfera jurídica de sujetos”⁽²³⁾, creando, modificando o extinguiendo derechos y deberes, aun sin el consentimiento de los afectados, y reduciendo o ampliando sus posibilidades de acción⁽²⁴⁾.

La potestad consiste, por tanto, en la capacidad de producir unilateralmente un cambio en la esfera jurídica de los sujetos. Por ello, siempre tiene efectos sobre los administrados. En consecuencia, el ejercicio de la potestad puede imponer algo —un deber u obligación de dar, hacer o no hacer—, pero también puede enriquecer la esfera jurídica de los administrados, usualmente por medio de actos que se otorgan a solicitud del administrado, como, por ejemplo, las ayudas públicas⁽²⁵⁾.

Las potestades son atribuidas con fines específicos⁽²⁶⁾, siempre en favor de terceros, con fines de interés público. En nuestro ordenamiento, se pueden confrontar en este sentido los artículos III y 75° inciso 8 de la LPAG⁽²⁷⁾. Por

(19) En este sentido, García de Enterría, E. y Fernández, T-R., Op. cit. I, p. 571. En general, la doctrina argentina utiliza el término «en ejercicio de función administrativa». No obstante, la función es un concepto material que no identifica plenamente el carácter administrativo de una actuación, por lo que lo consideramos impreciso. Se puede ver, Cassagne, J. C., Op. cit., p. 84; Comadira, J. R., Op. cit., p. 30; Dromi, J. R., Op. cit., p. 15 y Marienhoff, M., Op. cit. II, p. 223.

(20) En general, la doctrina al estudiar la potestad parte de los estudios que sobre ésta realizó Santi Romano, vid. en este sentido y por todos, García de Enterría, E. y Fernández, T-R., Op. cit. I, p. 465 y ss.

(21) García de Enterría, E. y Fernández, T-R., Op. cit., I, p. 468 y ss. y Martín del Burgo y Marchán, A., “El poder administrativo”, REDA, n° 33, abril-junio, 1982, p. 249.

(22) De la Cuétara Martínez, J. M., *Las potestades administrativas*, Tecnos, Madrid, 1986, p. 39 y García de Enterría, E. y Fernández, T-R., Op. cit. I, p. 468 y ss.

(23) De la Cuétara, J. M., Op. cit., p. 40.

(24) Para Boquera Oliver, la potestad siempre significa imposición pues el “poder público es la facultad de crear unilateralmente e imponer efectos jurídicos (derechos y obligaciones)” (Cfr. *Derecho administrativo*, Vol. I, 10a Ed., Civitas, Madrid, 1996, p. 73). Esta expresión tiene un sentido de obligación, algo que no se da cuando se amplía favorablemente la esfera jurídica del sujeto, ver De la Cuétara, J. M., Op. cit., p. 41.

(25) Sobre las actividades de fomento y su naturaleza jurídica puede verse más ampliamente, Martínez López-Muñiz, J.L., “La actividad administrativa dispensadora de ayudas y recompensas: una alternativa conceptual al fomento en la teoría de los modos de acción de la Administración pública”, en *Libro homenaje al profesor José Luis Villar Palasí*, Civitas, Madrid, 1989, pp. 751-768.

(26) En este sentido Martín del Burgo y Marchán, A., Op. cit., p. 251.

(27) Artículo 75.8: «Son deberes de las autoridades respecto del procedimiento administrativo y de sus partícipes, los siguientes: (...) 8. Interpretar las normas administrativas de forma que mejor atienda el fin público al cual se dirigen, preservando razonablemente los derechos de los administrados».

este motivo, la doctrina configura a las mismas como potestades-función, es decir, como poderes ejercidos en beneficio de terceros. Ahora bien, hay que tener en cuenta que todo poder, en sentido general, atribuido a la Administración Pública (y a cualquier poder público) siempre es en beneficio de terceros. La potestad, por tanto, tiene carácter fiduciario, pues el titular formal del ejercicio es uno y el beneficiario un tercero⁽²⁸⁾.

Al ser otorgadas por el ordenamiento, consisten en poderes derivados y, por eso mismo, inalienables, intransmisibles, irrenunciables, e imprescriptibles⁽²⁹⁾. Dicha característica se refleja en nuestro ordenamiento en el artículo 63º de la LPAG⁽³⁰⁾. Asimismo, los procedimientos y los recursos administrativos no tienen otra finalidad que asegurar que los actos administrativos sean acordes con el contenido que el ordenamiento asigna a las potestades que este mismo le otorga⁽³¹⁾.

Por lo demás, es evidente que al ser el acto administrativo expresión del ejercicio de una potestad administrativa, sólo es posible la existencia del acto administrativo unilateral⁽³²⁾. No hay ejercicio bilateral de potestades, pues la legalidad es indisponible y, por ello, el ordenamiento sólo se las atribuye a determinados órganos y entes.

Es suficiente, por tanto, la presencia de una Administración Pública para que sea posible la expedición de un acto administrativo. No existen actos administrativos bilaterales⁽³³⁾, es decir, aquéllos en los que las voluntades intervinientes “vengan a originar o perfeccionar el acto jurídico constitutivo (o meramente declarativo) correspondiente en condiciones de esencial igualdad jurídica, de modo que pueda predicarse a la vez y conjuntamente de todos sus sujetos, sus auténticos coautores”⁽³⁴⁾.

(28) García de Enterría, E. y Fernández, T.R., Op. cit., I, p. 470.

(29) Por todos, *Ibidem*, p. 468.

(30) Artículo 63.1 LPAG: “Es nulo todo acto administrativo o contrato que contemple la renuncia a la titularidad, o la abstención del ejercicio de las atribuciones conferidas a algún órgano administrativo”.

(31) Esto mismo que señalamos se encontraba recogido en los artículos 12º y 38º de la antigua LINGPA.

(32) Esto se fundamenta normativamente en los artículos 1.1 LPAG y también 3º y 4º Ley del Proceso Contencioso Administrativo.

(33) Alguna doctrina pone como ejemplo de acto bilateral el contrato administrativo. Aunque parece claro, es un tema más complejo. En este momento sólo nos interesa resaltar la característica de unilateralidad del acto administrativo. Sobre el contrato administrativo, su calidad o no de acto administrativo y, en consecuencia, su unilateralidad o bilateralidad, lo veremos con mayor detenimiento en infra apartado 2.2.3

(34) Cfr. Martínez López-Muñoz, J. L., “Naturaleza de los contratos públicos a la luz del Derecho español, su fundamento y sus consecuencias”, en *Libro homenaje al profesor Marienhoff, Abeledo-Perrot*, Buenos Aires, 1998, p. 955.

García Trevijano Fos, llama a esto unilateralidad por el origen (Op. cit., pp. 95-96). Marienhoff, señala que lo que tiene “fundamental trascendencia [es] lo relacionado con el valor o influencia que se le reconozca a la voluntad del administrado en la formación y efectos del acto administrativo”, y en esto tiene razón. Ahora bien, para este autor la unilateralidad y la bilateralidad pueden darse tanto en el origen como en los efectos, aceptando en consecuencia que un acto administrativo pueda ser cualquiera de los que produce la combinación de esos cuatro elementos: bilaterales en su formación y unilaterales en sus efectos; bilaterales en su formación y bilaterales en sus efectos; unilaterales en su formación y unilaterales en sus efectos; y, unilaterales en su formación y bilaterales en sus efectos (Op. cit., II, pp. 230 y ss). Entendemos que la unilateralidad que se predica del acto administrativo es exclusivamente en el origen con independencia que los efectos sean unilaterales, bilaterales o plurilaterales.

Defienden la unilateralidad y niegan la condición de acto administrativo del contrato: Acosta Romero, Op. cit., p. 624; Boquera Oliver, Op. cit., pp. 18-19; Danós Ordóñez, J., Op. cit., p. 243; Dromi, Op. cit., p. 16 y ss.; Gallego Anabitarte, A. y de Marcos Fernández, A., *Derecho Administrativo I, Materiales, 2ª Impresión*, Madrid 1990, p. 313; García de Enterría y Fernández, Op. cit., I, pp. 569 y ss.; Martín Mateo, R., *Manual de Derecho administrativo, 20ª ed.*, Trivium, Madrid 1999, p. 306; Patrón Faura, P. y Patrón Bedoya, P., Op. cit., p. 297; Santamaría Pastor, Op. cit., II, cit., p. 147 y Sayagúés Laso, E., Op. cit., I, p. 389.

