

# *La concertación con la administración*

## *Especial referencia a la concertación informal\**

Jorge Agudo González\*\*

Recibido: marzo 11 de 2011

Aprobado: agosto 5 de 2011

### **Resumen**

La concertación con la Administración constituye un fenómeno jurídico habitual en el moderno Estado cooperativo, donde el derecho administrativo se concibe como ciencia de dirección, y cuyo objetivo es dirigir los procesos sociales con eficacia. Así pues, el derecho interioriza un enfoque basado en la capacidad inductora de lo jurídico, creando un clima propicio para la efectividad del derecho. Desde esta perspectiva, la concertación con la Administración tiene una importancia especial. El fenómeno de la concertación es variable, pero en todo caso debe encuadrarse entre la denominada actuación material de la Administración. El análisis de esta forma de actuación administrativa se aborda ofreciendo una unidad sistemática que facilita la integración de las diferentes cuestiones dogmáticas planteadas, para lo cual se trata el tema desde la perspectiva de la teoría de las relaciones jurídico-administrativas, debido a la insuficiencia de la doctrina de las formas jurídicas de la actuación administrativa para aprehender dogmáticamente la actuación material de la Administración. Del mismo modo, se afronta el tema clave de la concertación informal y la vinculación de la Administración a la Ley, y se finaliza con el planteamiento de los importantes problemas de tutela jurídica que este tipo de actuación material puede dar lugar.

**Palabras clave:** actuación informal de la Administración Pública; formas de actuación administrativa; relación jurídico-pública; principio de legalidad.

---

\* Trabajo realizado en el marco del proyecto C2009/002 de la Red Universitaria de Investigación sobre Cooperación para el Desarrollo, Instituto Ortega y Gasset, Ayuntamiento de Madrid, dirigido por el autor, titulado "Fortalecimiento de la cooperación internacional: Hacia la sostenibilidad del Programa de Familias Guardabosques mediante la participación comunitaria y la conservación ambiental", iniciado en Febrero de 2010 y finalizado en Febrero de 2011.

\*\* Profesor titular de Derecho Administrativo de la Universidad Autónoma de Madrid. Doctor en Derecho por la Universidad Autónoma de Madrid y máster en Derecho de la Unión Europea por la Universidad Autónoma de Madrid. Correo electrónico: jorge.agudo@uam.es

## ***Agreement with Public Administration: Special Reference to Informal Agreement***

### **Abstract**

Agreement with Public Administration constitutes a usual juridical phenomenon in the modern cooperative State where administrative law is thought as a direction science which purpose is to direct social processes efficiently. Hence, law makes reference to an approach based on the legal induction capacity, creating an appropriate environment for effectiveness of law. From this point of view, agreements with Public Administration are especially important. The agreement is a changeable phenomenon, but it should be adjusted in all cases within the well known material actions of Public Administration. The analysis of this kind of administrative action is tackled by offering a systematic unit which facilitates integration of several dogmatic questions; for this reason, the topic is treated from the point of view of the juridical-administrative relations due to the lack of clarity of about administrative actions to dogmatically apprehend the Public Administration material actions. Likewise, the key topic of informal agreement and relationship of Public Administration to law is treated and is supported with important problems of legal protection of rights this kind of material action can cause.

**Key words:** Informal public administration action; ways of administrative action; juridical-public relation; legality principle.

## Introducción

El entendimiento de los fenómenos negociales en los que participa la Administración debe enmarcarse en la comprensión de la ciencia del derecho administrativo como ciencia de dirección. Desde este punto de vista, el derecho aspira a dirigir con eficacia los procesos sociales; de ahí que el derecho administrativo no solo deba centrarse en la toma de decisiones por parte de la Administración, sino también en los efectos que generan sus actuaciones. En otras palabras, resulta determinante atender al resultado efectivo de la acción administrativa (Hoffman-Riem, 1993, p. 25- 26).

Así pues, desde esta perspectiva, el derecho se orienta a la eficacia (Schmidt-Assmann, 2006, p. 37-39). Esto significa, en definitiva, que la ciencia jurídico-administrativa no puede limitarse a la construcción dogmática de categorías e instituciones, sino que debe posibilitar su orientación hacia las condiciones reales de las conductas decisorias (Hoffman-Riem, 1993, p. 28); en otras palabras, debe atender igualmente al modo de encontrar las condiciones y los presupuestos que hagan que el derecho sea eficaz y eficiente<sup>1</sup>.

Pues bien, para poder hablar de medidas eficaces, se ha de tener en cuenta la actuación de todos los actores sociales y no solo de la Administración. En este orden de ideas, uno de los conceptos de mayor trascendencia en los últimos años, relacionado directamente con la teoría de la dirección, y que resulta imprescindible para evaluar la eficacia del derecho administrativo en la realidad social y, por ello, para analizar las actuales formas de actuación de la administración como objeto y sujeto de dirección, es el de gobernanza<sup>2</sup>. Aunque el con-

cepto de gobernanza, desde el punto de vista de la ciencia jurídica, no ha adquirido aún un perfil claro y definido, no por ello puede pasar desapercibido en el debate sobre la reforma del derecho administrativo. Al menos puede decirse que constituye una "fórmula descriptiva" útil que sirve para poner el acento en la multiplicidad de contextos o mecanismos de dirección que conviven entre las instancias nacionales y supranacionales, de un lado, y entre los actores públicos y privados, de otro<sup>3</sup>. En este sentido, tiene el valor de sintetizar en una única palabra la noción de "distribución" o "reparto de responsabilidades" entre la Administración y los ciudadanos, es decir, la idea de reparto de tareas o funciones entre la esfera social y la pública (Schmidt-Assmann, 2006, p. 43, o Bauer, 1993, p. 137).

Concebido el derecho administrativo como ciencia vertebradora o de dirección, y en clara sintonía con las directrices sobre gobernanza, la ciencia jurídico-administrativa tiene un reto analítico singularmente importante en las diversas manifestaciones que presenta actualmente el "Estado cooperativo" (Schmidt-Assmann, 2003, p. 36 y ss.). La acción administrativa depende en gran medida de la voluntad de cooperación e implementación de entidades y organismos no necesariamente públicos, pero sobre todo de la voluntad de los destinatarios por aquella acción. De hecho, la observancia de vínculos jurídicos y la amenaza de sanciones se revelan como insuficientes para lograr esa voluntad de cooperación e implementación, y se muestra mucho más efectivo lograr la aceptación de la

<sup>1</sup> Sobre este planteamiento, véase Schmidt-Assmann (2003, p. 27 y ss.). Esto no quiere decir que la teoría de la dirección elaborada en las ciencias sociales deba sustituir la función del Derecho como ordenamiento material. Se trata de urgir una ampliación del sistema, no a su sustitución.

<sup>2</sup> Entendida como organización de la acción colectiva, el Libro Blanco de la Comisión Europea "La Gobernanza Europea", de

25 de julio de 2001 [COM (2001) 428 final], define la gobernanza como la capacidad de las sociedades para dotarse de sistemas de representación, de instituciones, de procesos y de cuerpos sociales, como instrumento de control democrático, de participación en las decisiones y de responsabilidad colectiva.

<sup>3</sup> Como pone de relieve Barnés "el denominador común de las nuevas formas de dirección y gobierno, a las que se reserva el término 'gobernanza', residen en una más intensa cooperación (público-privada; e interadministrativa), que se extiende tanto a la formulación de las políticas públicas como a su desarrollo y aplicación. Los nuevos modos de gobernanza en la Unión Europea tienen por objeto la creación de formas más efectivas de participación" (Barnés, 2008, p. 48).

decisión por el destinatario de la misma (Hoffman-Riem, 1993, p. 38; Bauer, 1993, p. 137-138; Krebs, 1993, p. 60). Así pues, un dato clave en la transformación del derecho administrativo es el desplazamiento desde un derecho impositivo e interventor hacia un derecho consensual, donde los medios de ejecución forzosa se suplementan con estrategias destinadas a convencer o a persuadir, complementadas con una acción informativa que favorezca el previo entendimiento y el acuerdo.

Dicho de otro modo, la legalidad de una decisión no depende lógicamente de su aceptación por los afectados, pero sí que la eficacia de la decisión queda claramente determinada por este hecho. En este punto la ciencia del derecho administrativo y la ciencia de la dirección coinciden en traducir la acción administrativa en un análisis de eficiencia propio del análisis económico del derecho. Dicho de otro modo, el derecho administrativo interioriza un enfoque basado en la capacidad inductora de lo jurídico, creando un clima propicio para la efectividad del derecho.

