

REVISTA DE

Administración Pública



CENTRO DE ESTUDIOS POLÍTICOS Y CONSTITUCIONALES

J. R. PARADA VÁZQUEZ

La segunda descentralización:
del Estado autonómico al municipal

G. ARIÑO ORTIZ

El enigma del contrato administrativo

**R. BOCANEGRA SIERRA
y J. GARCÍA LUENGO**

La potestad de dictar actos administrativos
como intromisión en la libertad

F. J. VILLAR ROJAS

La concesión como modalidad de colaboración
privada en los servicios sanitarios y sociales

M.^a R. ALONSO IBÁÑEZ

Extensión y límites del control por el Tribunal
Constitucional de las resoluciones judiciales
que afecten a los derechos fundamentales

172

Madrid
enero/abril
2007

ISSN: 0034-7639

ESTUDIOS



JURISPRUDENCIA



CRÓNICA
ADMINISTRATIVA



BIBLIOGRAFÍA



Revista de Administración Pública
ISSN: 0034-7639, núm. 172,
Madrid, enero/abril (2007)

Consejo de Redacción

Director:

EDUARDO GARCÍA DE ENTERRÍA, *Universidad Complutense de Madrid*

Secretaria:

CARMEN CHINCHILLA MARÍN, *Universidad de Castilla-La Mancha*

Vocales:

José María Boquera Oliver, *Universidad de Valencia*

Antonio Carro Martínez, *Letrado de las Cortes Generales*

Manuel Francisco Clavero Arévalo, *Universidad de Sevilla*

León Cortiñas Peláez, *Universidad Nacional Autónoma de México*

Luis Coscolluela Montaner, *Universidad Complutense de Madrid*

Rafael Entrena Cuesta, *Universidad de Barcelona*

Tomás Ramón Fernández Rodríguez, *Universidad Complutense de Madrid*

Rafael Gómez-Ferrer Morant, *Universidad Complutense de Madrid*

Jesús González Pérez, *Universidad Complutense de Madrid*

Jesús Leguina Villa, *Universidad de Alcalá de Henares*

Ramón Martín Mateo, *Universidad de Alicante*

Lorenzo Martín-Retortillo Baquer, *Universidad Complutense de Madrid*

Luis Morell Ocaña, *Universidad Complutense de Madrid*

Alejandro Nieto García, *Universidad Complutense de Madrid*

José Ramón Parada Vázquez, *Universidad Nacional de Educación a Distancia*

Fernando Sainz Moreno, *Universidad Complutense de Madrid*

Juan Alfonso Santamaría Pastor, *Universidad Complutense de Madrid*

José Luis Villar Palasí, *Universidad Complutense de Madrid*

Declaración de interés público

«*Artículo único.* Se declara de "interés público" a la REVISTA DE ADMINISTRACIÓN PÚBLICA, fundada en el año 1950 por el *Instituto de Estudios Políticos*, en consideración a los elevados méritos que concurren en dicha publicación, en la que se contienen importantes estudios monográficos de Derecho Político y Administrativo, tanto nacional como de Derecho comparado, de gran trascendencia doctrinal, con difusión del estudio de dichas materias, y realizando una labor formativa y vocacional muy valiosa, cuyos efectos en la esfera de la Administración Pública son una evidente realidad actual.»

(Orden del Ministerio de Información y Turismo de fecha 10 de mayo de 1961.)

El Centro de Estudios Políticos y Constitucionales no se identifica necesariamente con los juicios de los autores de esta Revista

LA POTESTAD DE DICTAR ACTOS ADMINISTRATIVOS COMO INTROMISIÓN EN LA LIBERTAD

RAÚL BOCANEGRA SIERRA

Catedrático de Derecho Administrativo

JAVIER GARCÍA LUENGO

Profesor Titular de Derecho Administrativo

I. *Introducción.*—II. *La potestad de dictar actos administrativos y los poderes inherentes de la Administración.*—III. *El acto administrativo como intromisión en la libertad.*—IV. *La reserva de Ley para dictar actos administrativos.*—V. *Consecuencias de la reserva de Ley para dictar actos administrativos. El carácter de la necesaria habilitación legal.*—VI. *Otras consecuencias de la actuación administrativa mediante actos administrativos como intromisión en la libertad.*—VII. *Algunos ejemplos.*

RESUMEN

En este trabajo se estudia la potestad de que dispone la Administración para dictar actos administrativos como una forma de actuación de entre las que el Ordenamiento le atribuye. Se trata de una potestad singular, en la medida en que, siendo los actos administrativos decisiones unilaterales vinculantes y capaces de adquirir firmeza —que colocan al ciudadano en la necesidad de reaccionar si quiere evitar los efectos de ésta—, su utilización por la Administración, que no integra un poder inherente y constituye una auténtica intromisión, un *Eingriff*, en la libertad individual, está sujeta a la reserva de Ley, con el consiguiente sometimiento a las exigencias de los principios de proporcionalidad y certeza, examinándose algunos ejemplos.

Palabras clave: acto administrativo; Estado de Derecho; potestad; libertad; *Eingriff*; reserva de Ley; principio de proporcionalidad; principio de certeza.

ABSTRACT

This essay deals with the power of the administration to adopt unilateral and binding decisions, as one type of possible actions that the law foresees. This power differs from the other powers of the administration, in that, inasmuch as the unilateral and binding decisions of the administration, also capable of becoming *res iudicatae* —and of compelling the citizen to react in order to avoid their effects— are not an inherent power of the administration, they represent a real invasion —*Eingriff*— of individual liberty. These powers must be granted by a statute made by the legislative branch and are therefore subject to the demands of the principles of proportionality and legal certainty. Specific examples are discussed.

Key words: unilateral and binding decision —*Verwaltungsakt*; *Rechtsstaat*; administrative powers; liberty; *Eingriff*; *Gesetzesvorbehalt*; principle of proportionality; principle of certainty.

I. INTRODUCCIÓN

Una de las tradiciones universitarias que todavía permanece entre nosotros relativamente fiel a sus orígenes consiste en distinguir a los profesores universitarios que, como ocurre con el aquí festejado¹, culminan una larga y brillante carrera académica con el ofrecimiento por parte de sus compañeros y discípulos de su libro homenaje, su *Festschrift*. No sucede así en Alemania, el país de nacimiento de los *Festschriften*², en donde, aun con una tradición más que centenaria³, este tipo de publicaciones no tienen ya nada que ver con lo que fueron en sus comienzos como consecuencia del abuso exagerado y sistemático a que han sido sometidas, fuera ya de toda medida y del ámbito estrictamente académico⁴. Acostumbra el libro homenaje a seguir conservando en todas partes, no obstante, una característica propia de su significado original, como es que los trabajos aportados suelen agruparse alrededor de un cierto hilo argumental que los relaciona entre sí y, muy especialmente, con la obra del homenajeado⁵, aquí los derechos humanos o, si se quiere, los derechos fundamentales. Un problema, sin embargo (que puede ser muy grave), íntimamente asociado a esta característica de los *Festschriften*, lo constituye la posible reacción de quien resulta agasajado ante las variadas opiniones de colegas que se arriesgan a inmiscuirse en el campo específico de trabajo de aquél, y lo hacen, además, en no pocas ocasiones —por decirlo pacíficamente con un tópico—, produciéndose con más voluntad que acierto. Buena prueba de la realidad de este riesgo lo constituye, sin duda, el conocido exabrupto de Theodor MOMMSEN, en 1877, cuando leyó los trabajos incluidos en el libro homenaje que se le ofreció

¹ El presente trabajo está dedicado al Prof. Lorenzo MARTÍN-RETORTILLO, y ha sido escrito para ser incluido en su libro homenaje, que aparecerá publicado en breve.

² Así lo asegura Ingo VON MÜNCH, en «Der Emeritus», en la obra colectiva, dirigida por W. KREBS, *Liber Amicorum Hans-Uwe Erichsen*, Carl Heymanns, Köln-Berlin-München, 2004, págs. 121 y ss., pág. 131, con otras citas en el mismo sentido.

³ El primer libro homenaje dedicado a una persona del que se tiene noticia es el ofrecido en 1868 al historiador del Derecho August VON BETHMANN-HOLLWEG, según relata I. VON MÜNCH en «Der Emeritus», cit., pág. 132, con más referencias.

⁴ El abuso es realmente excesivo. Así, sólo entre los años 1965 y 1980 se catalogaron en Alemania 16.300 libros homenaje, ofrecidos no ya a Catedráticos de Universidad para celebrar una vida de servicios académicos, sino a otros profesionales, instituciones o, incluso, a particulares, o a quienes simplemente han alcanzado la edad de cincuenta años. Cfr. I. VON MÜNCH, *op. cit.*, págs. 131 y 132.

⁵ Aunque el hilo conductor sea más o menos laxo, no deja de ser un elemento esencial. Un ejemplo significativo es el *Libro homenaje al Prof. García de Enterría*, que, dirigido por Sebastián MARTÍN-RETORTILLO, sigue constituyendo, con todo, el mejor trabajo colectivo sobre la Constitución que, hasta la fecha, ha sido realizado en España.

con motivo de su sexagésimo aniversario: «Necesitaré meses para refutar semejante sarta de despropósitos»⁶.

La cuestión que seguidamente se suscita no es, desde luego, un desatino. Ejemplifica muy bien, por el contrario, el genio expansivo del Estado de Derecho⁷, y muy especialmente el progresivo incremento de la eficacia jurídica de los derechos fundamentales como contenido material del Estado de Derecho, cada vez más perceptible. Se trata de establecer, precisamente desde esta perspectiva expansiva o extensiva de la eficacia de los derechos fundamentales, si la elección por la Administración de sus formas de actuación y, en particular, si la decisión de actuar mediante actos administrativos implica, o no, una intromisión, un ataque —un *Eingriff*, en la terminología alemana— en la esfera de la libertad de los ciudadanos constitucionalmente garantizada⁸, con la consecuencia, en caso afirmativo, de que semejante decisión debe estar necesariamente cubierta por la Ley, reservada a la Ley, colocando bajo un nuevo punto de vista el problema de la autotutela administrativa⁹. No parece dudoso que si, mediante la utilización de actos administrativos, la Administración puede definir unilateralmente qué es lo que sea el Derecho en cada caso y puede, por tanto, colocar a quienes no comparten esa declaración¹⁰ ante la amenaza de la firmeza y la necesidad de su impugnación —es decir, si disfruta de los privilegios propios de la llamada autotutela

⁶ «Monate werde ich brauchen, um den Unsinn zu widerlegen», cit. por I. VON MÜNCH, *op. cit.*, pág. 132.

⁷ Por decirlo en expresión de L. MARTÍN-RETORTILLO, «El genio expansivo del Estado de derecho», núm. 47 de esta REVISTA, 1965, págs. 183 y ss.

⁸ En el Derecho alemán, el derecho a la libertad figura expresamente reconocido como un derecho fundamental en el artículo 2.I de la *Grundgesetz*, lo que le otorga la protección propia de estos derechos públicos subjetivos, especialmente la posibilidad de recurso de amparo (*Verfassungsbeschwerde*) ante el Tribunal Constitucional. En nuestro Ordenamiento, por el contrario, aunque el derecho general a la libertad se encuentra reconocido en la Constitución de forma inequívoca, no aparece configurado como un derecho fundamental en sentido estricto, sino como un valor superior del Ordenamiento jurídico (art. 1.1 de la Constitución) y, muy especialmente, como fundamento del orden político y de la paz social, al formar parte del derecho al libre desarrollo de la personalidad a que se refiere el artículo 10.1 de la Constitución. El hecho de que este reconocimiento del derecho general a la libertad no implique una protección reforzada mediante el recurso de amparo no impide, incluso de forma aún más clara, como veremos, que en el Derecho alemán, la exigencia de reserva de Ley para su regulación, como garantía frente a las intromisiones de los poderes públicos en la esfera de libertad de los ciudadanos.

⁹ Para el estudio de la autotutela es imprescindible el trabajo de F. BENVENUTI, «Autotutela», en *Enciclopedia del Diritto*, Giuffrè, Milano, 1959, págs. 529 y ss. Se refiere a este asunto R. BOCANEGRA, *La revisión de oficio de los actos administrativos*, IEAL, Madrid, 1977, págs. 218 y ss.

¹⁰ Salvo, por supuesto, los casos de nulidad de pleno derecho, en los que el acto nunca puede adquirir ni eficacia ni firmeza. Cfr. R. BOCANEGRA, *Lecciones sobre el acto administrativo*, 3.ª ed., Civitas, Madrid, 2006, págs. 116 y ss. y 195 y ss.; del mismo autor, *La teoría del acto administrativo*, Iustel, Madrid, 2005, págs. 113 y ss. y 190 y ss. También, J. GARCÍA LUENGO, *La nulidad de pleno derecho de los actos administrativos*, Civitas, Madrid, 2002, págs. 247 y ss.

declarativa—, es necesario hilar muy fino para decidir hasta qué punto una forma de actuación tan intensa como ésta no constituye por sí misma, aun con independencia de su contenido preciso, una auténtica agresión a la esfera de la libertad individual de los ciudadanos sobre los que se proyecta; agresión o intromisión ésta —*Eingriff*— que, por serlo, no sólo podría ser cuestionada desde la perspectiva del principio de proporcionalidad¹¹ —habida cuenta de la omnipresencia de los actos administrativos en el sistema jurídico del Derecho público—, sino también desde el prisma de la inexcusable exigencia de una previa habilitación legal —de la Ley precisamente, y no simplemente de cualquier otra (o ninguna) habilitación normativa.

El hecho de que ésta sea una cuestión que no se ha planteado entre nosotros¹², pese a que viene ocupando un lugar no menor en la doctrina alemana desde hace décadas, puede encontrar probablemente una explicación parcial, aparte de otras justificaciones de orden muy diferente, en la particular configuración de nuestro Ordenamiento jurídico-administrativo, que, caracterizado por un marcado formalismo, no parece excesivamente urgido a explicar algo que frecuentemente encuentra resuelto. En general, las normas que contienen las Leyes sectoriales del Derecho administrativo no recogen sólo los presupuestos materiales de la actividad que disciplinan, sino que incorporan además una ordenación más o menos extensa de los procedimientos de aplicación, en la que suele incluirse una referencia, cuando no una regulación completa, a la resolución administrativa que les pone fin, con lo que se ofrece a la Administración una habilitación legal más que suficiente para poder actuar mediante regulaciones unilaterales, mediante actos administrativos. Pero, con independencia de esta singular estructura de nuestro Ordenamiento, debe decirse que los ingredientes constitucionales e institucionales que presiden el problema de la existencia de un eventual poder suelto de la Administración para intervenir en la esfera de la libertad de los ciudadanos mediante actos administrativos, o su ausencia, no son sólo comunes al Derecho alemán, sino que incluso están probablemente mejor perfilados en nuestro sistema jurídico. Así, la exten-

¹¹ Una detallada exposición del creciente juego del principio de proporcionalidad en nuestro Derecho puede verse en D. SARMIENTO, *El control de proporcionalidad de la actividad administrativa*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2004, págs. 206 y ss.

¹² Con la excepción de R. BOCANEGRA, *Lecciones sobre el acto administrativo*, cit., págs. 79 y ss., y, ya antes, en *La teoría del acto administrativo*, cit., págs. 84 y ss. La ausencia de una referencia general a este tema en las obras que exponen el contenido de la doctrina del acto supone que el mismo queda al margen de los planteamientos al uso y que, con ello, la exposición de las condiciones de validez del acto administrativo —demasiado apegada entre nosotros a planteamientos que parten de una analogía con el negocio jurídico-privado— no se ajusta a las exigencias constitucionales en la materia.

sión de la reserva de Ley a todas las actividades de gravamen de la Administración, tradicional en la materia, resulta mucho más fácil de justificar, como tendremos ocasión de señalar, en nuestro Ordenamiento, aun cuando los esfuerzos doctrinales y jurisprudenciales se hayan concentrado hasta ahora en determinar hasta qué punto la reserva de Ley limita o condiciona la actuación administrativa mediante Reglamentos, sin plantearse cuáles podrían ser las exigencias constitucionales que delimitan la utilización de la otra forma de actuación jurídica de la Administración exclusiva del Derecho administrativo, es decir, de los actos administrativos¹³.

El examen de la cuestión propuesta exigirá partir precisamente de las posiciones que niegan la necesidad de habilitación alguna para que la Administración pueda dictar actos administrativos, exponiendo los argumentos que las sostienen y las razones que impiden asumirlas en nuestro sistema constitucional. Comprobada la exigencia de un apoderamiento para que la Administración pueda actuar mediante actos administrativos, se explica seguidamente el fundamento de tal apoderamiento y su naturaleza, lo que obliga a precisar si la actuación mediante acto administrativo constituye una intromisión en la esfera de libertad de los ciudadanos y si semejante intromisión debe considerarse incluida en el ámbito propio de la reserva de Ley. Sentada, así, la necesidad de habilitación legal para la actuación mediante acto administrativo, la última parte del trabajo extrae las consecuencias jurídicas de orden práctico que de ella se derivan, ejemplificándose con algunos supuestos concretos.

