

ACTUACIÓN MATERIAL E INFORMALIDAD. EL EJEMPLO DE LA CONCERTACIÓN CON LA ADMINISTRACIÓN(*)

JORGE AGUDO GONZÁLEZ

SUMARIO: I. DERECHO ADMINISTRATIVO Y CIENCIA DE LA DIRECCIÓN: UNA REFLEXIÓN SOBRE LA EFICACIA DE LA ACCIÓN ADMINISTRATIVA, EL ESTADO COOPERATIVO Y LA GOBERNANZA.– II. ACTUACIÓN MATERIAL Y CONCERTACIÓN CON LA ADMINISTRACIÓN. ANÁLISIS DESDE LA PERSPECTIVA DE LA DOCTRINA DE LAS FORMAS DE ACTUACIÓN ADMINISTRATIVA: 1. Actuación jurídico-administrativa formal y actuación material: A) Aproximación a la doctrina de las formas jurídicas de actuación administrativa. B) La actuación material de la Administración. 2. La concertación con la Administración: de la procedimentalización a la informalidad.– III. LA CONCERTACIÓN INFORMAL ADMINISTRATIVA, LA TEORÍA DE LAS RELACIONES JURÍDICO-PÚBLICAS Y LOS PRINCIPIOS DEL PROCEDIMIENTO ADMINISTRATIVO: 1. Análisis con base en la teoría de las relaciones jurídico-públicas... 2. ... y su conexión con la teoría del procedimiento administrativo.– IV. VINCULACIÓN A LA LEY Y AL DERECHO, LEGITIMACIÓN Y ACTUACIÓN INFORMAL.– V. PROBLEMAS DE TUTELA JURÍDICA: 1. Planteamiento general. Escala de garantías. 2. Criterios para el control de la actividad consensual informal y eventual articulación de la tutela. ¿Tutela secundaria?: A) Límites generales. B) Límites específicos.– VI. CONCLUSIONES.– VII. BIBLIOGRAFÍA.

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 la 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 lograr una mayor eficacia del Derecho. Desde esta perspectiva, la concertación con la Administración tiene una importancia especial. El fenómeno de la concertación se afronta aquí desde el punto de vista de 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 analiza el tema desde la perspectiva de la teoría de las relaciones jurídico-administrativas y del procedimiento administrativo, debido a la insuficiencia de la doctrina de las formas jurídicas de la actuación administrativa para aprehender dogmáticamente la actuación material de la

(*) Trabajo recibido en esta REVISTA el 4 de septiembre de 2012 y evaluado favorablemente para su publicación el 6 de noviembre de 2012.

Administración. Del mismo modo, se afronta el tema clave de la concertación informal y la vinculación de la Administración a la Ley, como base legitimadora mínima de la acción administrativa, finalizando 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; procedimiento administrativo; principio de legalidad; tutela judicial.

ABSTRACT: Consensus with Public Administration is a common legal phenomenon in the modern cooperative State where Administrative Law is considered as a steering science which goals is to manage efficiently social processes. From this point of view, Administrative Law interiorises a focus based on the inductive capacity of the Law, creating a 'climate' which encourages the efficacy of the Law. In this vein, administrative agreements are very important. Consensus with Public Administration is action treated here from the perspective of the material administrative proceedings. The analysis of this form of administrative action is intended to address by offering a systematic unit to facilitate the integration of the various dogmatic issues raised. For this purpose, the subject is tackled from the perspective of the theory of legal-administrative relations and the decision-making process, due to the failure of the doctrine of the legal forms of administrative action to embrace dogmatically the 'material' administrative action. Similarly, it is also considered this topic from the legality principle perspective, deemed as a minimum legitimacy basis, ending with an approach to the legal protection issues that may arise in these matters.

Key words: informal action of the Public Administration; forms of Public Administration action; juridical-administrative relations; administrative procedure; legality principle; judicial review.

I. DERECHO ADMINISTRATIVO Y CIENCIA DE LA DIRECCIÓN: UNA REFLEXIÓN SOBRE LA EFICACIA DE LA ACCIÓN ADMINISTRATIVA, EL ESTADO COOPERATIVO Y LA GOBERNANZA

El postulado de la ciencia del Derecho Administrativo como ciencia de la dirección responde a una concepción del Derecho Administrativo como una ciencia que aspira a dirigir con eficacia los procesos sociales (1). Las aportaciones

(1) Asistimos a un proceso de transformación del Derecho Administrativo que, anclado en buena medida en la dogmática nacida bajo el paradigma del Estado liberal de Derecho, se ve limitado para abordar la complejidad de la sociedad y de la acción administrativa contemporánea. Una de las causas de ese proceso es el fenómeno conocido como «crisis del Derecho», objeto de un gran número de estudios entre los cuales destacan las investigaciones realizadas en el marco de la sociología jurídica. Sobre esta cuestión, véase BOURDIEU y TEUBNER (2005), quienes presentan un análisis de las principales teorías neoevolucionistas como las de Jürgen HABERMAS y Niklas LUHMANN en Alemania y Philip NONET y Philip SELZNICH en Estados Unidos. Según TEUBNER la tradición evo-

de la doctrina en relación con la idea de dirección (*Steuerung* en el original alemán o *steering* en la versión inglesa) que «modelan» la nueva ciencia del Derecho Administrativo (2), implican un entendimiento del Derecho Administrativo no sólo preocupado por la toma de decisiones administrativas en términos de validez (legalidad *versus* ilegalidad), sino también decididamente interesado en el resultado efectivo de la acción administrativa (3), lo que obliga necesariamente a atender al modo en que las decisiones administrativas son tomadas. Esto no quiere decir, lógicamente, que en el marco del Estado Constitucional la eficacia de la acción administrativa pueda ser alcanzada con desconsideración de principios constitucionales como el principio de legalidad (4): la eficacia es una fuente no excluyente de legitimación de la actividad administrativa (*output legitimacy*) (5), y, por ello mismo, concurrente con otras como la que nace de su relación con la Ley, y al mismo tiempo complementaria de otras como la que atiende a los modos de actuar de la Administración (*input legitimacy*) (6). Dicho

lucionista y los conceptos «neoevolutivos» permiten una visión actual del proceso de cambio legal y social que explica la «crisis» del Derecho moderno. En el moderno Estado constitucional, el Derecho se encuentra muy distante del concepto moderno del Derecho racional-formal en el sentido weberiano. Según este paradigma, el Derecho es racional en tanto que reduce las particularidades de los casos a un conjunto de principios y preceptos jurídicos abstractos, y es formal dado su fundamento en procesos de interpretación lógica que permiten la formulación de normas abstractas aplicables a todos los casos posibles, sin reparar en sus determinantes éticos, económicos o políticos que permiten la aplicación automática de tales normas y, por ello, de la actuación administrativa, mediante la subsunción de la situación de hecho en el supuesto de hecho de la norma [WEBER (1969)]. Esta idea de racionalidad del Derecho entra en crisis por su incapacidad de resolver los conflictos que no se presentan en estancos separados y que, en cambio, involucran una gran cantidad de variables imposibles de abarcar por preceptos jurídicos abstractos fuera de cualquier otra consideración.

(2) Al respecto, destaca la actual doctrina alemana encabezada por SCHMIDT-ASSMANN (2003) quien plantea una concepción sistemática del Derecho Administrativo que le devuelva su carácter de instrumento de dirección social. Igualmente, ver VOSSKUHLE (2007, p. 115 y ss.) o RUFFERT (2007, p. 47).

(3) HOFFMAN-RIEM (1993, p. 25 y 26); BARNÉS VÁZQUEZ (2005, p. 371); SCHMIDT-ASSMANN (2006, p. 37 a 39).

(4) En este sentido ya FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ (1988, p. 111 y 112).

(5) Según las SSTC 22/1984, 27/1987 ó 178/1989, el principio de eficacia es un verdadero principio jurídico del que resulta un deber positivo de actuación que ha de presidir toda la actividad administrativa. En esta dirección, PAREJO ALFONSO (1983, p. 103).

(6) Las distintas fuentes de legitimación administrativa han constituido el resorte para la evolución de los paradigmas que definen a la propia Administración. Una explicación en torno a la evolución de la legitimación administrativa en la historia en PONCE SOLÉ (2010, p. 90 y ss.) y (2011, *in toto*). Asimismo, sobre las distintas fuentes de legitimación de la Administración, así como acerca de la incorporación de nociones provenientes de las ciencias sociales, véase VOSSKUHLE (2007, p. 115 y ss.), CARANTA (2011, p. 177 y ss.) y DONNELLY (2011, p. 251 y ss.). Igualmente, en relación con la idea de concurrencia o complementariedad de las fuentes de legitimación en el ordenamiento español, véase VELASCO CABALLERO (2011, p. 92 y ss.); en relación con Alemania, véase SCHMIDT-ASSMANN (2011, p. 53); asimismo, respecto a una visión de la acción de la Unión Europea, véanse las conclusiones de CRAIG (2011, p. 215).

de otra manera, no se puede admitir que la profundización de la legitimación de la acción administrativa en términos de eficacia pueda servir para desconocer otras fuentes de legitimación.

Sea como fuere, lo cierto es que las propuestas de reforma del Derecho Administrativo mantenidas desde los teóricos de la *steering theory*, ponen de relieve algo que no se puede ocultar: el Derecho no constituye ya únicamente un límite causal y lineal para la Administración, sino que se concibe y orienta también a la eficacia de la actividad administrativa. Esto significa, consecuentemente, que la ciencia jurídico-administrativa debe orientar la construcción dogmática de categorías e instituciones hacia las condiciones reales de las conductas decisorias (7), procurando, por tanto, los presupuestos que hagan que el Derecho contribuya a la eficacia y a la eficiencia administrativa (8). Esto no quiere decir, y esto es importante, que la teoría de la dirección elaborada en el seno de las ciencias sociales deba sustituir la función del Derecho como ordenamiento material, sino que debe servir para propugnar una apertura o ampliación del sistema jurídico. Desde este punto de vista, a lo largo de este trabajo se mostrará en qué medida ese planteamiento puede incidir en categorías como las relaciones jurídico-públicas y en la tradicional concepción instrumental del procedimiento administrativo.

En este orden de ideas, uno de los conceptos de mayor relevancia en los últimos años, relacionado directamente con la teoría de la dirección y que resulta muy útil 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 (9). Aunque el concepto de gobernanza, desde el punto de vista de la ciencia jurídica, todavía no ha adquirido un perfil claro y definido (10), no por ello puede pasar desapercibido en el debate sobre la reforma del Derecho Administrativo (11). Desde esta perspectiva, al menos puede decirse que el concepto de gobernanza 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 naciona-

(7) HOFFMAN-RIEM (1993, p. 28).

(8) Sobre este planteamiento, véase SCHMIDT-ASSMANN (2003, p. 27 y ss.).

(9) El Libro Blanco de la Comisión Europea «La Gobernanza Europea», de 25 de julio de 2001 [COM (2001) 428 final] define «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. Definición cercana a la mantenida con anterioridad por CALAME y TALMANT (1997).

(10) Cuando no ha sido considerado un concepto redundante, oscuro y poco útil [PARADA VÁZQUEZ (2009)].

(11) En esta dirección véase, por ejemplo, el trabajo de BARNÉS VÁZQUEZ (2010, p. 336 y ss.), quien realiza una sistematización de la repercusión del concepto desde la perspectiva del procedimiento administrativo, aludiendo a una tercera generación de procedimientos «governados» por las directrices sobre gobernanza.

les y supranacionales, de un lado, y entre los actores públicos y privados, de otro (12), sintetizando así distintos «conceptos clave» no desconocidos para el Derecho (participación, información, responsabilidad...) (13). En este sentido, desde la perspectiva que aquí nos interesa, el concepto de gobernanza tiene el valor de simplificar de forma general la noción de «distribución de responsabilidades» entre la Administración y los ciudadanos, esto es, la idea de reparto de tareas o funciones entre la esfera social y la pública (14), superando así el monopolio de las Administraciones públicas en la determinación de los intereses generales y contribuyendo a su relegitimación democrática mediante el «partenariado» con el sector privado y la sociedad civil (15).

La ciencia jurídico-administrativa tiene un reto analítico singularmente importante al enfrentarse a las diversas manifestaciones que presenta actualmente la actividad de la Administración del moderno Estado social, democrático y de Derecho, entendido como «Estado cooperativo» (16). La efectividad de 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 colaborativa de los destinatarios de la actividad de la Administración (17). De hecho, la observancia de prohibiciones y obligaciones jurídicas y la amenaza de sanciones en muchos casos se revelan como insuficientes para lograr aquella voluntad, mostrándose más efectiva la aceptación y conformidad previa con la decisión por el destinatario de la misma (18). En síntesis puede decirse que un dato clave en la transformación del Derecho Administrativo impulsada desde la teoría de la dirección se encuentra en el desplazamiento tendencial desde un Derecho impositivo e interventor hacia un Derecho «consensual», donde los medios de ejecución forzosa se suplementan o sustituyen con estrategias destinadas a

(12) SCHMIDT-ASSMANN (2006, p. 43). Para BARNÉS VÁZQUEZ (2008, p. 48) «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». En una línea similar, HOFFMAN-RIEM (2007, p. 215 y 216).

(13) La utilización metodológica de «*key terms*» ha sido puesta de relieve por VOSSKUHL (2007, p. 134-138).

(14) SCHMIDT-ASSMANN (2006, p. 43). Respecto al concepto de distribución de responsabilidades, también ver BAUER (1993, p. 137).

(15) En España tempranamente MUÑOZ MACHADO (1977, p. 529 y ss.) expuso con precisión la trascendencia de la participación en la toma de decisiones como vía para superar la crisis de legitimación democrática de la Administración moderna. En la misma dirección, SÁNCHEZ MORÓN (1979, p. 178), FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ (1988, p. 106) o PÉREZ MORENO (1989, p. 113), entre otros; en Francia, igualmente, RIVERO (1965, p. 821 y ss.) o en Alemania HOFFMAN-RIEM (1993, p. 39).

(16) BENZ (1994, *in toto*) y SCHMIDT-ASSMANN (2003, p. 36 y ss.).

(17) En esta dirección, igualmente, BARNÉS VÁZQUEZ (2010, p. 336, 339 ó 350).

(18) De la misma opinión, HOFFMAN-RIEM (1993, p. 38), BAUER (1993, p. 137 y 138), KREBS (1993, p. 60), MUÑOZ MACHADO (1977, p. 529 y ss.) y RIVERO (1965, p. 821 y ss.).

convencer o a persuadir, complementadas con una acción informativa-colaborativa que favorezca el previo entendimiento y el acuerdo.

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, incidiendo en la formación de la voluntad del ciudadano, con el objetivo de que adecúe sus pautas de comportamiento a las expectativas de la Administración: lo realmente característico de las actuaciones cooperativas es la dirección indirecta de las conductas (19).

En definitiva, las decisiones de la Administración cooperativa son fruto de la participación, la deliberación, el intercambio de información, la búsqueda de consenso, en fin, de la colaboración público-privada que puede desenvolverse en escenarios variables, pero donde la negociación, en un contexto estable de relaciones entre Administración y agentes sociales privados, se erige como uno de los mecanismos cooperativos más destacados (20). Dicho de otro modo, y aunque ello no pueda asumirse lógicamente como un axioma ilimitado, la Administración del Estado democrático, social de Derecho está condicionada a promover mecanismos que consideren adecuadamente las exigencias de autonomía implícitas en la propia condición de los ciudadanos destinatarios de las decisiones administrativas, añadiendo así un plusvalor legitimador a la actuación de la Administración.

II. ACTUACIÓN MATERIAL Y CONCERTACIÓN CON LA ADMINISTRACIÓN. ANÁLISIS DESDE LA PERSPECTIVA DE LA DOCTRINA DE LAS FORMAS DE ACTUACIÓN ADMINISTRATIVA

1. Actuación jurídico-administrativa formal y actuación material

A) 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 orientada funda-

(19) En este sentido, también KLOEPFER (1993, p. 35). Para WÜRTHENBERGER (1993, p. 324 y 325), lo característico del Estado cooperativo es la aceptación de los actos de la Administración mediante, aunque no exclusivamente, procedimientos de negociación y consenso, como manifestación del principio democrático y del principio de economía procesal. En una dirección similar, desde el prisma del procedimiento administrativo, SCHNEIDER (2008, p. 394).

(20) Este planteamiento supone una renovación de las fórmulas de participación orgánica y procedimental, cuya crisis se ha mantenido en nuestro ordenamiento a lo largo del tiempo. Ratifican esta conclusión tanto PÉREZ MORENO (1989, p. 91 y ss.), como BARRERO RODRÍGUEZ (2011, p. 419 y ss.). En buena medida esa crisis se deriva de la tradicional legitimación de la actividad administrativa vinculada positivamente a la ejecución de la Ley como expresión de la voluntad popular: la ejecución de la legítima expresión de la representación popular, impediría que pudiera ser perturbada por la participación ciudadana.

mentalmente por campos referenciales propios de la Administración interventora y, principalmente, por el protagonismo del acto administrativo como elemento nuclear del poder de policía (21). Sin embargo, no se puede seguir admitiendo que el Derecho Administrativo moderno siga instalado en la tradición formalista del Estado de Derecho tal como lo concibiera Otto MAYER (22). La concepción de la Administración como Administración cooperativa ejerce, precisamente, una influencia definitiva en la evolución desde una Administración centrada en la actuación imperativa y unilateral, hacia una Administración situada en el plano del intercambio para la actuación convenida (23).