Con este modo de actuar, la Administración propende la aplicación de medidas que orientan e incentivan, o bien que disuaden la acción de los particulares, sin necesidad de recurrir a instrumentos coactivos. En otras palabras, esta percepción del derecho implica incidir en la formación de la voluntad del ciudadano, con el objetivo de que el ciudadano adecue sus pautas de comportamiento a las expectativas de la Administración: lo realmente característico de las actuaciones cooperativas es la dirección indirecta de las conductas<sup>4</sup>.

En definitiva, las decisiones de la Administración cooperativa son fruto de la deliberación y

<sup>4</sup> En este sentido también Kloepfer (1993, p. 35). Para Würtenberger (1993, p. 324 y 325), lo característico del Estado cooperativo es la aceptación de los actos de la Administración, mediante, aunque no exclusivamente, procedimientos consensuales, como manifestación del principio democrático y del principio de economía procesal.

negociación en el marco de un contexto estable de relaciones entre Administración y agentes sociales privados. La necesidad de contar con la aceptación del destinatario evidencia que la Administración del Estado democrático, social de derecho debe respetar las exigencias de autonomía de los ciudadanos en orden a definir y concretar sus propios intereses, añadiendo así un plusvalor legitimador a la decisión administrativa (Hoffman-Riem, 1993, p. 39, o Muñoz, 2006, p. 95 y 96).

Para finalizar esta introducción, se nos permitirá un apunte metodológico complementario. Las reflexiones realizadas en este trabajo tienen vocación de generalidad. Ahora bien, esto no puede ocultar que los procesos cooperativos son especialmente frecuentes en ciertas ramas del derecho administrativo como el derecho ambiental. Así pues, desde el punto de vista metodológico, la construcción sistemática del derecho administrativo también aquí ha de tomar al derecho ambiental como sector de referencia<sup>5</sup>. Nuestra exposición no incidirá recurrentemente en ello, pero el lector no puede dejar de lado esta consideración para el mejor entendimiento del presente trabajo.

## ***1. La concertación con la Administración. Análisis desde la perspectiva de la doctrina de las formas de actuación administrativa***

### ***1.1. Actuación jurídico-administrativa formal y actuación material***

#### ***1.1.1 Aproximación a la doctrina de las formas jurídicas de actuación administrativa***

La dogmática jurídica ha otorgado especial atención en el ámbito del derecho administrativo a la doctrina de las formas jurídicas, orienta-

<sup>5</sup> Al respecto, véase Schmidt-Assmann (2003).

da fundamentalmente por campos referenciales propios de la Administración interventora y, principalmente, por el protagonismo del acto administrativo como elemento nuclear del poder de policía<sup>6</sup>. Actualmente, sin embargo, resulta dudoso que el derecho administrativo siga instalado en la tradición formalista del Estado de derecho, tal como lo concibiera Otto Mayer<sup>7</sup>. Precisamente, la concepción de la Administración como Administración cooperativa ha ejercido una influencia definitiva en la transformación de la Administración centrada en la actuación imperativa y unilateral, hacia una Administración situada en el plano del intercambio para la actuación convenida<sup>8</sup>.

Este planteamiento permite entender desde moldes conceptuales distintos las formas jurídicas de actuación de la Administración. Es más, como marco de ordenación dogmático, las formas convencionales tradicionales se muestran insuficientes. No se trata de desconocer la importancia del acto administrativo, sino de reconocer otras formas de manifestación de la actividad administrativa alejadas de su significación clásica. Así pues, puede afirmarse que los resultados dogmáticos de la doctrina de las formas jurídicas han contribuido a la clarificación jurídica de algunas formas de actuación de la Administración, típicamente el acto, pero no se ha asumido ni integrado suficientemente la multiplicidad de la actividad administrativa no subsumible bajo esa categoría u otras abordadas posteriormente como el contrato administrativo. Queda fuera, pues, de la dogmática de las formas jurídicas la actuación material de la Administración o actuación administrativa de mera gestión, en la que cabe incorporar

cualquier manifestación de la actividad administrativa que no encaje en las clasificaciones convencionales<sup>9</sup>, incluyendo la actuación informal de la Administración<sup>10</sup>.

Así pues, es dudoso que la doctrina de las formas jurídicas de actuación sea el marco adecuado para analizar las diferentes actividades materiales de la Administración. Las tradicionales formas jurídicas de actuación son instrumentos que sirven fundamentalmente para la actividad administrativa de intervención, constituidas sobre bases formales lo suficientemente estáticas como para dar cabida a otras formas de actuación jurídico-administrativa<sup>11</sup>. Es más, la "formalización" de la actuación administrativa bajo los parámetros clásicos no es infrecuente que dé lugar a conceptualizaciones dudosas y forzadas<sup>12</sup>, cuando no a un casuismo excesivo (Schulte, 1993, p. 117).

La doctrina clásica de las formas de actuación resulta inadecuada, por tanto, como marco de análisis de la actuación material de la Administración. Por esta razón, la teoría de las formas jurídicas debe ser complementada con el análisis de la teoría de la relación jurídico-administrativa (Schulte, 1993, p. 117) y de la teoría del procedimiento administrativo (Schmidt-Assmann,

<sup>6</sup> La doctrina de las formas jurídicas ordena el Derecho Administrativo desde la perspectiva de tipos de actuación, mediante el procedimiento de seleccionar y encauzar la compleja realidad de la actividad administrativa en formas jurídicas (como el acto, el contrato...) mediante un proceso de conformación y atribución de consecuencias sistemáticas fijas (Schmidt-Assmann, 1993, p. 8 y ss.).

<sup>7</sup> Toda la doctrina alemana moderna coincide en calificar el Derecho Administrativo de Otto Mayer (1924) como un sistema de formas jurídicas de ejercicio del poder de imperio estatal.

<sup>8</sup> En esta dirección también Bauer (1993, p. 137).

<sup>9</sup> La actuación material queda al margen del sistema de actos jurídico-públicos porque el estudio sistemático de las formas de actuación jurídica del Estado se desarrolla a partir de los moldes iusprivatistas; careciendo la noción de actuación material de un referente explicativo en el Derecho privado, queda por tanto al margen de las elaboraciones dogmáticas de la teoría de las formas de Derecho Administrativo. Esas formas de actuación quedarían agrupadas bajo la noción de "hechos jurídicos" que no constituían "declaraciones de voluntad" (Savigny, 1840).

<sup>10</sup> Bauer (1993, p. 144 y ss.) añade otros déficits imputables a la doctrina de las formas jurídicas: la insuficiente incorporación del ciudadano, la insuficiente captación de la dimensión temporal y de la captación de las relaciones jurídicas multilaterales. En la misma dirección, Schulte (1993, p. 117).

<sup>11</sup> No obstante, no se puede desconocer que la integración de algunas manifestaciones de actuación material en el sistema de actos jurídico-públicos depende en gran medida de la amplitud de la noción de acto administrativo que se maneje (Velasco, 1998, p. 70 y ss.).

<sup>12</sup> Stolleis (1993, p. 15) señala que "cada vez va a ser más difícil reconducir a estructuras dogmáticas básicas abarcables un Derecho Administrativo que debe ordenar una sociedad compartimentada, altamente tecnificada y cada vez más envuelta en redes internacionales".

2003, p. 317-318). No se trata en definitiva de insistir en una forzada "formalización" de la actividad material de la Administración utilizando los parámetros clásicos, como de establecer, en coherencia con la concepción del derecho administrativo como ciencia de la dirección, un marco de análisis general en el que tengan cabida todos los instrumentos de dirección (Schmidt-Assmann, 2006, p. 41)<sup>13</sup>.

### 1.1.2 *La actuación material de la Administración*

La Administración realiza numerosas actuaciones de carácter fáctico o material que constituyen el mayor volumen de actuaciones dentro de la actividad general de la Administración y, sobre todo, constituyen la actividad de mayor importancia práctica<sup>14</sup>, en especial por su repercusión para los ciudadanos. No obstante, a pesar de su importancia práctica, ha recibido una atención menor entre la doctrina, centrada generalmente en una percepción antijurídica de la actuación material de la Administración (vía de hecho), respecto de la cual lo determinante ha sido la reconducción o sometimiento de la actuación administrativa a derecho<sup>15</sup>.

Esta forma de actividad administrativa, precisamente por su falta de sistematización y cate-

gorización, ha recibido múltiples denominaciones ("material", "técnica", "real", "simple actuación administrativa", "informal")<sup>16</sup>. En cualquier caso, todas esas nomenclaturas responden a una manifestación común: la actuación fáctica u ordinaria de la Administración, generalmente enmarcada y ordenada a través de la actividad jurídica administrativa, imbricada, aunque no confundida, con ella (García & Fernández, 1996, p. 784), permite el desenvolvimiento de la gestión administrativa diaria o su necesario complemento para lograr la ejecución de los actos jurídicos o la prestación de los servicios públicos.

