

La doctrina de las formas jurídicas de la actividad administrativa

Su significado en el sistema
del Derecho administrativo
y para el pensamiento
administrativista actual

SUMARIO: I. CONSIDERACIONES INICIALES. II. LA ESTRUCTURA DE LA DOCTRINA DE LAS FORMAS DE ACCION. 1. Los principios constructivos de la doctrina de las formas. *a)* Formación de conceptos. *b)* Criterios de conexión. 2. El carácter forzoso y la elección de las formas. III. OBJECIONES Y POSICIONES DOCTRINALES CONTRARIAS. 1. Concentración en el acto administrativo. 2. Objeciones frente a los principios estructurales de la doctrina de las formas. *a)* Carácter abstracto de las formas. *b)* Centralidad de los efectos en la doctrina de las formas. IV. LA DOCTRINA DE LAS FORMAS Y LA PREGUNTA POR UNA CONCEPCION DEL DERECHO ADMINISTRATIVO AJUSTADA A LA REALIDAD. 1. La relación Estado-ciudadanos. *a)* La equiparación no es ningún modelo explicativo. *b)* Significado de la relación jurídico-administrativa. 2. *Conformación* contra «informalidad».

I. CONSIDERACIONES INICIALES

En la perspectiva de la historia dogmática, la doctrina de las formas jurídicas de la actividad administrativa figura como una de las partes más antiguas de la formación del sistema del Derecho administrativo. Y en la actualidad también continúa representando un elemento nuclear del mismo: acto administrativo y contrato de Derecho administrativo, reglamento jurídico, estatuto, norma administrativa, instrucción y mera manifestación de voluntad —todos éstos son conceptos clave que abren la puerta a importantes conocimientos del procedimiento y el proceso contencioso-administrativos—¹. Por otra parte, a ve-

Artículo traducido por Jaime NICOLÁS MUÑIZ.

¹ *Vid.* las exposiciones de ERICHSEN/MARTENS, *Allgemeines Verwaltungsrecht*, 8.ª ed., 1988,

ces se pone en duda precisamente el valor de esta parte del sistema: «fijación en torno al aspecto judicial», «perspectiva *administrativa*», «abstracción alejada de las tareas»: éstas son nada infrecuentes objeciones² que van minando la sustancia jurídica de la idea de forma. Además, la observación que se puede hacer de un amplio campo de actuación «informal» de la Administración pone en tela de juicio el valor práctico de unas formas estrictas. Pero aunque no hubiera lugar a este tipo de crítica seguiría siendo necesario tomar conciencia de las ideas fundamentales en que se apoya la doctrina de las formas; pues, dada la centralidad de la posición de esa doctrina en el Derecho administrativo en su conjunto, es de esperar que al mismo tiempo resulte perceptible algo de sus *fundamentos en la teoría del Estado*. Y acerca de esos fundamentos ha de reinar claridad si lo que se pretende es jalonar las futuras líneas de desarrollo del Derecho administrativo y los ordenamientos jurídico-administrativos nacionales se aciertan a confrontar más intensamente que hasta ahora con un «Derecho administrativo europeo en gestación»³.

II. LA ESTRUCTURA DE LA DOCTRINA DE LAS FORMAS DE ACCION

La doctrina de las formas de la acción administrativa descansa en una conexión entre idea de conformación e idea de sistema⁴. En ambos casos se manifiesta como una peculiaridad característica del pensamiento jurídico continental. La *conformación*, la dación de forma, en un primer paso, aísla determinados elementos singulares entre la compleja realidad de la acción administrativa y analiza su significado en el contexto de la propia acción. A tal efecto, ha de entenderse por acción todo comportamiento imputable al Ejecutivo que consista en hacer, un tolerar o un omitir⁵. En el primer plano del interés se en-

§ 10 I; KOCH, *Allgemeines Verwaltungsrecht*, 1984, pp. 45 y ss.; OSSENBUHL, *JuS* [= *Juristische Schulung*], 1979, pp. 681 y ss.

² En esa misma dirección apuntan, por ejemplo, las objeciones formuladas por J. MARTENS, *Praxis des Verwaltungsverfahrens*, 1985, § 1 II.

³ A este respecto, puede consultarse ahora la penetrante exposición de SCHWARZE, *Europäisches Verwaltungsrecht*, 2 vols., 1988.

⁴ Para lo que sigue es fundamental KRAUSE, *Rechtsformen des Verwaltungshandelns*, 1974, pp. 14 y ss.; especialmente en lo relativo a la formación del sistema del Derecho administrativo, *vid.* también SCHMIDT-ASSMANN, *VBiBW*, 1988, pp. 381 y ss.

⁵ Frente a ello se encuentra la doctrina de las formas jurídicas de la organización administrativa (la *doctrina de las formas de la organización*). A pesar de algunos puntos en común y puntos de confluencia con nuestro tema, no ha de ser objeto de estudio en este trabajo. Sobre ella, *vid.* especialmente WOLFF/BACHOF, *Verwaltungsrecht*, vol. 2, 4.ª ed., 1976, §§ 71 y ss.; KREBS, en: Isensee/Kirchhof, *Handbuch des Staatsrechts* (en siglas: *HdbStR*), vol. 3, 1988, § 69, número marginal 30 y ss.

cuentran decisiones conscientes de la Administración, en especial las de contenido regulador, con inclusión de las formas de articulación cooperativa del Derecho. En todo caso, esto no constituye una premisa imprescindible. También las actividades preparatorias de la decisión o las de carácter no final pueden someterse a la acción conformadora.

En un segundo paso, se ordenan los distintos elementos así aislados y preparados y se hace de ellos puntos de cristalización aptos para vincular a los mismos *consecuencias sistemáticas* fijas. Las formas jurídicas son, en consecuencia, segmentos de acción tipificados que se sujetan a determinadas exigencias jurídicas. Sólo la conexión con las consecuencias jurídicas gobernadas en términos formales patentiza su especial modo de eficacia en el sistema jurídico-administrativo ⁶:

— Desde el punto de vista *práctico-jurídico*, las formas jurídicas son «depósitos» que facilitan el hallazgo de soluciones concretas: la calificación de una acción como acto administrativo da respuesta a los problemas de la firmeza, del procedimiento a observar, de los tipos de recursos, etc., de una forma directa o prefigurando las vías de solución en la medida en que se facilita encontrar la respuesta correcta a través de las dispersas normativas del Derecho administrativo especial. Las formas jurídicas, por consiguiente, tienen una función directa que se puede extender a otros casos: incluso en el supuesto de que no se logre asignar una acción a una determinada forma jurídica, por medio de la comparación y el análisis los elementos de la acción resultan iluminados en la medida en que se posibilita una búsqueda del Derecho, por ejemplo, por la vía de la analogía frente a las consecuencias sistemáticas de la forma jurídica regular más cercana. A la vista del carácter siempre incompleto del desarrollo legislativo del ordenamiento administrativo, esta eficacia complementadora de la doctrina de las formas se hace insustituible a la hora de crear orden.