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 para aprehender la totalidad de las actuaciones administrativas. No se trata de desconocer la importancia del acto administrativo, esto es una obviedad, sino de reconocer otras formas de manifestación de la actividad administrativa alejadas de la significación otorgada al sistema clásico de actos jurídico-públicos (24). Dicho de otra forma, 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 (25). Queda fuera, pues, de la dogmática de las formas jurídicas la actuación material de la Administración, o actuación administrativa de mera

(21) La doctrina de las formas jurídicas ordena el Derecho Administrativo considerando 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.). El encauzamiento de la actividad administrativa en formas jurídicas facilita el trabajo de la Administración, pues la función de «depósito» que cumplen las formas jurídicas, evita que en cada caso concreto se deban buscar instrumentos jurídicos aptos para la realización de sus tareas; asimismo, la identificación de formas jurídicas y la atribución de concretas consecuencias jurídicas, simplifica la aplicación del Derecho. Del mismo modo, las formas jurídicas contribuyen a la protección del ciudadano, pues operan contra la arbitrariedad administrativa y proporcionan puntos de conexión operativos para la tutela jurídica.

(22) ARIÑO ORTIZ y GALLEGU ANABITARTE (1974, p. 41) o GIANNINI (1980, p. 57 y ss.).

(23) Así, BAUER (1993, p. 137) y con anterioridad en España, MUÑOZ MACHADO (1977, p. 529 y ss.).

(24) Al respecto, véase GALLEGU ANABITARTE (1980, p. 191 y ss.) y GALLEGU ANABITARTE (1979, p. 343 y ss.).

(25) No sin dificultades, sobre todo en ordenamientos como el alemán, donde, como es bien conocido, el contrato como forma jurídica fue rechazada, con lógicos matices que ahora no se pueden abordar, hasta su expreso reconocimiento en la Ley de Procedimiento Administrativo de 1976. Aquella negativa se fundamentaba en el principio de que el Estado no podía contratar con aquellos que mantenían una relación de sublimación respecto de los poderes públicos (*Der Staat paktiert nicht*).

gestión, en la que cabe incorporar cualquier manifestación de la actividad administrativa que no encaje en las clasificaciones convencionales (26), incluyendo la actuación informal de la Administración en sentido estricto (27).

Es dudoso, por tanto, que la doctrina de las formas jurídicas sea el marco adecuado para el análisis de la actividad material de la Administración. Las tradicionales formas jurídicas de actuación son idóneas para aprehender la actividad administrativa de intervención, constituida sobre bases formales suficientemente estáticas como para dar cabida a otras formas de actuación jurídico-administrativa (28). Se debe recalcar, además, que la «formalización» de la actuación administrativa bajo los parámetros del sistema de las formas jurídicas no es infrecuente que dé lugar a conceptualizaciones forzadas (29), cuando no a un casuismo excesivo.

Las limitaciones de la teoría de las formas jurídicas obligan a su complementación con base en un análisis desde la teoría de la relación jurídico-administrativa (30) y desde la teoría del procedimiento administrativo (31), a las que aboca, por otro lado, la concepción del Estado como Estado cooperativo, trasladando así el foco de atención en las relaciones del ciudadano con los poderes públicos. No se trata, por tanto, de insistir en una obligada «formalización» de la actividad material de la Administración utilizando los parámetros clásicos, sino 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 (32).

(26) La actuación material queda en origen al margen del sistema de actos jurídico-públicos porque el estudio sistemático y analítico de las formas de actuación jurídica del Estado se desarrolla a partir de los moldes iusprivatistas; así pues, careciendo las demás actuaciones administrativas luego integradas en la noción de actuación material de un referente explicativo en el Derecho privado, quedan todas ellas al margen de las elaboraciones dogmáticas de la teoría de las formas de Derecho Administrativo del siglo XIX en adelante. Esas otras formas de actuación quedarían agrupadas bajo la noción de «hechos jurídicos» que no constituirían «declaraciones de voluntad» en los términos empleados por SAVIGNY (1878).

(27) 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 las relaciones jurídicas multilaterales. En la misma dirección, SCHULTE (1993, p. 117).

(28) Ahora bien, 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 CABALLERO (1998, p. 70 y ss.)].

(29) 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».

(30) SCHULTE (1993, p. 117).

(31) SCHMIDT-ASSMANN (2003, p. 317 y 318).

(32) SCHMIDT-ASSMANN (2006, p. 41). El propio SCHMIDT-ASSMANN (2003, p. 335), matizando su opinión vertida en SCHMIDT-ASSMANN (1993, p. 30), afirma que «una 'formalización' total no es ni oportuna ni indispensable». A esta línea parece adscribirse VELASCO CABALLERO (1998, p. 74) cuando

B) 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 (33), fundamentalmente por su repercusión en los ciudadanos. No obstante, la actividad material de la Administración ha recibido una atención menor entre la doctrina, centrada generalmente en una percepción no jurídica, para lograr su distinción del acto administrativo en sentido estricto, o bien directamente antijurídica (vía de hecho), respecto de la cual lo determinante ha sido su reconducción o sometimiento a Derecho.

Esta forma de actividad administrativa ha recibido múltiples denominaciones («material», «técnica», «real», «simple actuación administrativa», «informal») (34). 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 en el sentido tradicional, imbricándose, aunque no confundiéndose, con ella (35), permitiendo el desenvolvimiento de la gestión administrativa diaria o su necesario complemento para lograr la ejecución de los actos jurídicos o la prestación de servicios (36).

Puede decirse, por tanto, que este tipo de actividad administrativa no es más que la materialización fáctica y técnica de las atribuciones jurídico-públicas

afirma que un objetivo «más modesto» es «dotar de formalidad o tipicidad a concretas actuaciones administrativas, singularizándolas dentro del omnicompreensivo concepto de 'actuación material'». Entre la doctrina española, PAREJO ALFONSO (1991, p. 127 y 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 éstas viene propiciando el fenómeno tradicional de la huida hacia el Derecho privado».

(33) GARCÍA DE ENTERRÍA y FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ (1996, p. 783); PAREJO ALFONSO, JIMÉNEZ-BLANCO y ORTEGA ÁLVAREZ (1994, p. 411); STOBER y GONZÁLEZ-VARAS IBÁÑEZ (1995, p. 574 y 575). Por su parte, SHULZE-FIELTZ (1993, p. 93) 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».

(34) En Alemania se aprecia algo similar. No obstante, todos los conceptos manejados se pueden integrar en el concepto clásico de «*Realakt*», el cual ha sufrido una gran expansión para llegar a significar toda medida administrativa que no sea un acto, contrato o norma y que, por tanto, no goce de efectos jurídicos [SCHULTE (1995); en la misma línea, SCHRÖDER (2007, p. 115) o GONZÁLEZ-VARAS IBÁÑEZ (1993, p. 246 y ss.)]. Por otro lado, JELLINEK utilizaría el concepto «*schlichte Hoheitverwaltung*» para designar, literalmente, a la «administración de simples actuaciones soberanas», en cuanto formas tradicionalmente consideradas al margen del Derecho. Modernamente la mayoría de la doctrina utiliza el concepto de «*schlichte Verwaltungshandeln*» para designar la misma realidad [SCHULTE, KRAUSE, ROBBERS, SIEMS o REMMERT].

Entre la doctrina italiana, en sentido similar, se alude a «l'attività técnica» de la Administración [ZANOBINI (1958: 19)] o a «l'attività materiale» de la Administración [ALESSI (1978: 299 y ss.)].

(35) GARCÍA DE ENTERRÍA y FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ (1996, p. 784).

(36) SANTAMARÍA PASTOR (2000, p. 130).

conferidas por el ordenamiento a la Administración. En otras palabras, no se trata de una actuación irrelevante o ajena al mundo jurídico (37). Ahora bien, en la medida en que constituye un tipo de actuación administrativa que se sitúa más allá de las formas administrativas clásicas, puede ser calificada como una actuación administrativa no formalizada.

El ámbito de la actuación material de la Administración engloba una amplia tipología de actuaciones bastante heterogéneas, en muchos casos sin conexión funcional aparente (información, concertación, prestación...) (38); tipos, además, con 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 (la que aquí hemos denominado como «actuación informal» en sentido estricto), no sólo porque, lógicamente, no respondan a las categorías fundamentales del sistema de actos jurídico-públicos, sino también porque al no manifestarse por relación con un acto, norma o contrato, son ajenas a cualquier procedimiento administrativo, no obstante poder tener relación mediata o indirecta con esas actuaciones formalizadas, como más adelante pondremos de relieve. En otras palabras, la «actuación informal» de la Administración es una forma de manifestación de la acción administrativa que comparten buena parte de los tipos de actuación integrables en el género actuación material (existe

(37) Como bien señalan GARCÍA DE ENTERRÍA y FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ (1996, p. 782) o STOBER y GONZÁLEZ-VARAS IBÁÑEZ (1995, p. 575). Al respecto, ya MERKL (2004, p. 226 y 227) criticaba la clasificación entre «actos jurídicos» y «meros actos» de la Administración, precisamente, por la supuesta irrelevancia jurídica atribuida a los segundos. MERKL, condicionado por su concepción del Derecho, afirmaba que no debía admitir que existieran actos de la Administración jurídicamente irrelevantes, pues esa significación jurídica se encontraba, cuanto menos, en la norma de atribución competencial. Añadía, además, que esa apariencia de irrelevancia jurídica está ligada al papel ejecutor de esos actos que, al contrario que los jurídicamente cualificados, no crean Derecho.

(38) Una clasificación de las actuaciones administrativas materiales en STOBER y GONZÁLEZ-VARAS IBÁÑEZ (1995, p. 579 y ss.), incluyendo la mera gestión administrativa, la ejecución de previas decisiones, la información al público, las declaraciones internas no vinculantes, las inmisiones desde centros administrativos y los convenios informales. Por su parte, SCHRÖDER (2007, p. 115 y 116) distingue entre actuaciones materiales públicas y privadas, actuaciones informativas y meras actuaciones fácticas. Asimismo, en GONZÁLEZ-VARAS IBÁÑEZ (1993, p. 249-251) se realiza una sistematización tipológica, con base en la doctrina alemana, desde la perspectiva de la actividad prestacional.

VELASCO CABALLERO (1998, p. 72) critica la clasificación citada de STOBER y GONZÁLEZ-VARAS (1995, p. 579 y ss.), considerando su ausencia de utilidad, en la medida en que entiende que incluye una adición de fenómenos disconexos. Nos encontramos, así pues, ante dos planteamientos que se repiten en la doctrina: quienes consideran que el concepto de «actuación material» es tan heterogéneo que las pretensiones «formalizadoras» de esta forma de actividad administrativa deberían centrarse en la tipificación de manifestaciones concretas de la actuación material, frente a quienes abogan por la sistematización y categorización del concepto general «actuación material», sin perjuicio de establecer necesariamente consecuencias jurídicas diversas en función del tipo de actuación ante el que nos encontremos.

actuación informal informativa, de concertación...) (39). La ventaja de este planteamiento desde el punto de vista metodológico es importante: la informalidad aparece así como una forma de manifestación más de la actividad administrativa extrapolable a cualquier tipo de actividad material (40).

Metodológicamente, por tanto, el análisis de la actividad material de la Administración debe ser afrontado mediante la construcción de tipos, a partir de la fijación de los rasgos particulares de cada uno de ellos, para así establecer las notas distintivas de esas realidades y perfilar los contornos de figuras más precisas enmarcadas dentro del ámbito definido por el concepto general. La doctrina de los tipos administrativos (41) permite, asimismo, individualizar ámbitos de actividad administrativa en función de la distinta situación en la que se encuentra el ciudadano frente a la Administración entablando relaciones jurídicas variables, sin perjuicio de que en cada tipo la Administración pueda emplear formas características y variables de acción, incluyendo mecanismos informales.

Esta aproximación tipológica es adecuada, además, desde la consideración del Estado como Estado cooperativo, pues desde ambas perspectivas se focaliza

(39) STOBER y GONZÁLEZ-VARAS IBÁÑEZ (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.

Es formalista el ordenamiento jurídico en el que para que se produzcan efectos jurídicos es necesario y suficiente llenar ciertas formas, consistentes en el cumplimiento de prácticas o ritos conforme a un modelo determinado [TARELLO (1974, p. 22)]. Desde esta perspectiva, téngase en cuenta que el art. 10 de la Ley Federal alemana de Procedimiento Administrativo dispone, bajo el epígrafe de «Informalidad del procedimiento administrativo», que «el procedimiento administrativo no está sujeto a la utilización de determinadas formas, a no ser que existan preceptos especiales que establezcan una forma de procedimiento» [*traducción del autor*]. Como señala SCHRÖDER (2007, p. 122), este precepto significa que la Administración no está sujeta a la prosecución de un procedimiento específico, salvo que una Ley así lo exija, confiriendo a la Administración una flexibilidad y libertad considerable en la consecución de sus deberes [24 BVerwGE 23 (27)]. Por otro lado, aunque en el ordenamiento español no exista un artículo semejante, cabe deducir conclusiones parecidas, en la medida en que el principio antiformalista no sólo inspiró la antigua Ley de Procedimiento Administrativo de 1958, sino también la Ley de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa de 1956, siendo así reconocido por la jurisprudencia. Respecto de la normativa vigente puede decirse lo mismo, como así corrobora la regulación de las actuaciones necesarias para ser considerado interesado, la admisión generalizada de la subsanación de los defectos o errores cometidos (arts. 70 y 71 de la Ley 30/1992), la regulación de las comunicaciones entre órganos administrativos (art. 19.2 de la Ley 30/1992), etc. Algo similar puede decirse que acontece en el ordenamiento italiano, sobre todo tras la entrada en vigor de la Ley 241/1990, de 7 de agosto, de Procedimiento Administrativo [MASUCCI (1997, p. 316 y 317)].

(40) En esta línea, SCHMIDT-ASSMANN (2006, p. 333) o STOBER y GONZÁLEZ-VARAS IBÁÑEZ (1995, p. 579).

(41) Aplicada, por ejemplo, entre nosotros por RODRÍGUEZ DE SANTIAGO (2007, p. 91 a 94). Sobre la importancia del «tipo» para la ciencia del Derecho, véase LARENZ (2001, p. 451 y ss.).

la acción administrativa en función de las relaciones jurídico-públicas que se entablan. En definitiva, se otorga pleno protagonismo definitorio al ciudadano, poniendo de relieve cómo la acción administrativa muda en función de los derechos y deberes de los ciudadanos.

Con base en este planteamiento metodológico, y sin ánimo de exhaustividad, cabría formular por ejemplo un tipo administrativo denominado «Administración de concertación, consensual o de intermediación», al igual que un tipo «Administración prestadora» u otro «Administración informadora». Así pues, como primer paso, la generalidad y abstracción del concepto «actuación material» y la correlativa merma de su capacidad para aprehender y describir la plenitud de cada uno de los fenómenos que integra, se compensaría acudiendo al «tipo» como categoría metodológica capaz de resolver esa deficiencia. En segundo lugar, es posible distinguir dentro de cada tipo designado diversas manifestaciones de la acción administrativa, concretamente, en lo que aquí nos interesa, cabría distinguir entre actuaciones procedimentalizadas (a continuación concretaremos el sentido de esta expresión) *versus* actuaciones informales.

No obstante esta conclusión, ello no impide observar que sí existen elementos jurídicos comunes a todo tipo de actuación material administrativa, incluida la estrictamente informal. Así, y sin ánimo de ser reiterativos, toda actividad material de la Administración constituye una actuación no formalizada porque en ningún caso incorpora actuaciones integrables en la trilogía clásica del sistema de actos jurídico-públicos (acto, norma, contrato). Esto significa, obviamente, que no es posible aplicar a estas manifestaciones de la actividad administrativa el régimen jurídico aplicable a aquellas formas jurídicas de actuación, del mismo modo que tampoco son correctas conceptualizaciones forzadas con el objeto de reconducir de forma dudosa y discutible esa actuación material 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 sólo en el procedimiento administrativo, sino también se plasmen o sean consecuencia de actos jurídico-públicos. Esa «procedimentalización» a la que aludimos, marca el límite entre las actuaciones estrictamente informales y las actuaciones materiales relacionadas con actuaciones formalizadas y, por tanto, parte del *iter* procedimental y/o resultado del correspondiente procedimiento administrativo. En el caso de la actuación consensual de la Administración cabría distinguir, por ejemplo, entre los acuerdos integrados ordinariamente como forma de terminación («convencional») del procedimiento administrativo, así como otros acuerdos previstos por la normativa sectorial que pueden tener lugar a lo largo del procedimiento administrativo, de las acciones de negociación puramente informal que se entablan sin que norma alguna así lo prevea.

Dando un paso adelante, si la actuación material en sí misma considerada no es categorizable como norma, acto o contrato, esto significa, igualmente, que las actuaciones materiales de la Administración carecen, en principio, de

eficacia jurídica imperativa, esto es, no poseen fuerza vinculante por sí mismas (lo que es especialmente evidente en el caso de la actuación informal de la Administración); para ser más exactos, habría que decir que gozan de la eficacia y trascendencia jurídica que corresponde a los actos jurídico-públicos que acojan formalmente el resultado de la acción fáctica administrativa (42), o bien de la que pueda derivarse de los actos jurídicos de los que traigan causa (ejecución forzosa, prestación de servicio...). Esto no es inconveniente para admitir que todas las actuaciones materiales generan, repercuten o influyen en las relaciones jurídicas que entabla la Administración con los ciudadanos mediante sus actuaciones materiales, 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 éstas (43).

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 (44). Sin embargo, y he aquí otra nota característica

(42) O bien, en virtud de la propia naturaleza jurídica que le otorga el ordenamiento jurídico, como sucede en el caso de la terminación convencional que pone fin al procedimiento sustituyendo a la resolución definitiva, en virtud de su condición de acto administrativo necesitado de colaboración.