Puede decirse, por tanto, que este tipo de actividad administrativa no es más que la materialización fáctica y técnica de las atribuciones jurídico-públicas conferidas por el ordenamiento a la Administración. En otras palabras, no se trata de una actuación irrelevante o ajena al mundo jurídico (García y Fernández, 1996, p. 782, y Stober y González-Varas, 1995, p. 575). Ahora bien, constituye un tipo de actuación administrativa que se sitúa más allá de las formas administrativas clásicas; de ahí que pueda ser calificada como una actuación administrativa no formalizada.

El ámbito de la actuación material de la Administración engloba una amplia panoplia de actuaciones bastante heterogéneas, en muchos casos sin conexión alguna; manifestaciones tan diversas que incluso en algunos supuestos ni siquiera están vinculadas directamente a una actuación jurídico-pública o, en general, a la prestación de un servicio. Dicho de otro modo, el amplio espectro de la actuación material de la Administración incorpora también actuaciones carentes de cualquier formalización ("actuación

<sup>13</sup> A esta línea se adscribe Velasco (1998, p. 74) cuando afirma que un objetivo "más modesto" es "dotar de formalidad o tipicidad a concretas actuaciones administrativas, singularizándolas dentro del omnicompreensivo concepto de 'actuación material'". El propio Schmidt-Assmann (2003, p. 335) afirma que "una 'formalización' total no es ni oportuna ni indispensable"; en una línea similar, Hoffman-Riem (1993, p. 61) considera necesario un anclaje jurídico de estas formas de actuación para evitar una entrega de las relaciones de poder extraestatales. Entre la doctrina española, Parejo (1991, p. 127-128) abogaba tempranamente por "la adecuación a las demandas de la realidad de las formas jurídico-públicas de acción administrativa", considerándola "tanto más necesaria, cuanto que la rigidez de estas viene propiciando el fenómeno tradicional de la huída hacia el Derecho privado".

<sup>14</sup> Ver García y Fernández (1996, p. 783); Parejo, Jiménez-Blanco y Ortega (1994, p. 411); Stober y González-Varas (1995, p. 574 y 575). Por su parte, Shulze-Fielitz afirma que "la actuación administrativa informal se presenta como una normalidad empírica tan inevitable como omnipresente, pues no es posible captar plenamente en reglas jurídicas la infinita diversidad de posibilidad de acción" (Shulze-Fielitz, 1993, p. 93).

<sup>15</sup> Sobre esta materia son clásicos ya los trabajos de López (1988) y de González-Varas (1994).

<sup>16</sup> González-Varas (1993, p. 246 y ss.) expone como el concepto original de "*Realakt*" ha sufrido una gran expansión para llegar a significar "toda medida administrativa que no es un acto, contrato o norma". El concepto es original de Jellinek, quien utiliza el concepto "*schlichte Hoheitverwaltung*", literalmente "Administración de simples actuaciones soberanas", en cuanto formas tradicionalmente consideradas al margen del Derecho.

informal” en sentido estricto), no solo porque lógicamente no respondan a las categorías fundamentales del sistema de actos jurídico-públicos, sino porque al no manifestarse por relación con un acto, norma o contrato, son ajenas a cualquier procedimiento administrativo o a la prestación de un servicio público, no obstante poder tener relación mediata o indirecta con esas actuaciones. Se puede añadir, además, que la “actuación informal” de la Administración es una manifestación de la acción administrativa que comparten buena parte de los tipos de actuación integrables en el género actuación material (Schmidt-Assmann, 2006, p. 333, o Stober y González-Varas, 1995, p. 579).

Así pues, a diferencia de la actuación material vinculada a una actuación formalizada-procedimentalizada, la actuación informal (en sentido estricto) de la Administración está carente de respaldo legal expreso, pero lógicamente, y como luego insistiremos, también está determinada por la vinculación general a las leyes y a los principios constitucionales, así como al deber de satisfacer los fines del Estado “imputables” a la Administración en el marco de sus competencias. En definitiva, la actuación informal de la Administración expresa perfectamente la dificultad de categorizar un concepto general de actuación material.

No obstante esta conclusión, no se puede obviar que sí es posible deducir elementos jurídicos comunes a toda actuación material administrativa, de los que cabe igualmente derivar un régimen jurídico común, siquiera sea de mínimos. Así, en primer lugar, y como ya hemos señalado, toda actividad material de la Administración constituye una actuación no formalizada porque en ningún caso son actuaciones integrables en la tipología básica de actos jurídico-públicos (acto, norma, contrato). Esto significa que no es posible aplicar a estas manifestaciones de la actividad administrativa el régimen jurídico aplicable a aquellas formas jurídicas, como tampoco son correctas concep-

tualizaciones forzadas con el objeto de reconducir de forma discutible esa actuación al régimen de una actuación administrativa formalizada. Cosa distinta es que, en función del grado de “procedimentalización” de la actuación material, esas acciones puramente fácticas tengan reflejo no solo en el procedimiento administrativo, sino que se plasmen o sean consecuencia de actos jurídico-públicos.

Si la actuación material en sí misma considerada no es categorizable como norma, acto o contrato, significa igualmente que las actuaciones materiales de la Administración carecen de carácter imperativo, esto es, no poseen fuerza vinculante (lo que es especialmente evidente en el caso de la actuación informal de la Administración) más allá de la que gocen los actos jurídico-públicos que acojan formalmente el resultado de la acción fáctica administrativa, o bien de la que pueda derivarse de los actos jurídicos de los que traigan causa (ejecución forzosa, prestación de servicio...). No obstante, esto no es inconveniente para admitir que todas las actuaciones materiales repercuten o influyen en las relaciones jurídicas que entabla la Administración con los ciudadanos, ya como presupuesto de una actuación formalizada, ya de forma coetánea con aquella decisión, ya como manifestación de la ejecución o prestación de actuaciones formalizadas, ya incluso de forma alternativa a estas<sup>17</sup>, como manifestación más evidente del principio de eficacia administrativa<sup>18</sup>.

<sup>17</sup> Para Schmidt-Assmann (2006, p. 310 y 333) la actuación informal es una alternativa a la actuación formal, no exenta de límites. En una dirección similar, Schulze-Fielitz (1993, p. 97 y 98) y Parejo (1991, p. 123). En concreto, sobre el recurso alternativo a formas consensuales de actuación, Krebs señala que deberán ser criterios de discrecionalidad los que influyan en la decisión sobre la utilización de esta forma de actuación (Krebs, 1993, p. 67). Por su parte, Lübbe-Wolf afirma que “el Derecho medioambiental no conoce un principio de cooperación que exija de la Administración la renuncia a los instrumentos de policía o intervención” (Lübbe-Wolf, 1993, p. 427 y 428). Asimismo, Hoffman-Riem (1993, p. 51 y 53) afirma que “la creación de consenso no es un valor en sí, sino una de las varias vías para hacer realidad las tareas del Estado”.

<sup>18</sup> Atendiendo al art. 103 de la Constitución Española, las Sentencias del Tribunal Constitucional 22/1984, de 17 de febrero, 27/1987, de 27 de febrero o 178/1989, de 2 de noviembre, han mantenido que el principio de eficacia es un verdadero

La concepción del derecho como un instrumento que aporta cauces formales a los fenómenos y a las situaciones de hecho, ya lo adelantábamos páginas atrás, ha fomentado una percepción antijurídica convencionalmente atribuida a este tipo de actuación administrativa<sup>19</sup>. Sin embargo, las actuaciones materiales al no ser indiferentes para el derecho no son jurídicamente libres, y por ello mismo tampoco son necesariamente contrarias al ordenamiento jurídico, siempre y cuando se subordinen a la Constitución y a los principios del Estado de derecho y, lógicamente, a las normas y principios generales del derecho administrativo<sup>20</sup>. De forma general, puede decirse que el nivel de exigencia jurídica se reduce por un motivo general, condicionado, a su vez, por otro escalar: 1º) El motivo general es que estamos ante actuaciones que carecen de naturaleza imperativa (Stober y González-Varas, 1995, p. 578); y 2º) Esa flexibilidad general se condiciona escalarmente en función del grado de "procedimentalización" que predetermine la actuación material (actuación material en el seno de un procedimiento frente a actuación informal en sentido estricto).

Esta conclusión contribuye consecuentemente a matizar el grado de vinculación de la Administración a la Ley (vinculación positiva *versus* vinculación negativa) (Shulze-Fielitz, 1993, p.

---

principio jurídico del que resulta para la Administración un deber positivo de actuación conforme a sus exigencias. Un principio que consagra un bien o interés jurídico integrado en el orden constitucional de valores, que cumple una función organizativa o administrativa, que se traduce en un mandato-deber para la Administración de actuar de acuerdo con él y que juega una función servicial dirigida a asegurar el cumplimiento o la realización efectiva del orden constitucional de valores (Parejo, 1983, p. 103).