— Junto al cometido práctico-jurídico está también el de índole político-jurídica. En la medida en que la doctrina de las formas se concentra en determinados puntos de la acción administrativa, en definitiva no hace incrementar la virtualidad controladora de las regulaciones jurídicas, ya que de esta manera se gana en distancia y visión de conjunto. Otto MAYER ha expresado plásticamente esta idea básica de disciplina a crear en términos de Estado de Derecho a través de los procesos de conformación o formalización ⁷: «Frente al nivel evolutivo precedente, mediante la ley nuestro Estado de Derecho no sólo ha puesto un dique a la masa desbordante de la actividad de la Administración, sino que con ello además hace aparecer continuamente puntos fijos que brindan un asidero al individuo y, por encima de ello, le

⁶ KRAUSE (n. 4), pp. 24 y ss.; BACHOF, *VVDStRL*, vol. 30, 1972, pp. 193 y ss., 197 y ss.

⁷ *Deutsches Verwaltungsrecht*, 3.ª ed., 1923, vol. 1, p. 93.

dan una garantía de hacia dónde se marcha». Lo que aquí se señala como un efecto a favor del ciudadano vale también para el propio Ejecutivo. También para éste resulta una mayor perceptibilidad de sus propias cadenas de acciones y las consecuencias de sus decisiones se hacen más previsibles. Se puede hablar de un efecto reflexivo de la doctrina de las formas de la acción administrativa en relación con el estilo administrativo y el propio concepto de la Administración. Justamente aquí se hace valer, más allá de toda relevancia de orden práctico, el genuino mandato ordenador y conformador de la elaboración teórica en el Derecho administrativo⁸.

1. LOS PRINCIPIOS CONSTRUCTIVOS DE LA DOCTRINA DE LAS FORMAS

La doctrina de las formas presupone: *a)* la eficacia de la formación de conceptos en el plano de la abstracción y *b)* la conexión de los elementos de la acción con determinadas consecuencias sistémicas.

a) Formación de conceptos

Las formas de acción más importantes se representan por medio de conceptos de un elevado grado de abstracción que aseguran su aplicabilidad en todos o, al menos, en numerosos campos de la Administración. En esta medida, la doctrina de las formas constituye precisamente un aspecto nuclear de la parte general del Derecho administrativo⁹. Tras de ella se encuentra la convicción, reforzada por el artículo 20.3 de la Ley Fundamental, de que la Administración se encuentra en su conjunto vinculada a determinados principios jurídicos de carácter general que se pueden plasmar en todos los ámbitos de acuerdo con un modelo en buena medida único. En todo caso, la doctrina de las formas no se limita al plano de la alta abstracción. También es posible elaborar formas de un nivel medio de abstracción y reconducirlas, bajo un supraconcepto, a un orden con plenitud de sentido. En conjunto, sin embargo, uno de los objetivos de la teoría de las formas no es otro sino el de crear distancia por medio de la abstracción.

⁸ Vid. al respecto WINKLER, en: Ermacora et al. (eds.), *Allgemeines Verwaltungsrecht*, 1979, pp. 3 y ss.

⁹ Acerca de los cometidos de la parte general del Derecho administrativo, vid. SCHMIDT-ASSMANN, *Das allgemeine Verwaltungsrecht als Ordnungsidee und System*, 1982.

b) *Criterios de conexión*

Si la doctrina de las formas descansa sobre una conexión entre la calificación de la acción y las consecuencias jurídicas, la pregunta acerca de según qué criterios se establece esta conexión adquiere una gran relevancia. De ella depende no sólo la selección de las consecuencias sistemáticas imaginables, sino que también repercute en lo que atañe a la calificación en la medida en que codetermina el círculo de los atributos cualificatorios. En general, se puede decir que la conexión se ha de configurar de acuerdo con criterios que posibilitem respuestas adecuadas a los fundamentales cometidos protectores y conformadores del Derecho administrativo. Esta *adecuación* se ha de cumplimentar mediante mandatos constitucionales especiales, a través de las previsiones normativas acerca de la posición del Poder ejecutivo en el seno del Estado, así como merced a conocimientos y reglas de plausibilidad relativas al comportamiento decisorio de quienes tienen atribuidas funciones de autoridad. Por consiguiente, el valor de una doctrina de las formas de la actividad se determina en su conjunto, más allá de cualquier problema concreto, por la pauta de hasta qué punto los criterios de conexión subyacentes pueden incluir el mayor número de estos determinantes¹⁰. La formación y el desarrollo de una doctrina de las formas —por regla general, una obra conjunta de la justicia, la ciencia del Derecho administrativo y la legislación— constituyen tareas de optimización de esa índole, con virtualidad constructiva del Derecho. El criterio de la adecuación constituye la ley constructiva por antonomasia de la doctrina de las formas.

Si se examinan las más importantes formas de acción de la doctrina tradicional buscando averiguar cuál es la ley constructiva subyacente se pone de manifiesto que, sin perjuicio de algunos criterios adicionales, la adecuación de las consecuencias jurídicas vienen establecidas a partir de las *repercusiones* esperables de las distintas actividades administrativas. Esto se pone de manifiesto, por ejemplo, en la definición del acto administrativo, que se refiere expresamente a la «eficacia externa» como uno de sus rasgos característicos. En la misma línea apunta la distinción fundamental entre las formas de actividad referidas a un caso concreto y las de carácter normativo: las normas son calificadas aquí como instrumentos de la eficacia «expansiva» de la acción administrativa. En consonancia con todo ello, las consecuencias jurídicas que acompañan a las respectivas formas quedan determina-

¹⁰ Acerca de las pretensiones disciplinarias que, rebasando ese marco, se sitúan más allá de la idea de forma, *vid.* las estimulantes reflexiones formuladas sobre el ejemplo de la competencia por GOERLICH, «*Formenmißbrauch*» und *Kompetenzverständnis*, 1986, esp. pp. 49 y ss., 95 y ss.

das de acuerdo a los distintos tipos de eficacia. Piénsese en los tipos diferenciados de la notificación, la participación en el procedimiento y las formas de protección jurídica en los casos de actos singulares y normas. Ilustrables con especial claridad resultan las diferencias en la concepción de la legitimación para interponer recurso y la legitimación para presentar una solicitud de los §§ 42.2 y 47.2 VwGO. Similar es también lo que sucede con la regulación de las consecuencias de los defectos y la doctrina de la firmeza de los actos.