(43) Como pone de relieve SCHMIDT-ASSMANN (2006, p. 310 y 333), la actuación informal es una alternativa a la actuación formal no exenta de lógicos límites. En este sentido, señala que la teoría de las formas jurídicas ni obliga «a utilizar una determinada forma jurídica» (salvo que las normas prevean expresamente que la Administración debe actuar a través de una forma determinada, en cuyo caso se produce un «bloqueo» a la eventual utilización de cualquier otro medio de actuación), ni «ha llegado a establecer una reserva en el sentido de que sólo pueda actuarse a través de una de esas formas». SHULZE-FIELTZ (1993, p. 97 y 98) diferencia varios sectores de actuación informal en función de la intensidad de la acción del Estado frente a los ciudadanos «en el circuito de lo extrajurídico», considerando desde esta perspectiva que la actuación informal de carácter convencional es una alternativa a la acción regulativa de la Administración. También PAREJO ALFONSO (1991, p. 123) se pronuncia sobre una «cada vez más frecuente intercambiabilidad» a criterio de la Administración de las formas de actuación, «lo que significa, en último término, una relativización o adjetivación de éstas».

En cuanto al recurso alternativo y específico a formas consensuales de actuación, téngase en cuenta que, como señala KREBS (1993, p. 67), «la Administración no está sometida a ningún imperativo jurídico-general de dar preferencia a los contratos administrativos frente a actividades unilaterales soberanas. Más bien deberán ser criterios de discrecionalidad los que influyan en la decisión sobre la utilización de una determinada forma de actuación». En un sentido similar, LÜBBE-WOLF (1993, p. 427 y 428) 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, siempre que por parte de los afectados se insinúe una disposición cualquiera a soluciones cooperativo-informales. Antes bien, la pretensión de eficacia del Derecho medioambiental excluye un principio de cooperación entendido en tales términos». 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».

(44) Por ejemplo, en relación con la actuación informal de la Administración, SALA ARQUER (1992) califica a la actividad administrativa de carácter informal como una vía de hecho. En relación

de la actuación material de la Administración, 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 (45). De forma general puede decirse que ese nivel de exigencia jurídica se reduce por un motivo general, condicionado por otro de carácter escalar: 1º) El motivo general tiene que ver con que estamos ante actuaciones que *a priori* y de forma autónoma carecen de naturaleza jurídica vinculante; 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 *versus* 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), 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»). Ahora bien, la flexibilidad a la que las nuevas formas de actuación de la Administración aboca, no puede suponer que las actuaciones materiales no deban tener al menos una vinculación mínima con la Ley como forma de legitimación mínima de la acción administrativa que justifique, al menos, el ejercicio de esas competencias y que lo reconduzcan al cumplimiento de los fines públicos que competen a la Administración, algo que, obviamente, ha de ser igualmente exigido cuando la Administración actúa materialmente. Sobre todo ello volveremos más adelante.

2. La concertación con la Administración: de la procedimentalización a la informalidad

La concertación con la Administración es un fenómeno de especial relevancia dentro de la actuación administrativa material. En cuanto tipo de actuación administrativa, la concertación administrativa integra una amplia serie de manifestaciones con regímenes jurídicos variables en función del grado de «procedimentalización» de esa actuación.

con los convenios urbanísticos, llegaba a una conclusión igualmente crítica PÉREZ MORENO (1989, p. 100 y 101). Un análisis superador del prejuicio que equipara actuación administrativa informal con actuación administrativa ilegal en SHULZE-FIEUTZ (1993, p. 90 y ss.).

(45) STOBER y GONZÁLEZ-VARAS IBÁÑEZ (1995, p. 583) señalan que las actuaciones materiales no están al margen del Derecho, sino que son «actuación en Derecho», sometidas a las condiciones generales de legalidad que rigen para la actividad de la Administración pública: «la Administración puede aprovechar los márgenes o espacios que deja el ordenamiento jurídico a su favor —de modo discrecional— para la realización de sus actuaciones». Igualmente, SCHMIDT-ASSMANN (2003, p. 332) o MORELL OCAÑA (1997, p. 362).

Es precisamente desde la estricta perspectiva del procedimiento administrativo, donde la participación y la colaboración de los ciudadanos en la formación de la decisión administrativa ponen de relieve la superación de la funcionalidad instrumental tradicional del procedimiento administrativo (46) como vehículo para garantizar decisiones administrativas sujetas a Derecho, para concebirlo, además, como mecanismo articulador de la participación y de la ponderación de intereses con el fin de lograr la aceptación consensuada de las decisiones administrativas (47). 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 (48). 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 administrativo (49), allí, sobre todo, donde la Administración ejerce facultades

(46) Sobre esta cuestión véanse las reflexiones de SCHWARZE (2006, p. 1175 y ss.) o NEHL (1999, p. 20 y ss.) mantenidas desde la perspectiva del proceso de europeización del Derecho Administrativo, mostrando tendencias similares en toda Europa.

(47) Como pone de manifiesto HOFFMAN-RIEM (1993, p. 40 y ss.), el acuerdo y el consenso, la aceptación de la decisión en definitiva, entendidos como ejes de la superación de la Administración imperativa, implican necesariamente aceptar que el Derecho Administrativo debe actuar como un estímulo para la autodirección de la sociedad y donde, por tanto, la cooperación de los afectados se muestra imprescindible. En España, en esa dirección FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ (1988, p. 110). Sobre esta temática, véase al respecto BARNÉS VÁZQUEZ (2010, p. 336 y ss.) y NEHL (1999, p. 20 y ss.).

(48) Sobre la aceptación a través del procedimiento administrativo, véase WÜRTEMBERGER (1993, p. 313 y ss.). BARNÉS VÁZQUEZ (2008, p. 316 y 317) habla igualmente de la «idea de cooperación» y de que ésta es susceptible de proyectarse sobre todas las fases del procedimiento. Con anterioridad en una línea similar, PAREJO ALFONSO (1991, p. 122).

En España, siguiendo la estela de Alemania e Italia, la formalización de la figura del acuerdo en el seno del procedimiento administrativo se regula en el art. 88 de la Ley 30/1992 como forma específica de terminación del procedimiento. Con anterioridad, el art. 54 de la Ley alemana de Procedimiento Administrativo, de 25 de mayo de 1976, ya establecía que, en lugar de dictar un acto, la Administración podía «celebrar un contrato de Derecho público con aquella persona a la que de otro modo dirigiría el acto administrativo» (*traducción del autor*). A partir de este precedente, el art. 11.1 de la Ley italiana 241/1990, de 7 de agosto, de Procedimiento Administrativo y de derecho de acceso a los documentos administrativo, dispuso igualmente que la Administración podía alcanzar acuerdos con los interesados con el fin de determinar el contenido discrecional de la resolución final o, en los casos previstos por las Leyes, en sustitución de aquella.

En el caso español, el art. 88 Ley 30/1992 constituye un mecanismo para lograr una finalidad variable: o bien articular el consenso (vinculante o no) dentro del procedimiento administrativo para la formulación de cláusulas accesorias de los actos administrativos, o bien formalizar convenios sustitutivos de actos administrativos que concluyan por sí mismos el procedimiento administrativo. En este caso, el contenido del acuerdo, pacto o convenio depende de la instrumentación y la eficacia del acuerdo en el seno del procedimiento administrativo, cuya naturaleza jurídica es la de un acto necesitado de colaboración [GALLEGO ANABITARTE, MENÉNDEZ REXACH y otros (2001, p. 164-167), MENÉNDEZ REXACH (1993), VELASCO CABALLERO (1996, p. 310-315), RODRÍGUEZ DE SANTIAGO (1997, p. 139 y 140)].

(49) GARCÍA DE ENTERRÍA y FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ (2002, p. 676) llegan a esta conclusión en el marco expositivo de los convenios celebrados por la Administración: «Todo el sentido y toda la

discrecionales y afronta decisiones complejas. Esta perspectiva coloca al procedimiento administrativo como mecanismo de garantía de los derechos e intereses particulares y colectivos de modo que, aparte de instrumento articulado para lograr la eficacia, es al mismo tiempo vía idónea de evitación del conflicto, en la medida en que el procedimiento se alza como mecanismo para lograr decisiones ponderadas que satisfagan los derechos e intereses afectados (50).

Sin perjuicio de la «procedimentalización» de la toma de decisiones consensuada o negociada, lo cierto es que la Administración sigue celebrando acuerdos de manera ajena al procedimiento administrativo (51). De hecho, la

intención de las técnicas negociales que, un tanto vagamente, puso en circulación la planificación económica, se encuentra justamente en el deseo de abrir nuevos márgenes negociales a la Administración que permiten a ésta conseguir por vía de pacto nuevas adhesiones y colaboraciones voluntariamente prestadas. En el fondo de este deseo late una intuición válida, que tiene su origen en una constatación igualmente exacta: la extraordinaria rigidez de un ordenamiento construido a la medida de una Administración que manda y se impone. Esta rigidez no se ha sentido como una carga en tanto que la Administración ha reducido su actividad a la salvaguarda del orden público y al sostenimiento de unos pocos servicios públicos, de acuerdo con los más puros planteamientos del liberalismo del pasado siglo. Hoy, en cambio, una vez rotas las antiguas barreras entre el Estado y la Sociedad y asumida por la Administración la tarea de conformar un orden social más justo, esa rigidez constituye una grave limitación. Mandar y sancionar a través de decisiones unilaterales y ejecutorias, sistema plenamente eficaz cuando se trata de imponer el orden y de asegurar el respeto a la Ley, es insuficiente, sin embargo, para polarizar las energías sociales en orden a la consecución de los objetivos propuestos en los planes económicos. El acto unilateral asegura eficazmente la sumisión, pero es incapaz de suscitar el entusiasmo y el deseo de colaboración».

Sobre esta materia, véase el magnífico trabajo de DE PALMA DEL TESO (2000). En relación con esta cuestión, en el ámbito del medio ambiente, puede consultarse ALONSO GARCÍA (1989, p. 49 y ss.); SÁNCHEZ SÁEZ (2004a); SÁNCHEZ SÁEZ (2004b, p. 279 y ss.); AGUDO GONZÁLEZ (2004b, p. 325 y ss.). El fenómeno de la concertación con la Administración ha sido también ampliamente analizado en Italia por FERRARA (1985 y 1993).

(50) En la misma línea, PONCE SOLÉ (2010, p. 141) o BARNÉS VÁZQUEZ (2010, p. 349 y ss.). En el fondo este planteamiento se encamina a lo que en EE.UU. se ha denominado como «deliberación», para hacer referencia a uno de los criterios directrices que cronológicamente han gobernado los procedimientos de las Agencias americanas, concretamente, de aprobación de normas, en virtud de la especial relevancia que estos procedimientos poseen en el sistema americano. Este concepto implicaría que la toma de decisiones se fundamente en los mejores datos y en la consideración de la posición de todos los posibles afectados o interesados [SHAPIRO (2002, p. 16 y ss.)].

(51) En España es interesante alguna reflexión realizada pocos años después de la aprobación de la Ley 30/1992 en relación con el previsible éxito del citado art. 88 de la Ley. GÓMEZ-FERRER MORANT (1997, p. 168) afirmaba a este respecto la operatividad y funcionalidad de la terminación convencional, pero especificaba que la realidad demostraba que las negociaciones seguían funcionando al margen de la Ley. Ello puede deberse, aparte de la mayor flexibilidad que otorga la informalidad, por los no desdeñables requisitos que impone el mencionado precepto. En Italia, en una línea similar se pronuncian VANELLI (1997, p. 37) o MASUCCI (1997, p. 317). En este país, parte de la doctrina ha considerado que los fines de transparencia y seguridad jurídica inherentes a la regulación legal de 1990 antes citada, acerca de la actividad comercial en el procedimiento administrativo, debería conllevar la ilegitimidad de los acuerdos informales [D'AURIA (1998, p. 212) y AICARDI (1997, p. 8 y ss.)].

Administración muestra una tendencia cada vez mayor a cooperaciones informales que aunque se mueven en ámbitos «extrajurídicos» (en el sentido de que no sólo 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, obviamente, 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 adicionalmente por la participación de los interesados, así como por el mejor cumplimiento de los intereses generales (52).

III. LA CONCERTACIÓN INFORMAL ADMINISTRATIVA, LA TEORÍA DE LAS RELACIONES JURÍDICO-PÚBLICAS Y LOS PRINCIPIOS DEL PROCEDIMIENTO ADMINISTRATIVO

1. Análisis con base en la teoría de las relaciones jurídico-públicas...

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, reclama, en coherencia con la noción de Estado cooperativo, una complementación analítica que en parte ha de fundamentarse en la doctrina de las relaciones jurídico-públicas (53).

(52) PAREJO ALFONSO (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. Más allá de la pura eficacia de la acción administrativa, MAURER (2011, p. 419) justifica la admisibilidad de los acuerdos informales con base en la jurisprudencia constitucional que deriva del deber de la Administración de dar audiencia, reclamando la obligación de discusión de los puntos de vista relevantes, esto es, yendo más allá de una mera «audición». Igualmente, con base en el principio de instrucción, considera que obliga a la Administración a examinar los hechos, algo que a menudo sólo es posible con ayuda del afectado. Por último, también justifica la admisibilidad de los acuerdos informales en el deber de adoptar decisiones óptimas que consideren adecuadamente los intereses generales y los particulares.

(53) 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 y 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». Escéptico sobre el peso que parte de la doctrina alemana viene confiriendo al instituto de las relaciones jurídico-públicas, se muestra, sin embargo, MAURER (2011, p. 206 y 207).

La teoría de las relaciones jurídico-públicas tiene la ventaja, frente a la teoría de las formas jurídicas, de ofrecer una flexibilidad que permite acoger nuevas dinámicas jurídicas.

La consideración en primer plano de las relaciones jurídico-administrativas potencia el interés por todo tipo de actuación administrativa: 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» (54). Esto también permite entender que las relaciones jurídicas que entabla la Administración son variables y dependen del tipo de actuación llevada a cabo.

Desde esta perspectiva, el interés de este análisis 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 correlativo con el tipo «actuación administrativa de concertación». Este punto de arranque facilita la comprensión de relaciones que, más allá de las clásicas relaciones de intervención, comprenden relaciones prestacionales y relaciones cooperativas (55).

Las relaciones jurídico-administrativas, como ya hemos avanzado, no sólo nacen como consecuencia de actos unilaterales o contratos, sino también pueden derivarse de «contactos» especialmente intensos que lleva a cabo la Administración con algunos particulares. Esa relación especialmente intensa se conforma, por regla general, como la antesala de una relación jurídico-administrativa formal en el sentido ya comentado páginas atrás. En esos supuestos, las Administraciones se relacionan con los particulares en términos tendencialmente igualitarios a través de fórmulas cooperativas y consensuales (56). Esa relación igualitaria permite distinguir este tipo de relación jurídica dentro del marco complejo de las relaciones que entablan las Administraciones públicas, por correspondencia con el tipo de actuación administrativa del que son resultado. De hecho, esa igualdad no es definitoria, ni permite abarcar todas las manifestaciones de la relación jurídico-administrativa en virtud de la muy distinta finalidad de las acciones administrativas.

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.

(54) GONZÁLEZ-VARAS IBÁÑEZ (1996, p. 656).

(55) BAUER (1993, p. 148).

(56) GARCÍA DE ENTERRÍA (1989, p. 440).

tos 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* (57).

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 (58). 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 administrativa que puede

(57) En opinión de GARCÍA DE ENTERRÍA (1989, p. 54 y 55), estos dos datos constituyen los elementos de inversión de las relaciones jurídicas Administración-administrados. En su opinión, la primacía de los derechos fundamentales provoca un cambio radical de la concepción tradicional de superioridad en las relaciones de los administrados con la Administración: «Toda la tradición era la de la superioridad de la Administración por una razón posicional que derivaba en una suerte de superioridad cuantitativa, podemos decir: la Administración sería el titular de un interés general, el ciudadano sería el titular de un interés particular. Lo general prima siempre sobre lo particular y lo particular cede ante lo general». Esta concepción tradicional se ve subvertida por la superioridad de los derechos fundamentales dentro del ordenamiento jurídico: «... antes que examinar la calidad de los intereses o la extensión general o particular del que el ciudadano intenta hacer valer habrá que examinar su posición jurídica como titular de derechos fundamentales, porque si resulta que es titular de derechos fundamentales, por más que con ellos se intenten hacer valer meros intereses particulares, la invocación ritual del interés general contrario no servirá absolutamente para nada, pues éstos deberán ceder a la primacía de aquéllos».

A ello habría que añadir, como señala RIVERO (1978, p. 145 y ss.), que a partir de que la Administración debe encargarse de la provisión de prestaciones individualizadas, el estatuto del particular en las relaciones que entabla con la Administración se transforma: «Era un administrado sometido a la autoridad de los agentes públicos; se transforma en usuario. Entre el servicio y él se establece una relación sinalagmática: es acreedor de la prestación, deudor del beneficio correspondiente».