<sup>19</sup> Por ejemplo, en relación con la actuación informal de la Administración, Sala (1992) califica a la actividad administrativa de carácter informal como auténtica vía de hecho. Un análisis superador del prejuicio que equipara actuación administrativa informal con actuación administrativa ilegal en Shulze-Fielitz (1993, p. 90 y ss.).

<sup>20</sup> Stober y González-Varas (1995, p. 583) afirman que las actuaciones materiales son "actuación en Derecho", sin perjuicio de que la Administración pueda "aprovechar los márgenes o espacios que deja el ordenamiento jurídico a su favor –de modo discrecional– para la realización de sus actuaciones". En una línea similar, Schmidt-Assmann (2003, p. 332).

95), ya que no se puede olvidar que no todas las actuaciones materiales son reconocidas expresamente por normas jurídicas determinadas que apoderan a actuar materialmente de un modo determinado (el caso prototípico sería la "actuación informal"). Esto, insistimos, significa que no todas las actuaciones materiales están "procedimentalizadas", sin perjuicio de que no pueda decirse que este sea un dato determinante para considerar que no engloban todas ellas un mismo tipo de actuación administrativa<sup>21</sup>.

Ahora bien, con independencia de estas consideraciones, sí que cabe decir que todas las actuaciones materiales son manifestación de las competencias conferidas por el ordenamiento jurídico a la Administración y, por ello, deben dirigirse a cumplir los fines públicos que competen a la Administración correspondiente. La legitimación que el cumplimiento de esos fines confiere a la Administración (Stolleis, 1993, p. 12), obviamente ha de ser igualmente exigido cuando la Administración actúa materialmente.

## 1.2 *La concertación con la Administración: de la procedimentalización a la informalidad*

La concertación con la Administración no es un fenómeno ajeno a esta manifestación material de la actuación administrativa; de hecho, es

---

<sup>21</sup> Stober y González-Varas (1995, p. 577 y 578) consideran que en un ordenamiento en el que rige el principio antiformalista respecto del procedimiento administrativo, "el criterio de la forma no es capaz de generar un tipo específico de actuaciones administrativas", de ahí que las actuaciones informales en sentido estricto formen parte igualmente del concepto general de actuación material. Estas consideraciones son aplicables tanto al ordenamiento alemán, en virtud del art. 10 de la Ley Federal de Procedimiento Administrativo, de 25 de mayo de 1976, como al italiano, sobre todo tras la entrada en vigor de la Ley 241/1990, de 7 de agosto, de Procedimiento Administrativo (Masucci, 1997, p. 316-317). En el caso español, aunque no existen artículos semejantes, cabe deducir conclusiones parecidas, en la medida en que el principio antiformalista inspiró la antigua Ley de Procedimiento Administrativo de 1958 y la Ley de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa de 1956, siendo reconocido reiteradamente por la jurisprudencia. En la normativa española vigente, cabe destacar en esa dirección, los arts. 19.2, 70 y 71 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico y Procedimiento Administrativo Común.

una manifestación de especial trascendencia entre todas las categorizadas como actuación material de la Administración. Asimismo, la concertación administrativa pone de relieve los inconvenientes que supone la categorización de un concepto jurídico general de "actuación material", pues dentro del tipo de actuación material "concertación" se incluyen diversas expresiones cuyo régimen jurídico es variable, en función del grado de "procedimentalización" de esa actuación.

Es precisamente desde la estricta perspectiva del procedimiento administrativo, donde la participación y colaboración de los ciudadanos en la formación de la decisión administrativa pone de relieve la superación de la funcionalidad tradicional del procedimiento administrativo, como vehículo para garantizar los derechos de los particulares, para concebirlo como mecanismo articulador de la participación con el fin de lograr la aceptación consensuada de las decisiones administrativas<sup>22</sup>. Desde esta perspectiva, la decisión administrativa que pone fin al procedimiento se manifiesta como el resultado del diálogo y la negociación entre la Administración y los interesados<sup>23</sup>. Los instrumentos de colaboración y cooperación, expresión del consenso y del acuerdo entre las partes, se alzan como alternativa a la terminación unilateral e imperativa del procedimiento.

<sup>22</sup> Sobre la aceptación a través del procedimiento administrativo, véase Würtenberger (1993, p. 313 y ss.). Para Hoffman-Riem (1993, p. 40 y ss.), el acuerdo implica la aceptación del Derecho Administrativo como mecanismo de estímulo para la autodirección de la sociedad, que se proclama frecuentemente en la apelación a la desregulación y a la privatización, de modo que el Derecho se orientaría hacia las estructuras de intereses de sus destinatarios, de forma que como regla general sería observado voluntariamente "por razones utilitaristas". Asimismo, Barnés (2008, p. 316 y 317) considera que la "idea de cooperación" ha de proyectarse sobre todas las fases del procedimiento, abogando por procedimientos que se estructuran "en forma de relación continuada para el cumplimiento de funciones y tareas de alcance más duradero". Igualmente, Parejo (1991, p. 122).

<sup>23</sup> La figura del acuerdo en el seno del procedimiento administrativo se regula en el art. 54 de la Ley alemana de Procedimiento Administrativo de 1976, en el art. 11.1 de la Ley italiana 241/1990, de 7 de agosto, de Procedimiento Administrativo, o en el art. 88 de la Ley 30/1992, de Procedimiento Administrativo española.

Sin perjuicio de la "procedimentalización" de la toma de decisiones consensuadas, lo cierto es que la Administración sigue celebrando acuerdos de manera ajena al procedimiento administrativo<sup>24</sup>. Este fenómeno de la concertación informal, ajena a todo procedimiento administrativo, opera por debajo del umbral de lo vinculante, no obstante su eventual repercusión en el mundo jurídico-formalizado.

La Administración muestra una tendencia cada vez mayor a cooperaciones informales que, aunque se mueven en ámbitos "extrajurídicos" (en el sentido de que no solo no están formalizados y procedimentalizados, sino que simplemente no están regulados), no merecen una reacción jurídica desde la perspectiva de su eventual antijuridicidad y consecuente prohibición. Muy al contrario, estas actuaciones no tienen por finalidad necesariamente sortear el cumplimiento del derecho, dejando a un lado las desviaciones patológicas de la práctica administrativa. La consideración bastante generalizada de la concertación informal desde la perspectiva de su eventual antijuridicidad debe entenderse como un reflejo de la inadaptación de los ordenamientos jurídicos a prácticas flexibles de autodirección que aporten mayor eficiencia y eficacia, legitimadas por el mejor cumplimiento de los intereses generales<sup>25</sup>.

Sin perjuicio de este inicial análisis, lo cierto es que la concertación informal plantea problemas jurídicos no desdeñables. En primer lugar debe atenderse a la cuestión relativa al grado

<sup>24</sup> A pesar de la regulación de mecanismos de concertación en el procedimiento administrativo, la doctrina sigue poniendo de relieve las ventajas que en la práctica sigue suponiendo el recurso a acuerdos informales. Así, por ejemplo, en España, Gómez-Ferrer (1997, p. 168), o en Italia, Vandelli (1997, p. 37) o Masucci (1997, p. 317). En este último país D'auria (1998, p. 212) y Aicardi (1997, p. 8 y ss.) consideran que los fines de transparencia y seguridad jurídica inherentes a la regulación legal de 1990 antes citada acerca de la actividad negocial en el procedimiento administrativo, debería conllevar la ilegitimidad de los acuerdos informales.

<sup>25</sup> Parejo (1991, p. 123) afirma en este sentido que la acción informal descansa en la posibilidad de la mejor, más rápida o más efectiva consecución del interés general obviando la lógica y la economía de la actuación administrativa formalizada.

de influencia que la acción informal consensual puede tener en posteriores actuaciones formalizadas de la Administración. La concertación informal tiene sentido (y éxito) porque la Administración tiene algo que ofrecer y, por consiguiente, porque puede acceder total o parcialmente a las pretensiones de los interesados. En la medida en que el acuerdo en aquello a que se accede solo tiene sentido si tiene reflejo o traslado al "mundo de lo jurídico"<sup>26</sup> y, por tanto, tiene consecuencias jurídicas<sup>27</sup>, ello presupone que el acuerdo informal podría condicionar el ejercicio de las facultades administrativas, ahora ya sí, en un procedimiento "formal".