La orientación hacia el aspecto de las consecuencias se continúa en la formación de subgrupos a partir de las formas principales de acción administrativa: decisiones con «doble efecto», «eficacia frente a terceros» o «eficacia permanente» son categorías que se van construyendo como tipos autónomos y, por ello, la búsqueda de las consecuencias jurídicas adecuadas a la acción también se efectúa aquí desde el punto de vista de las repercusiones. Se puede objetar que también otros criterios juegan un papel a la hora de establecer la sistemática. Así, la delimitación entre acto administrativo y contrato no tiene lugar en virtud de sus distintas repercusiones o efectos, sino según los distintos tipos de «suscitación»: regulación unilateral en el primer caso y conformación cooperativa del Derecho en el segundo. También las diferencias entre reglamentos administrativos y reglamentos jurídicos no vienen definidas a partir de sus respectivas repercusiones, sino por referencia a la acción en sí misma. Pero incluso el propio trazado de las líneas de separación entre estos dos grupos y las disposiciones administrativas se produce, una vez más, por referencia a los efectos. Y es que la orientación por los efectos no es la única, pero sí el elemento principal de la construcción de la doctrina tradicional de las formas.

Hasta qué punto esta orientación domina el pensamiento jurídico-administrativo e impide que se tome conciencia de otros planteamientos y otras conexiones se pone de manifiesto cuando se buscan otros criterios de relevancia para una doctrina de las formas de acción pensables en el marco del Derecho administrativo. Una reorientación así de profunda de la doctrina de las formas es la que ha sugerido, por ejemplo, BROHM ya en 1971, cuando con su redefinición del acto administrativo pretendía desviar el interés de la construcción del sistema del aspecto de los efectos de los actos y dirigirlo hacia la legitimación y el control de la acción administrativa¹¹. Acogiendo esta idea, hoy se podría imaginar una orientación de las formas de acción hacia el tipo de sus particularidades procedimentales. Así se estaría invirtiendo la dependencia que actualmente existe en el aspecto procedimental frente a las formas de acción, tal y como se plasma en el § 9 VwVfG. Teó-

¹¹ *VVDStRL*, vol. 30, 1972, pp. 245 y ss., 286 y ss.; sobre puntos de arranque posibles para otro tipo de conexiones, *vid.* también BÖHME, *Der informale Rechtsstaat*, 1981, pp. 29 y ss.

ricamente también se podría construir un sistema de formas que se orientara en correspondencia con determinados tipos de cometido altamente agregados. De esta manera se llegaría a conexiones de consecuencias jurídicas diversas según se tratara de una forma de control, de configuración, de fomento o de carácter fiscal o detractivo. Más adelante hemos de volver sobre una doctrina de las formas construida, como ésta, sobre la base de los cometidos o funciones.

2. EL CARÁCTER FORZOSO Y LA ELECCIÓN DE LAS FORMAS

De la misma manera que el Derecho administrativo en su conjunto, también la doctrina de las formas tiene un «doble mandato»: Por una parte, se trata de proteger la posición jurídica del ciudadano (*mandato protector*), pero al mismo tiempo también se trata de poner a la Administración en condiciones de asumir sus legítimas tareas (*mandato de efectividad*). En este sentido, la doctrina de las formas sirve para dotar a la acción de la Administración con instrumentos jurídicos y a disciplinarla conforme a las exigencias propias del Estado de Derecho. Sin embargo, no hay una «obligatoriedad de las formas» de carácter general. La pregunta por las formas que ha de utilizar la Administración se resuelve de acuerdo a un «modelo diferenciado de utilización»: junto a mandatos y prohibiciones expresos en relación con la utilización de determinadas formas¹², el ordenamiento jurídico contiene múltiples barreras causales que controlan de manera indirecta el empleo de las formas en la medida en que sólo permiten la suscitación de determinados efectos por medio de la aplicación de formas igualmente determinadas¹³. Junto a ello, por lo demás, hay grandes ámbitos en los que existe para la Administración una discrecionalidad en la elección de las formas, frecuentemente mal designada como libertad de elección de formas¹⁴. Discrecionalidad no significa arbitrariedad, de la misma manera en que, a la inversa, ninguna máxima determina que se haya de adoptar precisamente aquella forma que

¹² Entre éstas se cuentan, por ejemplo, el principio formal en lo relativo al nombramiento de funcionarios (§ 5 de la Ley marco de la función pública, en siglas: BRRG) y la prohibición de formas contractuales contenidas en el § 54, inc. 1, VwVfG; *vid.* MEYER/BORGS, *Verwaltungsverfahrensgesetz*, 2.ª ed., 1982, § 54, margs. 66 y ss.

¹³ Tal es el caso, por ejemplo, de la función ordenadora del plan de edificación (§ 8.1 BauGB), a su vez constreñido a la forma de reglamento (§ 10 BauGB).

¹⁴ Habitualmente este problema se examina tomando como referencia el ejemplo de la elección entre Derecho público y Derecho privado; *cfr.* ERICHSEN/MARTENS (n. 1), § 31. Sin embargo, en tales casos no se trata primariamente de la elección de la *forma*, sino del *régimen jurídico*. A lo que nosotros nos estamos refiriendo, sin embargo, es a la opción entre varias formas de acción, todas de Derecho público. Sobre la elección de formas —mejor: la «competencia calificativa» del legislador dentro del abanico de las formas de acción administrativa— *cfr.* BVerwGE, vol. 70, pp. 70 y ss. (esp. p. 82).

ofrezca al destinatario (¿o a los terceros?) la mayor protección jurídica¹⁵. El criterio de orientación ha de buscarse más bien en los parámetros del § 10 VwVfG.

III. OBJECIONES Y POSICIONES DOCTRINALES CONTRARIAS

Hasta tiempos bien recientes la doctrina de las formas se ve expuesta continuamente a la crítica. En lo que sigue prescindimos de todas aquellas objeciones que hacen referencia a los aspectos particulares de las distintas formas, concentrándonos en las críticas que se dirigen a la concepción de la propia doctrina de las formas.

1. CONCENTRACIÓN EN EL ACTO ADMINISTRATIVO

Una primera objeción se dirige contra la a todas luces excesiva orientación de la doctrina de las formas hacia el instituto del acto administrativo¹⁶. Es cierto que la idea de forma como se desarrolló sistemáticamente por vez primera fue en relación con el acto administrativo¹⁷. También es cierto que, en unos tiempos en los que tenía una misión de apertura de vías de acceso a la revisión por jueces y tribunales, el acto administrativo debía estar en el centro de la doctrina de las formas e imprimir a ésta una orientación intensa hacia las cuestiones relativas a la protección judicial. En la actualidad, sin embargo, ésta es una fase ya superada. El § 9 VwVfG sitúa al contrato administrativo en pie de igualdad con el acto administrativo, consolidando así una extensión de la doctrina de las formas que se había venido apuntando con alguna anterioridad¹⁸. Este estado de cosas lo confirma el Derecho procesal en la medida en que las acciones no referidas a actos administrativos, y muy en especial las acciones declarativas, han ganado una atención a todas luces mayor precisamente en tiempos recientes¹⁹.