(58) Como regla general las relaciones jurídico-públicas no han abandonado la estructura básica de las relaciones jurídico-privadas, esto es, la correlación entre sujetos activos titulares de derechos y sujetos pasivos obligados a hacer o no hacer algo en favor del primero. Siguiendo la definición clásica de Walter JELLINEK, la relación jurídica se concibe de un modo estricto, esto es, como una «relación establecida entre dos sujetos de Derecho, por lo menos, en virtud de la cual uno de ellos debe o puede hacer u omitir algo respecto de otro». Del mismo modo, a pesar de que se afirme que la relación jurídico-pública sólo tiene semejanzas superficiales con la relación privada [FORSTHOFF (1958, p. 263 y ss.)], buena parte de la doctrina concluye manteniendo que las relaciones jurídico-públicas son derechos y deberes correlativos: ROYO VILLANOVA (1946, p. 81, en nota 99); GUASP (1971, p. 80); GARCÍA-TREVUJANO FOS (1974, p. 501 y ss.); GARRIDO FALLA (1987, p. 345 y 346); ENTRENA CUESTA (1998, p. 153-155); GONZÁLEZ NAVARRO (1987, p. 537).

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 parte de los ciudadanos y, además, están obligados a garantizar el cumplimiento del Derecho. Ambas consideraciones, como regla general, no se alcanzan por la vía de la igualdad (59), sino de la coercibilidad y de la unilateralidad (60).

Aparte de la identificación de tipos de relaciones jurídicas vinculables con tipos de actuación administrativa (relaciones igualitarias y actividad de concertación; relaciones de subordinación y actividad de intervención...), el análisis de la actividad material de la Administración, desde la doctrina de la relación jurídico-pública, permite alcanzar una conclusión especialmente relevante y compatible con la visión del Estado cooperativo a la que ya hemos aludido: consolida la posición subjetiva del ciudadano en sus relaciones con la Administración, revalorizando así el lugar que ocupa en el seno del Derecho Administrativo y subrayando no sólo 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»).

La teoría de la relación jurídica supera igualmente las limitaciones de la teoría de las formas jurídicas tanto para explicar dogmáticamente las actuaciones cooperativas o participativas del ciudadano, como para abarcar las relaciones jurídicas plurales. En definitiva, la tradicional relación bilateral Estado-ciudadano se amplía a relaciones en muchas ocasiones multilaterales, incorporando las

(59) El ciudadano puede ser considerado, por tanto, como titular de derechos que le sitúan en una posición jurídicamente no inferior a los poderes públicos, pero lógicamente distinta (el particular como titular de derechos y la Administración facultado por las competencias que el ordenamiento le atribuye), cuando la relación jurídico-pública se entabla con respeto del orden jurídico establecido. En estos casos, el Derecho vincula de igual manera a particulares y poderes públicos. Ahora bien, cuando los poderes públicos ejercen sus competencias de forma innovativa, o bien cuando el particular viola el ordenamiento jurídico, la relación jurídico-pública manifiesta la superioridad del poder de imperio que caracteriza a las potestades públicas. En el primer caso, porque la función vicaria de los intereses generales que define a los poderes públicos sólo puede cumplirse con el ejercicio de las competencias conferidas normativamente, sin perjuicio de que ello pueda afectar a los derechos de los particulares. En estos casos, la relación jurídica es claramente asimétrica en relación con las situaciones jurídicas consolidadas conforme a la normativa derogada (no así necesariamente para las nuevas relaciones jurídicas). Pero, sobre todo, es en el segundo supuesto en el que se manifiesta la preeminencia del poder público, en la medida en que la Administración puede imponer el cumplimiento de la Ley por vías ajenas a las jurisdiccionales y recurriendo a las prerrogativas de autotutela que el ordenamiento confiere a la Administración. En otras palabras, las relaciones jurídico-administrativas son variables en función del tipo de actuación administrativa de que se trate.

(60) En este sentido, SCHMIDT-ASSMANN (2003, p. 20-22). PAREJO ALFONSO (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».

posiciones jurídicas de terceros afectados. Por esta razón, debido a la relevancia de cada uno de los sujetos en el seno de las relaciones de Derecho público, las relaciones que se entablan en el marco de la concertación administrativa informal plantean el problema de su eventual transformación de situaciones reales multipolares en sistemas bipolares o trilatelares de negociación (61).

Este problema nos permite reflexionar acerca de los criterios sobre los que se debe fundamentar la actuación informal de la Administración. Dicho de otro modo, tomando como ejemplo la participación de terceros, es evidente que para la salvaguarda de sus intereses y derechos podríamos considerar su participación como un presupuesto de legalidad de los acuerdos informales mantenidos por la Administración. Hasta qué punto esto es así, es algo que sólo puede responderse con base en los principios que de forma transversal engarzan y dan complitud al ordenamiento jurídico (sistema interno), no sólo en lo que atañe a la propia actividad administrativa, sino también en virtud de los valores, principios y derechos fundamentales, que fundamentan y legitiman la adaptabilidad de las categorías e instituciones que conforman el sistema conceptual externo (62). Dicho de otro modo, y para ajustarlo a nuestro ejemplo, la cuestión a afrontar es si esos valores, principios y derechos constitucionales permiten modular todas las relaciones jurídico-administrativas para dar cabida a terceros afectados (una

(61) SCHMIDT-ASSMANN (2003, p. 336 y 337), comentando la doctrina del Tribunal Federal Alemán *Flachglasurteil*, señala que esta sentencia recurre a la teoría de las relaciones jurídico-administrativas y a elementos constructivos de la teoría de las formas y procedimientos, generando un contexto de análisis de los peligros de la actuación consensual informal para los principios del Estado de Derecho. En relación con la teoría de las relaciones jurídico-administrativas, el autor considera que el riesgo se encuentra en los intereses de terceros que puedan no formar parte del acuerdo, de ahí la importancia tanto de la información o documentación de la negociación previa, como la ampliación de las posibilidades de participación en la fase preliminar de concertación. Por otro lado, como señala HOFFMAN-RIEM (1993, p. 60), los requisitos de legalidad desarrollados por la jurisprudencia alemana se adecúan al control jurisdiccional de los vicios, pero poco añaden para «el gobierno optimizador del comportamiento de la Administración». Así, afirma que aun cuando el resultado alcanzado en el acuerdo se mueva dentro de los márgenes jurídicos marcados por la *Flachglasurteil*, ha de asegurarse que tales vicios no pierden su relevancia jurídica si, por ejemplo, se produce una exclusión de sujetos o grupos interesados en la previa negociación que, en el marco del control de la fundamentación de la posterior decisión formal, no pudiera reflejar un defecto de ponderación.

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» [SHULZE-FIELTZ (1993, p. 99) o LÜBBE-WOLF (1993, p. 411)]. Tempranamente puso de relieve esos mismos problemas en España SÁNCHEZ BLANCO (1986, p. 139 y ss.), manifestando la «exclusivización» de la representación institucional en las negociaciones tripartitas (sindicatos-patronal-Ministerio) en el seno de la concertación económico-social. En el seno de la Unión Europea, problemas similares, aparte de la ausencia de publicidad, llevaron al Tribunal de Justicia a otorgar efectos jurídicos limitados a las «conform letters» dictadas en materia de Derecho de la competencia [SSTJCE C-253/78, *Procureur de la République et al. v. Giry, Guerlain et al.*; C-37/79, *Marly v. Lauder*; C-99/79, *Lancome v. Etos*; C-31/80, *L'Oreal v. De Nieuwe Amck*].

(62) Sobre las nociones de sistema externo y sistema interno, véase LARENZ (2001) o CANARIS (1998).

suerte de «multilateralización» de las relaciones jurídico-públicas), incluso cuando la Administración actúe informalmente, derivándose de ello obligaciones de actuación imponibles a las Administraciones.

2. ... y su conexión con la teoría del procedimiento administrativo

El planteamiento precedente permite conectar nuestras reflexiones con la aplicación de la teoría del procedimiento administrativo. La vía de articulación de las exigencias derivadas de la consideración de relaciones jurídicas complejas en el seno de las negociaciones con la Administración, debe fundamentarse en la identificación de principios constitucionales de los que puedan derivarse criterios funcionalmente equivalentes a los propios de los procedimientos administrativos imponibles a cualquier tipo de actuación administrativa. No se trata tanto de una aplicación extensiva de las Leyes de procedimiento administrativo, lo que podría resultar un contrasentido hablando de actuación informal, como de buscar la conexión que los principios generales del procedimiento tienen como expresión o concreción de los principios generales y constitucionales que rigen toda acción administrativa.

En otras palabras, se trata de identificar los criterios reguladores de todos los «modos de proceder» de la Administración, no sólo válidos para la actuación procedimentalizada de la Administración, sino también de la actuación administrativa material informal, pues no se puede desconocer que también en estos casos la Administración sigue un proceso de acción. Proceso de acción que, obviamente, no se articularía en tales casos a través de un procedimiento secuencial en el sentido clásico, pero que necesariamente debe someterse a pautas de actuación que están predeterminadas por la función constitucional de la Administración. Procesos que, no es preciso decirlo, no han sido considerados por las Leyes de procedimiento administrativo porque su lógica original no cubría estas otras formas de acción administrativa (63), pero que es preciso encauzar con base en aquellos principios constitucionales, para salvaguardar los derechos e intereses afectados, así como la corrección de la solución alcanzada, garantizando así su posterior eficacia (64).

(63) Esa disonancia entre Ley procesal administrativa y realidad administrativa fue puesta de relieve tempranamente por SÁNCHEZ BLANCO (1986, p. 139-148), quien en el marco de las negociaciones tripartitas (sindicatos-patronal-Ministerio) en el seno de la concertación económico-social, señalaba cómo, a pesar de que la Ley de Procedimiento Administrativo de 1958 encauzaba la participación de aquellas organizaciones a través del trámite de audiencia [en consonancia con el art. 105.a) de la Constitución], las disposiciones generales aprobadas en aquel campo eran el resultado de acuerdos previos en los que la Administración, en muchos casos, actuaba como moderadora del debate entre las otras dos partes.

(64) No se trata de «formalizar la actividad informal» mediante la aplicación análoga del procedimiento administrativo, sino de establecer límites de esa naturaleza a la acción administrativa [MAURER (2011, p. 420)]. En la misma línea, GROMITSARIS (2007, p. 270) y LE SUEUR (2007, p. 252).

La aplicación extensiva de los principios del procedimiento administrativo a actuaciones que por definición son extraprocesales por la informalidad que las caracteriza, se podría fundamentar en la aplicación a toda actuación administrativa de principios sobre gobernanza con trascendencia procesal tales como los principios de responsabilidad, coherencia, transparencia y participación. Ahora bien, no se puede desconocer que esos principios constituyen conceptos clave («*keyterms*») que son la traducción sociológica, evolucionada y adaptada de los principios constitucionales que rigen la acción administrativa. Principios constitucionales tales como el de racionalidad (art. 9.3 de la Constitución), igualdad (art. 14), eficacia y objetividad (art. 103.1), que se han asociado en buena lógica a la actuación procedimentalizada de la Administración (el deber de buena administración) (65), pero que superan esa percepción del procedimiento administrativo para extenderse de forma renovada a toda actuación administrativa (66).

Esto significa que los principios constitucionales, reforzados por los principios sobre gobernanza, no sólo inspiran una evolución hacia una nueva generación de procedimientos administrativos (67), sino también la expansión aplicativa de criterios de actuación generales a la actuación administrativa toda. Esto es evidente, pues cuando la Constitución establece aquellos principios no distingue tipos de actuación administrativa, de modo que todos ellos están sujetos a aquellos principios. Esto es igualmente obvio, porque si la actuación informal no debiera someterse a tales principios, estaría plenamente justificada la apreciación tópica acerca de su antijuridicidad. Desde este punto de vista, en la medida en que los principios constitucionales no impiden el recurso a mecanismos de dirección diversos, incluidos los de tipo cooperativo (de hecho, reforzados por una interpretación adaptativa desde los parámetros de la nueva gobernanza), ello significa que también esas formas de actuación deben respetar los arts. 9.3, 14 y 103.1 de la Constitución, del mismo modo que los derechos fundamentales. Esto es una obviedad.

Aunque no puede decirse que de la Constitución emane un modelo único de procedimiento administrativo (esto es más una cuestión de política legislativa, en función del tipo de actuación administrativa), sí que es cierto que del texto constitucional se derivan consecuencias de aplicación general tales como la imparcialidad, neutralidad e independencia del proceder administrativo, la

(65) Sobre esta materia, los magníficos trabajos de PONCE SOLÉ (2001 y 2010) en relación con la deducción de los deberes de buena administración directamente de los preceptos constitucionales.

(66) El sometimiento a los principios y derechos fundamentales de toda actividad administrativa es igualmente asumido en Alemania [SCHRÖDER (2007, p. 116); SCHMIDT-ASSMANN (2008, p. 51 y ss.)]. La jurisprudencia alemana insiste en esta conclusión, afirmando la necesaria consideración de los principios de proporcionalidad, igualdad y legalidad [87 BVerwGE 37 (42) y 82 BVerwGE 76 (80)].

(67) Sobre la evolución del procedimiento administrativo, véase BARNÉS VÁZQUEZ (2010).

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, concreciones todas ellas de principios constitucionales como los de objetividad, eficacia e igualdad (68).

En otras palabras, recuperando la idea de análisis de la actuación informal bajo el paraguas de la teoría de las relaciones jurídico-públicas, cabría ratificar que analizar la concertación informal desde esta perspectiva, sirve efectivamente para fortalecer la posición de los sujetos y grupos afectados al amparo de los principios constitucionales citados. Así, un mandato de optimización del principio de «igualdad de armas» en derechos y deberes concretos se trasladaría igualmente a este tipo de relaciones (69), de donde cabría imputar a la Administración el deber de cumplir con «obligaciones administrativas accesorias» que nacerían a favor de los terceros afectados o interesados aun cuando no fueran parte en las negociaciones.

No se trata, insistimos, de formalizar o procedimentalizar las acciones informales, pues en tal caso la informalidad alumbraría finalmente de otro modo (70), sino de establecer límites que gobiernen la acción informal de la Administración; límites que reflejen por qué no es una actividad ajena al Derecho y, por ello, no necesariamente antijurídica. Límites que, finalmente, deberán someterse al principio de proporcionalidad y al principio de no discriminación (considerando el tipo de acción administrativa, la trascendencia de la decisión y su complejidad, la necesidad de obtener información y consultar a distintos grupos de interesados, la importancia de los intereses en juego...), pues de otro modo estas formas de actuación informal podrían perder su espontaneidad y mayor eficacia.

Desde este punto de vista, los principios constitucionales que rigen la actividad de la Administración, que como hemos visto exigen un entendimiento flexible de las relaciones jurídico-públicas y de la salvaguarda de los derechos e intereses de los afectados, tampoco pueden imponer la participación a toda costa. Por esta razón, el principio de proporcionalidad exigiría que cuando un concreto procedimiento de negociación no permita que determinados sujetos o grupos interesados participen activamente haciendo valer sus derechos e intereses (por motivos de eficiencia en la toma de decisiones), quepa, sin embargo, imponer obligaciones mínimas (accesorias) a la Administración que podrían cifrarse en

(68) En una línea similar, BARNÉS VÁZQUEZ (2006, p. 320 y 321).

(69) SCHMIDT-ASSMANN (2003, p. 316 y 375 y 376) en términos similares.

(70) Igualmente, MAURER (2011, p. 420). Por su parte, SHULZE-FIELTZ (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 sólo se consigue que las componendas informales pasen a celebrarse en otras fases, ya sean anteriores, ya posteriores». Por este motivo, el autor aboga por otras formas de control interno de la Administración.

el deber de informar a esas personas del estado de las negociaciones y de sus resultados (71).

Un segundo límite en términos de proporcionalidad y de igualdad atiende al número de sujetos y grupos a los que debería dirigirse la Administración en cumplimiento de tales «obligaciones accesorias» derivadas de los principios constitucionales. Es evidente que su aplicación extensiva plantea un problema no sólo de eficacia, sino también de eficiencia de la actuación administrativa. El gran problema es dónde se halla la línea distintiva entre los sujetos intervinientes en la negociación, los sujetos y grupos potencialmente afectados e interesados a los que se debe informar, tratar de involucrar en la concertación, etc., y las constelaciones de sujetos y grupos que sólo eventualmente pueden considerarse afectados y cuya magnitud puede desbordar cualquier acción eficiente. No hace falta decir que esta disyuntiva está en la base de las críticas que tradicionalmente se han expresado en contra de la participación en los procedimientos administrativos y a favor de la simplificación en el *iter* procesal. No obstante, se ha de contrarrestar esa crítica con una necesaria aplicación de aquellas «obligaciones administrativas accesorias» con base en parámetros de proporcionalidad y de no discriminación (72) que, por ejemplo, podrían utilizar como referente la distinción entre las nociones de «interesado» y de «público» que maneja la Ley 27/2006, de 18 de julio, por la que se regulan los derechos de acceso a la información, de participación pública y de acceso a la justicia en materia de medio ambiente (73).

Como conclusión a esta cuestión, debe expresarse una petición de principio, cuya eficacia y salvaguarda está, sin embargo, matizada por diversos factores. La afirmación a formular a modo de principio es que toda actuación

(71) En términos parecidos, STOBER y GONZÁLEZ-VARAS IBÁÑEZ (1995, p. 587).

(72) PÉREZ MORENO (1989, p. 126 y ss.) llega a conclusiones similares predicadas como criterio ordenador para la acción del legislador a los efectos de otorgar la función que la Constitución confiere a la participación. No obstante, los mandatos constitucionales son aplicables a todo tipo de actuación administrativa, lo que permite aquí extrapolar aquellas tempranas reflexiones también a la actuación informal de la Administración. En concreto, el autor señalaba que con base en el principio de proporcionalidad cabría deducir un principio de congruencia participativa que, sin poder soslayar la participación ciudadana, condicionaría la participación en virtud de la objetividad del fin y el principio de eficacia de la Administración.