II. LA POTESTAD DE DICTAR ACTOS ADMINISTRATIVOS Y LOS PODERES INHERENTES DE LA ADMINISTRACIÓN

Únicamente en el marco de un panorama jurídico dominado por la inercia de la posición de la Administración en el Estado preconstitucional¹⁴, y en el que los esfuerzos más intensos en el proceso de so-

¹³ Hay alguna alusión, no obstante, en L. PAREJO, *Crisis y renovación del Derecho público*, CEC, Madrid, 1991, págs. 114 y 115, y en J. BARCELONA, *Ejecutividad, ejecutoriedad y ejecución forzosa de los actos administrativos*, Universidad de Cantabria, Santander, 1995, pág. 167. Destacan ambos que en la medida en que la ejecutoriedad o eficacia de los actos administrativos supone una incidencia sobre la posición jurídica de los ciudadanos, necesitará, en virtud del principio de legalidad, una habilitación específica. Se trata de una afirmación acertada pero esquemática y sin desarrollo, lo que se explica por el propio contexto de las obras que la contienen.

¹⁴ Lo que en la doctrina italiana se denomina, en general, el «carácter residual» de la Administración pública. Como señala F. BENVENUTI, *op. cit.*, págs. 538 y 539, la confusión entre poderes propia del Estado premoderno comportaba que la Administración, el monarca, disponía de poderes judiciales y legislativos que, al menos en algunos casos, de forma

metimiento de la Administración al Derecho se han concentrado en la justificación de las potestades administrativas más intensas o lesivas de los derechos individuales, como la potestad normativa o la expropiatoria, es posible entender que un sector minoritario, aunque solvente, de la doctrina moderna¹⁵ sostenga, con algún resabio autoritario, que la Administración, justamente porque actúa en el ámbito del Derecho público y, por tanto, mediante el ejercicio de potestades de autoridad, resulta automática e inmediatamente facultada para valerse de los actos administrativos como una forma natural de actuación administrativa, exenta por completo de habilitación legal alguna.

Este punto de vista, bien se afirme con carácter general¹⁶, bien se refiera sólo a un sector específico de las relaciones entre Administración y administrados¹⁷, es sencillamente inaceptable en cuanto incompatible con los presupuestos del principio del Estado de Derecho, en donde el poder de la Administración sobre los ciudadanos deriva únicamente de la suma de las potestades que el Ordenamiento le atribuye¹⁸. La posición constitucional de la Administración no le permite, en efecto, disponer de poderes distintos o más extensos que los que el propio Ordenamiento le reconoce¹⁹, porque el principio de

residual y bajo la justificación de razones prácticas, se mantuvieron en manos de la Administración moderna. Esta explicación histórica puede resultar más o menos convincente y con seguridad requiere muchos matices, pero, sea como fuere, ni justifica atribución alguna de poderes a la Administración, ni puede oponerse a las exigencias constitucionales derivadas de los principios de legalidad y de reserva de Ley. Puede verse, entre nosotros, la descripción del carácter residual del poder ejecutivo que lleva a cabo F. GARRIDO, recogiendo oportunamente la referencia de Otto MAYER a la Administración como la función estatal que resta una vez separadas la legislativa y la judicial. Cfr. F. GARRIDO, *Tratado de Derecho Administrativo*, I, 13.ª ed., Tecnos, Madrid, 2002, pág. 42.

¹⁵ Con apoyo en la jurisprudencia tradicional en Alemania. Es sorprendente que el principal valedor de esta tesis sea, en nuestros días, H. MAURER, *Allgemeines Verwaltungsrecht*, 16. Aufl., C. H. Beck, München, 2006, pág. 242, cuya opinión contrasta vivamente con su impecable trayectoria de jurista defensor del Estado de Derecho y, muy especialmente, con su beligerancia, desde el principio democrático del Estado de Derecho, frente a las llamadas relaciones especiales de sujeción.

¹⁶ Como es el caso de H. MAURER, *op. cit.*, *loc. cit.*

¹⁷ Por ejemplo, la tendencia de la jurisprudencia alemana a justificar la habilitación para actuar mediante acto administrativo sin cobertura alguna cuando se trata de reclamar créditos debidos por los funcionarios en la relación de supremacía de la Administración frente a ellos. Véase, para este y para otros supuestos, C. DRUSCHEL, *Die Verwaltungsaktbefugnis*, Duncker und Humblot, Berlin, 1999, págs. 90 y ss. (para el ejemplo de los funcionarios, págs. 95 y ss.).

¹⁸ Cfr., con meridiana claridad, E. GARCÍA DE ENTERRÍA y T. R. FERNÁNDEZ, *Curso de Derecho Administrativo*, I, 13.ª ed., Civitas, 2006, pág. 427, con cita del artículo 2.4 de la LOFAGE, que hoy recoge inequívocamente esta idea.

¹⁹ Así, con toda razón, rotundamente, G. ARNDT, *Der Verwaltungsakt als Grundlage der Verwaltungsvollstreckung*, Carl Heymanns, Köln-Berlin-Bonn-München, 1967, págs. 29 y 49; C. DRUSCHEL, *op. cit.*, págs. 138 y 139; M. J. DIETLEIN, «Anmerkung zum Urteil des Bundesverwaltungsgerichts vom 18. 3 1964», *DVBt*, 1964, págs. 923 y ss., pág. 924; H. J. WOLFF, O. BACHOF y R. STOBER, *Verwaltungsrecht*, II, 6. Aufl., C. H. Beck, München, 2000, pág. 254.

legalidad, exigencia inmediata del principio del Estado de Derecho y que vincula positivamente la entera actividad de la Administración, se lo impide. La disponibilidad de posiciones de poder por parte de la Administración al margen del Ordenamiento jurídico, únicamente por el solo hecho de su configuración como un poder público, resulta, pues, absolutamente inadmisibles, proscrita como está la presencia de poderes normales de la Administración al margen de la Ley²⁰. La determinación del contenido de las relaciones entre los ciudadanos y la Administración, en cuanto afecta a la posición jurídica de aquéllos, es una tarea no únicamente habilitada por el Ordenamiento en general, sino reservada precisamente a la Ley como un tipo especial de norma, de tal modo que la subordinación del ciudadano a la Administración no constituye el punto de partida de potestades o habilitaciones para la actuación administrativa, sino, bien al contrario, la consecuencia, descrita más en términos fácticos o sociológicos que estrictamente jurídicos, de las potestades o habilitaciones para actuar atribuidas a la Administración por la Ley²¹.

El establecimiento por la Ley de los fines de interés público que la Administración debe cumplir es, desde luego, una exigencia ineludible del principio democrático y del Estado de Derecho cuando, para la consecución de aquellos fines, la actuación de la Administración suponga una intromisión en la esfera de libertad del individuo²², como también lo es, sin duda, la necesidad de que sea precisamente la Ley quien tome la decisión sobre los medios de que la Administración debe valerse, en cada caso, para alcanzar aquellos fines, justamente en la medida en que el empleo de tales medios pueda suponer la atribución a la Administración de potestades potencialmente lesivas de la esfera de libertad individual de los ciudadanos, exenta de la

Para la afirmación, con carácter general, de que la Administración no tiene más poderes de autoridad que los que le confieren las normas, D. EHLERS, «Verwaltung und Verwaltungsrecht im demokratischen und sozialen Rechtsstaat», en la obra colectiva, dirigida por H. U. ERICHSEN y D. EHLERS, *Allgemeines Verwaltungsrecht*, 13. Aufl., De Gruyter, Berlin, 2006, págs. 1 y ss., pág. 123.

²⁰ Debe consultarse aquí, en el sentido indicado en el texto, la argumentación de E. GARCÍA DE ENTERRÍA y T. R. FERNÁNDEZ, *Curso de Derecho Administrativo*, I, cit., págs. 454 y 455, al hilo de la (compleja) cuestión de los poderes implícitos o inherentes de la Administración. También, para un reciente desarrollo de la idea de la imposibilidad de afirmar poderes administrativos sobre la base de la posición de supremacía de la Administración, E. GARCÍA DE ENTERRÍA, «Inscripción registral y facultades de recuperación posesoria por la Administración», *REDA*, 129, 2006, págs. 117 y ss., pág. 143.

²¹ Véase, en la misma línea, la brillante argumentación de G. ARNDT, *Der Verwaltungsakt als Grundlage der Verwaltungsvollstreckung*, cit., pág. 49, oponiéndose abiertamente a la jurisprudencia que admite el uso del acto administrativo sin habilitación legal en el marco de determinadas relaciones de subordinación del ciudadano respecto a la Administración. También, más recientemente y con más referencias, C. DRUSCHEL, *Die Verwaltungsaktfugnis*, cit., pág. 139, o H. J. WOLFF, O. BACHOF y R. STOBBER, *op. cit.*, pág. 254.

²² *Vid., infra*, págs. 117 y ss.

intervención de los poderes públicos. La aseveración, muy extendida entre nosotros²³, de que la autotutela declarativa (establecida en el artículo 57 o en el 94 LPC) es consustancial al acto administrativo, aun cuando es absolutamente irreprochable si con ella se describe una característica propia del acto administrativo²⁴, su ejecutividad, no quiere decir, sin embargo, que toda actuación de la Administración pueda ser llevada a cabo mediante actos administrativos. La decisión sobre el modo en el que la Administración puede actuar es una cuestión previa a la actuación administrativa misma, que implica la atribución, o no, de autotutela declarativa a su actividad y el consiguiente eventual despliegue de sus privilegios, y que requiere, en los términos que veremos, una habilitación legal precisa, al resultar la elección del acto administrativo como forma de actuación administrativa una intromisión en la esfera de la libertad de los ciudadanos, reservada, por ello, exclusivamente a la Ley, habida cuenta de que la Administración no dispone de potestades o poderes inherentes a su peculiar posición constitucional.

III. EL ACTO ADMINISTRATIVO COMO INTROMISIÓN EN LA LIBERTAD

La doctrina alemana, que es quien más seriamente se ha ocupado de la construcción del Estado material de Derecho, ha venido entendiendo tradicionalmente que el despliegue de cualquier actividad del poder público, la utilización de cualquier instrumento jurídico que implique una intromisión, una lesión o un ataque —un *Eingriff*— al derecho a la libertad, constituye, en todo caso, una cuestión necesariamente reservada a la Ley, siempre que esa intromisión en la libertad, ese *Eingriff*²⁵, componga un concepto definido como aquella

²³ Así, E. GARCÍA DE ENTERRÍA y T. R. FERNÁNDEZ, *Curso...*, I, cit., pág. 514, y S. MUÑOZ MACHADO, *Tratado de Derecho Administrativo y Derecho Público General*, I, cit., pág. 620.

²⁴ Siempre y cuando, conviene precisar, estemos hablando de un acto administrativo que se presenta como una manifestación legítima del poder y no como un acto nulo de pleno derecho, manifiesta y gravemente antijurídico. Cfr. R. BOCANEGRA, *Lecciones...*, cit., págs. 116 y ss. y 195 y ss.; del mismo autor, *La teoría...*, cit., págs. 113 y ss. y 190 y ss., y J. GARCÍA LUENGO, *La nulidad de pleno derecho de los actos administrativos*, cit., págs. 247 y ss.

²⁵ A pesar de lo que pudiera desprenderse de esta expresión, el hecho de que una actuación administrativa se califique como un *Eingriff* a la libertad no implica su automática inconstitucionalidad, en cuanto la regulación, aun limitativa, de las libertades y los derechos fundamentales es conforme a la Constitución si respeta su contenido esencial y cumple con una serie de condiciones formales y materiales —*vid.*, *infra*, págs. 129 y ss.—. Sobre el carácter no necesariamente inconstitucional del *Eingriff*, véase, por todos, E. STEIN y G. FRANK, *Staatsrecht*, 19. Aufl., J. C. B. Mohr, Tübingen, 2004, pág. 217. Hay que decir, no obstante, que en la doctrina alemana se ha llegado a rechazar este concepto precisamente porque su sentido técnico se distancia del contenido común del término, creando una innecesaria confusión. Acerca de ello, G. LÜBBE-WOLFF, *Die Grundrechte als Eingriffsabwehrrechte*, Nomos, Baden-Baden, 1988, págs. 63 y ss.

medida de la Administración que, justamente con esa finalidad, reduce, de forma inmediata y mediante el mandato y la coacción, el ámbito de libertad del ciudadano²⁶ y que venga caracterizado, por tanto, por las notas que seguidamente se exponen²⁷.

En primer lugar, por la necesidad de que la finalidad de la actuación administrativa sea precisamente la intrusión o la afección del ámbito propio del derecho público subjetivo de que se trate, de tal modo que las posibles lesiones reflejas que pudieran producirse quedarían fuera del concepto. Por ejemplo, si la Administración cierra al tráfico una calle, la eventual pérdida de clientes que pudieran sufrir los negocios de la zona no constituiría una lesión o intromisión en los derechos de los comerciantes, al tratarse de una mera consecuencia indirecta de la actuación administrativa. Es preciso, además, lo que tiene aquí especial importancia, que la actividad administrativa en que la inmisión consiste produzca inmediatamente la correspondiente lesión en la esfera del derecho, de manera que si la Administración, al otorgar una subvención, por ejemplo, perjudica a los competidores de quien ha sido subvencionado (al obligarlos a fijar los precios por encima de quien cuenta con la subvención), tal perjuicio, que no se ha producido inmediatamente, no quedaría incluido en el concepto de *Eingriff*. La tercera nota del concepto tradicional de *Eingriff* que se está describiendo se encuentra en la exigencia de que la intromisión en la esfera de los derechos que implica debe producirse como consecuencia de un acto jurídico —una Ley, un Reglamento, una Sentencia judicial, un acto administrativo, etc.—, con lo que la mera actividad material de la Administración no es susceptible de producir la lesión de un derecho característica del *Eingriff*. Es nece-

²⁶ Cfr. A. VON MUTIUS, «Zur “Verwaltungsaktsbefugnis”», en la obra colectiva, dirigida por W. KREBS, *Liber Amicorum Hans-Uwe Erichsen*, Carl Heymanns, Köln-Berlin-München, 2004, págs. 135 y ss., pág. 131.

²⁷ Para la caracterización del concepto tradicional de *Eingriff* en la doctrina alemana puede consultarse, entre muchos, A. VON MUTIUS, «Zur “Verwaltungsaktsbefugnis”», cit., pág. 151. En el mismo sentido, H. MAURER, *Staatsrecht*, I, 3. Aufl., C. H. Beck, München, 2003, pág. 286; R. ECKOFF, *Der Grundrechtseingriff*, Carl Heymanns, Köln-Berlin-Bonn-München, 1992, págs. 175 y ss.; J. BENFER, *Grundrechtseingriffe im Ermittlungsverfahren*, 2. Aufl., Carl Heymanns, Köln-Berlin-Bonn-München, 1990, pág. 255; G. LÜBBE-WOLFF, *Die Grundrechte als Eingriffsabwehrrechte*, cit., págs. 42 y ss.; E. SCHMIDT-ASSMANN, *La teoría general del Derecho Administrativo como sistema*, Marcial Pons, Madrid, 2003 (traducción del original alemán, *Das allgemeine Verwaltungsrecht als Ordnungsidee*, Springer, Berlin, 1998), pág. 80; M. SACHS, «Vorbemerkungen zu Abschnitt I», en la obra colectiva, dirigida por él, *Grundgesetz. Kommentar*, C. H. Beck, München, 1999, págs. 1 y ss., págs. 104 y 105 (Vor Art. 1, 86); E. GRABITZ, *Freiheit und Verfassungsrecht*, J. C. B. Mohr, Tübingen, 1976, págs. 24 y ss.; U. DI FABIO, *Risikoentscheidungen im Rechtsstaat*, J. C. B. Mohr, Tübingen, 1994, pág. 425, o A. BLECKMANN, *Staatsrecht*, II —*Die Grundrechte*, 3. Aufl., Carl Heymanns, Köln-Berlin-Bonn-München, 1989, págs. 335 y ss., de quien se toma el esquema general y los ejemplos en la exposición que sigue en el texto. Muy crítico con la propia existencia histórica de un concepto con dichas características, W. ROTH, *Faktische Eingriffe in Freiheit und Eigentum*, Duncker und Humblot, Berlin, 1994, págs. 29 y ss.

sario, en cuarto lugar, que el acto a que acabamos de referirnos represente efectivamente una intromisión jurídica en el derecho, lo que implica no sólo, naturalmente, el carácter jurídico del acto que constituye la intromisión, sino también que tal acto jurídico tenga como destinatario en un sentido material a la persona afectada, excluyéndose así del concepto de *Eingriff* a los actos jurídicos considerados de carácter organizatorio, como podría ser la afectación de una carretera. El concepto de *Eingriff* requiere, por último, en esta versión tradicional, que el acto de agresión o ataque de la Administración que le es propio constituya una actuación unilateral caracterizada por el uso del mandato y la coacción, dejando así fuera del concepto las regulaciones expresadas en actuaciones bilaterales, muy significativamente los contratos sobre actos y potestades públicas²⁸. Se entienden también fuera del concepto de lesión o intromisión aquellas intrusiones que, aun siendo unilaterales, tienen su origen en las llamadas relaciones administrativas de especial sujeción, aunque la justificación de esta exclusión se ha venido sosteniendo en razonamientos muy variados, llegando a afirmarse, incluso, que en este tipo de relaciones no tiene cabida la aplicación de los derechos fundamentales²⁹.