El problema es, así planteado, cuáles son los términos en que la Administración puede, mediante la previa concertación o negociación y antes de la tramitación de un procedimiento administrativo, verse limitada en el resultado final del procedimiento "formal" subsiguiente. Esto en buena lógica puede suponer predeterminar de antemano el resultado de un procedimiento aún no iniciado, en virtud de la "autovinculación de la Administración" (Hoffman-Riem, 1993, p. 52) asumida mediante una acción puramente informal. Sin embargo, como ya hemos insistido, esto es discutible ya que, en realidad, al tratarse de simples acuerdos informales, no puede man-

<sup>26</sup> Es cierto que el acuerdo también puede concluir en la mera tolerancia de la actividad privada y, por tanto, sin que conlleve ninguna actuación administrativa *a posteriori*. El problema sobre la tolerancia, al que luego se hará referencia, tiene que ver con la interdicción del acuerdo que verse sobre lo ilegal. Por ello mismo, el acuerdo conforme a Derecho o tiene un posterior traslado a un acto jurídico-público modificando la situación jurídica del ciudadano, o no tiene sentido, si lo que se pretende con él es el mantenimiento de la posición jurídica (legal) de un ciudadano.

<sup>27</sup> La Sentencia del Tribunal Administrativo Federal Alemán de 7 de mayo de 1974 (Flachglasurteil, BVerwGE 45, 309) estableció los criterios de legalidad de la acción consensual de la Administración. En primer lugar, es necesario que el objeto de las negociaciones preliminares esté justificado objetivamente, de modo que tenga sentido y esté justificado por la naturaleza del asunto en cuestión. Segundo, es preciso que esos acuerdos hayan sido adoptados preservando el orden jurídico-competencial, es decir, es imprescindible que en esa fase previa participen los órganos y las Administraciones competentes. En último lugar, es necesario que desde la perspectiva del resultado, el acuerdo sea impecable en cuanto a su contenido, de forma que el resultado de la ponderación inicial sea razonable y no vacíe de contenido al procedimiento posterior.

tenerse que contengan promesas de conductas jurídicamente vinculantes<sup>28</sup>. Por otro lado, esa supuesta "autovinculación" tendría otras consecuencias relacionadas con la transparencia y la participación y, en concreto, con el carácter selectivo de la cooperación consensual. Desde este punto de vista, la concertación informal tendría trascendencia no solo respecto de las relaciones jurídico-públicas que se entablan en el marco de la negociación, sino también con las que lógicamente podrían verse afectadas o defraudadas tanto a lo largo del proceso negociador, como posteriormente en virtud de la traslación formalizada de la acción informal. En otras palabras, la "autovinculación" de la Administración podría afectar situaciones jurídicas no consideradas en el previo proceso negociador.

## 2. *La concertación informal administrativa y la teoría de las relaciones jurídico-administrativas*

La insuficiencia de la doctrina de las formas jurídicas para aprehender dogmáticamente la actuación material de la Administración en general, y la actuación informal de la Administración en particular reclaman una complementación analítica que ha de fundamentarse en la doctrina de las relaciones jurídico-públicas<sup>29</sup>. La relación jurídica tiene la ventaja, frente a la teoría de las formas jurídicas, de ofrecer una

<sup>28</sup> En este sentido, manifiesta sus dudas Kloepfer (1993, p. 35). Sin embargo, en Alemania el Tribunal Federal de lo Financiero ha mantenido que en la relación jurídico-tributaria son admisibles los llamados "acuerdos sobre hechos" de difícil determinación, teniendo eficacia vinculante en atención al principio de buena fe (BFH, BStBl, II, 1985, p. 354 y ss.; luego reiterada en BFH, BStBl, II, 1991, p. 45 y ss.; 1991, 673 y ss.). En concreto, el Tribunal considera que el efecto vinculante resulta de la prohibición de comportamiento contradictorio.

<sup>29</sup> Mantienen la misma conclusión Bauer (1993, p. 148), Schulte (1993, p. 117) y Schmidt-Assmann (2003, p. 313 ó 337). Como señala Bauer (1993, p. 153-154), entre las relaciones jurídicas y las formas de actuación administrativas no hay contradicción alguna, sino que "ambas están recíprocamente referidas en términos de complementariedad". Del mismo modo, añade, que "el conjunto de relaciones jurídico-administrativas no es organizable exclusivamente a través de la concepción tradicional de las formas de actuación".

unidad sistemática que facilita la integración de diferentes cuestiones dogmáticas, al tiempo que su flexibilidad permite acoger nuevas tendencias o dinámicas del derecho. Se trata, en fin, de remitir el estudio de la actuación administrativa por referencia a la relación jurídica.

La consideración en primer plano de las relaciones jurídico-administrativas potencia, sin lugar a dudas, el interés por todo tipo de actuación administrativa (González-Varas, 1996, p. 657): con independencia de la forma de actuación administrativa, cualquier actuación de la Administración permite entablar una relación jurídica. A estos efectos, la idea de la "concreción" es muy útil, ya que permite entender que las distintas formas de actuación administrativa son "simples formas de concreción de una relación jurídica" (González-Varas, 1996, p. 656).

Desde esta perspectiva, el interés se encuentra en revelar tipos de relaciones jurídicas que, en virtud de su constitución, objeto y configuración estén sujetas a reglas jurídicas que permitan un "manejo" dogmático, correlativamente con los tipos de actuación administrativa de concertación. Pues bien, este punto de arranque facilita la comprensión de relaciones que, más allá de las clásicas relaciones de intervención (González-Varas, 1996, p. 649), comprenden relaciones prestacionales y relaciones cooperativas (Bauer, 1993, p. 148).

Las relaciones jurídico-administrativas no solo nacen como consecuencia de actos unilaterales o contratos, sino que también pueden derivarse de "contactos" especialmente intensos que lleva a cabo la Administración con algunos particulares, más allá, por tanto, de una relación normal con los ciudadanos. Esa relación especialmente intensa se conforma, por regla general, como la antesala de una relación jurídico-administrativa formal en el sentido ya comentado.

En el seno de estas relaciones, las administraciones se relacionan con los particulares en tér-

minos tendencialmente igualitarios a través de fórmulas cooperativas (García, 1989, p. 440). Esa relación igualitaria permite distinguir este tipo de relación jurídica dentro del marco complejo de las relaciones que entablan las administraciones públicas. De hecho, esa igualdad no es definitoria, ni permite abarcar todas las manifestaciones de la relación jurídico-administrativa.

Los iuspublicistas hemos centrado la atención del análisis de las relaciones jurídico-públicas en la subordinación del individuo frente al poder de la Administración (Otto Mayer o Georg Jellinek); en otras palabras, la relación Estado-ciudadano ha sido considerada como una relación de poder y de sublimación del ciudadano. Sin embargo, bajo la vigencia de las constituciones modernas no cabe entender que los particulares puedan ser considerados como meros súbditos que entablan relaciones jurídicas con un rango inferior a la Administración. La noción clásica de relación jurídico-pública, en primer lugar, debe matizarse porque en el orden jurídico-constitucional, Estado y ciudadano están sometidos al Derecho. En segundo lugar, esta afirmación se ha de complementar con la posición subjetiva del ciudadano en sus relaciones con la Administración, lo que ha permitido reformular la categoría de las relaciones jurídico-públicas desde una perspectiva igualadora, donde el administrado adquiere la naturaleza de ciudadano con base en los derechos fundamentales de los que es titular y en el principio *favor libertatis* (García, 1989, p. 54-55).

Desde este punto de vista, se podría llegar a afirmar que cada vez con mayor evidencia la estructura de las relaciones jurídicas, ya sean privadas o de derecho público, es más cercana, respondiendo adecuadamente a la correlatividad entre situaciones jurídicas activas y pasivas. Sin embargo, no puede admitirse que el Estado y los ciudadanos entablen, siempre y en todo caso, relaciones jurídicas en estricta relación de igualdad, pues tal concepción no explicaría de forma útil las necesidades de actuación admi-

nistrativa que puede demandar la comunidad. En este sentido, los poderes públicos están investidos de la potestad de imponer legítima y unilateralmente las obligaciones que deban atenderse por los ciudadanos y, además, están obligados a garantizar el cumplimiento del derecho. Ambas consideraciones, como regla general, se alcanzan por la vía de la coercibilidad y de la unilateralidad (Schmitt-Assmann, 2003, p. 20-22)<sup>30</sup>.

La doctrina de la relación jurídico-pública consolida la posición subjetiva del ciudadano en sus relaciones con la Administración, revalorizando el lugar que ocupa en el derecho administrativo y subrayando no solo los momentos obligacionales de la relación, sino también las situaciones jurídico-activas nacidas más allá incluso de una pura relación recíproca. En otras palabras, la consideración primaria de la relación jurídica implica una concepción subjetiva del derecho administrativo que ha de tener su lógico reflejo procesal, pero también extraprocesal ("informal").