Aceptan los actos administrativos bilaterales además de Marienhoff, Cassagne, Op. cit., pp. 95-97; Entrena Cuesta, que los llama actos compuestos homogéneos cuyo acto más característico es el contrato (Cfr. Op. cit., I/I, p. 178); Garrido Falla, F., Op. cit., I, p. 570 y ss.; Guaita, A., Op. cit., p. 542 y Tola, F., Op. cit., p. 68.

Sobre el así denominado concepto estricto de acto administrativo

La característica de la unilateralidad no se pierde por la concurrencia, en la posición del sujeto activo, para dictar un acto administrativo de dos órganos administrativos o, incluso, de dos Administraciones Públicas. Constituyen lo que la doctrina denomina “actos complejos”.

Aunque el acto sea unilateral, hay algunos que necesitan la participación de la voluntad del administrado para su existencia y/o eficacia. Así por ejemplo, todos aquellos actos que necesitan la previa petición del administrado como las licencias, el nombramiento funcional, las ayudas públicas, la jubilación anticipada o el otorgamiento de concesiones demaniales; o los que necesitan de previa aceptación⁽³⁵⁾. Sin embargo, aún en estos casos, el acto nace por la declaración de la Administración Pública, no por la conjunción de las dos voluntades, que es lo característico de los actos bilaterales.

A la naturaleza y efecto propio de la potestad se añaden normalmente dos de las características más importantes de los actos administrativos: la ejecutividad y la ejecutoriedad. Por la primera, los efectos jurídicos del acto administrativo son inmediatamente exigibles sin necesidad de previo reconocimiento judicial en caso de resistencia (artículo 16° LPAG⁽³⁶⁾), y por la segunda, es susceptible de ejecución forzosa, incluso en contra de la voluntad de los destinatarios (artículo 192° LPAG⁽³⁷⁾). En fin, todo acto administrativo es normalmente ejecutivo, pero no necesariamente es ejecutorio como, por ejemplo, los actos que favorecen al administrado⁽³⁸⁾.

En resumen, acto administrativo es la expresión del ejercicio de una potestad administrativa consistente

en la facultad de crear unilateralmente o modificar situaciones jurídicas de terceros, cuya validez y eficacia descansa en la presunción *iuris tantum* de su conformidad con el ordenamiento jurídico.

2. Supuestos excluidos e incluidos

Ya hemos señalado que aunque una buena parte de la doctrina está de acuerdo en la formulación definitoria general del concepto del acto administrativo, aparecen diferencias respecto a su aplicación a determinados supuestos. Estas diferencias se fundamentan, en último término, en los diferentes conceptos de la Administración Pública o del sujeto activo del acto, o del acto jurídico como declaración o, en fin, de la noción de potestad.

Podemos concretar específicamente estas divergencias en los siguientes puntos: a) si pueden considerarse actos administrativos algunas actividades de sujetos privados; b) si los denominados actos materiales son actos administrativos; c) si la actividad privada de la Administración Pública produce actos administrativos; d) la consideración de los actos internos como actos administrativos o no; e) el carácter de acto administrativo de los reglamentos; y, f) el carácter de acto administrativo de los contratos.

2.1 Supuestos excluidos

Debemos descartar, en principio, la posibilidad de que sujetos privados puedan dictar actos administrativos⁽³⁹⁾. Los sujetos privados sólo pueden actuar como

(35) En este sentido Acosta Romero, Op. cit., p. 624; García de Enterría y Fernández, Op. cit., I, p. 569 y ss. y Santamaría Pastor, Op. cit., II, p. 125.

(36) Artículo 16.1 “El acto administrativo es eficaz a partir de que la notificación legalmente realizada produce sus efectos, conforme a lo dispuesto en el presente capítulo”.

(37) Artículo 192°: “Los actos administrativos tendrán carácter ejecutorio, salvo disposición legal expresa en contrario, mandato judicial o que estén sujetos a condición o plazo conforme a ley”.

(38) Barcelona Llop, J., *Ejecutividad, ejecutoriedad y ejecución forzosa de los actos administrativos*, Universidad de Cantabria, Santander 1995, p. 35 y ss. y García Trevijano Fos, J. A., Op. cit., p. 104 y ss.

(39) Ver más ampliamente Abruña Puyol, A., Op. cit., p. 76 y ss.

Administración Pública en el caso de delegación y con condiciones muy exigentes: rango de ley del instrumento de delegación, o previa habilitación legal, y cumplimiento de los procedimientos establecidos ⁽⁴⁰⁾. En ningún caso, son actos administrativos los actos que llevan a cabo los administrados en sus relaciones con la Administración Pública: peticiones, denuncias, solicitudes, instancias, actos relativos al procedimiento administrativo, etcétera, pues no proceden de una Administración⁽⁴¹⁾.

También debemos excluir a los actos materiales: el acto material se caracteriza por no constituir en sí una declaración expresa (puede contener, sin embargo, una declaración implícita y ser entonces, además, un acto jurídico). Por tanto, no se pueden considerar en sí mismos, como tales, actos administrativos. El artículo 1º, inciso 2.2 de la LPAG, así lo manifiesta: “no son actos

administrativos: los comportamientos y actividades materiales de las entidades”⁽⁴²⁾.

El acto material siempre debe tener un soporte jurídico, ya sea directo o indirecto; si no lo tuviera, estaríamos en presencia de la vía de hecho⁽⁴³⁾. Así, por ejemplo, el acto de ejecución forzosa, que propiamente es un acto material, se fundamenta en un acto administrativo; mientras que el dictado de clase por un profesor que sea funcionario público se fundamenta en su nombramiento como tal.

El acto material puede desembocar, también, en un acto administrativo; por ejemplo, un acta de inspección⁽⁴⁴⁾. En fin, puede producir efectos jurídicos tanto directos como indirectos⁽⁴⁵⁾ (por ejemplo una inspección previa al otorgamiento de una licencia), o puede no producirlos en modo alguno, como cuando un alto cargo dirige a alguien una felicitación⁽⁴⁶⁾. En todo caso,

(40) En este sentido García de Enterría y Fernández, *Op. cit.*, I, p. 573 y Santamaría Pastor, J.A., *Op. cit.*, II, pp. 116-117. En contra, y en la lógica de sus posturas funcionalistas: Comadira, J. R., *Op. cit.*, p. 29 y ss. y Guaita, A., *Op. cit.*, p. 531. Curiosamente, y en contra de la postura funcionalista que mantienen, Dromi sólo admite actos administrativos en los sujetos de naturaleza pública aunque sorprendentemente incluye entre ellos a las Universidades privadas y Marienhoff sólo admite actos administrativos procedentes de poderes públicos estatales, (respectivamente: *El acto...*, *cit.*, p. 19 y ss. y *Tratado...*, II, *cit.*, p. 256).

(41) Danós Ordóñez, J., *Op. cit.*, p. 243; García de Enterría y Fernández, *Curso...*, I, *cit.*, p. 569 y 572 y Santamaría Pastor, J.A., *Principios...*, II, *cit.*, pp. 116-117. En contra Guaita, quien dentro del concepto inusualmente amplio que sostiene, exige únicamente la regulación por el Derecho administrativo (Cfr. *Op. cit.*, p. 532).

(42) En este sentido Danós Ordóñez, J., “Comentarios”..., *cit.*, p. 242; Díez, M. M., *El acto...*, *cit.*, p. 77; García Trevijano Fos, J. A., *Op. cit.*, pp. 37-41; González Navarro, F., *Derecho...*, III, *cit.*, pp. 392-393.

Defienden la pertenencia del acto material a la categoría de acto administrativo, Fraga, G., *Derecho administrativo*, Porrúa S. A., México 1988, p. 230; Guaita, A., “El concepto”..., *cit.*, p. 545 y ss.; Marienhoff, M. S., *Tratado...*, II, *cit.*, p. 264. Patrón Faura y Patrón Bedoya, aunque no lo señalan expresamente se deduce al calificar al acto administrativo de «manifestación» (Cfr. *Derecho...*, *cit.*, p. 295). Tola los llama de ejecución pero son propiamente materiales al señalar que «tomada la decisión para el caso particular, la Administración obliga a su cumplimiento» (Cfr. *Derecho...*, *cit.*, p. 64).

(43) En este sentido en el ordenamiento peruano el artículo 4.3 LPCA señala que procede la demanda contencioso-administrativa contra: «la actuación material que no se sustenta en acto administrativo», también la exposición de motivos del proyecto comentando este numeral señala que «se refiere a la denominada por la doctrina “vía de hecho” administrativa que consiste en la pura actuación material de la Administración pública desprovista de un acto administrativo que le otorgue cobertura jurídica y por lo tanto carente de legitimidad». Sobre la vía de hecho vid. González-Varas, S., *La vía de hecho administrativa*, Tecnos, Madrid 1994 y López Menudo, F., *Vía de hecho administrativa y justicia civil*, Civitas, Madrid, 1988.