Es verdad que sobre el soporte de este concepto clásico de intromisión o lesión —*Eingriff*—, hoy sustancialmente rectificado, podría llegar a sostenerse que la mera decisión acerca de la elección del acto administrativo como medio de actuación administrativa no constituye una intromisión inmediata en el ámbito de la libertad individual, en cuanto semejante decisión sólo podría producir una lesión o un ataque a la libertad *de forma mediata*, al traducirse aquella elección en un acto administrativo que, con carácter general, el particular tendría que impugnar si lesionara ilícitamente sus derechos y que sería, en su caso, justamente, la causa de la lesión inmediata. Este planteamiento no es, sin embargo, aceptable, a la vista de la profunda transformación que el concepto clásico de intromisión en la esfera de la libertad —*Eingriff*— ha sufrido en los últimos años, hasta verse hoy enteramente superado. La rigidez con la que se ha construido el concepto tradicional de *Eingriff*, que hemos descrito, se ha visto, en efecto, difuminada por completo, extendiéndose ampliamente todas y cada una de las características sobre las que inicialmente se montó, para adaptarlas a las condiciones del Estado de Derecho surgido de las Constituciones europeas de posguerra. La

²⁸ Sobre esta figura, véase A. HUERGO, *Los contratos sobre los actos y las potestades administrativas*, Civitas, Madrid, 1998.

²⁹ Sobre el particular, desde una perspectiva histórica, *vid.* A. BLECKMANN, *op. cit.*, pág. 337.

realidad, y la necesidad, de la superación de la rigidez de aquella noción clásica o tradicional de *Eingriff*, impulsada resueltamente por los Tribunales alemanes —muy especialmente por el Tribunal Constitucional—, no es hoy ciertamente objeto de controversia³⁰, aunque diste de haber unanimidad en la doctrina o en la propia jurisprudencia acerca del alcance concreto del nuevo y mucho más amplio concepto³¹ —o, incluso, sobre la propia necesidad de mantener el concepto mismo³²—. En cualquier caso, y en lo que aquí importa, debe subrayarse que la jurisprudencia constitucional alemana actual prescinde absolutamente, a la hora de describir la noción de *Eingriff*, de la característica tradicional de la inmediatez de la lesión, extendiendo el alcance de la intromisión en la libertad también a aquellas situaciones que sólo mediatamente afectan a la esfera de protección de los ciudadanos³³ o que únicamente suponen un peligro potencial

³⁰ La transformación del concepto tradicional de *Eingriff* ha sido promovida, en efecto, con decisión, por el Tribunal Constitucional alemán y por la práctica unanimidad de la doctrina (es clásica, en este sentido, la aportación de H.-U. GALLWAS, *Faktische Beeinträchtigungen im Bereich der Grundrechte. Ein Beitrag zum Begriff der Nebenwirkungen*, Duncker und Humblot, Berlin, 1970), aunque varíen extraordinariamente las soluciones concretas adoptadas o propuestas. Véase sobre ello, por ejemplo, H. MAURER, *Staatsrecht*, I, cit., *últ. loc. cit.* Para un catálogo más completo de los autores que sostienen la superación del concepto tradicional de *Eingriff* y de las sentencias que supusieron los *leading cases* en la materia, puede verse H.-D. HORN, *Die grundrechtsunmittelbare Verwaltung*, J. C. B. Mohr, Tübingen, 1999, págs. 152 y 153, en nota.

³¹ Así, por ejemplo, en lo que ahora específicamente nos interesa, C. DRUSCHEL, *Die Verwaltungsaktbefugnis*, Duncker und Humblot, Berlin, 1999, págs. 33 y 34, maneja un concepto amplio de *Eingriff*, como «gravamen objetivo del ciudadano que se produce por efecto de una actuación unilateral del Estado y que consiste en una orden o una regulación constitutiva», en el que el autor encaja la mera elección del acto administrativo como forma de actuación de la Administración. Para una exposición sobre las diversas alternativas que desde una perspectiva extensiva se han planteado al concepto tradicional de *Eingriff* en la actual doctrina alemana, *vid.* G. LÜBBE-WOLFF, *Die Grundrechte...*, cit., págs. 69 y ss.

³² Existe toda una corriente doctrinal que, al hilo de la necesidad de ampliar el ámbito de la reserva de Ley en el campo prestacional, ha propuesto la superación del concepto de intromisión o *Eingriff*, entendiendo que ya no puede ser la clave para la determinación de los supuestos de reserva de Ley (sobre ello puede verse la exposición de H.-D. HORN, *Die grundrechtsunmittelbare Verwaltung*, cit., págs. 39 y ss.; para su propia posición, que también se orienta en ese sentido, págs. 53 y ss.). Debe decirse, no obstante, que una cosa es que junto al ámbito de reserva de Ley que viene dado por el concepto actual —amplio— de intromisión puedan afirmarse otros espacios de reserva contruidos al margen del mismo, y otra muy diferente es que el propio concepto sea inútil, lo cual sólo puede afirmarse si lo que se pretende es un cambio de paradigma sobre la distribución de tareas entre el Legislativo y el Ejecutivo, como propone, por ejemplo, HORN, sobre la base del concepto de esencialidad (*op. cit.*, págs. 43 y ss.), aunque, como veremos, ni siquiera en tales términos el concepto de intromisión resulta irrelevante (*vid.*, *infra*, nota 67).

³³ *Vid.*, en este sentido, por ejemplo, A. BLECKMANN, *op. cit.*, pág. 339; del mismo A. BLECKMANN y R. ECKHOFF, «Der „mittelbare“ Grundrechtseingriff», *DVBt*, 1998, págs. 373 y ss., págs. 376 y ss.; F. SCHOCH, «Staatliche Informationspolitik und Berufsfreiheit», *DVBt*, 1991, págs. 667 y ss., págs. 669 y 670; M. SCHULTE, «Informales Verwaltungshandeln als Mittel staatlicher Umwelt- und Gesundheitspflege», *DVBt*, 1998, págs. 512 y ss., pág. 517, o E. SCHMIDT-ASSMANN, *op. cit.*, pág. 81. Aunque fuera del concepto de *Eingriff*, es interesante la posición de A. SCHERZBERG, «„Objektiver“ Grundrechtsschutz und subjektives Grundrecht», *DVBt*, 1989, págs. 1128 y ss., que sostiene que, tras la Ley Fundamental de Bonn,

para los derechos constitucionalmente protegidos³⁴. Así ocurre precisamente con el otorgamiento de la potestad para actuar mediante actos administrativos, que lo que origina es justamente una situación de peligro potencial, en todo equivalente ahora a una lesión inmediata en la esfera de la libertad³⁵. Las razones que justifican que el poder para decidir si la Administración puede actuar mediante actos administrativos constituya una auténtica intromisión en la esfera de la libertad de los ciudadanos, un verdadero *Einriff*, sólidamente ancladas en la concepción institucional del acto administrativo como figura al servicio de la seguridad y estabilidad de las situaciones jurídicas³⁶, se examinan a continuación.

El acto administrativo es esencialmente un instrumento para la aclaración y fijación unilateral del Derecho en el caso concreto, y para cumplir esa función institucional que le es característica³⁷, que define a la propia figura del acto, se le dota de eficacia con relativa independencia de su conformidad al Ordenamiento, haciéndose depender la posibilidad de combatir esa eficacia del cumplimiento de breves plazos de caducidad que, en el caso de que transcurran sin que se haya interpuesto el recurso correspondiente, dan lugar a la firmeza del acto y a la consiguiente imposibilidad de subvertir la situación jurídica en la que la Administración ha colocado unilateralmente a los afectados, incluso aun no siendo conforme al Ordenamiento jurídico. Por el solo hecho, pues, de actuar empleando la figura del acto administrativo, la Administración sitúa al ciudadano en la necesidad de impugnar el acto lesivo de sus intereses, aunque sea anulable³⁸, si no

los derechos fundamentales, más que asegurar al particular una esfera libre de intromisiones del Estado, le garantizan el derecho subjetivo al uso de su libertad, con lo que se crea a su favor un estatus jurídico —el reconocimiento al ciudadano de la competencia para hacer uso de su libertad—, de forma que la actuación sobre sus derechos fundamentales no es algo irrelevante para el Derecho. A partir de esta afirmación, el autor pasa a construir una defensa frente a las limitaciones mediatas de los derechos fundamentales, bien que, como se dice, desde una perspectiva ajena al concepto de *Einriff*, aunque bien argumentada, que conduce, en el fondo, a resultados no muy distantes de los que se obtienen con la corrección de los criterios tradicionales, que, acaso, tengan la ventaja de dejar clara la absoluta independencia de la esfera de la libertad de los ciudadanos de la voluntad del Estado.

³⁴ Pueden verse, al respecto, las abundantes citas que aportan A. VON MUTIUS, *op. cit.*, en concreto pág. 151, o M. SACHS, *últ. op. cit.*, pág. 108 (*Vor Art.* 1. 95).

³⁵ Este planteamiento, al que dan pie los avances en la jurisprudencia sobre protección de los derechos fundamentales, es hoy asumido mayoritariamente por la doctrina alemana. *Vid.* los autores citados en la nota 30.

³⁶ *Vid.*, especialmente, A. VON MUTIUS, *op. cit.*, pág. 152, aunque es una afirmación general.

³⁷ Cfr. R. BOCANEGRA, *La teoría...*, cit., págs. 24 y ss. También la certera y ya clásica argumentación de K. VOGEL, «Die Lehre vom Verwaltungsakt nach Erlass der Verwaltungsverfahrensgesetze», *BayVBl*, 1977, págs. 617 y ss., págs. 617 y 618.

³⁸ No, en el caso de que el acto administrativo fuese nulo de pleno derecho, pues en tal supuesto ni adquiriría firmeza ni sería eficaz. *Vid.* R. BOCANEGRA, *Lecciones sobre el acto administrativo*, cit., págs. 195 y ss., y J. GARCÍA LUENGO, *La nulidad de pleno derecho de los actos administrativos*, cit., págs. 247 y ss.

quiere que su firmeza lo convierta en inatacable, debiendo tener que pasar por las consiguientes negativas consecuencias derivadas de esta situación, de donde resulta evidente que lo que esta situación describe es, indiscutiblemente, una lesión directa en la esfera de la libertad de los ciudadanos. Esta intromisión en la esfera de la libertad que la mera habilitación para actuar por medio de acto administrativo supone es, desde luego, peculiar³⁹, pero también inmanente a esta forma de actuación administrativa⁴⁰, surgiendo, por tanto, por la mera atribución de la potestad de dictar actos administrativos, con absoluta independencia del contenido concreto de los actos resultantes del ejercicio de esa potestad⁴¹. No parece dudoso, en consecuencia, que la decisión sobre la actuación mediante acto administrativo, con la consiguiente carga de la impugnación impuesta a los ciudadanos, constituye, en cuanto afecta negativamente a la esfera de la libertad de éstos, una materia necesariamente reservada a la Ley⁴². El

³⁹ Así, H. U. ERICHSEN, «Verwaltungshandeln», en la obra colectiva, dirigida por H. U. ERICHSEN y D. EHLERS, *Allgemeines Verwaltungsrecht*, 12. Aufl., De Gruyter, Berlin, 2002, págs. 229 y ss., pág. 313 (la obra tiene una edición posterior, ya citada en este trabajo, pero la contribución de ERICHSEN ha sido sustituida por la de otros autores, que se citan donde corresponde y que han simplificado bastante la exposición sobre la necesidad de habilitación previa para la actuación mediante acto administrativo, aun manteniendo posiciones similares a las de ERICHSEN).

⁴⁰ Cfr. A. VON MUTIUS, *op. cit.*, pág. 153. En el mismo sentido, C. DRUSCHEL, *op. cit.*, especialmente pág. 61.

⁴¹ Incluso si el ejercicio del poder de dictar actos administrativos diese lugar con carácter general, en el caso concreto, a resoluciones de carácter favorable, el peligro para la libertad derivado de la amenaza de la firmeza estaría también presente en esos supuestos, ya que nunca puede descartarse que aquella potestad se ejerza tanto para denegar de forma unilateral y vinculante la prestación solicitada como para otorgarla sólo parcialmente, en lo que sería un acto administrativo con efectos mixtos, imponiendo al particular la carga de la impugnación para defenderse de una intromisión ilegal en su esfera jurídica.

⁴² Cfr. A. VON MUTIUS, *op. cit.*, *loc. cit.*, con más referencias en el mismo sentido; C. DRUSCHEL, *Die Verwaltungsaktbefugnis*, cit., págs. 54 y ss.; H. U. ERICHSEN, *op. cit.*, pág. 313; W. R. SCHENKE, «Öffentliches Recht: Der eilige Polizeikommissar», *JuS*, 1979, págs. 886 y ss., págs. 887 y 888. Más recientemente, M. RUFFERT, «Verwaltungsakt», en la obra colectiva, editada por H. U. ERICHSEN y D. EHLERS, *Allgemeines Verwaltungsrecht*, 13. Aufl., De Gruyter, Berlin, 2006, págs. 601 y ss., pág. 640. De entre los autores citados, VON MUTIUS, SCHENKE o ERICHSEN entienden que la reserva de Ley para la actuación mediante acto administrativo deriva también del hecho de que el acto constituya un título autónomo de ejecución. Otros autores fundamentan exclusivamente en esta idea la reserva legal sobre esta forma de actuación, como L. OSTERLOH, «Erfordernis gesetzlicher Ermächtigung für Verwaltungshandeln in der Form des Verwaltungsakts?», *JuS*, 1983, págs. 280 y ss., pág. 283, y, en el mismo sentido, R. LECHT, «§ 52 Abs. 1 BImSchG - Eine "immissionsschutzrechtliche Generalklausel"», *DVBt*, 1993, págs. 1048 y ss., pág. 1050. Por el contrario, C. DRUSCHEL, *op. cit.*, págs. 51 a 53, niega esta fundamentación, al entender que, en puridad, la misma intromisión en la esfera de la libertad del ciudadano se obtendría si los Tribunales otorgasen a la Administración un título ejecutivo, y sólo admite el sometimiento a reserva de Ley de la actuación mediante acto administrativo a partir de la función procesal del acto, que comporta, dada la amenaza de la firmeza, la carga de la impugnación para el ciudadano. La argumentación de DRUSCHEL es discutible, ya que, como G. ARNDT (*Der Verwaltungsakt als Grundlage der Verwaltungsvollstreckung*, Carl Heymanns, Köln-Berlin-Bonn-München, 1967, págs. 33 y ss.) ha justificado convincentemente, en el Estado de Derecho constitucional la propia ejecutoriedad de los actos debe tener su respaldo en la Ley,

hecho de que la intromisión en la esfera de la libertad de los ciudadanos venga aquí representada por una carga⁴³ —y no por una obligación en sentido técnico— no altera en absoluto esta conclusión, porque el peligro que para la libertad individual supone la carga de la impugnación del acto es absolutamente real, al imponer al particular la necesidad de activar unos medios de defensa, sea en vía administrativa o contenciosa, de los que puede incluso carecer; porque, en todo caso, puede exigirle una inversión de tiempo y recursos muy superior a la necesaria para el cumplimiento de multitud de obligaciones y porque, por lo demás, la lesión que la imposición de la carga comporta es consustancial a la propia elección del acto administrativo como forma de actuación⁴⁴.

La reserva de Ley se concibe hoy, en relación con los derechos fundamentales, de un modo más amplio que como lo hacía la noción tradicional, dirigida a la protección de los derechos frente a las intromisiones de los poderes públicos. La reserva de Ley se piensa ahora⁴⁵ como un mandato al legislador para que defina los ámbitos materiales protegidos por los derechos fundamentales, para que busque y asegure el necesario equilibrio en los casos de colisión entre derechos fundamentales, y para que lleve a cabo la concreción y el desarrollo de la libertad efectiva que resulta de la protección constitucional de la libertad. Se afirma, así, por la doctrina⁴⁶ la necesidad de que el legislador asegure la plena efectividad de la esfera de libertad

aunque, en el fondo, no cabe fundamentar en la condición de título ejecutivo la necesidad de habilitación legal para la actuación mediante acto administrativo, porque no todos los actos administrativos adquieren la condición de títulos para la ejecución. No faltan autores, por otra parte, como M. J. DIETLEIN, *op. cit.*, págs. 923 y 924, que afirman la necesidad de extender la reserva de Ley a la elección como forma de actuación del acto administrativo por tratarse de una «forma privilegiada» de que dispone la Administración para alcanzar sus fines, pero sin explicar en qué consiste dicho privilegio. Entre nosotros, como ya vimos, comparten en esencia el planteamiento según el cual la eficacia y la ejecutoriedad del acto requieren de una específica habilitación legal, L. PAREJO, *op. cit.*, *loc. cit.*, y J. BARCELONA, *Ejecutividad...*, *cit.*, pág. 167.