(73) Del mismo modo que en los procedimientos administrativos, con esta conclusión se corre el riesgo de caer en problemas ya conocidos relativos al control «elitista» de la participación y a la instrumentalización estratégica de la misma (obstruccionismo). La restricción de la participación debe tener como límite la imposibilidad de restringir irrazonablemente los derechos e intereses de terceros a lo largo de las negociaciones. La solución no es simple, ni puede ser unívoca: nos remite a una imprescindible ponderación entre la necesaria eficacia de la acción administrativa y la salvaguarda de los derechos e intereses de terceros. En cualquier caso, éste es ya un viejo dilema entre eficacia y protección de derechos, que fue resuelto por SCHARPF hace ya tres décadas, al demostrar que los costes políticos del Estado de Derecho exigen otorgar un lugar preminente a la protección de los derechos de los ciudadanos [SCHWARZE (2006, p. 1177)].

administrativa, incluida la informal, está efectivamente sujeta al cumplimiento de los principios constitucionales analizados y ello tiene lógicas consecuencias en la salvaguarda de las situaciones jurídicas nacidas de las relaciones jurídicas multilaterales que pudieran entablarse. Cosa bien distinta es, y he aquí los matices a la salvaguarda de dicho principio, que la tutela de los «modos de proceder» administrativos esté condicionada por las propias limitaciones de los mecanismos de garantía o tutela del ordenamiento jurídico. No se pueden desconocer, por tanto, los problemas de aplicación de las obligaciones accesorias anteriormente aludidas, sobre todo en el marco de un eventual control judicial. Más adelante volveremos sobre esta cuestión.

IV. VINCULACIÓN A LA LEY Y AL DERECHO, LEGITIMACIÓN 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 por la Ley, no sirve para explicar los parámetros de actuación de la Administración moderna, máxime si de la actuación informal de la Administración se trata. 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 (74), debido, entre otros motivos, a la pérdida de virtualidad regulativa de la propia Ley. El contenido de las Leyes modernas, en muchos casos, sólo permite concreciones directivas generales, de modo que desde una perspectiva sustancial y en importantes ámbitos de la acción de la Administración, la Ley sólo determina débilmente el comportamiento de la Administración encargada de ejecutarla. Decimos que desde una perspectiva sustancial, porque a la disminución de contenidos de ese tipo, habitualmente le ha acompañado un incremento de la procedimentalización administrativa, en muchos casos por efecto de la implementación de Directivas comunitarias, de modo que puede decirse que si bien las Leyes no establecen parámetros o criterios fijos o concluyentes que predeterminen

(74) 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 [SCHMITT (2009, p. 138 y ss.)]. La Ley podía establecer regulaciones y programas de actuación precisos y estables. Ahora bien, con el Estado social, el Estado asume también la responsabilidad de las condiciones socioeconómicas de la sociedad, de modo que no sólo se ha incrementado de forma muy importante la demanda de regulación, sino también las materias objeto de regulación son más complejas y, en ocasiones, inabarcables, aparte de requerir una capacidad de actuación mucho más rápida. 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 contexto del Derecho Administrativo moderno. No obstante, todo ello no le impide mantener la centralidad de la Ley en el Estado moderno (*ibidem*, p. 194 y ss.).

las decisiones administrativas, sí que establecen los mecanismos que encauzan la acción administrativa para alcanzar los objetivos «programados» por la Ley.

En el moderno Estado social de Derecho, por tanto, la Ley despliega una fuerza vinculante a través de diferentes tipos normativos con estructuras variables, sustituyéndose la clásica programación precisa y condicional de la actuación administrativa, por la fijación de una programación no precisa y, por ello, no «dominada» en su aplicación por el legislador (debido al recurso a conceptos jurídicos indeterminados, cláusulas generales...), o bien por la mera fijación de objetivos mediante programas finales (75), sin perjuicio de que dicha actividad sí pueda quedar canalizada a través de procedimientos que guían la acción administrativa. En cualquier caso, desde el punto de vista sustantivo, sólo a través de las distintas formas de concretización de la Ley (normas reglamentarias de desarrollo, la práctica administrativa, decisiones judiciales...), la Ley va «rescatando» parte de ese contenido programático que tradicionalmente le ha caracterizado. En definitiva, el modelo explicativo clásico de la dirección a través de la Ley ya no resulta suficiente (76). 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 (77).

En ese proceso, ya lo hemos adelantado, la relativa densidad sustancial de las Leyes deja siempre un amplio margen de acción a la Administración, cuya función de concreción es variable, pero, en muchos casos, como acabamos de señalar, sólo queda determinada «débilmente» por la Ley. Esto supone entender que la aplicación de la Ley no es una función mecánica, sino creativa (78), no obstante tener que seguir en su caso el proceso de acción diseñado por la propia Ley. En un marco de acción legal amplio como el descrito, entre los comportamientos indiscutiblemente ilegales y los que están inequívocamente establecidos por la Ley, existe una amplia zona de discrecionalidad que otorga a la Administración, en ese proceso de concreción y manejo de las Leyes, la determinación de «lo que sea» legal o ilegal, a falta claro está de una ulterior decisión judicial (79).

En el marco de la actuación informal de la Administración, la relación con la Ley evidencia también una transformación. En este ámbito, nos encontramos con conexiones débiles con la Ley, en muchos casos mínimas, que pueden limitarse a

(75) HOFFMAN-RIEM (1993, p. 36); PAREJO ALFONSO (1991, p. 44 y ss.); BROHM (1993, p. 117 y ss.); BARNÉS VÁZQUEZ (2006, p. 269 y 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.

(76) KLOEPFER (1993, p. 35); STOLLEIS (1993, p. 15 y 16); BROHM (1993, p. 118).

(77) SCHMIDT-ASSMANN (2006, p. 38).

(78) BARNÉS VÁZQUEZ (2005, p. 371).

(79) SHULZE-FIELTZ (1993, p. 96 y 97).

legitimar la actuación administrativa mediante el otorgamiento de competencias y su conexión con los fines de interés general imputados a la Administración. Aquí no se puede hablar de procedimentalización alguna, salvo por los parámetros de actuación derivables directamente de los derechos fundamentales y de los valores y principios constitucionales, y por lo que se refiere a los contenidos sustantivos a considerar, pueden ser tan amplios como los fines públicos que definen la propia competencia administrativa, sin perjuicio del lógico sometimiento a la Constitución y a los principios y Leyes generales.

En este escenario, es evidente que las Leyes no operan como normas que programan la acción de la Administración, sino más bien como normas que establecen límites negativos a esa actuación, encauzándola hacia los fines que actualizan aquellos que definen la competencia administrativa y legitiman su actuación. Dentro de ese marco de acción, el apoderamiento competencial no restringe la acción administrativa a los estrictos términos de la Ley. Al contrario, esto significa que el ordenamiento jurídico deja abiertas una serie de opciones de acción a las que puede recurrir la Administración en aras a satisfacer mejor aquellos fines. Esto no supone 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 (competencias), del tipo de actuación administrativa (acción de concertación, de información...), y como no, del respeto de los principios constitucionales que enmarcan la acción de las Administraciones públicas, así como del resto de valores y derechos constitucionales. Sólo de este modo podría decirse que la actuación informal de la Administración cumpliría una función optimizadora de los intereses y fines que regulan las Leyes (80). 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 claramente 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 (81), de modo que la ausencia de una previsión legal expresa de una actuación administrativa concreta 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 (82), todo aquello no prohibido por la Constitución y las

(80) HOFFMAN-RIEM (1993, p. 37).

(81) Expresión que se debe a MERKL (2004, p. 202 y ss.) consecuencia de la doctrina kelseniana acerca del concepto de Derecho y de la concepción piramidal del ordenamiento jurídico que implica la consideración del ordenamiento como un sistema [KELSEN (1979)].

(82) Atribuciones competenciales que sirven de base jurídica para constituir las relaciones jurídicas que la Administración entabla en sus acciones de concertación. Desde esta perspectiva, cabría entender la opinión de GONZÁLEZ-VARAS IBÁÑEZ (1996, p. 650) cuando afirma que «la rela-

Leyes, y siempre en el marco general de respeto al ordenamiento jurídico (83), la Administración puede optar por aquellas actuaciones que puedan mostrarse más eficaces para lograr alcanzar los fines del Estado, incluidos actuaciones informales de naturaleza cooperativa.

En cualquier caso, esa vinculación mínima con la Ley no resulta superflua, pues opera necesariamente como forma de legitimación mínima imprescindible de la acción administrativa. Los arts. 9, 103.1 y 106.1 de la Constitución evidencian que el nivel mínimo de legitimidad democrática de la actuación de la Administración se encuentra precisamente en ese vínculo, aunque sea mediato o indirecto. Niveles complementarios de legitimación podrán adherirse a este grado básico de legitimación (eficacia y eficiencia, participación...), que permitirán una optimización tendencial tanto de esa legitimación, como, por ello mismo, de la aceptación de las actuaciones y decisiones administrativas (84).

V. PROBLEMAS DE TUTELA JURÍDICA

1. Planteamiento general. Escala de garantías

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, el principio de no discriminación, etc. (85). No se puede desconocer que este acercamiento negativo es deudor de una aproximación a la actuación material de la Administración desde los parámetros clásicos de la teoría de las formas jurídicas de la actuación administrativa. En este sentido, si algo caracteriza a la actuación informal de la Administración es su no sometimiento a un régimen jurídico formalizado del que puedan derivarse consecuencias jurídicas previsibles, homogéneas y estandarizadas (la función «depósito» de las formas jurídicas). Todo ello, al mismo tiempo, contribuye a entender que la acción informal de la Administración manifieste imprecisiones como mecanismo de dirección indirecta.

ción jurídica, por definición, tiene un substrato normativo más o menos inmediato. Es la Ley la que define la extensión de la obligación administrativa en la concesión de la prestación administrativa. La preexistencia de una norma de Derecho público es lo que sirve para caracterizar la relación jurídico-administrativa».

(83) Vinculación al ordenamiento jurídico que también positiviza la Constitución Española (arts. 9.1, 103.1 y 106.1). La doctrina en esta materia es muy extensa; por todos véase, BELADÍEZ ROJO (2000, p. 315 y ss.). En la misma dirección, desde el análisis de la actuación informal de la Administración, STOBER y GONZÁLEZ-VARAS IBÁÑEZ (1995, p. 583 y ss.) y BELANDO GARIN (2005, p. 111 y 112).

(84) VELASCO CABALLERO (2011, p. 93 y ss.).

(85) KLOEPFER (1993, p. 50). Coincide en la existencia de riesgos para la igualdad SHULZE-FIELTZ (1993, p. 103) o en España SÁNCHEZ MORÓN (1979, p. 201) y SÁNCHEZ BLANCO (1986, p. 139 y ss.).

Sin embargo, como hemos tratado de demostrar en los apartados precedentes, las actuaciones informales de la Administración están sujetas al conjunto del ordenamiento y, por esta razón, no quedan al margen del Derecho (86). Frente a esta máxima, lo cierto es que no se puede ocultar que la tutela jurídico-administrativa y el resto de instituciones de garantía del Estado de Derecho desarrolladas frente a la actividad de intervención administrativa, muestran limitaciones ante la actuación informal de la Administración.

Las insuficiencias de las garantías del Estado social de Derecho no son predicables exclusivamente de la actuación material informal; muy al contrario, son extrapolables a otras formas de actuación administrativa. De hecho, de forma general cabe advertir que si admitimos, como ya hemos hecho, que en el moderno Estado social la Administración goza de forma creciente de un papel creativo en la aplicación de la Ley, es fácil llegar a conclusiones que igualmente afectan al alcance del control judicial sobre la actividad administrativa. Así, cabría afirmar que ese control se encontraría limitado en tales escenarios, tanto por la propia legitimación de la Administración para tomar esas decisiones, como por la dificultad de admitir la revisión de una actuación de tal naturaleza, esto es, puramente discrecional, para la que la propia Ley habría establecido parámetros de control débiles y, por ello, habría habilitado a la Administración a tomar tales decisiones (87) siguiendo necesariamente, eso sí, un *iter* procedi-

(86) Así lo demuestra, por ejemplo, la Sentencia del Tribunal Administrativo Federal Alemán de 7 de mayo de 1974 (*Flachglasurteil*, BVerwGE 45, 309), a la que ya hemos hecho alusión. La sentencia se pronunció sobre las negociaciones informales preliminares que suelen acontecer en relación con los proyectos de mayor trascendencia económica. Esta sentencia es de gran importancia en la dogmática alemana de los convenios urbanísticos y de los contratos sobre actos y potestades administrativas en general. La sentencia estableció criterios de legalidad en relación con el vínculo fáctico en que se resuelve la acción consensual de la Administración. Pues bien, la jurisprudencia citada entiende que este tipo de prácticas es posible y legítima siempre que se cumplan una serie de condicionantes. En primer lugar, es necesario que el objeto de las negociaciones preliminares esté justificado objetivamente, de modo que tenga sentido y esté motivado 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 tercer y 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.

Posteriormente, el art. 71.c) párrafo 2º de la Ley de Procedimiento Administrativo alemán ha dado cabida legal a actuaciones de negociación, en la medida en que dicho precepto prevé la posibilidad de que la Administración, antes incluso de que sea presentada la correspondiente solicitud de autorización, pueda someter a «discusión» con el futuro solicitante cuestiones como la documentación a ser aportada.

(87) Aludimos aquí a la distinción entre normas de conducta (*Verhaltensnormen*) y normas de control (*Kontrollnormen*) surgida en el debate en torno al control judicial de la discrecionalidad administrativa. Mientras que las normas de conducta serían aquellas normas que regulan determinada actividad administrativa mediante reglas y principios, las normas de control serían aquellas que determinan los parámetros de control que el órgano judicial empleará, así como la densidad o alcance de los mismos. Cuando no existe simetría entre ambos tipos de normas, como ocurre en el marco de las decisiones

mental que garantice decisiones ponderadas, fundamentadas y aceptables por sus destinatarios; ahora bien, esa misma reflexión nos podría llevar al extremo contrario y justificar un control judicial francamente ampliado e intensificado por un decisionismo (control en principios, valores...) (88) que podría pretender sobreponerse a las decisiones administrativas en todo caso, en eventual contradicción con el principio de separación de poderes (¿gobierno de los jueces?).

La conclusión, muy probablemente, pase por admitir que no tanto el alcance del control judicial en sí mismo, como el objeto de ese control debe focalizarse en cuestiones relativas al «modo de proceder» de la Administración para tomar decisiones ponderadas, fundamentadas y participadas, más que en el contenido mismo de esa decisión, sin perjuicio de que ese contenido sea controlado de forma indirecta, como mostraremos a continuación (89). Hay que advertir, por otro lado, que esta conclusión parte de una premisa trascendental que ya hemos reiterado: la tendencial sustitución de contenidos sustantivos en las Leyes, en muchos casos por contenidos fundamentalmente procedimentales y organizativos. Esto, lógicamente, enfatiza la voluntad del legislador de otorgar pleno valor a los modos o procesos de toma de decisiones. Dicho de otro modo, si la Administración puede demostrar que su decisión es la «mejor de las posibles» (no una mera alternativa más) y que a tal efecto se siguió un proceso de acción coherente con los principios, valores y derechos constitucionales (ponderación, participación, transparencia...), parece evidente que en esas circunstancias el contenido mismo de la decisión no sería susceptible de control. Esa íntima conexión entre la dimensión sustantiva y procedimental lleva a reclamar una contención del control judicial, otorgando pleno sentido a la consideración del procedimiento o proceso de acción administrativo como una auténtica garantía de corrección, de evitación de conflictos y de legitimación de la Administración (90).

discrecionales, sucede que cabe aislar ámbitos decisionales que sólo competen a la Administración. En otras palabras, en tales casos las normas remiten la decisión final a la Administración y la revisión judicial debe limitarse a los procesos que ordenan la adopción de tal decisión.

La doctrina de la atribución normativa de la competencia para adoptar la última decisión (*normative Ermächtigungslehre, Letztentscheidungsermächtigung*) exige que esa atribución a la Administración esté expresamente prevista o que pueda deducirse por vía interpretativa, y que la limitación de la tutela judicial consecuente esté justificada en un bien o interés constitucionalmente protegido. Véanse SCHMIDT-ASSMANN (2003, 229 y ss.), RODRÍGUEZ DE SANTIAGO (2005).

(88) La mejor doctrina de la teoría del Derecho conocida como «neoconstitucionalismo» coincide en esta conclusión. La literatura al respecto es amplísima, pero por su especial valor concretizador puede consultarse PRIETO SANCHÍS (2001, p. 201 y ss.).

(89) En este sentido, PONCE SOLÉ (2010, p. 167 y ss.) y VELASCO CABALLERO (2011, p. 96).

(90) La práctica en EE.UU., no obstante, apunta a un creciente protagonismo judicial. Al respecto, véase SHAPIRO (2002, 16 y ss.) y MEUWESE, SCHUURMANS y VOERMANS (2010, p. 3 y ss.), haciendo una comparación con el sistema americano y las tendencias que se apuntan en el seno de la Unión Europea. Sobre el tratamiento de esta cuestión desde la perspectiva del control de la discrecionalidad en diversos Estados europeos, véase las interesantes observaciones de LADEUR y PRELLE (2002, p. 93 y ss.)