Cuestión muy distinta es, sin embargo, la de si un contrato de Derecho público configurado en conformidad con los §§ 54 y siguientes VwVfG está en condiciones de captar en términos jurídicamente ade-

¹⁵ Con mayor precisión, GOERLICH (n. 10), esp. pp. 66 y ss.

¹⁶ KRAUSE (n. 4), pp. 101 y ss., donde se contienen otras referencias.

¹⁷ OTTO MAYER (n. 7), pp. 92 y ss.; KORMANN (n. 1), pp. 49 y ss.; detalladamente, KRAUSE (n. 4), pp. 115 y ss.

¹⁸ Vid. al respecto EFSTRATIOU, *Die Bestandskraft des öffentlich-rechtlichen Vertrages*, 1988; SCHMIDT-ARMANN/KREBS, *Städtebauliche Verträge*, 1988.

¹⁹ BVerwGE, 77, 207 y ss., 214 y ss.; VGH KASSEL, en: *NVwZ*, 1988, pp. 445 y ss.; LÄSIG, *NVwZ*, 1988, pp. 410 y ss.; DREIER, *NVwZ*, 1988, pp. 1073 y ss.

cuados las modernas formas aparienciales y necesidades de actuación contractual-cooperativa entre Estado y sociedad, a cuyo respecto existen dudas considerables. Los modelos regulativos de los §§ 55 y 56 VwVfG, orientados como están por los moldes más bien caseros del Derecho de la construcción y del Derecho municipal, y más aún el doble dualismo de los contratos de Derecho privado y de Derecho público de subordinación y de coordinación impiden la formación de un *Derecho de la contratación administrativa* unitario, basado en criterios y cláusulas materiales, como lo vienen exigiendo —más que fomentando— las formas más nuevas de cooperación, por ejemplo en el Derecho económico o en el Derecho de la enseñanza superior. Aquí continúan dándose importantes misiones de desarrollo internas del sistema.

Al margen de lo que acabamos de exponer, aún hoy la doctrina de las formas puede ser calificada como un sistema de formas que, en correspondencia con la amplia gama de las decisiones administrativas, ofrece instrumentos de actuación de factura totalmente diversa²⁰.

Si hoy, igual que ayer, hay que continuar lamentando una situación de cierto retraso de algunas partes del sistema, ello se refiere sobre todo a las *formas de actuación normativa* de los reglamentos jurídicos, los estatutos y las disposiciones administrativas. Por lo que respecta a éstas, sobre todo su, hasta la fecha, habitual tratamiento en el contexto de las fuentes del Derecho habría impedido una penetración intensiva comparable a las formas del § 9 VwVfG. Se debería prescindir de este tradicional contexto explicativo, pues procede de concepciones ya superadas del llamado concepto material de ley, que sugiere de hecho un tratamiento conjunto de la ley parlamentaria y el reglamento. La línea de separación decisiva ya no discurre hoy entre estas «formas de ley», por una parte, y las formas del § 9 VwVfG, por la otra, sino entre la ley parlamentaria y las formas de actuación administrativa en su conjunto. Ahora bien, esto significa que las formas normativas pueden contar con una modelación tan a fondo como la que ya han alcanzado el acto y el contrato administrativos²¹. Que todavía queda mucho por hacer desde el punto de vista dogmático se puede apreciar en el Derecho procedimental y en la doctrina de los vicios de las formas normativas²² en su conjunto y, en especial, en aquel grupo de normas

²⁰ Una exposición sistemática de los medios de que hoy en día dispone la acción del Estado se puede ver en KIRCHHOF, en: Isensee/Kirchhof (n. 5), vol. 3, § 59, esp. margs. 102 y ss.; sobre las formas de actuación soberana en concreto, *vid.* HILL, en: DVBl, 1989, pp. 321 y ss.

²¹ *Vid.* la detenida exposición de OSSENBÜHL, en: Isensee/Kirchhof (n. 5), vol. 3, §§ 64-66; *cfr.* también mi propio trabajo sobre *Die kommunale Rechtssetzung im Gefüge der administrativen Handlungsformen und Rechtsquellen*, 1981.

²² *Vid.* sobre este extremo el profundo y reciente trabajo de MORLOCK, *Die Folgen von Verfahrensfehlern am Beispiel kommunaler Satzungen*, 1988; también OSSENBÜHL, en: NJW, 1986,

que habitualmente viene representado por los reglamentos administrativos, si bien éstos no lo abarquen de manera exhaustiva. Hay algunos datos que hablan en pro de que el dominio de ese grupo de normas podría resultar más fácil si se las contemplara simplemente desde su indiscutible significado como formas de acción administrativa en lugar de limitar la discusión a la cuestión de su cualidad jurídica y a su carácter de fuentes del Derecho²³.

Sin perjuicio de la necesidad de un desarrollo uniforme de todas las partes del sistema de las formas, el acto administrativo ocupa en cualquier caso una posición central e importante²⁴. Sea como sea, las presuposiciones acerca de una pérdida de funciones de este instituto no se han confirmado. Se ha perdido, ciertamente, su función de apertura de vías de acceso a la revisión judicial²⁵. De esta manera se resalta con mayor claridad el carácter de acción del instituto²⁶. En esta función, junto a sus tradicionales ámbitos de aplicación en la Administración de tráfico masivos que son los campos social y fiscal, en los que representa un instituto aceptado desde todas las partes, el acto administrativo se ha abierto nuevos ámbitos en la Administración distributiva. Aquí constituye un medio para reconducir a una ordenación jurídica fiable y abarcable los complicados entramados de intereses de numerosas situaciones jurídico-administrativas multipolares²⁷. Los permisos de control y las resoluciones de planificación del Derecho ambiental y urbanístico no se pueden concebir sin los efectos estabilizadores que parten precisamente del acto administrativo²⁸. Y lo mismo se puede decir respecto de aquellos contextos decisorios en los que se persigue establecer una estratificación de problemas por fases. La dogmática de las autorizaciones parciales y de las pre-resoluciones o actos anticipados provisionalmente, desarrollada en tiempos recientes por la jurisprudencia, se apoya en la clasificación de estos actos como actos administrativos²⁹. En el futuro habrá que pensar si acaso no resultará

pp. 2805 y ss.; SCHMIDT-ASSMANN (n. 21), pp. 14 y ss.; MAURER, en: Hill (ed.), *Zustand und Perspektiven der Gesetzgebung*, 1989, pp. 233 y ss.

²³ Poca ayuda, pues, representa BVerfG, DVBl, 1989, pp. 94 y ss. Acerca de la significación práctica de las disposiciones administrativas, vid. ELLWEIN, *Verwaltung und Verwaltungsvorschriften*, 1989; profundizando en el tema, HILL, NVwZ, 1989, pp. 401 y ss.