⁴³ Hecho del que es perfectamente consciente la doctrina alemana citada en la nota anterior. Por todos, A. VON MUTIUS, *op. cit.*, *loc. cit.*, que habla expresamente de «*Widerspruchs- und Prozesslast*».

⁴⁴ La necesidad de que la Administración esté habilitada para la utilización de actos administrativos como forma de actuación en cada caso se relaciona estrechamente, como fácilmente se comprende, con la cuestión de los límites de la autotutela, en la medida en que cuando la Administración dicta actos administrativos declara, crea o extingue derechos y obligaciones, sin auxilio judicial alguno, unilateralmente, y de forma vinculante, situando a los ciudadanos en la necesidad de recurrir las restricciones a su esfera jurídica derivadas de la actuación unilateral de la Administración. Es importante insistir aquí en que el problema se plantea ya en el ámbito de la autotutela declarativa, al margen de la cuestión de la ejecutoriedad de los actos —característica que no es predicable de todo acto administrativo (véase, sobre el argumento, R. BOCANEGRA, *Lecciones...*, *cit.*, pág. 135)—, en la que, sin embargo, se han concentrado los esfuerzos doctrinales en nuestro país.

⁴⁵ Cfr. la argumentación de A. VON MUTIUS, «Zur "Verwaltungsaktsbefugnis"», *cit.*, pág. 153.

⁴⁶ *Vid.*, con más referencias en el mismo sentido, A. VON MUTIUS, *op. cit.*, pág. 153.

garantizada en la Constitución, como entre nosotros impone en términos nada ambiguos el artículo 9.2 de la propia Constitución, lo que le obliga a aquél a reaccionar evitando anticipadamente situaciones que comportan potencialmente un peligro para el espacio de libre realización del individuo, cubierto, como lo está, por el contenido material del Estado de Derecho. Desde este planteamiento, VON MUTIUS⁴⁷ sostiene que, aun en el supuesto de que se quisiera manejar un concepto restrictivo y formal de *Eingriff*, de intromisión, que dejase fuera del mismo la lesión de los derechos fundamentales que representa la actuación mediante acto administrativo, la decisión sobre la elección del acto como forma de actuación de la Administración debe ser, en todo caso, una materia reservada a la Ley, porque la mera declaración unilateral del derecho por parte de la Administración comporta el riesgo de su firmeza y sitúa al particular en la necesidad de reaccionar en defensa de sus derechos, lo que encaja claramente en la concepción actual de la reserva de Ley. Aunque se trata ésta de una opinión muy estimable, no puede compartirse del todo, en la medida en que resulta indudable que es posible admitir un concepto de *Eingriff* que incluya claramente en su seno, como parte integrante del mismo, la potestad de elegir el acto administrativo como instrumento de actuación de la Administración. En realidad, el controvertido concepto de intromisión —*Eingriff*— en la esfera de la libertad de los ciudadanos únicamente adquiere verdadero valor jurídico si se utiliza para describir todas aquellas situaciones que, por afectar o poner en peligro real el espacio de libertad del individuo, requieren, entre otras cosas, la activación de la reserva de Ley; sólo así la noción de *Eingriff* podrá continuar rindiendo inestimables servicios a la defensa de la libertad, como con carácter general la doctrina y la jurisprudencia han comprendido cabalmente, ensanchando notablemente, según hemos visto, la concepción clásica de la figura, con independencia, por supuesto, de que no toda reserva material de Ley depende hoy de tal concepto, junto al que, como veremos en el epígrafe que sigue, hay que disponer otros criterios derivados de la necesidad de reservar al Legislativo las decisiones esenciales del Estado de Derecho.

IV. LA RESERVA DE LEY PARA DICTAR ACTOS ADMINISTRATIVOS

Acabamos de decir que la decisión de elegir el acto administrativo como instrumento, o como medio, de la actuación administrativa

⁴⁷ *Op. cit.*, *loc. cit.*

constituye una intromisión en el ámbito general de la libertad de los ciudadanos y que, por eso mismo, por constituir un *Eingriff* en el sentido ya visto, requiere de una habilitación legal específica. Se aborda ahora, seguidamente, la justificación de la existencia de una reserva general de Ley para toda intromisión en la libertad, lo que exige llevar a cabo algunas consideraciones acerca de la extensión y las características generales de la figura.

La reserva de Ley se estudia tradicionalmente en España desde la perspectiva prioritaria de la limitación del alcance de la potestad reglamentaria y no, en absoluto, en relación con el poder de dictar actos administrativos, lo que conduce a que su influencia sobre el acto administrativo sea, en todo caso, solamente indirecta: ningún acto puede dictarse sin la atribución de una previa potestad que lo habilite, y es justamente mediante la reserva de Ley como se establece el límite de la autoatribución de potestades por parte de la Administración mediante normas reglamentarias⁴⁸. Es ésta, desde luego, una perspectiva esencialmente correcta, pero que, al limitar su virtualidad, con carácter general, al terreno puramente material de la existencia efectiva de poder para actuar en manos de la Administración, no permite obtener consecuencia alguna acerca de la posibilidad misma, anterior, de elegir el modo de actuación administrativa, y de las consecuencias que tal elección pueda comportar para los ciudadanos.

El desarrollo del planteamiento que aquí se propone exige tomar como punto de partida el análisis del alcance general de la reserva de Ley, debiendo afirmarse, desde este punto de vista, como ya se ha notado, y frente a algunas posiciones propias de nuestra doctrina⁴⁹, que toda actuación de gravamen o intervención de la Administración en la esfera jurídica de los ciudadanos requiere la correspondiente habilitación legal⁵⁰. Esta aseveración no sólo es uno de los conteni-

⁴⁸ Vid. la clásica exposición de E. GARCÍA DE ENTERRÍA y T. R. FERNÁNDEZ, *Curso de Derecho Administrativo*, I, cit., págs. 240 y ss. y, también, págs. 453 y 454.

⁴⁹ Posiciones que se caracterizan por negar la existencia de una reserva de Ley general en materia de libertad, al sostener que no hay más reservas que las expresamente recogidas por la Constitución, que no haría referencia, para estos autores, a ninguna clase de reserva general. Vid., especialmente, I. DE OTTO, *Derecho Constitucional. Sistema de fuentes*, 2.^a ed., Ariel, Barcelona, 1988, págs. 155 a 157 y 233-234, quien justifica la supuesta ausencia de una reserva general de Ley en materia de libertad en la existencia de numerosas reservas concretas a lo largo del texto constitucional sin que ninguna tenga tal extensión y en la imposibilidad de obtener esa reserva en nuestro sistema mediante deducción desde la cláusula del Estado de Derecho o mediante la aplicación de la teoría de la esencialidad, porque estas vías son, para el autor, propias del Ordenamiento alemán, habida cuenta de la parquedad con la que la Ley Fundamental de Bonn ha acogido las reservas expresas. Además, en opinión de este autor, la existencia de una reserva general en materia de libertad privaría de sentido a las reservas concretas y específicas que contiene nuestra Constitución.

⁵⁰ Así, entre otros muchos, H. U. ERICHSEN, «Verwaltungshandeln», cit., págs. 229 y ss.,

dos que históricamente han venido caracterizando al principio del Estado de Derecho⁵¹, bajo la fórmula de la reserva de Ley en materia de libertad y propiedad, sino que hoy se encuentra específicamente reflejada en la configuración de la reserva de Ley como un instrumento inexcusable para la regulación de los derechos fundamentales y, con un contenido aún más amplio, para la delimitación del libre desarrollo de la personalidad⁵² en cuanto fundamento del orden político y de la paz social. Como con todo acierto se ha señalado entre nosotros, la ampliación de la reserva de Ley al desarrollo de la libre personalidad implica una extensión de la protección que va más allá de la mera suma de los concretos ámbitos de protección propios de cada derecho fundamental en particular hasta alcanzar a «la libertad en el más amplio sentido»⁵³. Esta expansión del alcance de la reserva de Ley, que llega a comprender todo el espacio sobre el que se proyecta la Administración interventora, se justifica, desde luego, como se ha dicho, en la trayectoria histórica esencial del principio del Estado de Derecho, al que, desde sus mismos orígenes, se asocia ya la necesidad de una reserva de Ley general en materia de libertad, sin que en la Constitución pueda encontrarse precepto alguno que contradiga dicho contenido tradicional⁵⁴. Pero no debe olvidarse tampoco el hecho capital de que es justamente el principio democrático mismo el que exige que las decisiones que afectan a la libertad sean

en concreto pág. 313; C. DRUSCHEL, *Die Verwaltungsaktbefugnis*, cit., pág. 31; H. MAURER, *Allgemeines...*, cit., pág. 122; K. STERN, *Das Staatsrecht der Bundesrepublik Deutschland*, I, 2. Aufl., 1984, pág. 805. Entre nosotros, E. GARCÍA DE ENTERRÍA y T. R. FERNÁNDEZ, *Curso...*, I, cit., págs. 247 y ss.; J. A. SANTAMARÍA, *Fundamentos de Derecho Administrativo*, CEURA, Madrid, 1988, págs. 780 y ss.; R. GARCÍA MACHO, *Reserva de Ley y potestad reglamentaria*, Ariel, Barcelona, 1988, págs. 138 y ss.; J. M. BAÑO, «Los ámbitos del Reglamento independiente», en la obra colectiva, dirigida por S. MARTÍN-RETORTILLO, *Estudios sobre la Constitución Española. Homenaje al Profesor Eduardo García de Enterría*, I, Civitas, Madrid, 1991, págs. 421 y ss., págs. 422 y 423; con algunos matices, especialmente relevantes en lo que respecta al papel de las ordenanzas locales, S. MUÑOZ MACHADO, *Tratado de Derecho Administrativo y Derecho Público General*, II, Iustel, 2006, págs. 901 y ss., y para la equiparación de las ordenanzas locales con Reglamentos independientes, págs. 942-943 y concordantes.

⁵¹ *Vid.*, especialmente, K. STERN, *últ. op. cit.*, pág. 805.

⁵² Así, por ejemplo, H. MAURER, *Allgemeines Verwaltungsrecht*, cit., pág. 122, con cita de resoluciones del Tribunal Constitucional alemán en el mismo sentido, aunque no sin incurrir en una cierta contradicción con la exposición que el mismo autor realiza en su *Staatsrecht*, I, 3. Aufl., C. H. Beck, München, 2003, págs. 289 y ss., en cuanto la regla contenida en el artículo 2.I de la Ley Fundamental de Bonn no puede amparar el carácter general de la reserva de Ley en materia de libertad, al admitir expresamente que la intromisión en la libertad se pueda realizar con cualquier tipo de precepto que pertenezca a una norma conforme con la Constitución (*verfassungsmässige Rechtsordnung*).

⁵³ E. GARCÍA DE ENTERRÍA y T. R. FERNÁNDEZ, *Curso...*, I, cit., pág. 248.

⁵⁴ En la doctrina alemana se sostiene claramente que la reserva de Ley sobre la actuación de gravamen de la Administración pertenece al contenido nuclear de la propia cláusula del Estado de Derecho, habiendo sido caracterizado también como parte integrante del Derecho constitucional consuetudinario. *Vid.*, con numerosas referencias, la brillante exposición de K. STERN, *últ. op. cit.*, pág. 805. Asimismo, más recientemente, H. MAURER, *Allgemeines Verwaltungsrecht*, cit., pág. 122.

tomadas por los representantes de los ciudadanos, en cuanto únicamente así puede decirse que, sometiéndose a la Ley, los ciudadanos se someten a la voluntad general, expresada por el Parlamento, que es el único órgano representativo que, dotado de la necesaria «distancia», reúne los requisitos necesarios para configurar la voluntad general⁵⁵. A ello debe añadirse que la actual construcción de la reserva de Ley está dominada por la teoría de la esencialidad, que postula la extensión de la reserva, más allá de la propia actividad de intervención administrativa, a todas las decisiones fundamentales de los poderes públicos que afectan a la vida de los ciudadanos⁵⁶, lo que exige, por pura consecuencia, que, cuando una ordenación afecta a aquello que se entiende que es fundamento del orden político y de la paz social⁵⁷, deba necesariamente quedar enteramente reservada a la Ley⁵⁸, en tanto que la decisión sobre su esencialidad la ha adoptado

⁵⁵ Es especialmente contundente, en este sentido, la redacción del artículo 4 de la Declaración de Derechos del Hombre y del Ciudadano, de 1789 —en el que es evidente la huella de la concepción de la democracia establecida por ROUSSEAU—, que sigue siendo la base de nuestras regulaciones positivas: «La libertad consiste en hacer todo lo que no perjudica a otro: así, el ejercicio de los derechos naturales de cada hombre no tiene otros límites que los que aseguran a los otros miembros de la sociedad el goce de esos mismos derechos. Estos límites no pueden ser determinados más que por la Ley». Cfr. E. GARCÍA DE ENTERRÍA y T. R. FERNÁNDEZ, *Curso...*, I, cit., pág. 242.

⁵⁶ Sobre la teoría de la esencialidad (*Wesentlichkeitstheorie*), que la jurisprudencia del Tribunal Constitucional alemán ha impuesto —pese a los reparos de un sector de la doctrina sobre la falta de certeza que puede generar, aun compartiendo con carácter general los fundamentos de principio de la misma (K. STERN, *Das Staatsrecht...*, I, cit., pág. 812, y, con mayor detenimiento, en *Das Staatsrecht der Bundesrepublik Deutschland*, II, C. H. Beck, München, 1980, págs. 572 y ss., con una completa serie de extensas citas jurisprudenciales)—, pueden consultarse, además de las obras citadas de STERN, H. MAURER, *Allgemeines Verwaltungsrecht*, cit., págs. 119 y ss. (con una defensa —en la pág. 120 del texto citado— de esta teoría frente a las críticas antes reseñadas); H. U. ERICHSEN, *op. cit.*, pág. 321; H.-D. HORN, *op. cit.*, págs. 41 y ss., o, con una posición crítica, F. OSSENBUHL, «Rechtsquellen und Rechtsbindungen der Verwaltung», en la obra colectiva, dirigida por H. U. ERICHSEN y D. EHLERS, *Allgemeines Verwaltungsrecht*, cit., págs. 133 y ss., págs. 202 y ss. También con una posición muy crítica, E. SCHMITT-ASSMANN, *op. cit.*, págs. 202 y ss. Entre nosotros, S. MUÑOZ MACHADO, *Tratado...*, II, cit., págs. 891 y ss., y R. GARCÍA MACHO, *op. cit.*, págs. 75 y ss.

⁵⁷ El artículo 10.1 de la Constitución española dice así: «La dignidad de la persona, los derechos inviolables que le son inherentes, el libre desarrollo de la personalidad, el respeto a la ley y a los derechos de los demás son fundamento del orden político y de la paz social».

⁵⁸ Aunque la teoría de la esencialidad está concebida para extender el ámbito tradicional de la reserva de Ley en materia de intromisiones que afectan a la libertad y propiedad, incluyendo en la misma actuaciones prestacionales o regulaciones que sin ajustarse al concepto de intromisión producen efectos análogos, el principio que la fundamenta, esto es, que en un sistema constitucional como el establecido por la Ley Fundamental de Bonn las decisiones sobre todas las cuestiones fundamentales que afectan inmediatamente al ciudadano deben ser adoptadas por la Ley (así, con meridiana claridad, el Tribunal Constitucional alemán, en BVerfGE 40, 237, 248 y ss.: «Im Rahmen einer demokratisch-parlamentarischen Staatsverfassung, wie sie das Grundgesetz ist, liegt es näher anzunehmen, dass die Entscheidung aller grundsätzlichen Fragen, die den Bürger unmittelbar betreffen, durch Gesetz erfolgen muss...») [«En el marco de una Constitución que construye una democracia parlamentaria, como ocurre con la Ley Fundamental de Bonn, resulta lógico admitir que las decisiones sobre todas las cuestiones fundamentales que afectan inmediatamente al ciudadano deban adoptarse por Ley...» —la traducción es nuestra—], es

ya el constituyente. Es importante subrayar que la redacción del artículo 10.1 de la Constitución viene a respaldar, sin duda alguna, esta afirmación —cuyo negativo consiste en la prohibición al Ejecutivo de crear obligaciones que no tengan su origen en la Ley, que tantas veces ha afirmado el Tribunal Constitucional⁵⁹—, porque ese precepto constitucional configura el libre desarrollo de la personalidad no sólo como fundamento del orden político y de la paz social, sino que lo hace, además, colocándolo al mismo nivel que el respeto a la Ley y a los derechos de los demás, sin subordinarlo a ella y sin establecer límite alguno distinto al propio del respeto a la Ley y a esos derechos, con lo que se aparta sustancialmente de su modelo, el artículo 2.I de la Ley Fundamental de Bonn, que supedita el libre desarrollo de la personalidad al Ordenamiento en su conjunto —no sólo a la Ley⁶⁰.