(44) Sobre la naturaleza de la inspección como soporte de potestades públicas se puede ver: Macera, B-F, *El deber industrial de respetar el ambiente. Análisis de una situación pasiva de Derecho público*, Marcial Pons, Madrid, 1998, p. 298 y ss.

(45) Como suele hacer en general la doctrina argentina, cabe llamar a este acto material que produce efectos jurídicos, hecho jurídico: ver, por todos, Dromi, R., *Derecho administrativo*, 6ª Ed., Ediciones Ciudad Argentina, Buenos Aires, 1997, p. 213 y ss. Otro caso de actos materiales que producirían efectos jurídicos serían aquellos que dan lugar a la aplicación de la doctrina de los propios actos, es decir actuaciones materiales que generan expectativas en el administrado y que son defraudadas por otros actos materiales (se puede ver más ampliamente Mairal, H. A., *La doctrina de los propios actos y la Administración pública*, Depalma, Buenos Aires, 1988).

(46) García Trevijano Fos, J. A., *Op. cit.*, pp. 37-41.

Sobre el así denominado concepto estricto de acto administrativo

los actos materiales pueden producir efectos jurídicos por la responsabilidad que acarreen en su ejecución⁽⁴⁷⁾. Lo esencial del acto material, lo que le diferencia del acto administrativo, es que no consisten por sí mismos una declaración⁽⁴⁸⁾.

Existen, sin embargo, comportamientos materiales que llevan implícita una declaración, y que son por ello, propiamente, actos administrativos tácitos o implícitos, y ya no meros actos materiales⁽⁴⁹⁾. En nuestro ordenamiento es el caso de las aprobaciones automáticas reguladas en el capítulo I del Título II de la LPAG.

No hay que confundir actos materiales y actos de ejecución. Se encuentran en dos planos distintos. Se puede ejecutar mediante actos que contienen una declaración (por ejemplo, se ejecuta una ley por un reglamento, o un reglamento por un acto, o un acto mediante otro acto, como en el caso del embargo) pero también mediante actos materiales. Los actos materiales consisten solamente en el desarrollo de una actividad⁽⁵⁰⁾. Por ejemplo, una felicitación, el dictado de una clase por un funcionario, el recojo de la basura por los empleados municipales, los actos de apropiación material de los bienes del deudor en un procedimiento ejecutivo, entre otros. En definitiva, lo que distingue a

los actos administrativos de los actos materiales no es su naturaleza ejecutiva sino su contenido declarativo.

Deben descartarse también del concepto de acto administrativo los actos de la actividad privada de la Administración Pública. La Administración es un sujeto con capacidad tanto pública como privada y cuando actúa sujeta al Derecho Privado sus actos son privados, no administrativos. No obstante, no podemos olvidar que aunque la Administración actúe sujeta al Derecho Privado, siempre hay una parte de esa actividad, un núcleo irreductible, sometido al Derecho público⁽⁵¹⁾.

2.2 Supuestos incluidos

Considero incluidos en el concepto de acto administrativo a los actos internos, los reglamentos y los contratos administrativos.

2.2.1 Actos internos

Los “actos internos” son denominados también por algunos autores “actos de administración” o “actos de la administración”. La LPAG los llama actos de administración interna⁽⁵²⁾. En principio, son actos internos los que por sí mismos no producen efectos jurídicos directos sobre los administrados, en

(47) González Navarro, F., Op. cit., III, pp. 392-393.

(48) En el anterior ordenamiento peruano, la diferencia ente el acto administrativo y la actuación meramente material no tenía la claridad que hoy día tiene, pues, a tenor del artículo 1.b LNGPA, “(.) en consecuencia, [la LNGPA] se aplica: (...) b) Los actos administrativos inherentes a las funciones propias de la Administración Pública que se inician de oficio, tales como inspecciones, fiscalizaciones y otras acciones de supervisión”, es decir a actividades que son materiales. Con esto podía pensarse que estas eran consideradas como actos administrativos. Ahora bien, también se podía interpretar que lo que pretendía dicha norma era recalcar que esas actuaciones comienzan y terminan en un acto administrativo pero no son acto administrativo en sí mismas y que más bien buscaba excluir la vía de hecho.

(49) Alguna doctrina distingue entre acto tácito y acto implícito (vid. García Trevijano Fos, J. A., Op. cit., pp. 160-164). Escuin Palop, llama acto implícito a los que aquí denominamos actos tácitos (vid. El acto administrativo implícito, Civitas, Madrid, 1999).

(50) Como, entre otras muchas, las contempladas por el artículo 62.3 LPAG: “Cada entidad es competente para realizar tareas materiales internas necesarias para el eficiente cumplimiento de su misión y objetivos”.

(51) En este sentido, la generalidad de la doctrina, por ejemplo: Cassagne, Op. cit., p. 122 y ss.; Isasi Cayo, F., Op. cit., p. 282; Danós Ordóñez, J., Op. cit., p. 243; Dromi, Op. cit., p. 30; García de Enterría y Fernández, Op. cit., I, p. 573; García Trevijano Fos, J. A., Op. cit., pp. 41, 42 y 97; Garrido Falla, F., Op. cit., I, p. 561 y ss; Marienhoff, M. S., Op. cit., II, p. 260; Parada, R., Op. cit., I, p. 95; Santamaría Pastor, J. A., Op. cit., II, p. 106 y Sayagüés Laso, E., Op. cit., I, p. 398.

(52) La LPAG los denomina actos de administración interna (Cfr. artículos 1.2.1 y 7.1). Cassagne y Díez, los denominan actos de la administración, (respectivamente: Op. cit., p. 98 y Op. cit. p. 75). Marienhoff, los denomina actos de administración (Op. cit. II, p. 251).

contraposición a los actos externos, que sí producirían esos efectos directos.

A tenor del artículo 1.2.1 LPAG: “No son actos administrativos: los actos de administración interna de las entidades destinados a organizar o hacer funcionar sus propias actividades o servicios. Estos actos son regulados por cada entidad, con sujeción a las disposiciones del Título Preliminar de esta Ley, y de aquellas normas que expresamente así lo establezcan”, lo que se confirma al afirmar en el artículo 7.1 LPAG que “los actos de administración interna se orientan a la eficacia y eficiencia de los servicios y a los fines permanentes de las entidades. Son emitidos por el órgano competente, su objeto debe ser física y jurídicamente posible, su motivación será facultativa cuando los superiores jerárquicos impartan las órdenes a sus subalternos en la forma legalmente prevista”.

No obstante, lo afirmado por estas normas no parece encajar con el artículo 1º, inciso 1 de la LPAG que define al acto administrativo como “las declaraciones de las entidades que, en el marco de normas de

derecho público, están destinadas a *producir efectos jurídicos sobre los intereses, obligaciones o derechos de los administrados* dentro de una situación concreta” (resaltado nuestro). Así, mientras que el acto interno se define desde el punto de vista material, el acto administrativo se define desde el punto de vista de sus efectos, lo que no los hace necesariamente incompatibles. Sin perder de vista que, con independencia de que la ley defina el acto de administración interna materialmente, también producen efectos jurídicos. Es necesario, por tanto, detenernos algo más en este supuesto para determinar exactamente qué actos son administrativos en nuestro ordenamiento⁽⁵³⁾.

La distinción entre actos administrativos y actos de administración interna⁽⁵⁴⁾ parte de identificar los diferentes efectos jurídicos que los actos internos provocan⁽⁵⁵⁾. Algunos autores distinguen dentro de los actos internos entre actos que producen: a) efectos directos; y, b) efectos indirectos⁽⁵⁶⁾. Los que producen efectos directos se distinguen, a su vez, según

(53) Aparentemente, en el anterior ordenamiento no se consideraban actos administrativos a los actos internos, pues, a tenor del tercer párrafo del artículo 1.d. LNGPA: “En ningún caso se aplica [la LNGPA] a los procedimientos internos de la Administración Pública destinados a organizar o hacer funcionar sus propias actividades o servicios”. Pensamos que sólo era una exclusión aparente, pues no es lo mismo afirmar que una ley del ordenamiento administrativo no se aplica a determinados actos que decir que, por no aplicarse la ley, esos actos no tienen la categoría de administrativos. Más aún si teníamos en cuenta que el artículo 113º LNGPA conceptuaba como actos administrativos a “las decisiones (...) que (...) resuelven sobre *intereses, obligaciones o derechos de las entidades administrativas* (...)” (resaltado nuestro). Además, usualmente, los actos internos, por ejemplo los de organización, suelen estar regidos por sus leyes específicas, que es lo que señalaba justamente el primer párrafo *in fine* del mismo artículo 1º LNGPA: “siempre que por leyes especiales no se establezca algo distinto”.