²⁴ ERICHSEN/KNOKE, NVwZ, 1983, pp. 185 y ss.; ERICHSEN/MARTENS (n. 1), § 11 I; MAURER, *Allgemeines Verwaltungsrecht*, 6.ª ed., 1988, § 9, marg. 41; MEYER/BORGS (n. 12), § 35, marg. 3; también MARTENS (n. 2), pp. 159 y ss.

²⁵ BVerwGE, 77, p. 268 (274 y ss.).

²⁶ Vid. la exposición sistemática de MEYER/BORGS (n. 12), § 55, marg. 4 y ss.; ERICHSEN/MARTENS (n. 1), § 11 I.

²⁷ Vid. al respecto sólo BURMEISTER, *Jahrbuch des Umwelt- und Technikrechts*, 1988, pp. 122 y ss.; sobre la Administración distributiva y las decisiones administrativas «complejas» por ella adoptadas, vid. también SCHMIDT-ASSMANN (n. 9), pp. 21 y ss.

²⁸ Básico a este respecto es WAHL, DVBl, 1982, pp. 51 y ss.

²⁹ BVerwGE, 72, 300 (306 y ss.); 78, 177 y ss.; BVerwG, NVwZ, 1989, pp. 52 y ss.; con detalle, SELNER, *Immissionsschutzrecht der Industrieanlagen*, 2.ª ed., 1988, pp. 165 y ss.

posible arrojar un poco más de claridad en la maraña de la red de información interadministrativa haciendo que determinadas y concretas «decisiones-palanca» se estructuren más claramente a la manera de actos administrativos. Otro tema con perfiles propios es finalmente el profundizar la elaboración de la función de acoplamiento y delimitación del acto administrativo en aquellos lugares en los que los ámbitos del Derecho administrativo especial colisionan con el Derecho penal y en los que el acto administrativo sirve a la protección de los respectivamente autónomos mandatos regulativos de los campos del Derecho implicados³⁰.

De esta manera, ya sólo quedan las objeciones frente a la doctrina de las formas que, con el ejemplo del acto administrativo, le quieren demostrar una orientación radicalmente superada en cuanto basada en el modelo del Estado pre-liberal, ya que una doctrina como ésta viene concebida desde la actividad de la Administración y no precisamente desde la perspectiva del ciudadano. Más adelante (*vid. infra* IV 1) nos hemos de enfrentar con esta crítica, que por lo demás no afecta en exclusiva al acto administrativo, sino también a la actividad de normación y a todas las decisiones unilaterales de la Administración con virtualidad conformadora de Derecho.

2. OBJECIONES FRENTE A LOS PRINCIPIOS ESTRUCTURALES DE LA DOCTRINA DE LAS FORMAS

En principio, se trata, sin embargo, de objeciones frente a los principios constructivos que se han descrito anteriormente, frente a la abstracción y a la centralidad de los efectos propias de la doctrina de las formas.

a) *Carácter abstracto de las formas*

Es enteramente cierto: la doctrina de las formas representa sus institutos más importantes en un elevado nivel de abstracción. Rebasa los límites de los distintos ámbitos de la Administración; su desarrollo no tiene ninguna especificidad, ni desde el punto de vista de los cometidos ni en términos de las esferas de protección. Pero si administrar significa cumplimiento de tareas y si es a partir de este dato que la Administración obtiene una parte importante de su legitimación, en tal caso hay que preguntarse si acaso al Derecho administrativo le es da-

³⁰ *Vid.* al respecto BREUER, *NJW*, 1988, pp. 2072 y ss.; DAHS/REDEKER, *DVBt*, 1988, pp. 803 y ss., esp. 810; WINKELBAUER, *DÖV*, 1988, p. 723, esp. 729 y ss.

ble orientarse de acuerdo con una sistemática que está construida sin referencia a los cometidos³¹. También hay que preguntarse si a la vista de los diferenciados ámbitos de protección de los distintos derechos fundamentales es posible mantener un concepto que no toma en consideración estas diferencias. La doctrina de las formas se convierte así en una representante de la idea de un Derecho administrativo general por antonomasia.

La pregunta fundamental por el sentido práctico y la adecuación de una «parte general» ha sido objeto de frecuente discusión durante los trabajos preliminares de la ley de procedimiento administrativo (VwVfG)³². De una manera aún más penetrante, WIEACKER ha señalado su problemática basándose en el ejemplo del Derecho privado³³: hace referencia a «una decisión básica en la relación que el ordenamiento jurídico mantiene con la realidad social: el formalismo jurídico contemplará en la formulación de una parte general su cumplimiento último, mientras que el naturalismo social o socio-éticamente comprometido temerá de ella una perturbación de la referencia hacia la realidad propia del Derecho y un freno de sus pretensiones (puramente políticas o morales) de conformar la sociedad de una forma más adecuada o más justa». Con vistas al Derecho administrativo, esta idea se podría poner en relación con concepciones dualistas de un Estado de Derecho «material» y otro «formal». Ahora bien, aunque el Estado de Derecho creado por la Ley Fundamental no puede ver entendida su orientación material sin los elementos jurídico-formales³⁴, por sí sola una orientación formal-abstracta de un *único* elemento de los reunidos en la parte general no pone de manifiesto una concepción alejada de la realidad del pensamiento jurídico-administrativo³⁵. A la doctrina de las formas se añaden los criterios de la actividad administrativa como un segundo elemento sistemático, que está relleno por los mandatos constitucionales de la proporcionalidad y del trato igualitario, así como por la tipicidad material regulada en las normas especializadas. La doctrina de las formas y la de los criterios opera sobre la actividad administrativa desde perspectivas diversas. La generalidad de la doctrina de las formas tiene en este contexto la función de marcar puntos fijos y conjuntarlos haciendo de ellos líneas de orientación³⁶. Tal y como el

³¹ Vid. a este respecto la crítica en profundidad de BADURA, *Verwaltungsrecht im liberales und im sozialen Rechtsstaat*, 1966, pp. 16 y ss.; en sentido contrario, cfr. una vez más BACHOF (n. 6), pp. 225 y ss.

³² Vid. F. WERNER, informe presentado para el 43. DJT [Congreso Alemán de Juristas], 1963, Parte B, esp. pp. 18 y ss.

³³ *Privatrechtsgeschichte der Neuzeit*, 2.ª ed., 1967, p. 487.

³⁴ Vid. SCHMIDT-ASSMANN, en: Isensee/Kirchhof (n. 5), vol. 1, 1986, § 24, margs. 17 y ss.; KIRCHHOF (n. 20), § 59, marg. 40: «Es en la forma donde el Estado de Derecho adquiere su medida.»

³⁵ Acertadamente MEYER-HESEMANN (n. 1), esp. p. 134.

³⁶ Cfr. SCHMIDT-ASSMANN (n. 4), p. 384.