Más aún. Debe decirse que en un Estado contemporáneo es perfectamente posible ampliar el espacio propio de la reserva legal a determinadas actuaciones características de la Administración prestacional, trascendiendo la mera vinculación por el principio de legalidad presupuestaria, más allá, por tanto, del marco tradicional de la reserva de Ley en materia de propiedad y libertad y de las concretas reservas establecidas en numerosos preceptos de la Constitución. Ello es así, como ya señalaba en otro lugar uno de nosotros⁶¹, principalmente porque el gravamen que significa para un ciudadano la denegación de una prestación pública puede ser mayor, en el contexto de la creciente menesterosidad social⁶² del individuo que carac-

perfectamente aplicable para justificar la propia concepción original de la reserva de Ley, consistente en la necesidad de que se regule por Ley en sentido formal cuanto atañe a la libertad y a la propiedad de los ciudadanos, que esta jurisprudencia da por sentada.

⁵⁹ Véanse las referencias que aportan E. GARCÍA DE ENTERRÍA y T. R. FERNÁNDEZ, *Curso...*, I, cit., pág. 249.

⁶⁰ El artículo 2.I de la Ley Fundamental de Bonn establece que «[T]oda persona tiene derecho al libre desarrollo de su personalidad mientras no lesione los derechos de los demás o vulnere el ordenamiento conforme con la Constitución o la costumbre» («Jeder hat das Recht auf die freie Entfaltung seiner Persönlichkeit, soweit er nicht die Rechte anderer verletzt und nicht gegen die verfassungsmässige Ordnung oder das Sittengesetz verstösst»). Una cierta relación paterno-filial de este precepto con el artículo 10.1 de nuestra Constitución es difícilmente negable, pero el precepto español recoge de forma más correcta la tradición propia de las revoluciones liberales —el artículo 4 de la Declaración de Derechos del Hombre y del Ciudadano— y no subordina el desarrollo de la personalidad al Ordenamiento conforme con la Constitución, sino claramente, y por contraposición, a la Ley. Por otra parte, con la referencia al libre desarrollo de la personalidad se está reconociendo claramente en uno y otro texto el derecho general a la libertad, a hacer o dejar de hacer aquello que no esté prohibido (*vid.*, por ejemplo, D. MURSWIEK, «Artikel 2», en la obra colectiva, dirigida por M. SACHS, *Grundgesetz. Kommentar*, 2. Aufl., C. H. Beck, München, 1999, págs. 155 y ss., págs. 167 y ss.).

⁶¹ Cfr. R. BOCANEGRA, *La teoría...*, cit., págs. 100 y ss.

⁶² El concepto de menesterosidad social fue acuñado por FORSTHOFF en su obra «Die Daseinsvorsorge als Aufgabe der modernen Verwaltung», hoy recopilada en *Rechtsfragen*

teriza a nuestro tiempo, que una intervención administrativa en el sentido clásico del término⁶³. En este ancho campo de la actividad administrativa de prestación puede sostenerse con fundamento, en efecto, la extensión de la reserva de Ley a todas aquellas decisiones fundamentales que les corresponde adoptar a los poderes públicos, apuntándose, en consecuencia, a la teoría de la esencialidad como un referente esencial en la actual comprensión de la reserva de Ley⁶⁴. La Constitución se ha apoyado notoriamente en este criterio a la hora de precisar las numerosísimas reservas de Ley expresas, genéricas o no, que contiene su texto⁶⁵, pero hay que decir que la eficacia del juego de la teoría de la esencialidad no termina aquí. Aun asumiendo el carácter valorativo de lo que es o no esencial, el principio democrático⁶⁶ y la protección de la libertad exigen una interpretación dinámica y expansiva de la reserva de Ley, puesto que la realidad histórica de las materias que pueden ser susceptibles de regulación normativa es intrínsecamente evolutiva y la menesterosidad social del ciudadano un fenómeno que tiende a incrementarse a medida que avanza el desarrollo tecnológico y social, de donde no es difícil concluir que el contenido tradicional de la reserva de Ley, ya asumido por la Constitución, no puede circunscribirse simplemente a la regulación de aquellas materias reservadas que se entiendan esenciales⁶⁷. Dicho con otras palabras, frente a quienes critican la

der leistenden Verwaltung, Kohlhammer, Stuttgart, 1959, págs. 26 y 37 y ss. En la traducción española de esta recopilación, de C. FERNÁNDEZ DE LA VEGA, bajo el título *Sociedad industrial y Administración Pública*, ENAP, Madrid, 1967, la definición de menesterosidad social se encuentra en la pág. 47, en los siguientes términos: «yo entiendo por menesterosidad social la situación en que se encuentra aquel que tiene que procurarse los abastecimientos vitales deseados, necesarios o excedentes de la medida de lo necesario, no por medio de la utilización de sus cosas propias, sino por medio de la apropiación...», para añadir en nota: «la menesterosidad social es, por lo tanto, en cierto modo, independiente de la posición económica y por eso no debe ser identificada con la previsión social, con la previsión en los casos de pobreza, enfermedad y otras necesidades apremiantes...». Este concepto es perfectamente independiente del marco autoritario en el que surgió y constituye hoy un planteamiento necesario si se quieren comprender las tareas a las que se enfrenta la Administración y la necesidad de extender los controles sobre la misma.

⁶³ *Vid.*, también, H. MAURER, *Allgemeines Verwaltungsrecht*, cit., pág. 124, con cita de jurisprudencia del Tribunal Constitucional alemán, en el mismo sentido.

⁶⁴ Véase la doctrina citada en la nota 56.

⁶⁵ En este sentido, con toda razón, S. MUÑOZ MACHADO, *Tratado...*, II, cit., págs. 903 y 906.

⁶⁶ La salvaguarda del principio democrático está, sin duda, detrás de la teoría de la esencialidad en cuanto impone la reserva a la Ley parlamentaria de las decisiones más importantes en la regulación de la sociedad. Insiste en este punto, como vimos en la nota 57, el Tribunal Constitucional alemán, y reconocen este punto de partida incluso los autores críticos con la aplicación de esta teoría en nuestro sistema; así, I. DE OTTO, *Derecho Constitucional...*, cit., pág. 155.

⁶⁷ *Vid.* las atinadas consideraciones de H. MAURER, *Allgemeines Verwaltungsrecht*, cit., pág. 120. En el mismo sentido, C. DRUSCHEL, *Die Verwaltungsaktbefugnis*, cit., pág. 31; H. U. ERICHSEN, *op. cit.*, pág. 313. Por el contrario, H.-D. HORN, *Die grundrechtsunmittelbare Verwaltung*, cit., págs. 42 y ss. y, muy especialmente, págs. 85 y ss., sostiene que la teoría de la esencialidad vendría a superar la anterior concepción de la reserva de Ley como reserva

existencia de reservas implícitas en nuestro texto constitucional, habida cuenta de la extensión de las reservas expresas, debe afirmarse que la necesidad de reservar la libertad a la Ley se desprende de la calificación constitucional del Estado como democrático y de Derecho; y, mientras las reservas expresas responden a una situación temporal concreta, la dinámica del principio del Estado de Derecho y del principio democrático exige que la regulación de las nuevas realidades que puedan significar obstáculos a la libertad quede también reservada a la Ley, sin que la declaración de una reserva general prive de sentido⁶⁸ a las reservas concretas, que responden tanto a la necesidad de garantizar la seguridad jurídica en un asunto crucial para el sistema —y de aclarar en cada caso el tipo y extensión concretos de la reserva⁶⁹— como a la oportunidad política de destacar la importancia de determinadas materias en la Constitución. Que la existencia de una reserva general de Ley no hace ociosas las reservas individuales se demuestra también por la evidencia de que la calificación constitucional del Estado como social no convierte en inútiles las habilitaciones concretas para actuar que, por ejemplo, en materia de vivienda o de protección del empleo contiene la Constitución.

Llegados a este punto, podría llegar a plantearse, y así se ha hecho, la cuestión de si la decisión de utilizar el acto administrativo como forma de actuación en el terreno de la Administración prestacional debe contar, o no, con la correspondiente habilitación legal, en la medida en que la reserva de Ley se ha extendido hoy, mucho más allá del estricto campo de las actuaciones de intervención de la Administración, hasta alcanzar también al espacio de las actividades de prestación. Así lo entiende, entre otros, ERICHSEN⁷⁰, para quien,

frente a las intromisiones (*Eingriffe*) en la esfera de la libertad y la propiedad, aunque —y el matiz es absolutamente fundamental— entiende que en materia de derechos fundamentales la teoría de la esencialidad incluye los logros actuales sobre la protección de la esfera garantizada por los propios derechos fundamentales. Así, cualquier intromisión estatal cumpliría el criterio de la esencialidad, sin que quepa hablar de intromisiones relevantes o irrelevantes en los derechos fundamentales, con lo que la generalización de este criterio nunca supondría una reducción del ámbito de reserva reconocido anteriormente. En el fondo, ambas posiciones llegan a iguales resultados prácticos, pero la argumentación de HORN resulta bastante más forzada, al tener que afirmar que todo cuanto es relevante para los derechos fundamentales queda incluido en el criterio de la esencialidad y, por tanto, no es posible hablar de intromisiones que no sean esenciales; pero, por pura lógica, ello implica presuponer que la esencialidad en el campo de los derechos fundamentales sigue un criterio distinto, que se tendrá que formar a partir del concepto actual de intromisión (*Eingriff*), al que en el fondo no se puede renunciar. No obstante, parece ir más allá en la reinterpretación del marco tradicional de la reserva de Ley en materia de libertad, desde la perspectiva de la esencialidad, o no, de la lesión, W. ROTH, *op. cit.*, págs. 505 y ss., si bien su concepción es absolutamente minoritaria, como el propio autor reconoce.

⁶⁸ Como sostiene, sin embargo, I. DE OTTO, *Derecho Constitucional...*, cit., pág. 157.

⁶⁹ Así, en el caso de las reservas de Ley orgánica que contiene el texto constitucional.

⁷⁰ Cfr. H. U. ERICHSEN, *op. cit.*, pág. 314, con más referencias en el mismo sentido.

desde luego, la opción por el uso instrumental del acto administrativo en la actividad prestacional de la Administración debe estar necesariamente reservada a la Ley. Hay que decir, sin embargo, como ya se ha tenido ocasión de reiterar, que lo que queda reservado a la Ley es justamente la atribución de la pura potestad para actuar mediante actos administrativos, la mera elección del acto administrativo como instrumento de actuación de la Administración, con independencia absoluta de que el acto administrativo se produzca en la órbita de la actividad administrativa de prestación o en cualquiera otra área o espacio de acción de la Administración, cualquiera que éste sea. La carga de la impugnación de los actos administrativos se predica de todos ellos, de cualquier clase que sean, incluso de los favorables. Los actos con contenido prestacional (como los demás) no tienen siempre efectos lineales y en caso de efectos mixtos o frente a terceros plantean una problemática paralela a la de los actos desfavorables⁷¹, constituyendo, por ejemplo, el sometimiento de una determinada actividad a la necesidad de permiso o autorización previa, propiamente una forma de restricción de la libertad, aunque los actos resultantes sean inequívocamente favorables⁷². Cuestión distinta es que deba valorarse también el importante efecto de estabilización y clarificación de los derechos y obligaciones que supone el empleo por parte de la Administración del acto administrativo como forma de actuación y que, sin duda, favorece al ciudadano⁷³, pero también este efecto favorable del acto administrativo se extiende a los actos de gravamen que se dictan en el marco de las actividades de ordenación o de policía que ejerce la Administración. Esta última afirmación dispone de un valor general, porque el afectado por un acto desfavorable, que le supone una restricción de su esfera de libertad, puede también adquirir los beneficios que se derivan del reconocimiento de una situación de confianza, en la medida en que la resolución fija el contenido preciso de sus obligaciones, al que queda vinculada asimismo la Administración, de tal forma que sólo procederá un aumento de sus obligaciones en casos excepcionales y conforme a las estrictas reglas —tanto materiales como formales— que son propias de la revisión o revocación de los actos administrativos⁷⁴. Es

⁷¹ Nos remitimos aquí a la exposición de R. BOCANEGRA, *Lecciones sobre el acto administrativo*, cit., págs. 50 y 51.

⁷² R. BOCANEGRA, *Lecciones...*, cit., pág. 52.

⁷³ Puede verse, con más referencias sobre el tema, la monografía de R. BOCANEGRA, *La teoría...*, cit., págs. 24 y ss.

⁷⁴ *Vid.*, por ejemplo, K. VOGEL, «Die Lehre vom Verwaltungsakt nach Erlass der Verwaltungsverfahrensgesetze», *BayVBl*, 1977, págs. 617 y ss., pág. 621; H. MAURER, *Allgemeines Verwaltungsrecht*, cit., pág. 288. Entre nosotros, R. BOCANEGRA, *Lecciones sobre el acto administrativo*, cit., págs. 50 y 51. También, J. GARCÍA LUENGO, *El principio de protección de la confianza en el Derecho administrativo*, Civitas, Madrid, 2002, págs. 263 y ss.

ésta una consideración que debe tenerse muy en cuenta a la hora de valorar las exigencias de la reserva de Ley en cada caso concreto.

Por lo demás, la extensión de la reserva de Ley a la decisión de utilizar el acto administrativo como forma de actuación de la Administración presenta, es importante señalarlo, un marcado paralelismo con los problemas, bien conocidos entre nosotros, de la elección del sistema de ejecución forzosa de los actos administrativos⁷⁵ —que se articulan, además, conforme a mecanismos similares a los que implica la decisión sobre la propia forma de actuación de la Administración (como la reserva de Ley en los casos de intromisión en la libertad o la aplicación del principio de proporcionalidad)—, en donde nuestro Derecho opta, por imposición de los principios de proporcionalidad e intervención mínima, por la aplicación del medio menos gravoso para el particular⁷⁶.

V. CONSECUENCIAS DE LA RESERVA DE LEY PARA DICTAR ACTOS ADMINISTRATIVOS. EL CARÁCTER DE LA NECESARIA HABILITACIÓN LEGAL

La inclusión de la decisión sobre la actuación administrativa mediante acto unilateral entre las materias reservadas a la Ley —en la medida en que una disposición de esa naturaleza impone una limitación intrínseca de la esfera de libertad del ciudadano— lleva inevitablemente consigo el corolario inexcusable de la exigencia de una habilitación legal específica, es decir, precisamente otorgada por una norma con rango de Ley en cada caso, para que la Administración pueda actuar mediante actos administrativos, cualquiera que sea la clase de éstos, es decir, con absoluta independencia del contenido del acto administrativo resultante del ejercicio de la potestad ejercitada. El alcance y el contenido preciso de la regulación abstracta y general referida a una materia reservada a la Ley resultan de suyo esencialmente determinados por la Ley misma, en cuanto así lo exigen las normas o principios constitucionales, sin posibilidad alguna de remisión al Reglamento⁷⁷, aunque, más allá del núcleo esencial de la regulación que justifica la reserva legal, la Ley pueda remitirse a la colaboración de la norma reglamentaria para completar su regula-

⁷⁵ Cfr. R. BOCANEGRA, *La teoría del acto administrativo*, cit., pág. 87.

⁷⁶ Así se establece claramente en el artículo 96.2 LPC, al señalar que «si fueran varios los medios de ejecución admisibles, se elegirá el menos restrictivo para la libertad individual». Véase R. BOCANEGRA, *Lecciones...*, cit., págs. 138 y 139.

⁷⁷ Esta conclusión es común tanto a nuestro Ordenamiento (*vid.*, por ejemplo, E. GARCÍA DE ENTERRÍA y T. R. FERNÁNDEZ, *Curso...*, I, cit., págs. 271 y 272) como al alemán, que es en el que nace la institución de la reserva de Ley (así, entre muchos, A. VON MUTIUS, «Zur "Verwaltungsaktsbefugnis"», cit., pág. 154).

ción en aspectos procedimentales u organizativos; la utilización del Reglamento desde una perspectiva material sólo es posible en presencia de desarrollos que impliquen la necesidad de abordar cuestiones técnicas o sometidas a cambios frecuentes, incompatibles con lo que es propio de la regulación legal, y siempre y cuando sea la propia Ley quien fije previamente los criterios y los principios de esa normación reglamentaria⁷⁸. Por lo que se refiere a la habilitación legal específica para la actuación mediante acto administrativo sucede exactamente lo mismo, siendo justamente en la Ley en donde se contiene la decisión sobre la utilización por la Administración de los actos administrativos como instrumento jurídico para operar sobre una determinada realidad material y en donde se contemplan, eventualmente, las condiciones a las que deba someterse esa elección. La potestad, pues, para dictar actos administrativos se atribuye y se configura precisamente, para cada caso, mediante una norma con rango de Ley, aunque los Reglamentos puedan desarrollar las condiciones o los temperamentos que la propia Ley haya podido imponer al ejercicio del poder atribuido a la Administración para actuar mediante actos administrativos.