(54) Pareciera que los sustentadores de esta distinción se han basado en la doctrina alemana (entre otros, Mayer) que niega el carácter jurídico a las normas de organización, por ser “normas que no tendrían *relevancia plena sino parcial o indirecta*”. Esta posición, criticada en su momento por Santi Romano, para quien lo organizativo es lo más propiamente jurídico, no goza hoy en día de reconocimiento doctrinal fuera del mundo germánico. Se puede revisar más ampliamente García Trevijano, J. A., Op. cit., p. 98 y Parada Vázquez, R., Op. cit., II, p. 13 y ss.

(55) En general, la mayoría de la doctrina argentina, hace la distinción entre actos de administración interna (Cfr. *supra nota* 52) y actos administrativos. Los primeros no serían actos administrativos. En la doctrina peruana, Ruíz-Eldredge Rivera e Isasi Cayo admiten la distinción actos administrativos-actos de administración (respectivamente: Op. cit., p. 160 y Op. cit., p. 282). Por el contrario, a tenor de su definición de acto administrativo, Patrón Faura y Patrón Bedoya pareciera que admiten como actos administrativos los actos internos, al afirmar que los actos administrativos “producen efectos de derecho respecto al Estado” (Cfr. Op. cit., p. 295). Danós Ordóñez pareciera que considera a los actos internos como actos administrativos aunque admite que los procedimientos para dictar esos actos puedan ser menos exigentes (Cfr. Op. cit., p. 243).

(56) Díez, M. M., Op. cit., pp. 75 y ss.; Dromi, Op. cit., p. 21 y ss. y Marienhoff, M. S., Op. cit., II, p. 251 y ss. Cassagne, J. C., Op. cit., p. 97 y ss. y p. 100.

Sobre el así denominado concepto estricto de acto administrativo

produzcan esos efectos, en: a') los administrados; incluyendo en este concepto a los cualificados por relaciones derivadas del status de los funcionarios (relación de servicio: derechos y deberes, relaciones jurídicas con la Administración en cuanto funcionarios)⁽⁵⁷⁾; y b') las personas en cuanto titulares de órganos y unidades administrativas.

Para estos autores, sólo son actos administrativos aquellos que producen efectos jurídicos directos sobre los administrados, aunque sean administrados

cualificados. En consecuencia, excluyen del concepto de acto administrativo:

a) los que no producen efectos jurídicos (felicitaciones informales, pésames, etcétera); b) los que sólo producen efectos jurídicos indirectos en los administrados, en general denominados actos de trámite, (dictámenes, informes, propuestas); c) los que producen efectos directos sobre los titulares de los órganos administrativos o los funcionarios y empleados públicos como consecuencia de las relaciones jerárquicas o de mando y dirección (circulares, instrucciones y órdenes)⁽⁵⁸⁾. Algunos autores excluyen, en general, todos los actos de relaciones interorgánicas, que son propiamente internos e, incluso, los actos de relaciones intersubjetivas, que son actos externos⁽⁵⁹⁾. A continuación, pasamos a examinar cada uno de estos puntos.

“Existen, sin embargo, comportamientos materiales que llevan implícita una declaración, y que son por ello, propiamente, actos administrativos tácitos o implícitos, y ya no meros actos materiales”.

a) Actos que no producen efectos jurídicos: en principio, los actos que no producen efectos jurídicos no son actos administrativos, no porque sean actos internos o de administración interna, sino porque no contienen una declaración jurídica.

b) Actos que sólo producen efectos jurídicos indirectos en los administrados: los actos de trámite. El ordenamiento peruano no hace una distinción entre efectos jurídicos directos y efectos jurídicos indirectos de los actos administrativos. Al respecto, el ya citado artículo 1.1

LPAG es claro, “son actos administrativos las declaraciones de las entidades que, en el marco de normas de derecho público, están destinadas a producir efectos jurídicos sobre los intereses, obligaciones o derechos de los administrados dentro de una situación concreta”. Es decir, no distingue entre efectos directos o indirectos.

Por otra parte, el artículo 206.2 LPAG permite la impugnación directa o indirecta de algunos actos de trámite⁽⁶⁰⁾. De la lectura de estos artículos se desprende que, al permitir el artículo 206.2 LPAG la impugnación directa de ciertos actos de trámite y señalar que los demás se impugnan con el acto definitivo, se está afirmando que todos los actos de trámite tienen efectos jurídicos. En consecuencia, como los actos de trámite producen efectos jurídicos en los administrados, son actos administrativos de acuerdo al artículo 1.1 LPAG.

(57) En esta expresión incluyo tanto a los que propiamente son tales (trabajadores y funcionarios sujetos al régimen jurídico funcional), como a aquellos que trabajan en la Administración Pública bajo régimen laboral privado.

(58) Esta enumeración está tomada de Cassagne, J. C., Op. cit., p. 100. En el mismo sentido Díez, M. M., Op. cit., pp. 75-77; Dromi, Op. cit., pp. 23-24 y Marienhoff, M. S., Op. cit., II, pp. 251-252.

(59) Cassagne, J. C., Op. cit., p. 100; Díez y Dromi no dejan claro si consideran actos internos también a los interorgánicos e intersubjetivos (respectivamente, Op. cit., pp. 75-77 y Op. cit., pp. 23-24). Marienhoff, por el contrario, considera actos administrativos a los interorgánicos e intersubjetivos (Op. cit., II, p. 252).

(60) Artículo 206.2 LPAG: “(.) son impugnables (..) los actos de trámite que determinen la imposibilidad de continuar el procedimiento o produzcan indefensión. La contradicción a los restantes actos de trámite deberá alegarse por los interesados para su consideración en el acto que ponga fin al procedimiento y podrán impugnarse con el recurso administrativo que, en su caso, se interponga contra el acto definitivo”.

c) Actos que producen efectos directos sobre titulares de órganos como consecuencia de las relaciones orgánicas (circulares, instrucciones y órdenes): Son actos de relación interorgánica, pero estos actos producen indudables efectos jurídicos en los administrados, ciertamente indirectos, pero no por ello de calidad irrelevante. Por tanto, son también actos administrativos. Es muy claro a este respecto lo que señala el artículo VII.1 LPAG: «Las autoridades superiores pueden dirigir u orientar con carácter general la actividad de los subordinados a ellas mediante circulares, instrucciones y otros análogos, los que, sin embargo, no pueden crear obligaciones nuevas a los administrados», y muy especialmente el artículo VII.3: «Los administrados pueden invocar a su favor estas disposiciones, en cuanto establezcan obligaciones a los órganos administrativos en su relación con los administrados». Finalmente, su régimen jurídico se trata con detenimiento en el título II de la LPAG.

d) Por último, los actos de relación intersubjetiva no son propiamente actos internos y producen efectos jurídicos directos o indirectos sobre los administrados o sobre otras administraciones. Pueden ser, por tanto, actos administrativos aunque no incidan en el status jurídico de los administrados, lo que explica que la propia LPAG en su Título II regula el régimen jurídico de estos actos.

En consecuencia, no parece lógico afirmar sin más, como lo hace la ley, que los actos internos o de administración interna “no son actos administrativos”.

En realidad, lo que negamos, por un lado, es que se pueda definir su concepto jurídico en base a elementos materiales, y, por otro, que se pueda basar la distinción sobre la producción de efectos jurídicos directos o indirectos. Lo relevante en el acto administrativo es que sea una declaración que produce efectos jurídicos, con independencia de que éstos sean directos o indirectos⁽⁶¹⁾.

Tampoco se puede realizar la distinción con base en que la Ley General no se aplica directamente a estos actos⁽⁶²⁾. Esto no es lo trascendente, sino el régimen general en el que se inscriben.

Por otra parte, puede ser que la doctrina que afirma la distinción haya pretendido distinguir entre acto administrativo y acto de administración en virtud de su carácter impugnabile. El acto administrativo sería impugnabile y el de administración no. Sin embargo, si así fuese el caso, habría que decir que el carácter impugnabile o no del acto no es esencial al concepto⁽⁶³⁾. Lo esencial es que el acto tenga los elementos exigidos para que se le reconozca como tal; después será o no impugnabile, directa o indirectamente (Cfr. nuevamente el artículo 206°, inciso 2 de la LPAG).