Tribunal Constitucional Federal ha elaborado con acierto en respuesta a apremiantes deseos manifestados en orden a una nueva formulación de la doctrina de la firmeza de los actos administrativos diferenciada según los distintos derechos fundamentales, la parte general preserva al Derecho administrativo de quedar disuelta en un «entramado procedimental construido sobre la base de acciones judiciales»³⁷. Se ha de insistir en esta fijación de posiciones a favor de un pensamiento jurídico general no sólo por razones de índole práctica, sino también porque sólo así resulta imaginable y utilizable una cultura administrativa que impregne los tiempos que vivimos.

Con la doctrina de las formas no se está pensando en un sistema blindado frente a los desarrollos sociales. Más bien podría señalarse, en sentido contrario, que pensar en términos de «conceptos superiores» incrementa la capacidad adaptativa del Derecho en la medida en que lo hace suficientemente abstracto como para abarcar una multiplicidad de fenómenos singulares y enjuiciarlos desde una clara distancia. Y la distancia constituye una premisa insoslayable para un desarrollo del Derecho que persiga metas definidas³⁸. ¡Piénsese en la plasmación interna de la directiva comunitaria sobre el examen de compatibilidad ambiental de grandes instalaciones! La remodelación de importantes partes del Derecho administrativo nacional que aquí se hace necesaria queda considerablemente facilitada por un análisis de las repercusiones orientado por las formas jurídicas de las respectivas decisiones administrativas. Otro punto de vista se suma a los ya señalados: la doctrina de las formas no se aferra a los planos de abstracción superiores de sus formas principales, sino que conoce también formas intermedias y subcategorías que permiten una asignación más específica de las consecuencias sistémicas. El acto administrativo con eficacia frente a terceros, la disposición de alcance general y el contrato administrativo en su variedad de subordinación constituyen ejemplos sobre los que configurar determinadas necesidades regulativas. La adecuación de sus peculiaridades en cuestiones como la publicación, el procedimiento o las cláusulas de contenido (§§ 55 y 56 VwVfG) no se puede, sin embargo, establecer sólo teniendo como telón de fondo las doctrinas de orden general.

³⁷ BVerfGE, 60, 253 (297).

³⁸ Vid. al respecto las referencias contenidas en SCHAPP, *Hauptprobleme der juristischen Methodenlehre*, 1983, pp. 98 y ss.

b) *Centralidad de los efectos en la doctrina de las formas*

Con este concepto no estamos pensando en el hecho de que la doctrina de las formas tenga como objeto los resultados de la actividad administrativa y no el proceso decisorio. En la medida en que en una orientación como ésta en tiempos anteriores se ha contemplado una cierta unilateralidad del pensamiento jurídico-administrativo, esta crítica debería ser asumida y realizada a través del amplio despliegue de la idea procedimental en el Derecho administrativo, la misma que impregna la más reciente evolución jurídica³⁹. El procedimiento administrativo constituye en la actualidad —junto a la doctrina de las formas y a los criterios— el tercer gran elemento sistémico del Derecho administrativo general, a partir del que se han de ir abriendo los problemas jurídicos de la actuación administrativa. Lo que aquí se designa como «centralidad de los efectos» no apunta a esa circunstancia, sino que alude al principio constructivo antes descrito, consistente en la determinación de las consecuencias jurídicas en función de las formas y a tenor de la intensidad y el ámbito de la incidencia práctica. Así concebida, la doctrina de las formas se encuentra en partes esenciales «calificadas por sus resultados prácticos», pero sin que eso suponga que tenga una referencia a la acción.

Dejemos en principio de lado la cuestión de hasta qué punto en esta concepción se han mantenido ideas ya superadas sobre el poder, activo por naturaleza, y el súbdito, llamado a soportar, a quien la doctrina de las formas le ha de procurar un grado mínimo de protección frente a las intromisiones en su esfera individual⁴⁰. En términos muy generales, lo que se ha de objetar frente a una doctrina de las formas centrada en los efectos es más bien el hecho de que una dogmática que se orienta por el *output* queda rígidamente fijada en la reacción y malgasta el mandato conformador prospectivo propio del Derecho. Si el Derecho administrativo ha de guiar y no sólo limitar la actuación de la Administración⁴¹, en este caso cualquier orientación dirigida hacia los efectos resulta demasiado estrecha, puesto que los efectos son algo que se acepta pasivamente, como previamente dados, en lugar de incluirlos en su mandato ordenador. En tiempos recientes, y sobre la base del ejemplo del Derecho de la responsabilidad de los poderes públicos, se ha vuelto claro que en el pasado una concepción como la que acabamos de referir ha dominado en demasía al Derecho público.

³⁹ En torno a esta problemática, y con numerosas referencias, se expresa HILL, *Das fehlerhafte Verfahren und seine Folgen im Verwaltungsrecht*, 1986, esp. pp. 189 y ss.; *vid.* también SCHMIDT-ASSMANN, en: Isensee/Kirchhof (n. 5), vol. 3, § 70, marg. 4.

⁴⁰ *Vid.* al respecto *infra* IV 1.

⁴¹ Sobre este extremo, *vid.* KRAUSE (n. 4), pp. 380 y ss.

El instituto de la indemnización por «intervenciones equivalentes a expropiación» era una creación clásica de un pensamiento jurídico orientado exclusivamente por los efectos. Por la misma razón que era necesario recurrir a él para cubrir las lagunas en los supuestos fácticos de responsabilidad⁴², no se podía crear una sólida dogmática de la propiedad, ya que las medidas relevantes en orden a la propiedad diferenciadas en el artículo 14 LF resultaban equiparadas a partir de sus resultados. Con todo acierto, el Tribunal Constitucional Federal ha adoptado una posición contraria a este estado de cosas y ha procedido a reformular el Derecho expropiatorio, pasando al efecto de la clásica orientación por los efectos a otra centrada en la actividad⁴³. Como una consecuencia natural de ello, las formas diferenciadas de la intervención en la propiedad y los mecanismos, igualmente diferenciados, de protección y compensación de la Constitución han vuelto a pasar a un primer plano: la protección jurídica primaria, la legalidad de la expropiación, la vinculación al bien común y la firmeza.