Se trata, pues, con la habilitación para dictar actos administrativos, de una habilitación legal específica, que requiere de una atribución precisa de la potestad mediante una Ley especial para operar en cada caso y en cada materia, sin que pueda aceptarse la posibilidad de que la reserva de Ley pueda entenderse cubierta mediante la configuración de una única habilitación general para dictar toda clase de actos administrativos, de acuerdo, por lo demás, con la mayoría de la doctrina, que rechaza abiertamente la existencia de una su-puesta habilitación general en favor de la Administración para la actuación mediante acto administrativo⁷⁹. La habilitación debe serlo, por el contrario, como se dice, precisamente *ad casum*, por cada Ley, dependiendo de las Leyes concretas cuya regulación material se trata de aplicar, aunque no sea necesario, sin embargo, que la habilitación haya de ser necesariamente expresa, siempre que la atribución de la competencia para actuar mediante acto administrativo esté implícita en la regulación habilitante⁸⁰, cosa que, en nuestra opinión, sólo po-

⁷⁸ Cfr. E. GARCÍA DE ENTERRÍA y T. R. FERNÁNDEZ, *Curso...*, I, cit., págs. 271 y 272.

⁷⁹ Así, con diversos matices, entre otros muchos y con más referencias en el mismo sentido, F. O. KOPP y U. RAMSAURER, *Verwaltungsverfahrensgesetz. Kommentar*, 9. Aufl., C. H. Beck, München, 2005, pág. 533; H. U. ERICHSEN, «Das Verwaltungshandeln», cit., págs. 313 y 314; hoy, también, M. RUFFERT, «Verwaltungsakt», cit., pág. 640.

⁸⁰ P. STELKENS y U. STELKENS, «§ 35 Begriff des Verwaltungsaktes», en la obra colectiva, dirigida por P. STELKENS, H. J. BONK y M. SACHS, *Verwaltungsverfahrensgesetz. Kommentar*, 6. Aufl., C. H. Beck, München, 2001, págs. 839 y ss., pág. 858 (§ 35. 23). Estos autores insisten en la necesidad de flexibilizar aquí las exigencias del principio de reserva de Ley, habi-

drá afirmarse cuando el objetivo legalmente fijado únicamente pueda alcanzarse por medio de un acto administrativo, sin que, en el caso, haya otra forma de actuación alternativa menos gravosa.

No obstante, algún autor⁸¹ ha planteado abiertamente la cuestión de la habilitación general para dictar actos administrativos, sosteniéndola en la legislación sobre procedimiento administrativo, legislación ésta que, al incorporar una regulación general acerca del acto administrativo, vendría a justificar esa habilitación general para que la Administración pueda actuar mediante actos. Así, si la legislación general sobre procedimiento administrativo extiende, con carácter general, la eficacia de los actos anulables con independencia de la materia sobre la que verse el acto administrativo de que se trate —sea cual sea, por tanto, su contenido—, ello debería suponer una autorización implícita a la Administración para actuar en todo caso mediante acto administrativo, al imponerse como regla a los ciudadanos la carga de la impugnación de los actos administrativos, precisamente por obra de la legislación general sobre procedimiento administrativo. Esta opinión incurre, sin embargo, a nuestro juicio⁸², en una abierta confusión entre los planos del ser y del deber ser. El Ordenamiento jurídico no consagra, en absoluto, la intromisión de la Administración en el ámbito de libertad del ciudadano, como lo demuestra el hecho de que bastaría alegar la falta de habilitación para actuar mediante un acto administrativo para poder obtener, cuando menos, su anulación, sin necesidad de aportar otros motivos. La Administración opera en estos casos al margen del Ordenamiento jurídico y su actuación no se convalida o regulariza por el hecho de que el particular tenga que reaccionar frente a esta actuación administrativa, cuando se suponía que debía estar libre de toda obligación

da cuenta de la naturaleza puramente formal de la inmisión, y proponen, por ejemplo, en el caso de los actos dirigidos al cumplimiento de obligaciones de Derecho público, partir en cada caso de una amplia analogía con los preceptos que expresa o implícitamente afirman la posibilidad de actuación mediante acto administrativo. También propone una amplia flexibilidad en este punto, M. RUFFERT, «Verwaltungsakt», cit., pág. 640, que admite que, en los casos en que las Leyes no contienen su propia habilitación, se pueda entender otorgada ésta a través de las cláusulas generales que habilitan las potestades de policía y orden de los Estados federados, con lo que, en la práctica, los resultados de esta posición no serían tan distantes de los que traería consigo la afirmación de una habilitación general.

⁸¹ C. DRUSCHEL, *Die Verwaltungsaktbefugnis*, cit., págs. 258 y ss. Hay que decir que su posición se encuentra completamente aislada en la doctrina. Para la opinión mayoritaria, que entiende imprescindible justificar la decisión de actuar mediante actos administrativos en una habilitación legal para cada caso, según el Derecho material aplicable, pueden verse, además de los ya citados, por ejemplo, P. STELKENS y U. STELKENS, «§ 35 Begriff des Verwaltungsaktes», en la obra colectiva, dirigida por P. STELKENS, H. J. BONK y M. SACHS, *Verwaltungsverfahrensgesetz. Kommentar*, cit., págs. 839 y ss., pág. 857; también, F. O. KOPP y U. RAMSAUER, *Verwaltungsverfahrensgesetz. Kommentar*, 9. Aufl., C. H. Beck, München, 2005, pág. 533, todos ellos con más referencias en el mismo sentido.

⁸² Cfr. R. BOCANEGRA, *La teoría del acto administrativo*, cit., pág. 86.

de reacción, con independencia, por supuesto, de que en la medida en que se pueda afirmar que el acto administrativo dictado sin habilitación legal es nulo de pleno derecho no existirá, en puridad, ninguna necesidad de reaccionar frente a él, ya que el acto no adquirirá entonces ni obligatoriedad⁸³ ni firmeza. La necesidad de que la Administración disponga, en cada caso, de una habilitación específica para actuar mediante actos administrativos es una condición de validez del acto mismo, de tal modo que la ausencia de habilitación determina automáticamente la invalidez del acto administrativo adoptado, al margen por completo de su contenido⁸⁴, y cuyo carácter es perfectamente independiente de las demás exigencias subjetivas, procedimentales, formales y materiales que condicionan igualmente la validez de los actos⁸⁵. Otra cosa es, desde luego, aunque se encuentra estrechamente relacionada, la precisión del grado de invalidez del acto que la ausencia de habilitación para servirse de esa forma de actuación administrativa inevitablemente provoca. No es posible, con carácter general, dar una respuesta unívoca a esta cuestión, debiéndose examinar en cada caso si la Administración ha actuado prescindiendo total y absolutamente del procedimiento legalmente establecido, incurriendo, en caso de que la infracción procedimental fuese manifiesta⁸⁶, en la causa de nulidad prevista en el artículo 62.1.e) de la Ley de Procedimiento Común. La necesidad de realizar esta comprobación casuística abona, por lo demás, con toda evidencia, la insostenibilidad de la existencia de una habilitación general para utilizar actos administrativos a partir de la eficacia general del acto, como, aunque aisladamente, acabamos de ver que sostenía DRUSCHEL⁸⁷.

⁸³ Cfr. R. BOCANEGRA, *Lecciones...*, cit., págs. 116 y ss. y 195 y ss., y J. GARCÍA LUENGO, *La nulidad de pleno derecho de los actos administrativos*, cit., págs. 247 y ss.

⁸⁴ Así, H. U. ERICHSEN, *op. cit.*, *últ. loc. cit.*; A. VON MUTIUS, *op. cit.*, págs. 158 y ss. (autor que se pronuncia a favor de la nulidad de pleno derecho en algunos casos de falta de habilitación), y F. O. KOPP y U. RAMSAUER, *Verwaltungsverfahrensgesetz. Kommentar*, cit., pág. 533.

⁸⁵ Como tal condición de validez se ha expuesto ya, en R. BOCANEGRA, *La teoría del acto administrativo*, cit., págs. 84 y ss.; del mismo autor, *Lecciones...*, cit., págs. 82 y ss. *Vid.*, también, H. U. ERICHSEN, *op. cit.*, págs. 312 y ss.

⁸⁶ La infracción procedimental será aquí, por regla general, evidente porque la distancia entre la actuación informal o la convencional de la Administración y la producción ritualizada de los actos administrativos es enorme. Los problemas se encontrarán, más bien, en las dudas que puedan suscitarse acerca de si la Administración dispone o no de habilitación legal para actuar mediante acto administrativo, cuando, por ejemplo, la concurrencia de las condiciones legales para la actuación mediante acto administrativo no sea una cuestión clara en el caso.

⁸⁷ *Vid.*, *supra*, nota 81.

VI. OTRAS CONSECUENCIAS DE LA ACTUACIÓN ADMINISTRATIVA MEDIANTE ACTOS ADMINISTRATIVOS COMO INTROMISIÓN EN LA LIBERTAD

El hecho de que la actuación de la Administración mediante actos administrativos constituya un *Eingriff*, un ataque o una intromisión en el espacio de la libertad general de los ciudadanos, no comporta únicamente, en cuanto materia reservada a la Ley, la necesidad de una habilitación legal específica para actuar de ese modo, en los términos que acabamos de exponer, sino que lleva consigo, además, otras importantes consecuencias tanto de carácter formal como material, que seguidamente se examinan.

Un primer efecto de la atribución a la Administración del poder de dictar actos administrativos como intromisión en la esfera de la libertad individual, que la doctrina ha calificado de formal⁸⁸, es el sometimiento de la regulación legal que legitima la elección de tal forma de actuación al principio de certeza o de precisión (*Bestimmtheitsgrundsatz*), cuyo cumplimiento impone que esa ordenación disponga de un contenido previsible y claro⁸⁹. El principio general de certeza del Derecho, que es aplicable a todo el Ordenamiento jurídico, presenta un especial significado cuando se trata de delimitar la frontera, los límites, de la actividad estatal coactiva o condicionante de la esfera de autodeterminación del individuo. Los ciudadanos deben disponer de certidumbre acerca del alcance concreto que pueda desplegar la actividad administrativa que interviene en el ámbito de su libertad⁹⁰, debiendo ser, además, la propia Ley que autoriza la intromisión la norma que asegure la certeza de los ciudadanos, lo que no deja de resultar especialmente problemático, por cierto, en un campo como el de la regulación de las formas de actuación de la Administración, en el que, como veremos, no es infrecuente la ausencia de regulaciones directas y expresas.

El principal efecto material del entendimiento de la actuación por acto administrativo como un *Eingriff* lo constituye la necesidad de aplicar a la elección por parte del legislador del acto administrativo como forma de actuación de la Administración en el caso concreto el principio de proporcionalidad en sentido amplio⁹¹, lo que signi-

⁸⁸ Por ejemplo, A. BLECKMANN, *op. cit.*, pág. 344.

⁸⁹ La propia certeza de la regulación legal es un complemento necesario de la reserva de Ley, puesto que de otro modo su objetivo podría resultar burlado. Así, razonando desde la perspectiva de la necesidad de habilitación para utilizar el acto administrativo como forma de actuación, y con más referencias en el mismo sentido, A. VON MUTIUS, *últ. op. cit.*, pág. 155; con carácter general, puede verse, por ejemplo, M. SACHS, «Vorbemerkung...», *cit.*, págs. 119 y concordantes.

⁹⁰ Cfr. A. BLECKMANN, *op. cit.*, pág. 344.

⁹¹ *Vid.*, sobre ello, A. VON MUTIUS, *op. cit.*, págs. 157 y 158.

fica que la decisión legislativa que prefiere el acto administrativo como instrumento jurídico de actuación debe someterse a los requerimientos impuestos por la aplicación del principio, que seguidamente se indican⁹². En primer lugar, el cumplimiento del mandato o principio de adecuación o idoneidad —*Geeignetheit*—, que reclama que el medio empleado por la Administración sea idóneo o apropiado para la obtención del fin que se persigue, principio que se encuentra recogido entre nosotros en el artículo 53.2 de la Ley de Procedimiento Común. El respeto del mandato o principio de necesidad —*Erforderlichkeit*— es la segunda de las exigencias del principio de proporcionalidad, cuya observancia se produce cuando no es posible poner a disposición de la Administración otro medio de igual eficacia que el utilizado pero menos restrictivo de los derechos de los ciudadanos —principio éste también recogido, por ejemplo, en el artículo 96.2 de la LPC—. Finalmente, el principio de proporcionalidad en sentido amplio —o de prohibición de los excesos— obliga a la obediencia del mandato o principio de proporcionalidad en sentido estricto⁹³, que se cumple cuando el medio empleado resulta proporcionado —o adecuado, en este sentido— con el fin que se persigue⁹⁴.

La determinación de si la medida consistente en la elección del acto administrativo como forma de actuación es proporcionada, es decir, si se ajusta al principio de proporcionalidad, obliga a comprobar si tal medida atiende a las tres reglas que se acaban de señalar,

⁹² Sobre el contenido del principio de proporcionalidad en sentido amplio o prohibición de los excesos —*Übermassverbot*—, véanse, entre otros muchos, K. STERN, *Das Staatsrecht der Bundesrepublik Deutschland*, I, 2. Aufl., C. H. Beck, München, 1984, especialmente pág. 866; H. MAURER, *Staatsrecht*, I, cit., pág. 236; A. BLECKMANN, *Staatsrecht II...*, cit., págs. 374 y ss.; E. SCHMIDT-ASSMANN, «Der Rechtsstaat», en la obra colectiva, dirigida por J. ISENSEE y P. KIRCHHOF, *Handbuch des Staatsrechts*, II, 3. Aufl., C. F. Müller, Heidelberg, 2004, págs. 541 y ss., pág. 591; R. DECHSLING, *Das Verhältnismässigkeitsgebot*, Vahlen, München, 1989, págs. 5 y ss. En la doctrina española se propone un contenido similar del principio, por ejemplo, en R. BOCANEGRA, *Lecciones sobre el acto administrativo*, cit., pág. 90; S. MUÑOZ MACHADO, *Tratado...*, I, cit., pág. 591; D. SARMIENTO, *El control de proporcionalidad...*, cit., págs. 314 y ss., destacando este autor la presencia de los elementos propios del triple test de proporcionalidad en la mayor parte de los Ordenamientos europeos cercanos y en el propio Derecho comunitario. También, en este sentido, J. BARNÉS, «Introducción al principio de proporcionalidad en el Derecho comparado y comunitario», núm. 135 de esta REVISTA, 1994, págs. 495 y ss., especialmente págs. 521 y ss. Sobre la recepción de este contenido complejo del principio de proporcionalidad en sentido amplio en la jurisprudencia española, se encuentra una exposición, referida al Tribunal Constitucional, en M. GONZÁLEZ BEILFUSS, *El principio de proporcionalidad en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional*, Aranzadi, Cizur Menor, 2003, págs. 54 y ss., y, con carácter general, D. SARMIENTO, *op. cit.*, págs. 365 y ss.

⁹³ *Angemessenheit* o *Verhältnismässigkeit im eigentlichen Sinne*.

⁹⁴ Así, P. LERCHE, *Übermass und Verfassungsrecht*, Carl Heymanns, Köln-Berlin-München-Bonn, 1961, pág. 19, o H. MAURER, *Staatsrecht*, I, cit., pág. 237. Otros autores prefieren definir el principio de proporcionalidad en sentido estricto como la necesidad de que en las medidas públicas tenga más peso el beneficio obtenido que el perjuicio que puedan causar. *Vid.*, en este último sentido, K. STERN, *últ. op. cit.*, pág. 866, con muchas más referencias.

contempladas sucesivamente en el orden indicado⁹⁵, debiendo tenerse en cuenta, en todo caso, que el principio de proporcionalidad en sentido amplio no juega sólo a la hora de valorar la constitucionalidad de la decisión del legislador de adoptar el acto administrativo como forma de actuación de la Administración en cada caso, sino también en el momento de interpretar el alcance concreto de esa elección —el ámbito o el sector de aplicación de la opción por esa forma de actuación— o, por supuesto, del mismo modo, cuando se proceda a evaluar la inclinación concreta de la Administración por una determinada forma de actuación en el caso, si el legislador permite esa posibilidad.

VII. ALGUNOS EJEMPLOS

A pesar de la ausencia de un concepto legal de acto administrativo en nuestro Ordenamiento⁹⁶, lo que viene seguramente condicionado por la necesidad de garantizar la tutela judicial en un sistema contencioso dependiente en la práctica casi exclusivamente del viejo dogma del carácter revisor de la jurisdicción contencioso-administrativa⁹⁷, una mera aproximación, una nada exhaustiva incursión en la legislación especial (el resultado sería el mismo aunque fuera efectivamente exhaustiva), revela la existencia de numerosísimas habilitaciones para actuar mediante acto administrativo⁹⁸ y permite con-

⁹⁵ Así, H. MAURER, *últ. op. cit.*, pág. 237.