(61) A este respecto Ballbé afirma que “no obstante —prescindiendo ya de que no pocas singularidades de los mismos se les reconoce unánimemente se les reconoce su relevancia jurídica—, tiene interés destacar que incluso tratadistas que suscriben aquella genérica y explícita descalificación, no pueden dejar de reconocer que tales actos, en los ordenamientos internos en que inmediatamente se desvuelven, tienen ciertamente valor de actos administrativos; y que tampoco respecto del ordenamiento general del Estado pueden calificarse de jurídicamente irrelevantes, bien sea porque el poder de emanarlos está regido y limitado por el Derecho, ora porque su observancia o inobservancia por parte de los órganos a que está dirigidos, determina, para sus respectivos titulares, situaciones distintas; el Derecho los regula; algunas veces en tutela de derechos de singulares administrados, y siempre como garantía del acierto mismo en el ejercicio de la función administrativa», (vid. Op. cit., p. 305).

(62) El anteproyecto de la Ley, sin negar su calidad de actos administrativos, señalaba que, “los actos de administración interna de las entidades destinados a organizar o hacer funcionar sus propias actividades o servicios, son regulados por cada entidad sujeta a las disposiciones del Título Preliminar de esta Ley y aquellas normas que expresamente así lo establezcan”, Cfr. Danós Ordóñez, J., Morón Urbina, J. C. y Salazar Chávez, R., *Texto del Proyecto de Ley de Normas Generales de Procedimientos Administrativos*, Lima, octubre 1999. Edición revisada por los autores. Como se aprecia, un texto muy similar, pero en el que no se excluye que sean actos administrativos. El texto “no son actos administrativos”, se incorpora en el Proyecto de Ley publicado el 10 de julio de 2000.

(63) En nuestro ordenamiento Cfr. Isasi Cayo, F., Op. cit., p. 262 y ss. Cabe aclarar que no estamos de acuerdo con alguna de sus afirmaciones, pues como ya decimos, no necesariamente todo acto administrativo es impugnabile.

Sobre el así denominado concepto estricto de acto administrativo

El acto administrativo interno es, por tanto, aquel que tiene por destinatario al propio sujeto que lo expide (relación reflexiva). Su contenido suele ser de organización o de trámite, o de mando y dirección a los subordinados en la organización. En ese sentido, si el acto procede de la Administración Pública y cumple los demás requisitos que hemos señalado, debe ser considerado acto administrativo con independencia de que sea interno o externo; al menos esto es lo que se concluye, después de interpretar la Ley. De acuerdo a lo expuesto, deben considerarse actos administrativos los actos internos de las Administraciones Públicas⁽⁶⁴⁾.

2.2.2 El reglamento

Un reglamento es una declaración de potestad que efectúa la Administración Pública y que produce efectos jurídicos. En concordancia, por tanto, con lo que venimos exponiendo es, en principio, un acto administrativo⁽⁶⁵⁾.

Sin embargo, la doctrina, una vez más, no es pacífica. Los que niegan al reglamento la calidad de acto administrativo basan su afirmación en la diferencia acto-norma⁽⁶⁶⁾. Por el contrario, los que defienden el carácter de acto administrativo del reglamento se fundamentan en la esencia de éste como declaración de la Administración Pública que produce efectos jurídicos⁽⁶⁷⁾.

Es evidente afirmar que entre el reglamento y el acto administrativo no normativo hay diferencias. En este sentido, la pregunta es: ¿las diferencias entre ambos los convierte en dos especies distintas del mismo género de actos, o cada uno de ellos constituye un género diferente en la actuación de la Administración? Pienso que son especies del mismo género⁽⁶⁸⁾: la naturaleza jurídica sustantiva de ambos es la misma y, en consecuencia, los elementos que ella impone. Además, es evidente que el reglamento contiene los mismos elementos esenciales, básicos, que el acto administrativo y, destacadamente, constituyen una actuación jurídica unilateral de la Administración y de sus órganos en ejercicio de una potestad administrativa.

El hecho que la LPAG regule todos los aspectos o sólo algunos del reglamento no es esencial. Serán regulados por otras normas, normas de Derecho público administrativo. Por tanto, y a pesar de lo expresado por la ley, el reglamento es acto administrativo, un acto administrativo normativo, diferente de los actos administrativos no normativos, que se regirán por las normas especiales que regulen su régimen jurídico, pero supletoriamente por la LPAG⁽⁶⁹⁾.

2.2.3 El contrato público

Finalmente, sobre los contratos públicos se debe afirmar que nacen de un acto administrativo y que,

(64) En este sentido Danós Ordóñez, J., Op. cit., p. 243; Fraga, G., Op. cit., p. 233; García Trevijano Fos, J. A., Op. cit., pp. 41-98; Guaita, A., Op. cit., p. 542; Patrón Faura, P. y Patrón Bedoya, P., Op. cit., p. 295; Santamaría Pastor, J. A., Op. cit., II, pp. 125-126 y Sayagüés Laso, E., Op. cit., I, p. 396.

(65) En la anterior LNGPA, a nuestro entender, el Reglamento sí era considerado acto administrativo sin lugar a dudas, pues reúne las características que exigían los artículos 4º y 113º LNGPA: proceder de la Administración, resolver intereses y obligaciones; declarar, reconocer o conceder derechos y ejercer una facultad.

(66) Cassagne, J. C., Op. cit., p. 89; Comadira, J. R., Op. cit., p. 34; Díez, M. M., Op. cit., p. 75; Dromi, R., Op. cit., pp. 25-26; García de Enterría, E. y Fernández, T-R., Op. cit., I, pp. 568-575; García Trevijano Fos, J. A., Op. cit., pp. 31-32; González Navarro, F., Op. cit., III, p. 397-398; y Sayagüés Laso, E., Op. cit., I, p. 390.

(67) Boquera Oliver, J. M., Op. cit., p. 341 y ss.; Garrido Falla, F., Op. cit., I, p. 555; Guaita, A., Op. cit., p. 539; Marienhoff, M. S., Op. cit., II, p. 227; Patrón Faura, P. y Patrón Bedoya, P., Op. cit., p. 295; Ruíz-Eldredge Rivera, A., Op. cit., p. 163 y Tola, F., Op. cit., p. 64.

(68) En el mismo sentido, Boquera Oliver, J. M., Op. cit., p. 35, también Marienhoff, M. S., Op. cit., II, p. 229.

(69) No me detengo en más consideraciones, pues el tema lo hemos tratado largamente en el artículo: Baca, V. S. y Abruña, A., "El reglamento, ¿acto administrativo en el Derecho peruano?", *Revista de Derecho de la Universidad de Piura* nº 11, 2010, pp. 71-92.

por tanto, se les aplica el ordenamiento jurídico administrativo y deben ser considerados, a estos efectos, como actos administrativos, aunque tampoco la doctrina es pacífica en este caso.

Los defensores del contrato como acto administrativo se fundamentan en la aceptación del acto administrativo bilateral: al ser el acto administrativo unilateral o bilateral, el contrato, acto bilateral, sería acto administrativo⁽⁷⁰⁾. Por el contrario, la doctrina que excluye del concepto de acto administrativo al contrato basa su afirmación en el carácter unilateral de aquél. Como el contrato es un acto bilateral, no entra dentro del concepto de acto administrativo⁽⁷¹⁾.

Al respecto, surge la siguiente duda ¿el contrato administrativo es verdaderamente un acto bilateral? Ciertamente, la relación jurídica que nace del contrato es bilateral, pero el acto que hace nacer el contrato —el acuerdo de voluntades, que perfecciona el acto jurídico en condiciones de esencial igualdad—, es un acto unilateral de la Administración Pública en ejercicio de una potestad administrativa que se expresa como acto definitivo de toda una serie de actos de trámite que se realizan previamente y del que surgen efectos jurídicos.

En realidad, el contrato público nace de una manera diferente al contrato privado y de forma igual a como surgen otros tipos de relaciones jurídicas entre la Administración y determinados administrados: la relación funcional, la propia de un concesionario de aguas o minas, la que tiene por objeto la percepción de una ayuda pública o incluso la que puede seguir a algunas autorizaciones administrativas.

En consecuencia, el contrato público se perfecciona por un acto administrativo, pero no porque admitamos la existencia de actos administrativos bilaterales, sino porque nace verdaderamente de un acto administrativo unilateral⁽⁷²⁾.

3. Sobre el así denominado concepto estricto de acto administrativo

En páginas anteriores he aportado el concepto de acto administrativo que considero que es el más adecuado para el estudio, análisis y conocimiento del régimen jurídico de la actuación administrativa y, en los casos en discusión, he concretado los que considero o no acto administrativo.