También para el Derecho administrativo general y su doctrina de las formas no resulta posible quedarse centrado en los efectos. Ya hemos señalado anteriormente que algunas formas no venían ni siquiera hasta ahora definidas sólo por sus efectos, sino que también otros criterios —como, por ejemplo, el procedimiento— desempeñarían un cierto papel. Se trata de apuntes —hasta la fecha, por lo demás, muy poco valorados— tendentes a dotar a la doctrina de las formas con unos principios constructivos adicionales. Esta es la vía por la que se ha de seguir avanzando para abrir la *dimensión de la actividad*.

a) Un paso esencial en esa dirección, al menos con virtualidad clarificadora, lo ha dado el § 36 VwVfG, en tanto en cuanto define al acto administrativo como una medida que se orienta a la producción de una repercusión en el exterior. Con todo acierto, el Tribunal Administrativo Federal se ha pronunciado al respecto en los siguientes términos⁴⁴: «Que a una regulación le corresponda una eficacia externa inmediata en los términos expuestos depende de si, por su sentido objetivo, está destinada a desplegar eficacia externa (BVerwGE, 41, 253 y ss., 258), pero no de la manera en que repercute de hecho en cada caso concreto». Un traslado adoptado en el marco del Derecho de la función pública o una instrucción inspectora no se plasman, pues, en un acto administrativo porque de hecho incidan (contra Derecho) en la esfera jurídico-subjetiva de los destinatarios. ¡No existe lo que se po-

⁴² Una exposición de la evolución jurídica a este respecto se encuentra en NÜBGENS/BOUJONG, *Eigentum, Sozialbindung, Enteignung*, 1987, pp. 182 y ss.; PAPIER, en: Maunz/Dürig, *GG*, Art. 14, margs. 597 y ss.

⁴³ Es fundamental en este sentido BVerwGE, 58, 300 (330 y ss.); *vid.* también el comentario de SCHMIDT-ARMANN, *DVBl*, 1987, pp. 216 y ss., donde se contienen referencias adicionales.

⁴⁴ BVerwGE, 60, 144 (145); dándole la razón, ERICHSEN, *DVBl*, 1982, 95 y ss., 98.

día llamar un «acto administrativo *per nefas*»! Nos hemos desprendido de una construcción errónea que se había formado bajo la concepción de la función de apertura de vías judiciales propia del acto administrativo y, de esta manera, la vista ha quedado libre para las exigencias jurídico-procedimentales que ha de respetar la Administración si ésta pretende adoptar medidas con un determinado fin regulativo ⁴⁵.

b) La *finalidad* de la acción también se ha de incluir, con tanta o mayor intensidad, en las formas jurídicas. A tal efecto, resulta imaginable definir los fines no sólo como en el § 35 VwVfG, de una manera constructiva en términos jurídicos, sino también materialmente, y de esta manera fomentar la tantas veces invocada orientación del Derecho administrativo hacia los fines o tareas ⁴⁶. No puede darse, obviamente, una adaptación directa de las formas jurídicas actuales a las formas de cumplimiento de tareas, por la sencilla razón de que los puntos de conexión residen en planos diferentes ⁴⁷. La orientación hacia lo general proporcionada por la abstracción que hasta la fecha ha tenido la doctrina de las formas ha de mantenerse en el futuro. Ahora bien, lo que resulta posible es desarrollar de modo complementario a los conceptos superiores formas de un «plano medio de generalización», en las que puedan encontrar cabida las necesidades regulativas especiales de los distintos campos de tareas. Esto presupone a todas luces una más intensa estructuración por parte de la teoría de las funciones de la Administración ⁴⁸.

Sacando listados ganaríamos aquí poco. Los puros ámbitos materiales de cometidos (administración de la construcción, del comercio y la industria, de las pensiones, de las subvenciones y fiscal) nos brindan, en el mejor de los casos, la materia prima. En este proceso de conformación los conceptos de la Administración ordenadora o prestadora pueden cumplir un papel de intermediación. Además, se hace necesario analizar los cometidos conforme a su programación legal y a sus modalidades prácticas de cumplimiento y constituir por esta vía tipos de cometidos que, por su parte, puedan acercarse a los intereses *jurídicos* regulativos de la doctrina de las formas ⁴⁹. Para una tipologización como la propuesta pueden constituir puntos de apoyo los binomios de cumplimiento libre o vinculado, regulativo u orientativo, bipolar o multipolar, unilateral o consensual, etc. Al igual que la doctrina de las formas no representa en exclusiva hacia fuera al Derecho

⁴⁵ En este sentido, también se manifiestan MEYER/BORGS (n. 12), § 35, margs. 49, 12 y ss.

⁴⁶ *Vid. supra* n. 31; también KRAUSE (n. 4), p. 382.

⁴⁷ Así, acertadamente, se manifiesta BACHOF (n. 5), pp. 224 y ss.; en términos similares, MEYER-HESEMANN (n. 1), pp. 100 y ss.

⁴⁸ *Vid.* las consideraciones que sobre este particular se formulan en SCHUPPERT, *VerwArch*, 1980, pp. 309 y ss.; en el contexto de los cometidos del Estado y de la forma de entender el bien común, ISENSEE/KIRCHHOF (n. 6), vol. 3, § 57, margs. 132 y ss.

⁴⁹ Ilustrativo al respecto, HILL, *DÖV*, 1987, pp. 885 y ss.

administrativo general, sino que ha de ser evaluada en conexión con criterios, procedimientos y relaciones jurídicas, hacia adentro no se la debe adherir a un único principio constructivo como pueda ser el de la centralidad de los efectos.

IV. LA DOCTRINA DE LAS FORMAS Y LA PREGUNTA POR UNA CONCEPCION DEL DERECHO ADMINISTRATIVO AJUSTADA A LA REALIDAD

Las reflexiones precedentes conducen a la cuestión fundamental de hasta qué punto la doctrina de las formas puede constituir una parte integral de una concepción actual del Derecho administrativo.

1. LA RELACIÓN ESTADO-CIUDADANOS

Esta cuestión ha de negarse en todo caso por aquellos que ven en la doctrina de las formas una reliquia de las tradiciones del pensamiento autoritario pre-liberal. Una posición en esta línea es la que en tiempos recientes ha expuesto Joachim MARTENS. MARTENS parte del acto administrativo como un instituto de importancia práctica central para la doctrina de las formas y argumenta que ya en la propia definición que del mismo efectúa la doctrina dominante se sigue reflejando el modo de ver de Otto MAYER⁵⁰: «Ahora bien, esto no quiere decir otra cosa sino que el ciudadano, en su relación con los poderes públicos, continúa figurando como súbdito, por más que se trate ahora de un súbdito emancipado que dispone de un amplio grado de protección judicial, especialmente diseñado frente a intervenciones de carácter autoritario». En esta línea se presentan aún más las doctrinas del Derecho administrativo general, los principios no escritos del Derecho, como los auténticos soportes de una malograda idea de subordinación, ya que es la decisión administrativa lo que se encuentra en el centro de su atención⁵¹. A una perspectiva como ésta MARTENS contrapone la idea de la equiparación jurídica entre ciudadano y Administración. Para ello, los supuestos fácticos del Derecho administrativo especial deberían interpretarse como «normas de conducta» para el ciudadano y para la Administración, pero no como normas que contengan un mandato de enjuiciamiento a favor de la Administración⁵². «Los dos componentes de esta situación jurídica (la juridificación de la conducta del

⁵⁰ J. MARTENS, *KritV*, 1986, pp. 104 y ss.

⁵¹ *Ibid.*, p. 116.