⁹⁶ De entre los países que tienen codificado el procedimiento administrativo destaca, por su bagaje dogmático y su enorme influencia en el Derecho de los países europeos y en el Derecho comunitario, el concepto legal alemán de acto administrativo, contenido en el § 35 de la *Verwaltungsverfahrensgesetz (VwVfG)*, la Ley de Procedimiento Administrativo, cuyo tenor literal no es ocioso recordar: «acto administrativo es toda disposición, resolución u otra medida de autoridad adoptada por un órgano administrativo y dirigida a la regulación de un caso particular en el ámbito del Derecho público, con efectos inmediatos en el exterior (frente a terceros)» (la traducción se toma de R. BOCANEGRA, *Lecciones...*, 3.ª ed., cit., pág. 33).

⁹⁷ Sobre este problema específico de nuestro Ordenamiento puede verse la exposición de R. BOCANEGRA, en *La teoría del acto administrativo*, cit., especialmente págs. 31 y ss.

⁹⁸ Así, por ofrecer algunos ejemplos con modos distintos de habilitación, el artículo 59.1 del Real Decreto Legislativo 1/2001, de 20 de julio, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley de Aguas, dice que «[t]odo uso privativo de las aguas no incluido en el artículo 54 requiere concesión administrativa», regulando con cierto detalle los artículos siguientes el contenido de ese acto administrativo. En un contexto muy distinto, el artículo 142.6 LPC incluye la habilitación necesaria para que la Administración fije unilateralmente mediante acto administrativo la indemnización en caso de reconocimiento de su responsabilidad extracontractual, al señalar que «[l]a resolución administrativa de los procedimientos de responsabilidad patrimonial, cualquiera que fuese el tipo de relación, pública o privada, de que derive, pone fin a la vía administrativa». Puede servir de ejemplo, por último, el artículo 112.1 del Real Decreto Legislativo 2/2000, de 16 de junio, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas, cuyo texto otorga claramente a la Administración contratante la facultad de resolución unilateral de

templar un Ordenamiento con una peculiar estructura, como ya hemos notado, que refleja una realidad absolutamente coherente con lo que hasta aquí se ha dicho, una perfecta acomodación a los principios y a los planteamientos que han quedado expuestos. Las habilitaciones para actuar mediante actos administrativos, en ausencia de la referencia a un concepto —el de acto administrativo— que no está expresamente regulado, se realizan con referencia expresa a una u otra de las distintas clases o variedades de resoluciones unilaterales con eficacia externa y contenido regulador que son posibles en nuestro Ordenamiento (licencias, autorizaciones, permisos, concesiones, sanciones, etc.)⁹⁹, o bien mediante la regulación de la resolución que pone fin a un procedimiento concreto con un contenido determinado que la propia Ley suele fijar en sus aspectos esenciales¹⁰⁰, bastando, por lo demás, desde la perspectiva de su ejecutividad, con la identificación implícita por la Ley especial como actos administrativos de las resoluciones de que se trate —habilitando así a la Administración para emplear esta forma de actuación—, sin que sea necesario que la Ley sectorial subraye la eficacia de los actos en ese ámbito material, en cuanto la legislación de procedimiento administrativo ya atribuye a todos los actos administrativos en general la característica esencial de su eficacia (art. 57 de la LPC)¹⁰¹.

En un Ordenamiento jurídico-público como es éste, que organiza un sistema de actuación administrativa completamente entregado al acto administrativo y montado básicamente sobre procedimientos estrictamente formalizados y regulados que dejan un escasísimo margen de maniobra a la actuación informal de la Administración —incluso el cumplimiento y la ejecución de los contratos

los contratos administrativos mediante acto administrativo, cuando precisa que «[l]a resolución del contrato se acordará por el órgano de contratación, de oficio o a instancia del contratista, en su caso, mediante procedimiento en la forma que reglamentariamente se determine».

⁹⁹ A pesar de la expresa formulación legal del concepto de acto administrativo, también en Alemania es común que la habilitación a la Administración para actuar mediante actos administrativos se haga con referencia al tipo concreto de resolución que en cada caso procede. *Vid.*, sobre ello, W. PAULY, «Der Regelungsvorbehalt», *DVBl*, 1991, págs. 521 y ss., pág. 522, con cita de numerosos ejemplos concretos.

¹⁰⁰ Un buen ejemplo se encuentra en el artículo 92 de la Ley 33/2003, de 3 de noviembre, de Patrimonio de las Administraciones Públicas, que regula con cierto detalle el régimen jurídico en general y el contenido concreto en particular de las autorizaciones demaniales.

¹⁰¹ En este sentido, J. BARCELONA, *op. cit.*, *loc. cit.*, afirma que «[n]o hará falta que las leyes sectoriales especifiquen que los actos dictados en su aplicación son ejecutivos, pero el efecto de alterar de forma inmediata el estado de las cosas lo producirán sólo los actos que la Administración puede dictar por habilitarle al ordenamiento». Esta afirmación sólo es aceptable, no obstante, si la alteración inmediata del estado de las cosas se entiende únicamente en sentido jurídico, como obligatoriedad del contenido del acto administrativo.

administrativos¹⁰² se articula mediante actos administrativos—, no es fácil descubrir supuestos en los que la Administración no cuente con una Ley en la que se le habilite expresamente a actuar mediante un tipo u otro de acto administrativo o, lo que es lo mismo, en los que no se le atribuya un poder unilateral de regulación en cada caso, en una situación que recuerda a la que caracteriza entre nosotros la relación entre la Ley y el Reglamento, en relación con la cual, como señala GARCÍA DE ENTERRÍA, «habría que buscar con extraordinaria atención para encontrar algún Reglamento que no se conecte a una Ley más o menos expresamente invocada»¹⁰³. Debe decirse, no obstante, como ya hemos tenido ocasión de señalar, que cuando la Ley simplemente otorga una potestad, un poder para llevar a cabo una actuación determinada, pero sin precisar una forma de acción concreta, lo que la Ley realmente está produciendo es una habilitación implícita para la utilización del acto administrativo, siempre que aquella actuación sólo pueda llevarse a cabo mediante un acto unilateral regulador y con efectos externos¹⁰⁴.

¹⁰² Es precisamente en la actividad contractual de la Administración, y más concretamente en el campo de los contratos sobre potestades administrativas, en donde una gran parte de la doctrina alemana sitúa uno de los supuestos en los que la falta de habilitación para dictar actos administrativos —con el objeto, por ejemplo, de negar una prestación derivada del contrato o de ejecutar una prestación debida por razón del mismo— sería consecuencia de la propia configuración legal de la forma de actuación elegida, que excluye los actos administrativos (*vid.*, por ejemplo, H. MAURER, *op. cit.*, págs. 243 y 244, o C. DRUSCHEL, *op. cit.*, págs. 265 y 266; para un reciente estado de la cuestión, con abundantes referencias doctrinales y jurisprudenciales, A. VON MUTIUS, *op. cit.*, pág. 139). Esta situación no se produce, sin embargo, entre nosotros, como ha establecido A. HUERGO (*Los contratos sobre los actos y las potestades administrativas*, cit., págs. 366 y ss.), porque en nuestro Ordenamiento estos contratos deben ser calificados como contratos administrativos —figura que no existe en Alemania— y la Administración dispone, en consecuencia, de los privilegios de autotutela que la Ley le reconoce respecto de ellos. Es absurdo que tales privilegios se afirmen en relación con contratos administrativos típicos de escasa entidad jurídico-pública en su contenido y se den al margen de ellos contratos que atañen directamente a las potestades administrativas.

¹⁰³ Cfr. E. GARCÍA DE ENTERRÍA y T. R. FERNÁNDEZ, *Curso...*, I, cit., pág. 250, aunque debe decirse que, con todo, es posible encontrar unos cuantos Reglamentos de esa clase. Por otra parte, por lo que se refiere a los actos administrativos, la extensión generalizada que de la habilitación para actuar mediante actos administrativos se contiene en las Leyes especiales es bien dudoso que responda, como ocurre con los Reglamentos, a la existencia de una «conciencia larvada» de las exigencias del Estado de Derecho en la materia; se explica, más bien, a nuestro juicio, como una consecuencia de la rigidez procedimental de nuestro sistema jurídico-público, que se refleja en la inclusión, en la mayor parte de las Leyes especiales, de una regulación más o menos completa de los procedimientos administrativos, generalmente con referencia expresa a la forma y contenido dispositivo o regulador de la resolución que los termina.

¹⁰⁴ Esta posición es consecuente, por lo demás, con el papel que la atribución de potestades inherentes a la Administración debe jugar en el Derecho administrativo (*vid.* E. GARCÍA DE ENTERRÍA y T. R. FERNÁNDEZ, *Curso...*, I, cit., págs. 454 y 455), puesto que sería absurdo reconocer a la Administración una potestad para actuar sin dotarla de un instrumento que la haga efectiva. Sobre este argumento, *vid.* H. MAURER, *Allgemeines Verwaltungsrecht*, cit., pág. 243, aunque la consecuencia que saca el autor —que se debe partir de una presunción general de habilitación para actuar mediante acto administrativo— no es de recibo, como ya se ha dicho, en la medida en que debe examinarse en cada caso la posibilidad de una técnica alternativa de actuación.

Pero si la Ley no establece una forma expresa de actuación y hay alternativas posibles a la utilización del acto administrativo, habrá de optarse por éstas, aunque impliquen menos ventajas jurídicas para la Administración, en cuanto el empleo del acto administrativo no tendría, entonces, la necesaria cobertura legal, como ocurre, por ejemplo, cuando la Administración pretende reclamar las rentas vencidas a un arrendatario moroso de un bien patrimonial, en donde no puede determinar por sí misma la cantidad debida y exigirla de forma unilateral mediante un acto administrativo, sino que habrá de acudir, para ambas cosas, al Juez ordinario, del mismo modo en que lo haría un particular, si desea satisfacer su derecho. Esta situación se produce casi siempre en el ámbito de la acción administrativa sometida al Derecho privado, a no ser que la Ley, como tampoco es infrecuente, establezca una habilitación expresa para que la Administración pueda realizar unilateralmente su propio derecho (así, por ejemplo, para fijar el deslinde de la propiedad privada de la Administración¹⁰⁵ o para recuperar, mediante el *interdictum proprium*, la posesión de bienes patrimoniales, siempre que no haya transcurrido el plazo de un año desde que se produjo el despojo¹⁰⁶); pero no cabe descartar la existencia de otros supuestos, en el ámbito del Derecho público, en los que la Administración no tiene atribuido, o no debe tenerlo, el poder de dictar actos administrativos, la habilitación para actuar mediante actos, lo que nos obliga a examinar, siempre parcialmente, ante la imposibilidad (y la inutilidad) de detenerse en una casuística inabarcable, algunos supuestos concretos que nos ofrece el Derecho positivo.

Un primer ejemplo en el que la Administración carece de potestad para actuar mediante acto administrativo viene representado por la anulación de oficio de los actos administrativos anulables, que sólo es posible, con carácter general¹⁰⁷, si la Administración autoim-

¹⁰⁵ *Vid.*, con carácter general, los artículos 50 y ss. de la Ley 33/2003, de 3 de noviembre, de Patrimonio de las Administraciones Públicas. Es importante destacar que el deslinde administrativo no prevalece sobre las inscripciones registrales, incluso aunque afecte a bienes demaniales, a no ser que la Ley expresamente haya previsto ese efecto, lo que sólo estará justificado si el deslinde se refiere a géneros de bienes que están reservados en exclusiva a la Administración (costas, aguas). *Vid.* E. GARCÍA DE ENTERRÍA, «Inscripción registral y facultades de recuperación posesoria por la Administración», cit., págs. 140 y 141.

¹⁰⁶ En tal sentido, especialmente, el artículo 55.3 de la ya citada Ley 33/2003. Como ha señalado GARCÍA DE ENTERRÍA, la potestad administrativa de recuperación posesoria no puede prevalecer sobre los asientos del registro de la propiedad, aunque se refiera a bienes demaniales, precisamente porque esa específica potestad de recuperación (prevalente frente al Registro de la Propiedad) ni está reconocida expresamente en la Ley ni puede derivarse de la posición de supremacía de la Administración frente a los particulares. *Cfr.* E. GARCÍA DE ENTERRÍA, «Inscripción registral...», cit., págs. 124 y ss. y 141 y ss.

¹⁰⁷ Hay importantes excepciones en la normativa sectorial que, de forma más o menos expresa, vienen a permitir en la práctica la revisión de oficio de los actos anulables me-

pugna sus resoluciones ante la jurisdicción contencioso-administrativa (art. 103 de la LPC)¹⁰⁸, aunque se trate de un verdadero desatino institucional que a nadie beneficia¹⁰⁹.

El establecimiento de las condiciones de trabajo en el seno de la relación de servicio de los funcionarios¹¹⁰, en el Derecho de la función pública, es materia que la Administración no puede tampoco entrar a regular directamente de forma unilateral, en la medida en que la Ley impone a las Administraciones públicas un deber de negociar las condiciones laborales del personal funcionario, salvo que la negociación haya fracasado¹¹¹. El resultado de los compromisos

dianete un procedimiento menos garantista que el que tradicionalmente se regulaba en las Leyes de Procedimiento Administrativo. *Vid.*, por ejemplo, los supuestos *a)* y *h)* del artículo 37.1 de la Ley 38/2003, General de Subvenciones, que camuflan como causas de reintegro dos claros ejemplos de revisión de oficio. Sobre ello, R. BOCANEGRA, «Revisión de oficio y recurso de lesividad», en la obra colectiva, dirigida por S. MUÑOZ MACHADO, *Diccionario de Derecho Administrativo*, II, Iustel, Madrid, 2005, págs. 2303 y ss., págs. 2309 y ss.

¹⁰⁸ El artículo 103.1 de la Ley de Procedimiento Común dispone que «[l]as Administraciones públicas podrán declarar lesivos para el interés público los actos favorables para los interesados que sean anulables conforme a lo dispuesto en el artículo 63 de esta Ley, a fin de proceder a su ulterior impugnación en el orden jurisdiccional contencioso-administrativo». En un sentido similar, también, ahora, el artículo 218.1 de la Ley 58/2003, de 17 de diciembre, General Tributaria.

¹⁰⁹ *Vid.*, sobre este extremo, R. BOCANEGRA, *Lecciones sobre el acto administrativo*, cit., págs. 218 y ss. La torpeza de este sistema es evidente porque el otorgamiento de una mera ventaja posesoria al particular afectado se efectúa sin entrar a valorar si la merece o no y, además, se le coloca ante la necesidad de tener que defender sus posiciones en un pleito cuyos costes pueden fácilmente superar a los posibles beneficios en juego.

¹¹⁰ El catálogo concreto de las materias que son objeto de negociación colectiva entre la Administración y los representantes de los trabajadores se fija en el artículo 32 de la Ley 9/1987, de 12 de junio, de Órganos de Representación, Determinación de las Condiciones de Trabajo y Participación del Personal al Servicio de las Administraciones Públicas. En el momento en que se termina este trabajo (finales de enero de 2007), el Proyecto de Ley del Estatuto Básico del Empleado Público, ya en el Senado, recoge ese catálogo de materias en su artículo 37, cuya aprobación, si se produce —y parece que se producirá en breve—, implicará la derogación de la Ley citada.

¹¹¹ Este deber de negociación y la prohibición de una fijación directa y unilateral de las condiciones de trabajo al margen del mismo se extrae de la lectura conjunta de dos preceptos de la Ley 9/1987, los artículos 33 y 37.2. El primero señala que «[e]l proceso de negociación se abrirá, con carácter anual, en la fecha que de común acuerdo fijen el Gobierno u órganos de gobierno de las restantes Administraciones Públicas y los Sindicatos más representativos a nivel estatal y de Comunidad Autónoma, según lo dispuesto en los artículos 6 y 7 de la Ley Orgánica 11/1985, de 2 de agosto, de Libertad Sindical, y comprenderá, de entre las materias relacionadas en el artículo anterior, las que ambas partes estimen oportuno». Por su parte, el artículo 37.2 dispone que «[c]orresponderá al Gobierno... y a los órganos de gobierno de las demás Administraciones Públicas en sus respectivos ámbitos, establecer las condiciones de trabajo de los funcionarios públicos en los casos en que no se produzca acuerdo en su negociación o no se alcance la aprobación expresa y formal a que alude el artículo 35». El Proyecto de Ley de Estatuto Básico del Empleado Público somete la negociación colectiva de las condiciones de trabajo de los funcionarios públicos al principio de obligatoriedad. Este principio se desarrolla en la previsión que contiene el artículo 34.6 cuando dice que «[e]l proceso de negociación se abrirá, en cada Mesa [según el artículo 36.1 del Estatuto debe constituirse una Mesa de Negociación en cada Administración Pública], en la fecha que, de común acuerdo, fijen la Administración correspondiente y la mayoría de la representación sindical. A falta de acuerdo, el proceso se iniciará en el plazo máximo de un mes desde que la mayoría de una de las partes legitimadas lo promueva, sal-

convenidos en esta materia se plasma en dos tipos de instrumentos vinculantes, los Pactos¹¹² y los Acuerdos¹¹³, que adquieren eficacia mediante su publicación en el diario oficial que proceda¹¹⁴, correspondiendo a los órganos de gobierno de las distintas Administraciones públicas establecer unilateralmente las condiciones de trabajo¹¹⁵ únicamente cuando no se haya alcanzado el acuerdo o éste no se haya formalizado¹¹⁶. En la medida en que algunas de las materias a las que afecta la negociación colectiva de los funcionarios se desarrollen mediante actos administrativos, como las relaciones de puestos

vo que existan causas legales o pactadas que lo impidan». A su vez, el artículo 38.7 del Proyecto de Estatuto dispone que «[e]n el supuesto de que no se produzca acuerdo en la negociación o en la renegociación prevista en el último párrafo del apartado 3 del presente artículo y una vez agotados, en su caso, los procedimientos de solución extrajudicial de conflictos, corresponderá a los órganos de gobierno de las Administraciones Públicas establecer las condiciones de trabajo de los funcionarios con las excepciones contempladas en los apartados 11, 12 y 13 del presente artículo [que regulan la vigencia y prórroga de los Pactos y acuerdos]».