Precisamente por la relevancia de cada uno de los sujetos en el seno de las relaciones de derecho público, las relaciones jurídico-públicas que se entablan en el marco de la concertación administrativa informal plantean el gran problema de su eventual transformación de situaciones reales multipolares en sistemas bipolares o trilatelares de negociación<sup>31</sup>. La teoría de la relación jurídica supera las limitaciones de la teoría de las formas jurídicas tanto para explicar dogmáticamente las actuaciones participativas del ciudadano, como para abarcar las relaciones jurídicas plurales. La tradicional relación bilate-

ral Estado-ciudadano se amplía a relaciones, en muchas ocasiones, multilaterales, incorporando las posiciones jurídicas de terceros afectados.

Desde esta perspectiva, cabría plantear si la participación de terceros debe constituir un presupuesto de legalidad de los vínculos fácticos e informales mantenidos por la Administración. Pues bien, la teoría de la relación jurídica exige que cuando un determinado procedimiento de negociación no permita que determinados sujetos participen activamente haciendo valer sus derechos, la Administración al menos deba informar a esas personas del estado de las negociaciones y de sus resultados, cuando no sea posible abrir vías que logren la debida participación de los afectados (Stober & González-Varas, 1995, p. 587).

A tal efecto, una posible aproximación a este problema podría ser la identificación de principios o criterios procedimentales funcionalmente equivalentes a los propios de los procedimientos administrativos formalizados, que permitieran articular la participación de terceros o su información puntual. En este sentido, los efectos del procedimiento tradicional, tales como la generación de imparcialidad, neutralidad e independencia, aparte de la salvaguarda de la ponderación de intereses en juego para evitar la desconsideración de personas o grupos con intereses afectados, o bien para garantizar la calidad de la información considerada en la toma de decisiones, son manifestación de principios como el de transparencia o igualdad que constituirían una base adecuada para regir la acción consensual informal de la Administración (Barnés, 2006, p. 320-321)<sup>32</sup>. En otras palabras, la idea de relación jurídica procedimental permitiría traducir la idea de "igualdad de armas"

<sup>30</sup> Parejo (1991, p. 25) afirma también que frente a la clásica concepción subordinada del administrado en el marco de las relaciones jurídico-públicas, "la consistencia y la fuerza de las respectivas posiciones varían y son distintas hoy, según los ámbitos sustantivos, los terrenos en los que se materialice en cada caso la relación".

<sup>31</sup> La mayoría de la doctrina alemana centra sus preocupaciones en la desatención de los intereses de tercero que no tienen la posibilidad de "ejercer su influencia" Schmidt-Assmann (2003, p. 336 y 337), Hoffman-Riem (1993, p. 60), Shulze-Fielitz (1993, p. 99) o Lübbe-Wolf (1993, p. 411).

<sup>32</sup> En contra, Stober y González-Varas (1995, p. 586-587). Por su parte, Shulze-Fielitz (1993, p. 104) considera que la aplicación de los principios del procedimiento administrativo a la actuación informal de la Administración choca con claros límites, pues "en la práctica solo se consigue que las componendas informales pasen a celebrarse en otras fases, ya sean anteriores, ya posteriores". Por ello, el autor aboga por otras formas de control interno de la Administración.

entre los interesados en concretos derechos y deberes en relación con la participación en el procedimiento (Schmidt-Assmann, 2003, p. 316 , 375-376).

Por otro lado, sin perjuicio de la tradicional reciprocidad de situaciones jurídicas activas y pasivas<sup>33</sup> entre las partes de la relación jurídica<sup>34</sup>, la apertura de las relaciones a terceros afectados exige interrelacionar obligaciones imputables a la Administración con principios complementarios del derecho administrativo, que darían cabida a la salvaguarda de los derechos de terceros afectados en el marco general del proceso consensual (Bauer, 1993, p. 155, y Schulte, 1993, p. 120). Así pues, la relación jurídico-procedimental permitiría justificar el nacimiento de "obligaciones administrativas accesorias" a favor de los particulares interesados (información, cargas de participación...), vinculadas a principios como los de buena fe, confianza legítima o seguridad jurídica, y ello, sin necesidad de una previsión legal expresa.

### 3. Vinculación a la ley y actuación informal

La concepción de la Administración como ejecutora de la Ley, expresión clásica de los principios de separación de poderes y de legalidad, en virtud de la cual la Administración ha de limitarse a ejecutar el mandato recibido por la Ley en los términos establecidos en la Ley, no

sirve para explicar los parámetros de actuación de la Administración moderna.

La discusión acerca de la "crisis del derecho como instrumento de regulación" no supone otra cosa que la discusión sobre la crisis de la Ley como fuente de Derecho y en cuanto instrumento de dirección<sup>35</sup>, debido, entre otros motivos, a la pérdida de virtualidad regulativa general y abstracta. El contenido de las leyes modernas en muchos casos solo permite concreciones directivas generales, de modo que en importantes ámbitos administrativos, la Ley solo débilmente determina el comportamiento de la Administración encargada de ejecutarla.

En el moderno Estado social de derecho, la Ley despliega una fuerza vinculante a través de diferentes tipos normativos con estructuras variables, sustituyéndose la clásica programación precisa y condicionada de la actuación administrativa, por la fijación de una programación condicional no precisa y, por ello, no "dominada" por el legislador (debido al recurso a conceptos jurídicos indeterminados, cláusulas generales...), o bien por la mera fijación de objetivos mediante programas finalistas<sup>36</sup>. Solo a través de las distintas formas de concreción de la Ley (normas reglamentarias de desarrollo,

<sup>33</sup> Bauer (1993, p. 154) y Schulte (1993, p. 119 y 120) consideran que los acuerdos informales son fundamento de derechos y obligaciones. No obstante, de aceptar esta conclusión habría que señalar que esas prestaciones recíprocas gozarían de la relatividad que posee la naturaleza del acuerdo (no vinculante). En otras palabras, mediante estos acuerdos officiosos las partes se comprometerían a llevar a cabo actuaciones recíprocas, pero ese compromiso queda en el campo de la buena voluntad de las partes. Otra cosa es que esa relación sinalagmática pudiera dar lugar a algún tipo de responsabilidad en caso de incumplimiento.

<sup>34</sup> A pesar de que se afirme que la relación jurídico-pública solo tiene semejanzas superficiales con la relación privada (Forsthoft, 1958, p. 263 y ss.), buena parte de la doctrina concluye, siguiendo la definición clásica de Walter Jellinek, que las relaciones jurídico-públicas son derechos y deberes correlativos.

<sup>35</sup> Mientras el Estado se limitó a la defensa frente a los peligros, en el sentido del Estado liberal, fue posible postular el imperio de la Ley como eje vertebrador del Estado de Derecho mediante la formulación de programas de actuación precisos y estables (Schmitt, 1954, p. 138 y ss.). Ahora bien, con el Estado social, el Estado asume también la responsabilidad de las condiciones socioeconómicas de la sociedad, de modo que no solo se ha incrementado de forma importante la demanda de regulación, sino también las materias objeto de regulación son más complejas. Como señala Schmidt-Assmann (2003, p. 93) la posición central de la Ley se explica "en clave histórica", pero ello no obsta para cuestionar su relevancia en el Derecho Administrativo moderno.

<sup>36</sup> Hoffmann-Riem (1993, p. 36); Parejo (1991, p. 44 y ss.); Brohm (1993, p. 117 y ss.); Barnés (2006, p. 269, 279). También Schmidt-Assmann (2006, p. 90 y ss.) y en (2003, p. 93 y 214), donde considera que la acción administrativa del Estado social prestacional no puede reconducirse con facilidad a programas abstractos de formulación apriorística. No se pueden dejar de mencionar las consideraciones de Schmidt-Assmann (2003, p. 206 y ss.) sobre la determinación y precisión de la Ley, fijando criterios que pueden reclamar una mayor o menor apertura de las determinaciones legales, pero que en todo caso garantizarían la previsibilidad de la actuación administrativa.

la práctica administrativa, decisiones judiciales...), las normas legales van recuperando su contenido programático, al tiempo que se pierde en certidumbre. En definitiva, el modelo explicativo clásico de la dirección a través de la Ley ya no resulta suficiente<sup>37</sup>. El sometimiento de la Administración a la Ley no responde ya a una mera relación lineal o de causalidad desde arriba hacia abajo, sino que debe ser entendido como un proceso complejo, en el que se producen efectos inversos (Schmidt-Assmann, 2006, p. 38).

En ese proceso, la relativa densidad sustancial de las leyes deja siempre un amplio ámbito de acción a la Administración, cuya función de concreción es variable, pero en muchos casos, como acabamos de señalar, solo determinada débilmente por la Ley. Esto supone entender que la aplicación de la Ley no es una función mecánica, sino creativa. Así pues, en un marco de acción legal tan amplio, entre los comportamientos indiscutiblemente antijurídicos y los que están inequívocamente establecidos por la Ley, existe una amplia zona de actuación administrativa que ni está prevista legalmente con precisión, ni es ilegal. Pero lo más importante es que, en ese proceso de concreción y manejo de las leyes, la determinación de lo legal o ilegal, a falta de una decisión judicial, depende exclusivamente de la propia Administración (Shulze-Fielitz, 1993, p. 96 y 97).