Como ya se ha indicado, el concepto no ha sido ni es pacífico. Es cierto también que, con independencia de la óptica de análisis, las soluciones finales aparentemente son las mismas, aunque los medios para llegar a ellas difieren. Por tanto, podría pensarse que si esta es la situación, no merece la pena plantearse problemas que en última instancia no lo son. Sin embargo, en primer lugar y como advierte el acervo popular, no podemos dejar de lado que la mejor práctica es una buena teoría, y, en segundo lugar, que si se quiere profundizar en nuestra materia, es importante que su estudio y entendimiento sean lo más cercano posible a la naturaleza de las cosas y a la realidad. Pensamos que el concepto que hemos aportado reúne esas dos características.

(70) Cassagne, J. C., Op. cit., pp. 95-97; Comadira, J. R., Op. cit., p. 35; Entrena Cuesta, R., Op. cit., I/1, p. 178; Guaita, A., Op. cit., p. 541; Marienhoff, M. S., Op. cit., II, p. 230 y ss; Monti, L., "La teoría jurídica del acto administrativo", DA, nº 267-268, septiembre 2003-abril 2004, p. 252; Patrón Faura, P. y Patrón Bedoya, P., Op. cit., p. 308; Ruíz-Eldredge Rivera, A., Op. cit., p. 163 y Tola, F., Op. cit., p. 64.

(71) Danós Ordóñez, J., Op. cit., p. 243; Dromi, R., Op. cit., p. 17; Fraga, G., Op. cit., p. 231; Ballbé, M., Op. cit., p. 304; García de Enterría, E. y Fernández, T.R., Op. cit., I, p. 569; García Trevijano Fos, J. A., Op. cit., p. 45; Martín Mateo, R., Op. cit., p. 306 y Sayagüés Laso, E., Op. cit., I, p. 389. Aunque resulta algo confuso, parece también de esta opinión Cuadros, O. A., "El acto administrativo como acto jurídico" en *Cuestiones de acto administrativo, Reglamento y otras fuentes del Derecho administrativo*, Rap, Buenos Aires, 2009, pp. 49-57.

(72) En nuestro ordenamiento este punto ha sido tratado en profundidad y en varios artículos por Baca Oneto, V. S., Cfr., por ejemplo, "El concepto, clasificación y regulación de los contratos públicos en el Derecho peruano", *Ius et Veritas* nº 48, julio 2014, pp. 270-297, con quien estoy sustancialmente de acuerdo, por lo que a él me remito.

Sobre el así denominado concepto estricto de acto administrativo

Como ya se ha señalado, los profesores Huapaya y Bocanegra, proponen un concepto restringido de acto administrativo y afirman:

- a) que el concepto de acto administrativo no debe erigirse en el criterio delimitador de la jurisdicción contenciosa⁽⁷³⁾. Debe poder accederse a esta jurisdicción mediante el ejercicio de acciones diferentes a la impugnatoria: inactividad de la Administración, vía de hecho o de actuación administrativa de carácter material o técnico⁽⁷⁴⁾; y,
- b) descartan la así llamada “teoría negocial”⁽⁷⁵⁾.

En base a estos argumentos, proponen un concepto que gire en torno a dos supuestos: el carácter «regulador» y la función «estabilizadora»⁽⁷⁶⁾ del acto administrativo, lo que, según estos autores, potencia el origen de la actuación administrativa en la potestad⁽⁷⁷⁾. Finalmente, excluyen expresamente la potestad reglamentaria, al igual que hacen otros autores⁽⁷⁸⁾.

Efectivamente, la consecuencia de esta postura restringe el contenido del concepto: sólo son actos administrativos los que tienen carácter regulador⁽⁷⁹⁾. En consecuencia, excluyen del concepto de acto administrativo a los siguientes:

- a) “los actos a través de los cuales la Administración ejerce un derecho de retracto, de tanteo, una opción o un derecho de contenido semejante, actos éstos que producen consecuencias jurídicas, pero que no tienen contenido regulador”⁽⁸⁰⁾;
- b) en general, los actos internos, que no serían en ningún caso actos administrativos por la misma falta de carácter regulador externo⁽⁸¹⁾;
- c) los reglamentos, por principio⁽⁸²⁾;
- d) los contratos, pues “los actos por los que la Administración decide celebrar un contrato no son actos administrativos, justamente porque no son decisiones ‘de autoridad’, esto es, dictadas en el ejercicio de una potestad de Derecho Público”⁽⁸³⁾;
- e) los que son manifestación de lo que en la “teoría negocial” se denomina declaraciones de juicio, conocimiento y deseo, es decir, entre otros, los dictámenes, las certificaciones y las propuestas⁽⁸⁴⁾;
- f) “el acto que declara el ‘agravio’ al interés público como requisito de admisibilidad del proceso contencioso-administrativo”⁽⁸⁵⁾ y, finalmente;
- g) los actos materiales, la vía de hecho y la inactividad de la Administración⁽⁸⁶⁾.

(73) Bocanegra Sierra, R., Op. cit., p. 28; Huapaya Tapia, R., Op. cit., p. 150.

(74) Bocanegra Sierra, R., *Loc. cit.*, p. 32.

(75) Bocanegra Sierra, R., *Loc. cit.*, pp. 36-37; Huapaya Tapia, R., *Loc. cit.*, p. 160.

(76) Bocanegra Sierra, R., *Loc. cit.*, p. 36; Huapaya Tapia, R., *Loc. cit.*, pp. 151-161.

(77) A sensu contrario Huapaya Tapia, R., *Loc. cit.*, p. 160.

(78) Bocanegra Sierra, R., *Loc. cit.*, p. 36; Huapaya Tapia, R., *Loc. cit.*, p. 170; para otros autores ver, por ejemplo, García de Enterría, E. y Fernández, T., Op. cit., p. 571.

(79) Isasi Cayo, F., Op. cit., pp. 278, 283 y 284. Para Gallego Anabitarte y Menéndez Rexach, más que en el carácter regulador lo que especifica al acto administrativo es su carácter decisorio y vinculante (Cfr., *Acto y procedimiento administrativo*, Marcial Pons, Madrid, 2001, p. 45 y ss.).

(80) Bocanegra Sierra, R., Op. cit., p. 38. Estos actos son, en la “teoría negocial”, declaraciones de voluntad, pero al carecer de carácter regulador se excluyen del concepto.

(81) Huapaya Tapia, R., Op. cit., pp. 165, 166 y 167.

(82) Bocanegra Sierra, R., Op. cit., p. 36; Huapaya Tapia, R., Op. cit., p. 164. Aunque esta exclusión no deja de ser curiosa pues si algo poseen estos actos es carácter regulador.

(83) Bocanegra Sierra, R., Op. cit., p. 42.

(84) Huapaya Tapia, R., Op. cit., pp. 165, 166 y 167.

(85) *Ibidem*, p. 165.

(86) Bocanegra Sierra, R., Op. cit., p. 38 y ss; Huapaya Tapia, R., Op. cit., p. 165 y ss.

Sin embargo, a pesar de esta manifestación de principio, admiten que algunos de estos actos serían administrativos en determinadas circunstancias, así por ejemplo:

- a) las certificaciones y otras manifestaciones de conocimiento, cuando pueden servir para probar la existencia de un hecho o de una condición en un procedimiento administrativo futuro⁽⁸⁷⁾;
- b) las promesas que garantizan que en el futuro se va a emitir o a omitir un determinado acto administrativo⁽⁸⁸⁾;
- c) las decisiones confirmatorias de otros actos anteriores, siempre que abran nuevo plazo de impugnación y los actos que prolongan la eficacia temporal de otros actos⁽⁸⁹⁾;
- d) los de trámite deben ser entendidos como actos administrativos sólo a efectos procesales⁽⁹⁰⁾;
- e) la orden que afecta al círculo de derechos y obligaciones personales del funcionario o autoridad⁽⁹¹⁾.

Como se ve, las excepciones ni son pocas ni de poco calado. En última instancia, se admiten como administrativos determinados actos que no reúnen las características deseadas por razones de oportunidad o por necesidad. Es evidente que estas

soluciones no serían necesarias si la teoría expresara correctamente la realidad.

En nuestro ordenamiento, es claro que el acto no es el criterio delimitador del contencioso administrativo. Éste no tiene la característica de ser un proceso primariamente revisor del acto en su sentido más restringido. Su objeto, contenido en el artículo 1º de la Ley del Proceso Contencioso Administrativo es el control jurídico “de las actuaciones de la administración pública sujetas al derecho administrativo y la efectiva tutela de los derechos e intereses de los administrados” y, según el artículo 4º de la misma ley, procede, en esencia, contra actos, actuaciones y omisiones de la Administración Pública y la vía de hecho⁽⁹²⁾.