¹¹² De acuerdo con el párrafo segundo del artículo 35 de la Ley 9/1987, los Pactos «... se celebrarán sobre materias que se correspondan estrictamente con el ámbito competencial del órgano administrativo que los suscriba y vincularán directamente a las partes». Por su parte, el artículo 38.2 del Proyecto de Estatuto Básico del Empleado Público señala que «[l]os Pactos se celebrarán sobre materias que se correspondan estrictamente con el ámbito competencial del órgano administrativo que los suscriba y se aplicarán directamente al personal del ámbito correspondiente».

¹¹³ Los Acuerdos, por su parte, según el párrafo tercero del mismo artículo 35 de la Ley 9/1987, «... versarán sobre materias competencia del Consejo de Ministros, Consejos de Gobierno de las Comunidades Autónomas u órganos correspondientes de las Entidades Locales. Para su validez y eficacia será necesaria la aprobación expresa y formal de estos órganos en su ámbito respectivo». El apartado tercero del artículo 38 del Proyecto de Estatuto los regula de la siguiente manera: «... versarán sobre materias competencia de los órganos de gobierno de las Administraciones Públicas. Para su validez y eficacia será necesaria su aprobación expresa y formal por estos órganos. Cuando tales Acuerdos hayan sido ratificados y afecten a temas que pueden ser decididos de forma definitiva por los órganos de Gobierno, el contenido de los mismos será directamente aplicable al personal incluido en su ámbito de aplicación, sin perjuicio de que a efectos formales se requiera la modificación o derogación, en su caso, de la normativa reglamentaria correspondiente».

Si los Acuerdos ratificados tratan sobre materias sometidas a reserva de Ley que, en consecuencia, sólo pueden ser determinadas definitivamente por las Cortes Generales o las Asambleas Legislativas de las Comunidades Autónomas, su contenido carecerá de eficacia directa. No obstante, en este supuesto, el órgano de Gobierno respectivo que tenga iniciativa legislativa procederá a la elaboración, aprobación y remisión a las Cortes Generales o Asambleas Legislativas de las Comunidades Autónomas del correspondiente proyecto de Ley conforme al contenido del Acuerdo y en el plazo que se hubiera acordado.

Cuando exista falta de ratificación de un Acuerdo o, en su caso, una negativa expresa a incorporar lo acordado en el Proyecto de Ley correspondiente, se deberá iniciar la renegociación de las materias tratadas en el plazo de un mes, si así lo solicitara al menos la mayoría de una de las partes».

¹¹⁴ *Vid.* el artículo 36 de la Ley 9/1987 y el artículo 38.6 del Proyecto de Estatuto Básico del Empleado Público.

¹¹⁵ Artículo 37.2 de la Ley 9/1987, citado arriba en la nota 110. Puede verse también el artículo 38.7 del Estatuto, citado en la misma nota.

¹¹⁶ Es evidente que esta alternativa, contemplada en el último inciso del artículo 37.2 de la Ley 9/1987, deja en manos de los negociadores la elección de la forma definitiva que adoptará el resultado de la negociación.

de trabajo u otros instrumentos de ordenación¹¹⁷, podría afirmarse aquí una exclusión de la habilitación para dictar dichos actos y su sustitución por estas fórmulas convencionales a las que la Ley reconoce carácter vinculante para las partes. La práctica, no obstante, viene a contradecir esta conclusión. La necesidad de que el legislador apruebe las retribuciones de los funcionarios a través de los presupuestos condiciona absolutamente la supuesta vinculatoriedad de los Acuerdos antes señalados¹¹⁸, aunque una vez aprobadas las pertinentes partidas presupuestarias no parece que pueda existir obstáculo alguno a que asuntos como la clasificación de puestos no puedan ser objeto de una regulación bilateral directamente eficaz, en vez de la actual regulación unilateral que representan las relaciones de puestos de trabajo, por más que éstas asuman generalmente el contenido de una negociación previa.

El caso de los títulos habilitantes para el ejercicio de determinadas actividades económicas constituye un campo de actividad en el que, generalmente por exigencias derivadas de la recepción del Derecho comunitario europeo, es posible observar una tendencia a sustituir la intervención administrativa mediante actos administrativos por otros medios diferentes de actuación, como las comunicaciones previas a la Administración¹¹⁹, que, al menos *a priori*, resultan más respetuosos con la libertad, y que se pueden encontrar en nuestro Ordenamiento, por ejemplo, en la ordenación de las telecomunicaciones¹²⁰. En estos casos, la Administración se ve privada de la potestad de regulación mediante un acto administrativo, al menos, del inicio de la actividad, aunque mantenga la posibilidad de instrumentar mediante actos administrativos sus potestades de inspección y control *a posteriori*. La generalización de este tipo de comunicaciones previas como alternativa a los títulos habilitantes basados en la disponibilidad de actos administrativos plantea, como la práctica alemana ha demostrado, importantes problemas de protección de los

¹¹⁷ *Vid.* el artículo 32.d) de la Ley 9/1987, en cuanto incluye entre las materias de negociación «la clasificación de puestos de trabajo», en relación con el artículo 15 de la Ley 30/1984, de Medidas para la Reforma de la Función Pública. *Vid.* también el artículo 74 del Proyecto de Estatuto.

¹¹⁸ Así lo viene a reconocer el párrafo segundo del artículo 38.3 del Proyecto de Estatuto Básico del Empleado Público, cuando niega eficacia directa a los Acuerdos sobre materias reservadas a la Ley, que sólo obligan al órgano de Gobierno respectivo a la presentación de un proyecto de Ley con el contenido pactado —que, desde luego, el Legislativo podrá alterar— o a la renegociación del contenido del Acuerdo.

¹¹⁹ Para un estudio de las comunicaciones previas como títulos habilitantes, *vid.* L. ARROYO, *Libre empresa y títulos habilitantes*, CEPC, Madrid, 2004, págs. 352 y ss.

¹²⁰ Véase, con carácter general, para la obligación de comunicación previa que habilita para la explotación de redes o para la prestación de servicios de comunicaciones electrónicas, el artículo 6, apartados 2 y 3, de la Ley 32/2003, de 3 de noviembre, General de Telecomunicaciones.

derechos de terceros y de seguridad jurídica para los propios sujetos que deben comenzar la actividad, problemas que incluso repercuten en las posibilidades de obtener financiación para llevarla a cabo¹²¹, lo que es consecuencia, sin duda, del hecho inevitable de la permanencia en manos de la Administración de la posibilidad de una actuación unilateral prohibitiva o restrictiva mediante acto administrativo, precisamente cuando la actividad ya se ha iniciado y se han producido las inversiones correspondientes. Estas consecuencias negativas para el ciudadano de las alternativas a la actuación mediante acto administrativo ponen de manifiesto la complejidad de la cuestión de la elección de las formas de actuación de la Administración, que no se presta en absoluto a soluciones fáciles. Resulta paradójico, por lo demás, que junto a estos supuestos de ausencia de habilitación en favor de la Administración para actuar mediante actos administrativos, que representan una muy discutible ventaja para los particulares, existan supuestos en los que la habilitación producida por norma con rango de Ley deba ser cuestionada desde el punto de vista de su posible inconstitucionalidad. Así, y sin salir del espacio de los títulos habilitantes, podría plantearse la inconstitucionalidad, por vulneración del principio de proporcionalidad, de la exigencia de ciertas licencias para obras menores o para la colocación de carteles visibles desde la vía pública¹²². Resulta verdaderamente provocador que la prestación al público de ciertos servicios bancarios o de telecomunicaciones se permita con una mera comunicación previa, al tiempo que estas otras actividades incomparablemente más simples y menos rentables, cuando no llanamente gravosas, sean objeto de un formalizado acto administrativo autorizatorio.

Un terreno en el que las exigencias de la reserva de Ley y de los principios de proporcionalidad y certeza presentan especialidades de interés es, sin duda, como la doctrina y la jurisprudencia alemanas han destacado¹²³, el de los actos administrativos de contenido declarativo, en cuanto de los mismos puedan derivarse consecuencias gra-

¹²¹ *Vid.* las atinadas consideraciones de P. STELKENS y U. STELKENS, *op. cit.*, págs. 863 y 864, al hilo de la experiencia alemana en la supresión de permisos y licencias en el ámbito de la protección frente a la contaminación y en el ámbito urbanístico. Para un catálogo detallado de supuestos de actividades sometidas a la obligación de comunicación previa en las que la Administración tiene una potestad de veto sujeta a plazo, C. NÚÑEZ LOZANO, *Las actividades comunicadas a la Administración. La potestad administrativa de veto sujeta a plazo*, Marcial Pons, Madrid-Barcelona, 2001, págs. 191 y ss.

¹²² Así, con carácter supletorio, la previsión del artículo 178.1 del TRLS de 1976, seguida, como en tantos otros aspectos, de forma mimética por la legislación autonómica, aplicable con preferencia.

¹²³ Destaca, sobre ello, la exposición que realizan F. O. KOPP y U. RAMSAUER, *op. cit.*, pág. 534, con más referencias jurisprudenciales y doctrinales. También, P. STELKENS y U. STELKENS, *op. cit.*, págs. 858 y ss.

vosas para las personas a las que inmediata o mediatamente afectan. Así, la declaración por medio de acto administrativo de la condición jurídica de una determinada cosa que implique o pueda implicar su sometimiento a un régimen jurídico potencialmente perjudicial, con la correspondiente imposición al afectado de la carga de la impugnación bajo la amenaza de la firmeza —que en este supuesto condiciona, además, la situación jurídica de quienes en el futuro entren en una relación jurídicamente relevante con el objeto en cuestión—, puede encontrar una alternativa mucho menos gravosa, por ejemplo, en la mera certificación de la existencia de ciertas condiciones, en el bien de que se trate, que justificarían su sometimiento a un determinado régimen jurídico¹²⁴. Esta certificación habría de valorarse, en los procedimientos administrativos en donde debiera ser tenida en cuenta, desde la perspectiva de su adecuación a la realidad —no desde el punto de vista de la legalidad—, sin que de semejante certificación pueda predicarse, en absoluto, la firmeza. Desde este mismo punto de vista, cabe preguntarse si es posible que la Administración dicte, a instancias del particular interesado, un acto declarativo de una determinada situación jurídica con la finalidad de aclarar dicha situación y aunque no concurra la correspondiente habilitación legal. Se admite esta posibilidad, siempre y cuando el objeto de la declaración tenga una naturaleza disponible para el interesado, lo que se afirmará, por ejemplo, cuando éste pueda renunciar libremente al derecho que esté en juego¹²⁵. Podría, no obstante, plantearse hasta qué punto este tipo de actuaciones administrativas estarían justificadas en la defensa de intereses públicos y si no constituirían una intromisión en el campo propio del Poder Judicial.

La conclusión de esta muestra de supuestos en los que la Administración puede verse desapoderada de su principal instrumento de actuación, de la posibilidad de dictar actos administrativos, nos permite aún indagar si resulta posible afirmar también la necesidad de una habilitación legal para actuar mediante actos administrativos en las relaciones interadministrativas, partiendo, por supuesto, de presupuestos constitucionales distintos. Esta cuestión debe responderse asimismo afirmativamente, porque la actuación mediante actos fren-

¹²⁴ Constituyen ejemplos de esta clase especial de actos declarativos —*feststellende Verwaltungsakte*—, que fijan la condición jurídica de una cosa, la declaración de un bien como integrante del patrimonio cultural, de acuerdo con el Título I de la Ley 16/1985, de 25 de junio, del Patrimonio Histórico Español (en el mismo sentido, considerando que la inclusión de un monumento en el correspondiente catálogo público es un acto administrativo declarativo, F. O. KOPP y U. RAMSAUER, *op cit.*, pág. 557, de conformidad con la opinión de la jurisprudencia), o la declaración de un monte como monte protector, según el artículo 24 de la Ley de Montes, de 21 de noviembre de 2003, en la redacción dada por la Ley de 28 de abril de 2006.

¹²⁵ En este sentido, F. O. KOPP y U. RAMSAUER, *op. cit.*, pág. 534.

te a entes públicos comprometerá la competencia de las Administraciones de que se trate y, puesto que ésta está generalmente fijada por la Ley, el sostenimiento de la actuación mediante acto necesita, evidentemente, de habilitación legal¹²⁶.

El examen podría, desde luego, continuar. Baste, sin embargo, con lo dicho para, por el momento, ponerle punto final.

¹²⁶ Así, P. STELKENS y U. STELKENS, *op. cit.*, pág. 856.

INSTRUCCIONES PARA LOS AUTORES

- 1. Temas de interés.** La *Revista de Administración Pública* publica trabajos de investigación originales sobre Derecho Administrativo, Administración Comparada e Historia de la Administración.
- 2. Envío de originales.** Los trabajos deberán ser originales e inéditos; en caso de ser publicados una vez enviados a esta Secretaría, los autores deberán notificarlo y proceder a la retirada de los mismos. Se enviarán en lengua castellana, escritos en Microsoft Word o en formato compatible. Se harán llegar, en todo caso, en papel (una copia) y, además, en soporte electrónico, bien sea en disquete o CD-ROM, a nombre de la Secretaría de la *Revista*, a la dirección: CEPC, Plaza de la Marina Española, 9, 28071 MADRID, o por correo electrónico a la dirección **public@cepc.es**. Sólo se tomarán en consideración por el Consejo de Redacción aquellos trabajos que se hayan enviado, directamente, a la dirección de la *Revista* antes indicada.
- 3. Formato.** Los originales deberán ir escritos a espacio y medio, en letra Times New Roman tamaño 12. La extensión total no debiera superar las 40 páginas (10.000 a 12.000 palabras), incluidos notas a pie de página, bibliografía y apéndices en su caso. La primera página incluirá el título, nombre del autor o autores, filiación académica, direcciones de correo ordinario y electrónico y teléfonos de contacto. En una segunda página se presentarán dos resúmenes, en español e inglés, de unas 120 palabras cada uno y con tres a cinco palabras clave (en los dos idiomas).
- 4. Normas de edición:**
 - a) Bibliografía.** Las referencias bibliográficas, que se limitarán a las obras citadas en el trabajo, se ordenarán alfabéticamente por el primer apellido, en mayúsculas, del autor, bajo el título «Bibliografía» y al final del original. Ejemplo:

PÉREZ PÉREZ, Luis (2005): «La convalidación de los actos administrativos», *Revista de Administración Pública*, 151, págs. 9-30.

PÉREZ PÉREZ, Luis (2004): *Derecho Administrativo*, Madrid, CEPC.

Si se citan dos o más obras de un determinado autor publicadas en el mismo año, se distinguirán por medio de una letra. Ejemplo: PÉREZ PÉREZ, Luis (2005a) y PÉREZ PÉREZ, Luis (2005b).
 - b) Notas a pie de página.** Todas las notas irán a pie de página, numeradas mediante caracteres arábigos y en formato superíndice. Tras la primera referencia bibliográfica completa, sólo se incluirá su forma abreviada. Ejemplo: PÉREZ PÉREZ, Luis (2005): 90.
- 5. Reseñas de libros.** La *Revista de Administración Pública* acepta sugerencias sobre libros para su reseña, cuya extensión no podrá superar las 5 páginas.
- 6. Proceso de publicación.** La *Revista de Administración Pública* decidirá, a través de su Consejo de Redacción, la publicación de los trabajos requiriendo, en los casos en los que lo considere necesario, informes de evaluadores externos. Los autores de artículos aceptados para publicación podrán ser requeridos para la corrección de pruebas de imprenta, que habrán de ser devueltas en el plazo de 5 días. No se permitirá la introducción de cambios sustanciales en las pruebas, quedando éstos limitados a la corrección de errores con respecto a la versión aceptada.
- 7. Copyright.** El autor o los autores ceden a la *Revista*, en exclusiva, los derechos de reproducción en revistas científicas de los textos admitidos.
- 8. Advertencia.** Cualquier incumplimiento de las presentes Normas constituirá motivo para el rechazo del original remitido.

ISSN 0034-7639



9 770034 763905



00172

19,00 €