Es más, si admitimos que la Administración goza de un papel creativo en la aplicación de la Ley, es fácil llegar a la conclusión de que el control judicial se encontrará constreñido en tales escenarios; así pues, un fortalecimiento de los mecanismos de control se muestra imprescindible<sup>38</sup>. Ahora bien, en todo caso deberá articularse la indispensable salvaguarda de los derechos fundamentales y de los valores y principios constitucionales. Por ejemplo, si las

leyes administrativas no operan como normas de conducta que programan estrictamente la acción de la Administración, esto significa, que la Ley abre una serie de opciones de acción. Ahora bien, esto no quiere decir que la elección entre las acciones posibles pueda ser arbitraria, sino que la corrección de la acción administrativa dependerá en todo caso de su adecuación al mandato legal de acción y al principio de interdicción de arbitrariedad. Solo de este modo podría decirse que la Administración cumpliría una función optimizadora de los intereses que regula la Ley (Hoffman-Riem, 1993, p. 37).

Dentro de esos márgenes de optimización, la Administración puede aprovechar los márgenes de imprecisión, flexibilidad o libertad que el legislador deja para la ejecución de la Ley. Las actuaciones informales, solo admisibles en cuanto estén destinadas a lograr aquella optimización y puedan servir al cumplimiento del mandato genérico de la Ley, lógicamente también entran en el "repertorio" de formas de actuación que la Administración puede elegir. El límite general es claro: la imposibilidad de recurrir a vías informales de actuación para fines distintos o para imponer obligaciones no reconocidas por las leyes. Aquí, por tanto, la idea de una "Administración libre de Ley" es engañosa y se ve lógicamente superada.

La respuesta, en conclusión, es admitir que en el moderno Estado social de derecho se impone una concepción flexible de la vinculación de la Administración a la Ley. Para ser exactos, el entendimiento de la vinculación a la Ley se comprende en los términos del principio de juridicidad (Merkl, 1980, p. 210 y ss.), de modo que la ausencia de una previsión legal expresa de la actuación administrativa no supone la inacción de la Administración. Todo lo contrario, en virtud de las atribuciones competenciales que el ordenamiento en general confiere a las administraciones públicas, todo aquello no prohibido por la Constitución y las leyes, y siempre en el marco general de vinculación al

<sup>37</sup> Kloepfer (1993, p. 35); Stolleis (1993, p. 15 y 16); Brohm (1993, p. 118).

<sup>38</sup> Schmidt-Assmann (2003, p. 225 y ss.) y Schmidt-Assmann (2006, p. 82 y ss.).

ordenamiento jurídico<sup>39</sup>, la Administración puede optar por aquellas actuaciones que puedan mostrarse más eficaces para lograr alcanzar los fines del Estado.

#### 4. Problemas de tutela jurídica

Los instrumentos informales en el contexto de las formas jurídicas de actuación administrativa muestran, precisamente por su informalidad, debilidades desde la perspectiva del Estado de derecho, con los peligros consiguientes para la seguridad jurídica, la reserva de Ley o la igualdad (Kloepfer, 1993, p. 50)<sup>40</sup>.

Si algo caracteriza a la actuación informal es su no sometimiento a un régimen jurídico formalizado del que puedan derivarse consecuencias jurídicas previsibles, homogéneas y estandarizadas. Todo ello contribuye a que la acción informal de la Administración manifieste una clara imprecisión como mecanismo de dirección indirecta. Por los mismos motivos, la actuación informal de la Administración muestra una evidente inseguridad en sus efectos. Finalmente, precisamente porque el ordenamiento otorga una amplia discrecionalidad para que la Administración actúe a través de mecanismos de concertación informales, incluso seleccionando con quienes mantener esas negociaciones, pueden derivarse situaciones de desigualdad tanto por la omisión de la iniciativa en ciertos supuestos, como por la desconsideración de ciertos interesados.

Sin embargo, la vinculación al ordenamiento jurídico a la que ya hemos hecho alusión exige necesariamente que las actuaciones informales de la Administración estén sujetas al conjunto

del ordenamiento, esto es, esas actuaciones no quedan al margen del derecho. Frente a esta máxima, lo cierto es que la tutela jurídico-administrativa y el resto de instituciones de garantías del Estado de derecho desarrolladas frente a la actividad de intervención administrativa muestran limitaciones ante la actuación informal de la Administración.

La salvaguardia de los derechos de los ciudadanos contra la acción informal, en nuestro caso consensual, debe distinguir en principio varios supuestos: 1º) Cabe establecer límites generales insoslayables válidos para cualquier manifestación informal de la actuación administrativa; 2º) Cabe igualmente formular límites específicos, ya en el marco de la concertación administrativa, según dos grupos de sujetos: a) Quienes negocian directamente con la Administración; y b) Quienes no negocian, pero pueden verse afectados.

Por lo que se refiere a los límites generales, en los términos reiterados anteriormente, la actuación informal de la Administración también se somete al ordenamiento jurídico-constitucional, de lo que se derivan límites tales como el respeto a las materias reservadas a la Ley (fundamentalmente si están en juego los derechos fundamentales)<sup>41</sup>, en cuyo caso ha de ser siempre la Ley quien legitime la intervención administrativa. Del mismo modo, debemos insistir en que la Administración no puede huir de las garantías jurídico-materiales y procedimentales allí donde el ordenamiento jurídico exige una actuación formalizada. Es decir, la Administración no puede subvertir la forma jurídica de actuación específicamente prevista por el ordenamiento jurídico y sustituirla por una acción no sujeta al procedimiento y régimen jurídico previsto.

Otro límite general deducible tiene que ver con la tolerancia de la ilegalidad o el pacto sobre lo antijurídico. La vinculación al ordenamiento

<sup>39</sup> Por todos véase, Beladiez (2000, p. 315 y ss.). En la misma dirección, desde el análisis de la actuación informal de la Administración, Stober y González-Varas (1995, p. 583 y ss.) y Belando (2005, p. 111-112).

<sup>40</sup> Coincide en la existencia de riesgos para la igualdad Shulze-Fielitz (1993, p. 103).

<sup>41</sup> Stober y González-Varas (1995, p. 585) y Belando (2005, p. 111).

jurídico impide que la Administración busque cobijo en la ilegalidad, aceptando aquello que nunca podría hacer si actuara por los caminos formales ordinarios (Hoffman-Riem, 1993, p. 61-62). Bien es cierto que siendo estrictos podríamos distinguir entre la mera tolerancia (sin mediar acuerdo alguno), que en ningún caso supone legalización ni reconocimiento de derecho alguno y donde los problemas pueden reconducirse a cuestiones de oportunidad u otras puramente materiales (falta de medios...), y otra bien distinta, cerrar un acuerdo antijurídico, pues en este segundo caso se superarían los márgenes de oportunidad administrativa. Aquí nos referimos solo a la tolerancia subsiguiente a la celebración del acuerdo ilegal: esto es, a la pasividad convenida frente a la ilegalidad. Esa forma de actuar resultaría contraria al principio de proporcionalidad, pues es difícil justificar que la actuación material de la Administración respete la adecuación del medio empleado con el fin pretendido, máxime si de aquel acuerdo se derivaran efectos negativos sobre terceros.

En segundo lugar, y por lo que se refiere a la concertación informal, la tutela debe distinguir entre quienes negocian con la Administración y quienes no tienen tal posibilidad. En el primer supuesto, hay un elemento clave que no puede obviarse: la negociación informal con la Administración es supuestamente voluntaria, lo que reduce sensiblemente las posibilidades de defensa, en virtud del aforismo "*volenti non fit iniuria*". Sucede, no obstante, que la voluntariedad a la que se acaba de hacer alusión es en la práctica solo relativa. La Administración muchas veces presiona a los interesados para que alcancen un acuerdo, so pena de la emisión de medidas unilaterales más gravosas. Estos casos de "coacción voluntaria" (Kloepfer, 1993, p. 51), obviamente, no pueden equipararse a supuestos de intervención administrativa formalizada, pero lógicamente reclaman una forma de tutela que difícilmente puede articularse con los mecanismos jurídicos actuales.

La otra vertiente de la tutela que estos supuestos plantean es la que tiene que ver con el supuesto incumplimiento del acuerdo. Páginas atrás pusimos de relieve que el acuerdo informal no constituye una promesa de una conducta jurídicamente vinculante. Así pues, las prestaciones nacidas de aquella relación jurídica gozan de la relatividad propia de un acuerdo que no es vinculante jurídicamente en el marco del derecho público. Es decir, la Administración podrá separarse del acuerdo, eso sí, no pareciendo impensable una eventual reclamación de responsabilidad patrimonial de la Administración fundada en la vulneración del principio de buena fe y de confianza legítima.