Por otra parte, en nuestra tradición jurídica es característica general estudiar los actos que producen efectos jurídicos procedentes de personas naturales, jurídicas o de cualquier organización mediante la teoría del acto jurídico⁽⁹³⁾. Como se ha advertido, es nuestro punto de partida para estudiar la actuación jurídica de la Administración Pública, la que, sin lugar a dudas, posee características especiales por el sujeto que actúa, pero actuación que al fin y al cabo se concreta en declaraciones productoras de efectos jurídicos, que en el caso que nos ocupa

(87) Bocanegra Sierra, R., Op. cit., p. 37.

(88) Ibidem, p. 38.

(89) Ibidem, p. 38 y Huapaya Tapia, R., Op. cit., p. 166.

(90) Ibidem, p. 39.

(91) Ibidem, p. 40.

(92) Con más detalle se puede ver en nuestro ordenamiento, Huapaya Tapia, R., *Tratado del Proceso Contencioso administrativo*, Jurista editores, Lima, 2006, p. 479 y ss. En realidad, lo que debe buscar la jurisdicción contenciosa es la efectiva tutela de los derechos e intereses de los administrados que sean afectados por actos, actuaciones, omisiones y la vía de hecho de la Administración pública, merezcan éstos la calificación o no de actos administrativos en sentido estricto (actos de voluntad) o en sentido amplio (juicio, conocimiento o deseo), o no tengan esta calidad. Sobre el particular, y en referencia al ordenamiento español, se puede ver González Botija, F., “Los otros actos administrativos y su acceso a la jurisdicción contencioso-administrativa”, *RAP*, nº 167, mayo-agosto 2005, pp. 223-251.

(93) Acto en sentido general, como declaración que produce efectos jurídicos. Para más claridad en la precisión ver, *supra*, nota 1313.

Sobre el así denominado concepto estricto de acto administrativo

constituyen una especie del acto jurídico general y que denominamos acto administrativo⁽⁹⁴⁾.

Como resalta toda la doctrina⁽⁹⁵⁾, es cierto que los actos declarativos de voluntad y, entre ellos, los que estos autores llaman —no sin ambigüedad⁽⁹⁶⁾— “regulatorios”, son los más trascendentes y los que producen efectos más relevantes. Sin embargo, no parece un criterio adecuado excluir de este concepto a los que consisten en un juicio, una declaración de conocimiento o de deseo por no poseer esa trascendencia, pues también producen efectos. Pero, más importante aún es que, para ser válidos unos y otros actos, también los regulatorios, deben reunir similares requisitos en los elementos esenciales que configuran lo que denominamos acto administrativo.

La restricción que proponen los partidarios del concepto restringido, al contener éste sólo algunos de los actos declarativos de voluntad (los que tienen un carácter regulador), aporta más problemas que soluciones, pues las excepciones son muchas —y todas ellas con la finalidad de que determinados actos puedan ser revisados en el contencioso administrativo, con lo que sorprende la declaración inicial de que no

sean los actos el criterio delimitador de este proceso—, pero, sobre todo, no se corresponde con la naturaleza de los distintos actos y no es, en suma, realista.

Por otra parte, hacer distinciones en base a criterios varios, como la diferenciación entre interno o externo, general o concreto, es muy poco precisa y de poca ayuda, o da lugar a una diversidad tipológica que cabe dentro del concepto unitario de acto administrativo. Para entender exactamente lo que se quiere decir, serían necesarios demasiados matices que, y esto es fundamental, nuestra ley no incluye.

La realidad es que la actuación declarativa de la Administración Pública, productora de efectos jurídicos, sea interna o externa, general o concreta, para ser válida deberá cumplir con los requisitos propios de cualquier declaración productora de efectos jurídicos en sus distintos elementos: sujeto, contenido, forma y causa (donde se deberá examinar la potestad administrativa que se actúa). Así, por ejemplo, los actos que se denominarían internos como un dictamen jurídico o técnico, una propuesta de actuación, un acto de trámite, cualificado o no; y los actos denominados externos, como, por lo general, el acto definitivo, todos ellos, para ser válidos, deberán reunir similares requisitos.

(94) Bocanegra, Huapaya e Isasi critican la asunción de esta tesis porque, en feliz frase de Isasi, se trata de “rescatar la noción de acto administrativo de su situación de rehén de dos de sus más conspicuos secuestradores: la influencia civilista y el dilema de la impugnabilidad judicial” (Cfr. Op. cit., p. 277). Sobre la impugnabilidad ya me he referido, sobre la asunción de tesis civilistas hay que recordar lo que manifiestan García de Enterría y Fernández al tratar las “zonas de fricción” entre el Derecho Civil y el Administrativo: “¿Qué significan todos estos fenómenos? Sencillamente, que las formas del Derecho Privado se han objetivado y constituido en técnicas independientes que pueden utilizarse de una manera puramente *instrumental* (...)” (Cfr. Op. cit., I, p. 61), y con mayor rotundidad, Rebollo Puig, aunque refiriéndose específicamente a los principios pero que, a mi entender, es aplicable a todo el Derecho Administrativo y específicamente a sus instituciones: “aparecen en un contexto tan radicalmente distinto que acaban teniendo un significado profundo diferente, incluso aunque las apariencias sean similares (...) Pues el Derecho Administrativo transforma todo lo que toca, incluso lo que aparentemente deja igual” [Cfr. “Los principios generales del Derecho (atrevimiento atribulado sobre su concepto, funciones e inducción)”, en Santamaría Pastor, J. A. (Director), *Los principios jurídicos del Derecho administrativo*, La Ley, Madrid, 2010, p. 1557].

(95) Por todos García de Enterría, E. y Fernández, T., Op. cit., p. 572.

(96) Decimos que es un término ambiguo porque el carácter regulador, más que algunos actos, lo poseen en puridad las normas y, justamente, a las normas reglamentarias se las excluye del concepto acto administrativo; y si se acepta que los actos tengan efecto regulador, también lo tienen los contratos excluidos sin embargo de este concepto. Quizá no gusta, como lo manifiesta Bocanegra (vid. Op. cit., p. 37), el antropomorfismo de actos declarativos de voluntad, pero es el modo más preciso para identificar esa clase de actos. Por otra parte, hay que tener en cuenta que la ficción en derecho es de uso común; piénsese, sin ir más lejos, la ficción que supone llamar persona jurídica a determinadas organizaciones o la propia noción de órgano.

También señalan los autores citados que:

a) “se han denunciado las falencias de dicha concepción, sobre todo por la poca consistencia que la misma tiene con el concepto de potestad o poder administrativo, aspecto sacrificado en aras de ampliar el concepto de acto administrativo”⁽⁹⁷⁾;

b) “se pierde de vista que las entidades de la Administración Pública emiten declaraciones de voluntad con la intención y con el objetivo de modificar el estado jurídico de terceros”⁽⁹⁸⁾;

c) “ni la Administración Pública ni nadie puede, mediante declaraciones de deseo, de conocimiento o de juicio, ejercer dicha potestad o poder”⁽⁹⁹⁾ y, finalmente;

d) “dichas actuaciones no constituyen, modifican o extinguen relaciones jurídicas, no tienen eficacia per se, no producen una alteración de lo ya existente o del *status jurídico* de una persona”⁽¹⁰⁰⁾.

Es cierto que la declaración de voluntad (la que tiene carácter regulatorio, según estos autores), es “la más calificada, la que mayor interés presenta, la que acumula potencialidades jurídicas más intensas, pero que —como se ha dicho certeramente—, en definitiva,

no deja de ser una clase de la orden de los actos administrativos”⁽¹⁰¹⁾.

Ahora bien, el efecto jurídico provocado por declaraciones de juicio, conocimiento y deseo son consecuencia del ejercicio de una potestad administrativa. Así, por ejemplo: una inscripción puede no crear una relación jurídica, pero modifica de tal modo la esfera jurídica del sujeto interesado que con su obtención puede ejercer en todo caso determinados derechos y sin ella no⁽¹⁰²⁾. Un dictamen jurídico que se inserta en un procedimiento no crea comúnmente —aunque podrían darse supuestos en que sí— una relación, pero su ausencia podría impedir el seguimiento del mismo procedimiento y, en consecuencia, la obtención de un derecho o el posible establecimiento de una relación jurídica o la necesidad de justificar especialmente la decisión que tenga este efecto, y lo mismo podemos decir de una propuesta⁽¹⁰³⁾. Todas ellas producen efectos jurídicos que pueden consistir “no solo en la creación, modificación o extinción de un derecho subjetivo, sino en cualquier mudamiento, objetivo o subjetivo, actual o potencial, en el estado jurídico existente”⁽¹⁰⁴⁾.