Efectivamente, un fortalecimiento general de los mecanismos de garantía y tutela se muestra imprescindible (91), aunque no necesariamente pasa por un reforzamiento exclusivo de la vía judicial, sino fundamentalmente por la consideración del procedimiento administrativo como verdadera garantía de los derechos e intereses de los ciudadanos (no necesaria y exclusivamente entendida en términos de defensa, sino también como mecanismo para lograr la decisión ponderada que mejor satisfaga los intereses y derechos en juego) (92) y, por esa misma razón, como vía para evitar conflictos o, en su caso, para solucionarlos implementando mecanismos alternativos de resolución de conflictos. Todas esas garantías, no podemos olvidarlo, constituyen una fuente concurrente de legitimación de la Administración, inherente a la vinculación a la Ley y al Derecho de cualquier actuación administrativa. En este sentido, es importante recalcar que las garantías de los sistemas jurídicos operan escalaramente, lo que también permite formular grados de optimización de la legitimación desde este punto de vista.

La tutela tradicionalmente se ha centrado en el nivel o escala que según las bases de un sistema jurídico centrado en la defensa de los derechos de los ciudadanos contra la acción de la Administración, debía ser considerado como el nivel básico de tutela, esto es, la vía judicial y, más concretamente, en la tutela primaria o de legalidad (93), sin perjuicio del resarcimiento por los daños producidos por la acción u omisión administrativa (tutela secundaria). En el Estado constitucional se han complementado esos niveles de tutela, por ejemplo, con las vías de amparo que, en el fondo, no son más que manifestaciones de la misma tutela primaria y secundaria pero con parámetros de legalidad constitucional. Pues bien, la idea del procedimiento administrativo como garantía contribuye a establecer un nuevo nivel básico de tutela basado en nuevos parámetros de la actividad administrativa (94), que permitan limitar (no impedir o sustituir) la

(91) SCHMIDT-ASSMANN (2003, p. 225 y ss.) y (2006, p. 82 y ss.).

(92) En aplicación extensiva de las tesis de ALEXY (2008, p. 416 y ss.) y de FERRAJOLI (2010, p. 63 y ss.).

(93) La tutela judicial primaria pretende el restablecimiento de la legalidad, por contraposición a la tutela secundaria que tiene por finalidad la compensación de los daños derivados de la actividad administrativa. Esta terminología es común en la doctrina alemana (MAURER, WOLF, BACHOF, STÖBER...). Nuestro sistema de control judicial asume igualmente esa dualidad, aunque se discute si ambos tipos de tutela guardan una relación de preferencia a favor de la tutela primaria con la consiguiente subsidiariedad de la tutela secundaria, o bien una relación de complementariedad con operatividad independiente. Al respecto, véanse las reflexiones de RODRÍGUEZ DE SANTIAGO (2011, p. 150-152).

(94) La «teoría de los parámetros» (SCHMIDT-ASSMANN.: 2003, 347 y ss.) presenta un Derecho Administrativo conformado sobre los parámetros reales de la actividad administrativa, más allá de la pura legalidad. Algunos de esos parámetros son jurídicos (los principios de proporcionalidad o de seguridad jurídica...); otros poseen una conformación mixta (eficacia, eficiencia); otros, sin embargo, no han sido aún «traducidos» jurídicamente, pero no pierden por ello su relevancia para la acción administrativa (gobernanza...). En relación con este último grupo, el Derecho debe establecer procedimientos para facilitar su desarrollo y aplicación, así como para permitir un intercambio que genere procesos de aprendizaje.

tutela judicial a los «asuntos importantes» (escala secundaria de garantías), del mismo modo que sólo deben acceder al amparo constitucional las violaciones más groseras de los derechos fundamentales (tercer nivel). Lo fundamental es que se logre un nivel suficiente de control y no un control máximo, aislado y monopolizado por los órganos jurisdiccionales, pudiéndose hablar, por el contrario, de una «multiforme variedad de controles administrativos» (95).

No se puede desconocer que la aplicación de esta escala de garantías a la actuación informal de la Administración genera problemas. Las actuaciones puramente informales, alejadas de cualquier procedimiento por tanto, en la medida en que también deben someterse a «modos de proceder» articulados conforme a principios constitucionales también deben ser tuteladas en esa escala básica de garantías. Cosa bien distinta es que, en el estado actual de nuestro Derecho, esta afirmación no parece muy realista.

Si esto es así, parecería que sólo fomentando el control judicial sería posible canalizar el control de esas actuaciones. Ahora bien, un problema adicional es que la tutela judicial pueda canalizar adecuadamente ese control, o mejor, que realmente existan vías para articular la tutela judicial de la acción informal de la Administración. Como vamos a poner de relieve a continuación, en nuestro ordenamiento la situación apunta precisamente a la inexistencia de vías idóneas para tutelar los derechos e intereses de los ciudadanos. Observaremos, igualmente, como un sistema de tutela basado en el control de la legalidad (tutela primaria) de la actuación jurídica formalizada (no obstante existir pretensiones limitadas relativas a vías de hecho e inactividad), que tendencialmente otorga una función secundaria o subsidiaria a la tutela secundaria o resarcitoria, sin embargo, en el caso de la actuación informal, la tutela resarcitoria se torna en alternativa preferente, única y excepcional, lo que obviamente no es sinónimo de ni de flexibilización procesal, ni de éxito.

2. Criterios para el control de la actividad consensual informal y eventual articulación de la tutela. ¿Tutela secundaria?

Se nos permitirá a continuación formular los problemas que la tutela de la actividad informal genera. A lo largo de esta exposición mostraremos cómo, a pesar de la existencia de criterios jurídicos de control, los medios de articulación de tutela no permiten una adecuada canalización de la misma, salvo (y no sin muchos inconvenientes) por lo que respecta a una eventual responsabilidad patrimonial de la Administración.

Comenzando con esta exposición, en relación con la acción administrativa de negociación informal cabe formular límites específicos que permitirían fundamentar un eventual control judicial. Esos límites deben establecerse en función de

(95) SCHMIDT-ASSMANN (2006: 84 y 85).

dos grupos de sujetos: a) Quienes negocian directamente con la Administración; y b) Quienes no negocian, pero pueden verse afectados por el acuerdo. En ese marco cabría formular, además, varios criterios limitativos previos y generales en todo caso insoslayables y válidos para cualquier manifestación informal de la actuación administrativa.

A) Límites generales

Empezaremos por los límites generales mencionados, marco en el que se incardinarian los límites específicos antes mencionados. Desde este punto de vista, habría que recordar que en la medida en que la actuación informal de la Administración también se somete al ordenamiento jurídico-constitucional, de ello se derivan límites básicos como el lógico respeto de los principios, valores y derechos constitucionales. Esas limitaciones se concretarían, en primer lugar, y por lo que se refiere a la habilitación misma de la acción administrativa, en el respeto a las materias reservadas a la Ley [fundamentalmente si están en juego los derechos fundamentales (96)]. Asimismo, también se concretarían en la interdicción de la arbitrariedad en la selección de los medios de acción, máxime si recordamos que la Administración no puede huir de las garantías jurídico-materiales y procedimentales allí donde el ordenamiento jurídico exija una actuación formalizada; es decir, la Administración no puede subvertir la forma jurídica de actuación específicamente prevista por el ordenamiento jurídico. Del mismo modo, también surgen límites derivados de la vulneración del principio de no discriminación, sobre los que posteriormente volveremos, por ejemplo, en la selección de los sujetos o grupos con los que la Administración entable una acción informal de concertación.

Otro límite general a la acción informal de la Administración tiene que ver con la tolerancia de la ilegalidad y el pacto sobre lo antijurídico. *A priori* podría decirse que la vinculación al ordenamiento jurídico impediría que la Administración buscara cobijo en la ilegalidad, aceptando aquello que nunca podría hacer si actuara por los caminos formales ordinarios (97). Sin embargo, siendo estrictos deberíamos distinguir entre la mera tolerancia (sin mediar acuerdo alguno), que en ningún caso supone legalización ni reconocimiento de situación jurídica alguna, y otra bien distinta, «cerrar» un acuerdo antijurídico. Aquí nos referiremos sólo a este último caso y, en concreto, a la tolerancia subsiguiente a la celebración del acuerdo ilegal: esto es, a la pasividad convenida frente a la ilegalidad, o al menos, frente a «desviaciones» aplicativas de la norma.

En estos casos las situaciones son variables. Si al acuerdo no le sigue ninguna otra actuación jurídico-pública, el problema surgiría si la tolerancia

(96) Como así ponen de relieve, STOBER y GONZÁLEZ-VARAS IBÁÑEZ (1995, p. 585) y BELANDO GARÍN (2005, p. 111), en cuyo caso ha de ser siempre la Ley quien legitime la intervención administrativa.

(97) HOFFMAN-RIEM (1993, p. 61 y 62).

se concretara en permisividad ante una actuación contraria a Derecho que coincidiese con los términos del acuerdo alcanzado. Ahora bien, no siempre podrá argumentarse que en esos supuestos se habrían superado los márgenes de oportunidad y proporcionalidad administrativa, ni tampoco que se hubieran generado situaciones discriminatorias. Respecto a lo primero, no se puede desconocer que la Administración goza de cierto margen de acción a la hora de perseguir y sancionar actos ilícitos en función del interés público que concurra en cada caso concreto. Y respecto a la supuesta discriminación, no se puede olvidar que ésta se produciría sobre infracciones existentes y, por ello, en el tratamiento desigual ante la ilegalidad, de ahí que la mera alegación del art. 14 de la Constitución sería insuficiente para apelar a aquella desigualdad (98).

Distinto es el caso en que el acuerdo alcanzado tenga traslado a un posterior acto jurídico-público que formalice el pacto alcanzado. Si el acto transcribe un acuerdo íntegramente nulo, poco más se ha de añadir sobre su destino en el mundo jurídico; las dudas, sin embargo, surgen en los casos en que los actos incorporan «desviaciones» parciales de la aplicación rigurosa de la norma. Esto es, se trataría de casos donde la tolerancia sobre lo ilegal es parcial, en muchos casos circunstancial, cuando no meramente transitoria.

Este tipo de situaciones acontecen, fundamentalmente, en casos complejos, en los que la Administración depende para su actuación de la información y cooperación de los privados. Puede suceder, paradójicamente, que en dichos supuestos la normativa otorgue una amplia discrecionalidad a la Administración, pero su actuación, en cualquier caso, quede condicionada por un dato inicial: la necesidad de intercambio de información y colaboración para tomar decisiones ajustadas a la realidad de los destinatarios de las normas. En esas condiciones, en bastantes casos la Administración se ve forzada a tolerar ciertas «desviaciones» para conseguir, al menos, lograr los principales objetivos legales.

Podría argumentarse que esta forma de actuar entraría en pugna con el principio de proporcionalidad, pues al menos en los casos más groseros (tolerancia de la mera ilegalidad, sin ponderación, por ejemplo, de posibles aplicaciones flexibles de la normativa en virtud de las circunstancias) sería difícil justificar que la actuación material de la Administración respetase la adecuación del medio empleado con el fin pretendido, máxime si de aquel acuerdo se derivaran efectos sobre terceros. Ahora bien, si la ponderación de intereses justificase una adecuada y mayor compensación en favor de los fines perseguidos y favorecidos, en función de la menor fortaleza de los principios defraudados, cabría justificar, por ejemplo, la articulación de mecanismos de adaptación transitoria en los posteriores actos administrativos, que podrían servir para justificar adecuadamente un acuerdo con un contenido tal, siempre y cuando aquellas medidas permitieran

(98) PAZ-ARES y VELASCO CABALLERO (1997: p. 5 a 7).

una razonable adaptación progresiva de la situación jurídica del administrado a parámetros de legalidad ordinarios (99).

B) Límites específicos

Como ya señalamos anteriormente, desde un plano concreto o específico la tutela de la actuación de concertación informal debería distinguir entre quienes negocian con la Administración y quienes no tienen tal posibilidad. Comenzando con el primer grupo, 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 o puede ser en la práctica sólo 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» (100) obviamente no pueden equipararse a supuestos de intervención administrativa formalizada, pero pueden ocultar o suponer un «atemperamiento» irregular de las formas de actuación típicas de la Administración de policía. Todos estos supuestos reclaman una forma de tutela que deberá articularse a través de la identificación de una auténtica vía de hecho.

La otra vertiente de la tutela que estos supuestos plantean, es la que tiene que ver con el supuesto incumplimiento del acuerdo. En primer lugar, debe atenderse la cuestión relativa al grado 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 o que conseguir y, por consiguiente, porque debe o puede acceder total o parcialmente a las pretensiones de los interesados. En la medida en que el acuerdo sobre aquello a que se accede sólo tiene sentido si tiene reflejo o traslado al «mundo de lo jurídico» y, por ello, tiene consecuencias jurídicas (por acción u omisión) (101), ello presupone que el acuerdo informal puede llegar a condicionar el ejercicio de las facultades administrativas, ahora ya sí, en un procedimiento «formal» ulterior.

(99) Esta forma de actuar no supondría ninguna novedad. En materias reguladas (actuación formalizada) soluciones similares son recogidas comúnmente. El caso del medio ambiente es un buen ejemplo. Al respecto, véase AGUDO GONZÁLEZ (2004b, p. 256 y ss.).

(100) KLOEPFER (1993, p. 51).

(101) El acuerdo conforme a Derecho, o bien tiene un posterior traslado a un acto jurídico-público, modificando la situación jurídica del ciudadano, o bien el mero acuerdo sobre el *statu quo* de la posición jurídica legal del ciudadano, que confirme su situación jurídica preexistente sin cambios, parece que tiene poco sentido. Por el contrario, sí tiene pleno sentido el acuerdo sobre el mantenimiento de una situación irregular, aunque ello lógicamente no tenga reflejo alguno en una actuación administrativa posterior. Aquí, pues, la situación generada tendría consecuencias jurídicas por omisión (no apertura de expediente sancionador...).

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 al acuerdo. Esto, en buena lógica, puede suponer predeterminar el resultado de un procedimiento aún no iniciado, en virtud de una «autovinculación de la Administración» (102) imputable a una acción puramente informal.

La «autovinculación» de la Administración, concepto con origen en el Derecho Alemán («*Selbstbindung*») (103), es un concepto omnicomprensivo del concepto de precedente administrativo del Derecho español y equiparable al de «*autolimite*» del Derecho italiano (104), que responde a la idea de garantizar de forma general la coherencia de la Administración en relación con cualquier actuación administrativa a la que sucede otra posterior. Aunque la «autovinculación» ha sido predicada de distintas actuaciones jurídico-formalizadas de la Administración (desde reglamentos, pasando por disposiciones administrativas internas y actos administrativos), recientemente, también ha sido aplicada a la promesa no vinculante de una actuación futura; se predica de aquellos casos en los que la promesa no es vinculante por sí misma porque así lo establezca el ordenamiento, ya que si fuera vinculante, es evidente que no cabría margen ulterior de actuación por parte de la Administración.

En este caso, la doctrina alemana coincide en mantener que los límites al actuar administrativo se aplican respecto de aquellos casos en los que esas promesas se producen en el marco de un procedimiento administrativo, esto es, se desarrollan en una misma secuencia espacio-temporal; esto significa también que la vinculación de la Administración a su promesa se habría de concretar en un acto administrativo ulterior. Ello supone, asimismo, que la «autovinculación» exige que la actuación administrativa se ubique en el marco de las valoraciones jurídicas, lo que presupone la existencia de una actuación administrativa que siga el procedimiento correspondiente (esto es, el traslado al «mundo de lo jurídico» al que aludíamos anteriormente).

El problema nace cuando la expectativa generada por la promesa se ve frustrada por una respuesta negativa de la Administración. La «autovinculación», por tanto, opera como límite a la discrecionalidad de la acción posterior de la Administración. En estos casos, ya sea porque la Administración simplemente no respeta su promesa, ya porque aquélla versara sobre contenidos contrarios a Derecho, ya porque se hubiera producido un cambio de circunstancias, cabría en principio pensar en una eventual reclama-

(102) A este respecto sigo a DÍEZ SASTRE (2008, p. 176 y ss.).

(103) En Alemania, algunos de los primeros y más influyentes trabajos al respecto son MAUNZ (1981, p. 499 y ss.), BURMEISTER (1981, p. 503 y ss.) y HOFFMANN-RIEM (1982, p. 273 y ss.).

(104) En este sentido, VIPIANA (1990).

ción resarcitoria fundamentada en la vulneración del principio de confianza legítima (105).

Trasladando estas ideas al objeto de nuestro estudio, se ha de considerar que las «promesas» a las que aquí nos referimos nacen de acuerdos informales que sólo de forma mediata o indirecta tienen relación con actuaciones jurídicas procedimentalizadas-formalizadas; además, se trata de acuerdos que, lógicamente, no contienen promesas de conductas jurídicamente vinculantes, pues no gozan de eficacia jurídica vinculante alguna (106). Dicho de otro modo, sólo de forma muy débil puede mantenerse una vinculación de la Administración respecto de su actuación negociada precedente, principalmente, por el carácter puramente provisional de tales acuerdos, los cuales podrían desvanecerse en virtud de las exigencias de legalidad y objetividad inherentes a toda acción administrativa; existe, por tanto, una debilidad innata a la propia actuación administrativa en la que se habría puesto la confianza del ciudadano y en la que fundamentar una eventual reclamación resarcitoria (107).

(105) No toda la doctrina apoya esta tesis. MAURER (2011, p. 419 y 420) opina que la ausencia de eficacia jurídica vinculante de los acuerdos informales no puede pretender justificarse ni con base en el principio de protección de la confianza, ni el incumplimiento de buena fe, ni en la autovinculación de la Administración. Esto le lleva a afirmar que el incumplimiento por las partes del acuerdo no da lugar a responsabilidad alguna. Ahora bien, sí que admite responsabilidad con base en «los principios de la *culpa in contrahendo*, que se aplican a la diligencia en el proceso de formación de la voluntad de la Administración».