Por otro lado, la tutela jurídica también debe atender a terceros no participantes en la negociación, pero afectados por el resultado de la misma. Con anterioridad, ya hemos mencionado que la Administración tiene en estos casos una obligación mínima de información sobre las negociaciones y su resultado, en aquellos casos en que no sea posible la directa participación de los terceros afectados en el acuerdo. No obstante, lo cierto es que esas obligaciones no parecen fácilmente imponibles, en tanto en cuanto el ordenamiento no prevea la sanción para el caso de su infracción (Lübbe-Wolf, 1993, p. 411). En cualquier caso, y en aras a la salvaguardia del principio de igualdad, solo esa forma de actuación permitiría sobreponer la eventual discriminación en que podría incurrir la Administración para el caso de no abrir procesos de acuerdo negociados en relación con determinados interesados situados en posiciones semejantes a otros que sí participaron en negociaciones informales.

## 5. Conclusiones

La búsqueda de una mayor eficacia de la Administración y el recurso a fórmulas negociales informales no puede desconocer que

esta forma de actuación de la Administración también está sujeta a derecho. Los principios, valores y derechos fundamentales, así como las leyes generales, enmarcan necesariamente un tipo de acción administrativa que, superando una tradicional percepción antijurídica, debe permitir el recurso ordenado a mecanismos no procedimentalizados de carácter negocial.

La eficacia de estas fórmulas no puede ocultar las dificultades existentes para encauzar un control adecuado de la concertación informal de la Administración. Este problema crucial pone de relieve que es preciso ahondar en el análisis dogmático de este tipo de actuación administrativa desde la perspectiva de las teorías de las relaciones jurídicas y del procedimiento administrativo, con el fin de detraer principios y criterios extrapolables a la actuación informal de la Administración sobre los que fundar la tutela de la acción administrativa. En segundo lugar, esas carencias evidencian las limitaciones de los ordenamientos jurídicos modernos en lo relativo al sistema de garantías, máxime cuando de actuaciones no formalizadas se trata; de ahí que sea preciso formular nuevas vías de tutela que, también en el marco de las acciones consensuales (arbitraje), permitan la resolución de conflictos.

No se puede pretender avanzar en una percepción directiva del derecho administrativo, así como en las bondades de la actuación material de concertación de la Administración, si ello no va acompañado de un reforzamiento de la tutela frente a esas actuaciones. La eficacia administrativa no es un principio absoluto, lógicamente, sino que en todo caso debe ponderarse con la imprescindible tutela de los derechos de los ciudadanos. Recortar las garantías de los ciudadanos a costa de una mayor eficacia resulta una perversión que no puede justificarse en ningún caso en el Estado constitucional de derecho.

## Referencias bibliográficas

- Aicardi, N. (1997). La disciplina generale e i principi degli accordi amministrativi: fondamento e caratteri. *Rivista Trimestrale di Diritto Pubblico* (núm. 1), 1-60.
- Barnés, J. (2006). Sobre el procedimiento administrativo: evolución y perspectivas. En J. Barnés (Ed.), *Innovación y reforma en el Derecho Administrativo* (263-341). Sevilla: Global Law Press.
- Barnés, J. (2008). Reforma e innovación del procedimiento administrativo. En J. Barnés (Ed.), *La transformación del procedimiento administrativo* (11-43). Sevilla: Global Law Press.
- Bauer, H. (1993). ¿Transformación radical en la doctrina del Derecho Administrativo? *Documentación Administrativa* (núm. 234), 133-160.
- Beladiez, M. (2000). La vinculación de la Administración al Derecho. *Revista de Administración Pública* (núm. 153), 315-350.
- Belando, B. (2005). Reflexiones sobre la actividad administrativa informal al hilo de las 'nuevas' advertencias al público de la Comisión Nacional del Mercado de Valores. *Revista Española de Derecho Administrativo* (núm. 125), 101-118.
- Brohm, W. (1993). Administración y Jurisdicción Contencioso-administrativa como mecanismos de regulación en un sistema policéntrico de producción del Derecho. *Documentación Administrativa* (núm. 235-236), 115-131.
- D'auria, G. (1998). Autorità e contratto nell'amministrazione italiana oggi. *Política del Diritto* (núm. 2), 201 y ss.
- Forsthoff, E. (1958). *Tratado de derecho administrativo*. Madrid: Instituto de Estudios Políticos.
- García, E. (1989). Principios y modalidades de la participación ciudadana en la vida administrativa. En R. Gómez-Ferrer (Coord.), *Libro homenaje al profesor José Luis Villar Palasí* (437-452). Madrid: Civitas.
- García, E. (1989). *Hacia una nueva justicia administrativa*. Madrid: Civitas.
- García, E. & Fernández, T. R. (1996). *Curso de derecho administrativo*. (Tomo I). Madrid: Civitas.
- Gómez-Ferrer, R. (1997). *Jornadas de estudio sobre la reforma de la Ley 30/1992*. Madrid: Ministerio de Administración Públicas-Boletín Oficial del Estado.

- González-Varas, S. (1993). *La jurisdicción contencioso-administrativa en Alemania*. Madrid: Civitas.
- González-Varas, S. (1994). *La vía de hecho administrativa*. Madrid: Tecnos.
- González-Varas, S. (1996). *El derecho administrativo privado*. Madrid: Montecorvo.
- Hoffman-Riem, W. (1993). La reforma del derecho administrativo. *Documentación Administrativa* (núm. 234), 19-84.
- Kloepfer, M. (1993). En torno a las nuevas formas de actuación medioambientales del Estado. *Documentación Administrativa* (núm. 235-236), 33-53.
- Krebs, W. (1993). Contratos y convenios entre la Administración y particulares. *Documentación Administrativa* (núm. 235-236), 55-87.
- López, F. (1988). *Vía de hecho administrativa y justicia civil*. Madrid: Civitas.
- Lübbe-Wolf, G. (1993). El principio de cooperación en el Derecho medioambiental. *Documentación Administrativa* (núm. 235-236), 403-428.
- Masucci, A. (1997). Apuntes reconstructivos de la Ley sobre Procedimiento Administrativo en Italia. *Documentación Administrativa* (núm. 248-249), 305-335.
- Mayer, O. (1924). *Deutsches Verwaltungsrecht*. (Tomo I, 3 Ed.). Leipzig.
- Merkel, A. (1980). *Teoría General del Derecho Administrativo*. México D. F.: Editora Nacional.
- Muñoz, S. (2006). *Tratado de derecho administrativo y derecho público general*. (Tomo I). Madrid: Lustel.
- Parejo, L. (1983). *Estado social y Administración Pública. Los postulados constitucionales de la reforma administrativa*. Madrid: Civitas.
- Parejo, L. (1991). *Crisis y renovación en el derecho público*. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales.
- Parejo, L., Jiménez-Blanco, A. & Ortega, L. (1994). *Manual de derecho administrativo*. Barcelona: Ariel.
- Sala, J. M. (1992). Huida al derecho privado y huida del derecho. *Revista Española de Derecho Administrativo* (núm. 75), 399-416.
- Savigny, M. F. C. (1840). *System des heutigen römischen Rechts*, Libro II. Berlín.
- Schmidt-Assmann, E. (2003). *La teoría general del derecho administrativo como sistema*. Madrid-Barcelona: Marcial Pons.
- Schmidt-Assmann, E. (2006). Cuestiones fundamentales sobre la reforma de la teoría general del derecho administrativo. Necesidad de la innovación y presupuestos metodológicos. En J. Barnés (Ed.). *Innovación y reforma en el Derecho Administrativo* (15-132). Sevilla: Global Law Press.
- Schmitt, C. (1954). *Verfassunglehre*. Berlín.
- Schulte, M. (1993). Actuación administrativa informal. *Documentación Administrativa* (núm. 235-236), 113-133.
- Shulze-Fielitz, H. (1993). ¿Informalidad o ilegalidad de la actuación administrativa? *Documentación Administrativa* (núm. 235-236), 89-112.
- Stober, R. & González-Varas, S. (1995). Las actuaciones materiales o técnicas. *Revista de Estudios de la Administración Local y Autonómica* (núm. 267), 573-590.
- Stolleis, M. (1993). Las líneas de desarrollo de la dogmática del derecho administrativo. *Documentación Administrativa* (núm. 234), 3-17.
- Vandelli, L. (1997). Tendencias del derecho administrativo en Italia. *Documentación Administrativa* (núm. 248-249), 9-47.
- Velasco, F. (1998). *La información administrativa al público*. Madrid: Montecorvo.
- Würtenberger, T. (1993). Aceptación a través del procedimiento administrativo. *Documentación Administrativa* (núm. 235-236), 313-333.