Además, cabe recalcar que la “voluntad” administrativa está procedimentalizada. En este sentido, aunque

(97) Huapaya Tapia, R., Op. cit., p. 160.

(98) *Ibidem*.

(99) *Ibidem*.

(100) *Ibidem*, p. 161.

(101) Ballbé, M., Op. cit. p. 297.

(102) Por ejemplo, el artículo 9.1 de la Ley de Contrataciones del Estado: “Para ser participante, postor y/o contratista se requiere estar inscrito en el Registro Nacional de Proveedores (RNP) y no estar impedido, sancionado ni inhabilitado para contratar con el Estado”. Es evidente que la resolución de inscripción, acto de conocimiento, produce efectos jurídicos importantes, indirectos probablemente, pero no por ello de menor importancia, en el caso concreto. Pero como venimos señalando, el análisis de validez de ese certificado deberá hacerse examinando los mismos elementos que en un acto de voluntad, si se quiere, regulatorio.

(103) Por ejemplo, el artículo 21° de la Ley de Contrataciones del Estado: “Las contrataciones derivadas de exoneración de procesos de selección se realizarán de manera directa, previa aprobación mediante Resolución del Titular de la Entidad, Acuerdo del Directorio, del Consejo Regional o del Concejo Municipal, según corresponda, en función a los informes técnico y legal previos que obligatoriamente deberán emitirse”. En este caso, la resolución del titular es una propuesta —un acto de deseo— de contratar directamente y los informes son simplemente actos de juicio, pero como es evidente no por ello ambas carecen ni de efectos jurídicos, ni de importancia en el caso concreto, sino todo lo contrario y, como venimos diciendo el análisis de validez de esos actos, de juicio y deseo, deberá hacerse examinando los mismos elementos que en un acto de voluntad, si se quiere, regulatorio.

(104) Ballbé, M., Op. cit. p. 304.

Sobre el así denominado concepto estricto de acto administrativo

en apariencia solo el último acto de esa cadena en que consiste el procedimiento produzca el efecto “regulador”, no tienen menos importancia los actos anteriores que son, precisamente, los que hacen posible que este último acto tenga ese carácter.

Es conveniente, por tanto, insistir en que la actuación de la Administración debe ser siempre expresión del ejercicio de una potestad previamente otorgada por el ordenamiento jurídico⁽¹⁰⁵⁾. Y toda potestad, que es ejercicio de poder público, en nuestro caso administrativo, produce cambios, por limitados que sean, en la esfera jurídica de un administrado.

Los reglamentos, —actos que se caracterizarían por la generalidad o abstracción de su contenido al que, autores como los citados, querrían limitar por su necesaria concreción— al igual que todo acto administrativo, para ser válidos deberán contener, cuando menos, los elementos y requisitos propios de todo acto jurídico administrativo. Y, esto, con independencia, como ocurre en nuestro ordenamiento, de que el reglamento se sujete también a un régimen especial. En este caso, la exclusión como acto administrativo parece que sería convencional, pero no se ajusta con la realidad de su funcionamiento en la realidad.

Excluir del concepto de acto administrativo a los actos previos a la adjudicación y suscripción de un contrato

(el *in fieri* del contrato), por no ser ejercicio de una potestad administrativa parece muy delicado, pues si estos actos no son consecuencia del ejercicio de potestades, no se entiende lo que deben ser. El acto de otorgamiento de la buena pro, así como todos los actos anteriores que componen el complejo procedimiento de otorgamiento de suscripción de un contrato, son actos unilaterales de la Administración Pública en ejercicio de una potestad pública, con independencia de cuál sea el régimen específico que regulará la ejecución del contrato y, para comprobar su validez, podrán y deberán ser estudiados a la luz del ordenamiento general del acto administrativo. Por esta razón, el ordenamiento tiene previstas observaciones contra las bases y un recurso de anulación contra el acto definitivo de otorgamiento de la buena pro (o aquellos que pongan fin al procedimiento, como la cancelación o la declaración de desierto), en el cual se podrán impugnar, además, los actos dictados desde la convocatoria hasta el otorgamiento: estos actos no son otra cosa que de trámite⁽¹⁰⁶⁾. Si el *in fieri* del contrato no fuera un procedimiento administrativo, esto no tendría sentido.

Ciertamente, como sucede en los actos administrativos que requieren previa aceptación del interesado, el ejercicio de potestad se presentará en sus perfiles más débiles pero, al fin y al cabo, su dictado se corresponderá con la potestad correspondiente, máxime si pensamos

(105) Sobre el principio de legalidad en el ámbito peruano vid. Abruña Puyol, A., Op. cit., p. 117 y ss.

(106) Sólo a título de ejemplo se recoge alguna parte de artículos de la Ley de Contrataciones del Estado que describen lo que señalamos: Artículo 12°: “Es requisito para convocar a proceso de selección, bajo sanción de nulidad, que el mismo esté incluido en el Plan Anual de Contrataciones (...)”; Artículo 13°: “(...) Al plantear su requerimiento, el área usuaria deberá describir el bien, servicio u obra a contratar, definiendo con precisión su cantidad y calidad, indicando la finalidad pública para la que debe ser contratado (...)”; Artículo 26°: “(...) Las Bases de un proceso de selección serán aprobadas por el Titular de la Entidad o por el funcionario al que le hayan delegado esta facultad y deben contener obligatoriamente (...)”; Artículo 28°: “(...) El cronograma a que se refiere el literal f) del artículo 26° de la presente ley debe establecer plazos para la presentación y absolución de consultas y observaciones al contenido de las Bases. A través de las consultas, se formulan pedidos de aclaración a las disposiciones de las Bases y mediante las observaciones se cuestionan las mismas en lo relativo al incumplimiento de las condiciones mínimas o de cualquier disposición en materia de contrataciones del Estado u otras normas complementarias o conexas que tengan relación con el proceso de selección (...)”; Artículo 53°: “(...) Mediante el recurso de apelación se pueden impugnar los actos dictados desde la convocatoria hasta antes de la celebración del contrato”.

en los efectos que producen esos actos en los postores no elegidos finalmente. Pues bien, para comprobar la validez de esos actos —internos y de trámite— previos al otorgamiento del contrato, se deberán estudiar a la luz de los mismos elementos de los que venimos hablando.


Por último, según estos autores, la interpretación restringida del acto administrativo ayudaría a clarificar la funcionalidad del acto administrativo como “una institución jurídica dirigida a producir seguridad jurídica en las relaciones entre la Administración y los particulares, dotada de una estabilidad y fijeza desconocidas en el Derecho Privado”⁽¹⁰⁷⁾.

Que los actos administrativos producen seguridad jurídica, estabilidad y fijeza de las relaciones es cierto, pero que sólo lo produzca el supuesto «carácter regulador», que según estos autores caracterizaría a estos actos, como parecería decirse, no es tan claro. Es la sujeción de las actuaciones de los sujetos jurídicos a la ley y al Derecho, al ordenamiento en general, así como la consistencia reconocida a sus efectos cuando proceden de una autoridad administrativa, lo que produce seguridad y estabilidad jurídica.

Efectivamente, entre las finalidades de todo acto jurídico administrativo está la seguridad jurídica y la

protección frente a la arbitrariedad en la actuación de la Administración. En este sentido, esta finalidad se cumple a cabalidad cuando, en razón de su naturaleza jurídica, se exige al acto administrativo, cualquiera que sea, con independencia de su posible impugnación, de su carácter regulador o no o de su contenido material, que se sujete a unos elementos jurídicos formales que aseguran que así sea.

Para terminar, y a pesar de lo dicho, tampoco hay ningún inconveniente en aceptar, dentro del concepto general de acto administrativo, un concepto estricto del mismo identificado con los actos declarativos de voluntad o decisorios, resolutorios, justamente para resaltar su mayor relevancia.

En definitiva, en cuanto al concepto que proponemos en páginas precedentes, consideramos que es el más adecuado y que se ajusta mejor al que vierte nuestro artículo 1º de la LPAG. Es cierto que, en apariencia, pareciera que la norma quiere excluir los actos que denomina “de administración”, por ser internos y los reglamentos, por ser generales. Sin embargo, la imprecisión de su formulación, el conjunto de la norma y, finalmente, la realidad de que para ser válidos deben contener los elementos propios de cualquier acto administrativo, nos lleva a preferir la posición adoptada. 

(107) Bocanegra Sierra, R., Op. cit., p. 28; Huapaya Tapia, R., Op. cit., p. 162 y ss.