(106) SCHRÖDER (2007, p. 115 y 116). Por su parte, MAURER (2011, p. 418) califica esos compromisos como *gentlemen's agreement*. En este sentido, también KLOEPFER (1993, p. 40), aunque no deja de manifestar cierta prudencia debido a la gran variedad de manifestaciones de estos acuerdos. Finalmente, no se puede olvidar que también en Alemania el Tribunal Fiscal Federal ha mantenido que en la relación jurídico-tributaria son admisibles los llamados «acuerdos sobre hechos» de difícil determinación (*BFH, BStBl, II, 1985, p. 354 y ss.*; luego reiterada en *BFH, BStBl, II, 1991, p. 45 y ss.*; *1991, 673 y ss.*), considerándolos vinculantes con base en el principio *venire contra factum proprium non valet*. Sobre los acuerdos sobre hechos en el Derecho alemán y su escasa cobertura legal, véase LOBENHOFER y GARCÍA FRÍAS (2004: *in toto*).

(107) En nuestro ordenamiento, el principio de confianza legítima garantiza las situaciones jurídicas preexistentes frente a actuaciones administrativas que afectan a la situación jurídica del administrado, debido al cambio imprevisible de las circunstancias jurídicas que permitían fundamentar la confianza del interesado en una situación de estabilidad garantizada por la actuación previa de la propia Administración. En reiteradas sentencias el Tribunal Supremo ha ido formulando su doctrina sobre este principio, que hoy aparece explícito en el art. 3 de la LRJPAC, según fue modificada por Ley 4/1999, de 13 de enero. En síntesis puede decirse que los requisitos necesarios para que pueda mantenerse una vulneración de dicho principio son los siguientes: a) Comportamiento concluyente o inequívoco de la Administración que induzca objetivamente a crear en el administrado la confianza en que la Administración actúa correctamente, en que él mismo está actuando lícitamente, o bien en que sus expectativas como interesado son razonables; b) La existencia de un acto de la Administración que reconoce una situación jurídica individualizada en cuya perdurabilidad podía confiar el administrado; c) Comportamiento responsable y de buena fe del administrado respecto de la Administración en aquella concreta relación jurídica. Por ejemplo, el cumplimiento por parte del interesado de los deberes y obligaciones que le incumban; d) Que la Administración genere signos externos que, incluso sin

Dejando a un lado la posición jurídica de los sujetos intervinientes en el acuerdo, y pasando a considerar la de quienes no pudieron participar en las negociaciones, no se puede desconocer que la «autovinculación» de la Administración puede tener consecuencias negativas en los principios de transparencia y participación (vinculados a la objetividad de la actividad administrativa), relacionado con el carácter selectivo de la cooperación consensual, con subsiguientes efectos discriminatorios y, por ello, en la correcta ponderación de los intereses en juego. Desde este punto de vista, se ha de admitir que la concertación informal tiene trascendencia no sólo respecto de las relaciones jurídico-públicas que se entablan en el marco de la negociación precedente, sino también con las que lógicamente podrían verse afectadas tanto a lo largo de ese proceso negociador, como posteriormente en virtud de la traslación de la acción informal a una actuación ulterior formalizada. Es decir, la «autovinculación» de la Administración, en cuanto supusiera la sujeción al acuerdo previamente alcanzado, podría afectar a situaciones jurídicas no consideradas en el previo proceso negociador y que quedarían defraudadas definitivamente al no ser consideradas tampoco en el posterior procedimiento administrativo.

En estos casos, tanto el deber de objetividad del art. 103 de la Constitución (108), como el principio de interdicción de la arbitrariedad del art. 9.3 del mismo texto constitucional (109), impondrían necesarios y definitivos límites a la capacidad de «autovinculación» de la Administración (110). Por esta razón,

necesidad de ser jurídicamente vinculantes, orienten al ciudadano hacia una determinada conducta, siempre y cuando la confianza no pretenda generarse en la mera negligencia, ignorancia o mera tolerancia de la Administración. Por ejemplo, que el comportamiento de la Administración haya sido causa de inversiones o gastos que, en otro caso, el particular no hubiera realizado; e) La aparición de un cambio brusco o sorpresivo de la Administración que sitúa al particular en una posición extrema en la que no se hubiera encontrado a no ser por el comportamiento inicial de la Administración.

Puede observarse que el principio de confianza legítima no se construye exclusivamente sobre la base de actuaciones jurídico-formalizadas y vinculantes. El principio de confianza legítima también puede tener aplicación en el caso de actos no vinculantes en los que el administrado haya depositado su confianza en función tanto de la razonabilidad de lo acordado, y consecuentemente de la legalidad de lo convenido, como de su posible y consecuente traslación a actos jurídico-formalizados. Un acuerdo nacido en el marco de las relaciones oficiosas entre la Administración competente y las partes interesadas es bien cierto que podría condicionar la actuación de las segundas, incluso inducirles a realizar inversiones o gastos en virtud del acuerdo alcanzado. Pues bien, no obstante nuestra opinión puesta de relieve en el texto principal, con base en la jurisprudencia dictada en España en el ámbito de los convenios urbanísticos antes incluso de que éstos tuvieran reflejo expreso y definitivo en las Leyes urbanísticas, no es tampoco descartable que el incumplimiento del acuerdo pudiera dar lugar a responsabilidad patrimonial de la Administración.

(108) PONCE SOLÉ (2001, p. 287 y 288).

(109) HUERGO LORA (1998a, p. 198).

(110) Concretamente, HUERGO LORA (1998b, p. 321 y ss.) señala que existe una condición *ex lege* que imposibilitaría una predeterminación del resultado del procedimiento administrativo posterior, de modo que si los datos puestos de relieve a lo largo de dicho procedimiento demostraran la incorrección o inadecuación de la solución adoptada convencionalmente, la Administración debería ajustarse a la correcta formulación de la cuestión en el procedimiento administrativo.

de confirmarse la posterior decisión tras el correspondiente procedimiento sin atender a aquellos sujetos o grupos no participantes, lo cierto es que se pondría de manifiesto que la Administración habría resuelto sin ponderar todos los intereses afectados y, en su caso, y en los casos de desconocimiento más groseros, de una forma arbitraria y discriminatoria. Todo ello, sin perjuicio de que la predeterminación total de la decisión administrativa con base en el acuerdo previamente logrado pondría de manifiesto la total ausencia de sentido del posterior procedimiento administrativo, el cual se mostraría como una pura formalidad vacía de contenido decisional (111).

Sea como fuere, en estos casos la Administración se debatiría en un dilema no menor. Por un lado, se ha de tener en cuenta que de actuar en sentido contrario, esto es, dando cabida en el posterior procedimiento administrativo a terceros no informados y oídos en el previo proceso de concertación, e incluso alterando el resultado alcanzado en dicho acuerdo, la Administración podría enfrentarse a una acción de rescaramiento, sin perjuicio de las importantes restricciones ya reseñadas a este respecto (112). La alternativa, lógicamente, sería no impedir la participación de los terceros en el posterior procedimiento, pero ajustarse en su decisión a la previamente convenida. En tal caso, no se pueden esconder las dificultades de los terceros afectados para posteriormente poder probar la desconsideración de su postura, o al menos, la falta de ponderación adecuada y/o la arbitrariedad de la Administración para tomar la decisión que formaliza el acuerdo precedente.

Esta afirmación nos lleva a otra que se deduce de las anteriores reflexiones: la «autovinculación» de la Administración puede servir de base o apoyo adicional para huir de la aplicación de principios constitucionales que ordenan los procesos de acción administrativos antes incluso de la iniciación del procedimiento, priorizando el «ocultamiento» de la ilegalidad del acuerdo alcanzado, ante la posibilidad de afrontar una eventual reclamación de responsabilidad patrimonial. Es evidente, ya lo hemos señalado, que el art. 9.3 de la Constitución, así como de forma más amplia y general, el art. 103 del texto constitucional, vetarían esa forma de proceder.

Cosa bien distinta es la dificultad para lograr una tutela judicial que restituya la situación jurídica de los terceros afectados: la vulneración del ordenamiento sólo tendrá una articulación clara en caso de que el acuerdo informal tenga traslado a un acto posterior (tutela primaria o restauradora de la legalidad); en otro caso, la posibilidad de que los derechos e intereses de terceros pudieran ser tutelados en la fase previa de negociación resulta de difícil consideración.

Una primera limitación a dicha tutela surge si el acuerdo previo fuera confirmado *a posteriori* por una decisión administrativa dictada de conformidad

(111) En este sentido, PONCE SOLÉ (2001, p. 287).

(112) No en vano, HUERGO LORA (1998b, p. 319 y ss.) afirma que si la Administración se aparta del acuerdo precedente debido a las consideraciones conocidas *a posteriori* a lo largo del procedimiento administrativo, en principio, no habría lugar a indemnización posible.

con el preceptivo procedimiento administrativo. No cabe duda de que: 1º) Si la Administración hubiera seguido el proceso de negociación considerando todos los intereses en juego, aunque sin haber escuchado, eso sí, a todas las partes; 2º) Si, del mismo modo, hubiera valorado todos los datos relevantes, a pesar de que los terceros afectados que no intervinieron en la negociación no pudieron aportar más información; 3º) Si, a continuación, a lo largo del procedimiento administrativo, quienes no pudieron participar activamente en las negociaciones tuvieran ocasión procesal de ser oídos y, además, ello no supusiera cambio alguno en la decisión tomada con base en aquel acuerdo (lo que demostraría la correcta ponderación de intereses, la adecuada fundamentación de la decisión...); entonces, en la medida en que el proceder de la Administración habría cumplido con los principios constitucionales de acción administrativa, cabría hablar, más que de una eventual subsanación, de una irrelevancia sobrevenida. En estos casos, cabría entender que las fallas en el cumplimiento de las obligaciones accesorias a las que hemos aludido antes, podrían verse «subsanadas» a lo largo del posterior procedimiento. Así pues, el control de esa eventual «subsanación» se ubicaría en sede ordinaria.

Ahora bien, el problema surgiría cuando todo ello no fuera así, algo que por otro lado, se antoja mucho más frecuente. Aquí el debate se concretaría en las siguientes cuestiones: 1º) Hasta qué punto las irregularidades cometidas durante la negociación previa pudieran suponer una limitación o imposibilidad de acceso de los terceros afectados e interesados a los efectos de personarse en el procedimiento administrativo (cuando ello sea posible de conformidad con el art. 31 de la LRJPAC) y, por ello, del derecho a ser oído a través del trámite de audiencia (art. 84 de la LRJPAC y legislación sectorial aplicable); 2º) Hasta qué punto aquel incumplimiento podría ser suplido con el trámite de información pública (cuando tenga lugar de acuerdo con el art. 86 de la LRJPAC y la legislación sectorial en su caso aplicable); 3º) En qué medida el incumplimiento previo en la fase informal de negociación no sería determinante de la invalidez del acto administrativo dictado *a posteriori* siguiendo el correspondiente procedimiento, desconociendo o minusvalorando la participación de los terceros afectados o interesados.

No cabe duda de que el resultado de un procedimiento administrativo en el que aconteciera alguno o varios de los vicios procesales recalcados, podría afectar a la validez de los actos de la Administración posteriores. Ahora bien, cosa bien distinta es que, como se ha puesto de relieve por parte de la doctrina (113), es más que probable que, a los efectos invalidatorios, la actuación negociadora previa pudiera ser irrelevante (lo determinante será qué sucedió posteriormente en el procedimiento), al menos, mientras el ordenamiento no prevea las consecuencias jurídicas aplicables a las irregularidades cometidas en aquella fase informal.

(113) LÜBBE-WOLF, G. (1993: 411).

La situación no sería mucho más halagüeña en aquellos casos en los que al acuerdo no le siguiera ninguna otra actuación jurídico-pública (casos de permisividad ante una situación irregular). En este supuesto, considerados los límites derivables del principio de proporcionalidad en los términos anteriormente señalados, los terceros que no hubieran participado ni hubiesen sido informados sobre la actuación negocial informal previa de la que se derivaría el mantenimiento del *statu quo* de un sujeto que incumple la normativa aplicable, podrían tratar de argumentar el incumplimiento de los principios constitucionales multicitados. No obstante, las vías de articulación de una pretensión tal, no parecen viables.

En primer lugar, se podría pensar en articular esa alegación a través de una pretensión contra una vía de hecho. Se trataría aquí de pretender la cesación de una actividad (el acuerdo alcanzado) y exigir una consecuente actuación conforme a Derecho. Sin embargo, este posicionamiento genera en el estado actual de nuestro sistema de pretensiones procesales es más que probable el fracaso de esa acción y que las posibilidades de defensa se limiten a una mera denuncia ante la Administración que dio pie a la situación de ilegalidad denunciada, dando por descontado que, en caso de ulterior omisión administrativa, se pondría en juego la imposibilidad de articular una pretensión por inactividad en caso de omisión debido a los estrictos términos en que es recogida en el art. 29 de la LJCA. Efectivamente, aunque cupiese denunciar ante la Administración competente y tolerante con la situación generada, como es bien sabido, las consecuencias de la no apertura del expediente (sancionador) tiene un recorrido limitado en el seno del control judicial que, sin duda alguna, juega a favor de la Administración; en segundo lugar, y esto ya lo hemos expuesto con anterioridad, aun cuando se abriera el expediente sancionador, no siempre será posible refutar una vulneración de los principios de interdicción de la arbitrariedad, no discriminación y proporcionalidad. A nuestras consideraciones previas nos remitimos.

En estos casos, aun reconociendo las dificultades ya señaladas, la protección parece que debe centrarse en la tutela secundaria o resarcitoria. La escala de garantías que ofrece nuestro Derecho Público confiere cierta autonomía a la tutela secundaria (art. 142.4 de la LRJPAC), no obstante otorgar una posición preferente a la tutela de legalidad (art. 31 y 32 de la LJCA). Ahora bien, esta última formulación no es satisfactoria al menos allí donde la actuación administrativa se desenvuelve a través de medios informales. Es, precisamente, en estos casos donde la tutela secundaria puede jugar un papel tutelar preferente e independiente. Otra cosa es que el éxito de la reclamación, ya se ha señalado anteriormente, se antoje complicado.

En cualquier caso, y sin perjuicio de las dificultades, no cabría, en principio, negar el potencial recurso a esta vía de tutela. Desde este punto de vista, cabe afirmar que si nuestro ordenamiento constitucional (art. 106.2) permite fundamentar una ampliación de la responsabilidad de la Administración a cualquier supuesto de daño antijurídico causado por el funcionamiento normal o anormal de los servicios públicos, entendiendo por tales el giro o tráfico propio de las

Administraciones públicas, no es aceptable admitir una interpretación del concepto «actuación administrativa» del art. 106.1 del texto constitucional, ni del concepto de servicio público referido, que no incluya los daños derivables de la actividad informal de la Administración que, por no satisfacer los principios derivables del arts. 9, 14, 103 y 106 de la Constitución, pueda ser calificada como una actuación antijurídica.

VI. 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. Si bien puede afirmarse que la pura legalidad ha perdido importancia como medio de dirección del Estado de Derecho, ello no significa que los principios, valores y derechos fundamentales, así como las Leyes administrativas generales, enmarquen necesariamente un tipo de acción administrativa que, superando una tradicional percepción antijurídica, deba articularse a través de criterios jurídicos que ordenen el proceso de acción administrativa.

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 extraer 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.

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, sino que en todo caso debe ponderarse con otros principios constitucionales y 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 un Estado constitucional de Derecho.

VII. BIBLIOGRAFÍA

AGUDO GONZÁLEZ, J. (2004a y b): *El control de la contaminación: técnicas jurídicas de protección medioambiental*, Madrid: Montecorvo, tomo I (a) y tomo II (b).

- AICARDI, N. (1997): La disciplina generale e i principi degli accordi amministrativi: fondamento e caratteri, *Rivista Trimestrale di Diritto Pubblico* núm. 1/1997.
- ALESSI, R. (1978): *Principi di Diritto Amministrativo. I soggetti attivi e l'explicazione della funzione amministrativa*, Milán: Giuffrè Editore.
- ALEXY, R. (2008): *Teoría de los derechos fundamentales*, Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales.
- ALONSO GARCÍA, E. (1989): La participación de individuos en la toma de decisiones relativas al medio ambiente en España. Aspectos constitucionales, *Revista Española de Derecho Administrativo* núm. 61.
- ARIÑO ORTIZ, G. y GALLEGO ANABITARTE, A. (1974): *Política de plan, Administración y Derecho*, Madrid.
- BARNÉS VÁZQUEZ, J. (2006): Sobre el procedimiento administrativo: evolución y perspectivas, en BARNÉS VÁZQUEZ, J. (ed.) *Innovación y reforma en el Derecho Administrativo*, Sevilla: Global Law Press.
- (2005): Per una lingua comune europea del Diritto Amministrativo, en FALCON, G. (ed.) *Il Diritto Amministrativo dei Paesi Europei tra omogeneizzazione e diversità culturali*, Trento: CEDAM.
- (2008): Reforma e innovación del procedimiento administrativo, en BARNÉS VÁZQUEZ, J. (ed.) *La transformación del procedimiento administrativo*, Sevilla: Global Law Press.
- (2010): Towards a third generation of administrative procedure, en ROSE-ACKERMANN, S. y LINDSETH, P. (ed.) *Comparative Administrative Law*, Cheltenham: Edward Elgar Publishing.
- BARRERO RODRÍGUEZ, C. (2011): De nuevo sobre la 'crisis de la participación administrativa', en LÓPEZ MENUDO, F. (coord.) *Derechos y garantías del ciudadano. Estudios en homenaje al Profesor Alfonso Pérez Moreno*, Madrid: Iustel.
- BAUER, H. (1993): ¿Transformación radical en la doctrina del Derecho Administrativo?, *Documentación Administrativa* núm. 234.
- BELADÍEZ ROJO, M. (2000): La vinculación de la Administración al Derecho, *Revista de Administración Pública* núm. 153.
- BELANDO GARÍN, 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.
- BENZ, A. (1994): *Kooperative Verwaltung*, Baden-Baden: Nomos.
- BOURDIEU, P. y TEUBNER, G. (2005): *La fuerza del Derecho*, Bogotá: Ediciones Uniandes.
- BURMEISTER, J. (1981): Selbstbindung der Verwaltung, *D...V* núm. 34.
- CALAME, P. Y TALMANT, A. (1997): *L'état Au Coeur, Le Meccano De La Gouvernance*, París: Desclée de Broywer.

- CANARIS, C-W. (1998): El sistema en la jurisprudencia, Madrid: Fundación Cultural del Notariado.
- CARANTA, R. (2011): Democracy, legitimacy and accountability— is there a common European theoretical framework?, en RUFFERT, M. (ed.) *Legitimacy in European Administrative Law: Reform and Reconstruction*, Groningen: Europa Law Publishing.
- CRAIG, P. (2011): Legitimacy in Administrative Law: European Union, en RUFFERT, M. (ed.) *Legitimacy in European Administrative Law: Reform and Reconstruction*, Groningen: Europa Law Publishing.
- D'AURIA, G. (1998): Autorità e contratto nell'amministrazione italiana oggi, *Política del Diritto* núm. 2/1998.
- DE PALMA DEL TESO, A. (2000): *Los acuerdos procedimentales en el Derecho Administrativo*, Valencia: Tirant lo Blanch.
- DÍEZ SASTRE, S. (2008): *El precedente administrativo. Fundamentos y eficacia vinculante*, Madrid-Barcelona-Buenos Aires: Marcial Pons.
- DONNELLY, C. (2011): Problems of legitimacy in contracting-out and privatization, en RUFFERT, M. (ed.) *Legitimacy in European Administrative Law: Reform and Reconstruction*, Groningen: Europa Law Publishing.
- ENTRENA CUESTA, R. (1998): *Curso de Derecho Administrativo*, Madrid: Tecnos, vol. I/1.
- FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, T. R. (1988): Los principios constitucionales del procedimiento administrativo, en *Gobierno y Administración en la Constitución*, vol. I, Madrid: Instituto de Estudios Fiscales y Dirección General del Servicio Jurídico del Estado.
- FERRAJOLI, L. (2010): *Derechos y garantías. La Ley del más débil*. Madrid: Editorial Trotta.
- FERRARA, R. (1985): *Gli Accordi tra i privati e la Pubblica Amministrazione*, Milán: Giuffrè Editore.
- (1993): *Gli accordi di programa potere, poteri pubblici e modelli dell'amministrazione concertata*, Padova: CEDAM.
- FORSTHOFF, E. (1958): *Tratado de Derecho Administrativo*, Madrid: Instituto de Estudios Políticos.
- GALLEGU ANABITARTE, A. (1979): Plan y Presupuesto como problema jurídico en España en *Escritos en homenaje al profesor Prieto Castro*, Madrid, vol. I.
- (1980): La acción concertada. Nuevas y viejas técnicas jurídicas de la Administración, en *Homenaje a Juan Galván Escutia*, Valencia.
- y MENÉNDEZ REXACH, A., y otros (2001): *Acto y procedimiento administrativo*, Madrid-Barcelona: Marcial Pons.
- GARCÍA DE ENTERRÍA, E. (1989): Principios y modalidades de la participación ciudadana en la vida administrativa, en GOMÉZ-FERRER MORANT, R. (coord.) *Libro homenaje al profesor José Luis Villar Palasí*, Madrid: Civitas.

- (1989): *Hacia una nueva justicia administrativa*, Madrid: Civitas.
- y FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, T. R. (1996 y 2002): *Curso de Derecho Administrativo*, Madrid: Civitas, tomo I.
- GARCÍA-TREVIJANO FOS, J. A. (1974): *Tratado de Derecho Administrativo*, Madrid, tomo I.
- GARRIDO FALLA, F. (1987): *Tratado de Derecho Administrativo*, Madrid: Tecnos, vol. I.
- GIANNINI, M. S. (1980): *Premisas sociológicas e históricas del Derecho Administrativo*, Madrid: INAP.
- GÓMEZ-FERRER MORANT, R. (1997): *Jornadas de estudio sobre la reforma de la Ley 30/1992*, Madrid: Ministerio de Administración Públicas-Boletín Oficial del Estado.
- GONZÁLEZ NAVARRO, F. (1987): *Derecho Administrativo Español*, Pamplona: EUNSA, tomo II.
- GONZÁLEZ-VARAS IBÁÑEZ, S. (1993): *La Jurisdicción Contencioso-Administrativa en Alemania*, Madrid: Civitas.
- (1996): *El Derecho Administrativo Privado*, Madrid: Montecorvo.
- GROMITSARIS, A. (2007): Administrative Law within the legal system and in relation to practice, en RUFFERT, M. (ed.) *The transformation of Administrative Law in Europe*, Munich: European Law Publishers.
- GUASP, J. (1971): *Derecho*, Madrid.
- HOFFMAN-RIEM, W. (1982): Selbstbindungen der Verwaltung, *VVDStRL núm. 40*.
- (1993): La reforma del Derecho Administrativo. Primeras experiencias: el ejemplo del Derecho ambiental, *Documentación Administrativa núm. 234*.
- (2007): The potential impact of Social Sciences on Administrative Law, en RUFFERT, M. (ed.) *The transformation of Administrative Law in Europe*, Munich: European Law Publishers.
- HUERGO LORA, A. (1998a): *Los convenios urbanísticos*, Madrid: Civitas.
- (1998b): *Los contratos sobre los actos y las potestades administrativas*, Madrid: Civitas-Universidad de Oviedo.
- KELSEN, H. (1979): *Teoría General del Derecho y del Estado*, México D.F.: UNAM.
- KLOEPFER, M. (1993): En torno a las nuevas formas de actuación medioambientales del Estado, *Documentación Administrativa núm. 235-236*.
- KREBS, W. (1993): Contratos y convenios entre la Administración y particulares, *Documentación Administrativa núm. 235-236*.
- LADEUR, K-H. y PRELLE, R. (2002): Judicial control of Administrative procedural mistakes in Germany: A comparative European view of environmental impact assessment, en LADEUR, K-H. (ed.) *The Europeanisation of Administrative Law*.

- Transforming national decision-making procedures*, Burlington: Ashgate-Dartmouth.
- LARENZ, K. (2001): *Metodología de la ciencia del Derecho*, Barcelona: Ariel.
- LE SUEUR, A. (2007): Administrative justice and the rise of informal dispute resolution in England, en RUFFERT, M. (ed.) *The transformation of Administrative Law in Europe*, Munich: European Law Publishers.
- LOBENHOFER, M. y GARCÍA FRÍAS, A. (2004): Resolución alternativa de conflictos tributarios en Alemania: la aplicación en la práctica de los acuerdos sobre hechos, *Quincena Fiscal* núm. 6.
- LÜBBE-WOLF, G. (1993): El principio de cooperación en el Derecho medioambiental, *Documentación Administrativa* núm. 235-236.
- MASUCCI, A. (1997): Apuntes reconstructivos de la Ley sobre Procedimiento Administrativo en Italia, *Documentación Administrativa* núm. 248-249.
- MAUNZ, T. (1981): Selbstbindungen der Verwaltung, *D...V* núm. 34.
- MAURER, H. (2011): *Derecho Administrativo. Parte General*, Madrid-Barcelona-Buenos Aires: Marcial Pons.
- MAYER, O. (1924): *Deutsches Verwaltungsrecht*, Lipsia, tomo I, 3ª edición.
- MENÉNDEZ REXACH, A. (1993): Procedimientos administrativos, finalización y ejecución, en LEGUINA VILLA, J. y SÁNCHEZ MORÓN, M. (dirs.) *Nueva Ley de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común*, Madrid: Tecnos.
- MERKL, A. (2004): *Teoría General del Derecho Administrativo*, Granada: Editorial Comares.
- MEUWESE, A., SHUURMANS, Y. y VOERMANS, W. (2010): Towards a European Administrative Procedure Act, en DE GRAAF, K. J., JANS, J. H., PRECHAL, A., y WIDDERSHOVEN, R. J. (eds.) *European Administrative Law: Top-Down and Bottom-Up. Proceedings of the First REALaw Research Forum*, Groningen: Europa Law Publishing.
- MORELL OCAÑA, L. (1997): *Curso de Derecho Administrativo*, Pamplona: Aranzadi, tomo II.
- MUÑOZ MACHADO, S. (1977): Las concepciones del Derecho Administrativo y la idea de participación en la Administración, *Revista de Administración Pública* núm. 84.
- (2006): *Tratado de Derecho Administrativo y Derecho Público General*, Madrid: lustel, tomo I.
- NEHL, H. P. (1999): *Principles of Administrative Procedure in EC Law*, Oxford: Hart Publishing.
- PARADA VÁZQUEZ, R. (2009): Gobernanza: trampa o adivinanza, en MARTÍN-RETORTILLO BAQUER, L. (dir.), *Derechos fundamentales y otros estudios en homenaje al Prof. Lorenzo Martín-Retortillo*, Zaragoza: El Justicia de Aragón.

- PAREJO ALFONSO, L. (1983): *Estado social y Administración pública. Los postulados constitucionales de la reforma administrativa*, Madrid: Civitas.
- (1991): *Crisis y renovación en el Derecho Público*, Madrid: Centro de Estudios Constitucionales.
- PAZ-ARES, C. y VELASCO CABALLERO, F. (1997): *Infracciones administrativas y auto-cartera en la sociedad anónima*, Madrid: McGraw-Hill.
- PÉREZ MORENO, A. (1989): Crisis de la participación administrativa, *Revista de Administración Pública* núm. 119.
- PONCE SOLÉ, J. (2001): *Deber de buena administración y derecho al procedimiento debido. Las bases constitucionales del procedimiento administrativo y del ejercicio de la discrecionalidad*, Valladolid: Lex Nova.
- (2010): Procedimiento administrativo, globalización y buena administración, en PONCE SOLÉ, J. (coord.) *Derecho Administrativo global. Organización, procedimiento, control judicial*, Madrid-Barcelona-Buenos Aires: Marcial Pons.
- (2011): Del antiguo régimen a la Administración contemporánea. La legitimación administrativa en la historia: del paradigma burocrático al derecho a la buena administración, en ZAMBONINO PULITO, M. (coord.) *Nacimiento y desarrollo de la Administración moderna. La libertad de comercio pasado y presente. Los grandes maestros del Derecho Administrativo contemporáneo. V Congreso de la Asociación Española de Profesores de Derecho Administrativo*, Sevilla: Instituto Andaluz de Administración Pública.
- PRIETO SANCHÍS, L. (2001): Neoconstitucionalismo y ponderación judicial, en DAMIÁN MORENO, J. (ed.) *Derecho y Proceso*, Madrid: Anuario de la Facultad de Derecho de la Universidad Autónoma de Madrid, UAM-BOE.
- RIVERO, J. (1965): À propos des métamorphoses de l'administration d'aujourd'hui: démocratie et administration, en *Mélanges offerts à René Savatier*, Paris: Librairie Dalloz.
- (1978): L'administration et le droit, *Revue internationale des sciences administratives*, vol. XLIV.
- RODRÍGUEZ DE SANTIAGO, J. M^o. (1997): Los convenios entre Administraciones públicas, Madrid: Marcial Pons.
- (2005): El artículo 24.1 CE como 'norma de conducta' para jueces y tribunales y 'norma de control' para el Tribunal Constitucional, *Revista Española de Derecho Constitucional* núm. 74.
- (2007): *La Administración del Estado Social*, Madrid-Barcelona: Marcial Pons.
- (2011): «Igualar por abajo». La doctrina del Tribunal Supremo sobre la responsabilidad del Estado derivada de la Ley contraria al Derecho comunitario y de la Ley inconstitucional, *Revista Española de Derecho Europeo* núm. 38.
- ROYO VILLANOVA, A. (1946): *Elementos de Derecho Administrativo*, Valladolid.

- SALA ARQUER, J. M. (1992): Huida al Derecho privado y huida del Derecho, *Revista Española de Derecho Administrativo* núm. 75.
- SÁNCHEZ SÁEZ, J. A. (2004a): *Los convenios administrativos para la protección ambiental*, Sevilla: Instituto Andaluz de Administración Pública.
- (2004b): Los acuerdos voluntarios para la protección del medio ambiente, *Revista de Administración Pública* núm. 163.
- RUFFERT, M. (2007): The Transformation of Administrative Law, en RUFFERT, M. (ed.) *The transformation of Administrative Law in Europe*, Munich: European Law Publishers.
- SÁNCHEZ BLANCO, Á. (1986): Sujetos, actores y factores en el procedimiento administrativo, *Revista de Administración Pública* núm. 111.
- SÁNCHEZ MORÓN, M. (1979): El principio de participación en la Constitución Española, *Revista de Administración Pública* núm. 89.
- SANTAMARÍA PASTOR, J. A. (2000): *Principios de Derecho Administrativo*, Madrid: Centro de Estudios Ramón Areces, vol. II.
- SAVIGNY, M. F. C. (1878): *Sistema de Derecho Romano Actual*, Madrid: Góngora y Compañía Editores, Tomo II.
- SCHMIDT-ASSMANN, E. (1993): La doctrina de las formas jurídicas de la actividad administrativa, *Documentación Administrativa* núm. 235-236.
- (2003): *La teoría general del Derecho Administrativo como sistema*, Madrid-Barcelona: Marcial Pons.
- (2006): Cuestiones fundamentales sobre la reforma de la teoría general del Derecho Administrativo. Necesidad de la innovación y presupuestos metodológicos, en BARNÉS VÁZQUEZ, J. (ed.) *Innovación y reforma en el Derecho Administrativo*, Sevilla: Global Law Press.
- (2008): Structures and Functions of Administrative Procedures in German, European and International Law, en BARNÉS VÁZQUEZ, J. (ed.) *La transformación del procedimiento administrativo*, Sevilla: Global Law Press.
- (2011): Legitimacy and accountability as a basis for administrative organization and activity in Germany, en RUFFERT, M. (ed.) *Legitimacy in European Administrative Law: Reform and Reconstruction*, Groningen: Europa Law Publishing.
- SCHMITT, C. (2009): *Teoría de la Constitución*, Madrid: Alianza Editorial.
- SCHNEIDER, J. P. (2008): La evolución del procedimiento tipo de la Ley de Procedimiento Administrativo Alemana de 1976: hacia un modelo integral y comprensivo, en BARNÉS VÁZQUEZ, J. (ed.) *La transformación del procedimiento administrativo*, Sevilla: Global Law Press.
- SCHRÖDER, M. (2007): Administrative Law in Germany, en SEERDEN, R. (ed.) *Administrative Law of the European Union, its Member States and the United States. A comparative analysis*, Oxford: Intersentia.

- SCHULTE, M. (1993): Actuación administrativa informal, *Documentación Administrativa* núm. 235-236.
- (1995): *Schlichtes Verwaltungshandeln*, Tübingen: Mohr Siebeck.
- SCHWARZE, J. (2006): *European Administrative Law*, Londres: Thomson-Sweet and Maxwell.
- SHULZE-FIELITZ, H. (1993): ¿Informalidad o ilegalidad de la actuación administrativa?, *Documentación Administrativa* núm. 235-236.
- SHAPIRO, M. (2002): Two transformations in Administrative Law: American and European?, en LADEUR, K-H. (ed.) *The Europeanisation of Administrative Law. Transforming national decision-making procedures*, Burlington: Ashgate-Dartmouth.
- STOBER, R. y GONZÁLEZ-VARAS IBÁÑEZ, S. (1995): Las actuaciones materiales o técnicas, *Revista de Estudios de la Administración Local y Autónoma* núm. 267.
- STOLLEIS, M. (1993): Las líneas de desarrollo de la dogmática del Derecho Administrativo, *Documentación Administrativa* núm. 234.
- TARELLO, G. (1974): Formalismo giuridico, en *Diritto, enunciati, usi*, Bolonia: Il Mulino.
- VANELLI, L. (1997): Tendencias del Derecho Administrativo en Italia, *Documentación Administrativa* núm. 248-249.
- VELASCO CABALLERO, F. (1996): *Las cláusulas accesorias del acto administrativo*, Madrid: Tecnos.
- (1998): *La información administrativa al público*, Madrid: Montecorvo.
- (2011): The legitimacy of the Administration in Spain, en RUFFERT, M. (ed.) *Legitimacy in European Administrative Law: Reform and Reconstruction*, Groningen: Europa Law Publishing.
- VIPIANA, P. M. (1990): *L'autolimita della pubblica amministrazione, l'attività amministrativa fra coerenza e flessibilità*, Milán: Giuffrè Editore.
- VOSSKUHLE, A. (2007): The reform approach in the German Science of Administrative Law: the 'Neue Verwaltungsrechtswissenschaft', en RUFFERT, M. (ed.) *The transformation of Administrative Law in Europe*, Munich: European Law Publishers.
- WEBER, M. (1969): *Economía y sociedad*, México D. F.: Fondo de Cultura Económica.
- WÜRTEMBERGER, T. (1993): Aceptación a través del procedimiento administrativo, *Documentación Administrativa* núm. 235-236.
- ZANOBINI, G. (1958): *Corso di Diritto Amministrativo. Principi Generali*, Milán: Giuffrè Editore.