⁵² *Ibid.*, pp. 114 y ss.

ciudadano y de la Administración, así como una amplia protección judicial) establecen la equiparación jurídica del ciudadano en cada una de sus relaciones jurídicas con la Administración»⁵³.

a) *La equiparación no es ningún modelo explicativo*

Es mérito de MARTENS el haber puesto a punto con esta tesis de la equiparación la pregunta por las hipótesis fundamentales de la dogmática del Derecho administrativo. A consecuencias similares a las que pretende extraer MARTENS conduce el enfoque recientemente realizado por Hartmut BAUER consistente en dejar de utilizar por más tiempo la figura jurídica del Derecho público subjetivo, hasta la fecha una de las piedras angulares del sistema, para caracterizar sólo a la posición del ciudadano, sino también dotar igualmente a la Administración con derechos públicos subjetivos⁵⁴. Para fundamentar una tesis como ésta se podría recurrir además a conceptos de la teoría de los contratos que recientemente han vuelto a cobrar influencia en la teoría del Estado⁵⁵.

De entrada, la idea de la equiparación jurídica de Administración y ciudadano no se corresponde con las decisiones constitucionales de los artículos 1 y 20 de la Ley Fundamental, en los que se procede a fundir la teoría del Estado con el Derecho constitucional. La insostenibilidad de esta tesis la pone de manifiesto el propio artículo 20.2 LF, que parte de un *modelo escalonado* de la legitimación y del ejercicio del poder del Estado⁵⁶: según este modelo, el ciudadano es en primer lugar, en cuanto parte del pueblo, *titular* del poder del Estado; el ejecutivo, por otra parte, es uno entre los varios *órganos* a través de los que aquél se ejerce. Este elemental escalonamiento no se puede allanar con un esquema de equiparación. Y por las mismas, a pesar de algunas aproximaciones y transiciones, la separación de Estado y sociedad, de ejercicio del poder y sometimiento al mismo continúa siendo el principio estructural básico de la Constitución, con el que se garantiza la libertad individual bajo las condiciones de una sociedad ordenada⁵⁷. Justamente por mor de esta libertad ha de apuntarse la contradicción con la tesis de la equiparación: la esfera del ciudadano se encuentra fundida bajo el molde de la *libertad*, mientras que la ordenación jurídico-administrativa viene definida por unas *competencias* conferidas ju-

⁵³ *Ibid.*, p. 128.

⁵⁴ BAUER, *Geschichtliche Grundlagen der Lehre vom subjektiven öffentlichen Recht*, 1986, esp. pp. 161 y ss.

⁵⁵ *Vid.* en este sentido GRAF BALLESTREM, *ZfP*, 1983, pp. 1 y ss.

⁵⁶ Para lo que sigue, *vid.* BÖCKENFÖRDE, en: Isensee/Kirchhof, I, § 22, esp. margs. 9 y ss.; SCHMITT GLAESSER, *ibid.*, vol. 2, § 31, margs. 21 y ss.

⁵⁷ *Vid.* a este respecto RUPP, en: Isensee/Kirchhof, I, § 28; BADURA, *Staatsrecht*, 1986, A 4.

rídicamente. Ambos son principios estructurales distintos. Distancia y no identidad, supraordenación de la esfera de la libertad y no equiparación, es lo que define este primer y elemental escalón en la relación del individuo con el Estado.

Pero la equiparación tampoco puede constituir el modelo explicativo general de un moderno Derecho administrativo porque en una concepción como ésta no es posible captar adecuadamente las legítimas exigencias del ejercicio del poder político. Pues también en democracia se ejerce poder político y se exige obediencia al Derecho. Conforme a los planteamientos del artículo 20.2 y 3 ni en el plano de la legislación ni en el plano de la Administración y de la justicia el ejercicio del poder del Estado se disuelve en modelos consensuales y discursivos. Como la democracia moldeada como Estado de Derecho legitima el poder político es más bien sumergiéndolo en una *ordenación competencial* estructurada⁵⁸. Su concreción formal para el día a día de la actividad administrativa representa una tarea esencial de la dogmática jurídico-administrativa. Quien en esta ordenación pretenda entrever un deber de creación continuada de consenso entre la Administración y los ciudadanos en cuanto partes equiparadas lo que está haciendo no es otra cosa sino cortocircuitar indebidamente a la teoría del Estado y el Derecho administrativo, obviando al *Derecho constitucional*. El sometimiento al Derecho no es sólo la subordinación a una ley que se ejecuta por sí misma, sino a unas competencias decisorias de Administración y tribunales que deben su existencia a un apoderamiento legal. Estos dos órganos a que acabamos de referirnos ejercen «poder del Estado» de modo no diverso a como lo ejerce el poder legislativo. La juridificación y la protección, en contra de la tesis de MARTENS, no alteran en nada esta situación; no convierten la subordinación en equiparación, sino que a su vez representan medios para disciplinar y hacer efectivas diferenciadamente las decisiones administrativas.

Ante un telón de fondo como éste también fracasa el intento de interpretar completamente el Derecho administrativo material como un derecho de comportamientos, al que estarían sometidos tanto la Administración como los ciudadanos. No sólo las leyes de signo interventor, con sus claros supuestos fácticos, sino también las de finalidad prestacional y planificadora contienen —como, a su vez, se pone claramente de manifiesto en los apoderamientos para llevar a cabo ponderaciones y ejercer discrecionalidad— una multiplicidad de *normas de enjuiciamiento* o apreciación que llevan consigo una competencia administrativa decisoria⁵⁹. Tampoco en el segundo escalón o nivel de la

⁵⁸ ISENSEE, en: Isensee/Kirchhof, I, § 13, esp. margs. 62 y ss.

⁵⁹ Vid. sobre este extremo las ponencias y las discusiones que se produjeron en la reunión de profesores de Derecho político de Tubinga en 1988, bajo el tema «Conformación y aplicación de la ley en el Derecho prestacional». Vid. también las informaciones sobre la reunión publica-

relación entre Estado y ciudadanos la tesis de la equiparación constituye, pues, ningún modelo explicativo de validez general. Por todo lo anteriormente expuesto, una doctrina de las formas jurídicas de la actuación administrativa no está en contradicción con las bases constitucionales del Derecho administrativo porque otorgue un puesto central a un instrumento que, como el acto administrativo, supone una competencia regulativa unilateral a favor de la Administración.

b) *Significado de la relación jurídico-administrativa*

La inclusión de la relación jurídico-administrativa entre los elementos constitutivos del sistema del Derecho administrativo, por el contrario, no desemboca necesariamente en ideas de equiparación. Que la relación Estado-ciudadano es una relación jurídica es algo que figura entre las hipótesis fundamentales del Estado de Derecho⁶⁰. Por sí solo este hecho debería garantizar a la relación jurídico-administrativa su lugar también en el Derecho administrativo general. Una mirada a manuales y obras clásicas de fecha algo anterior evidencia que las cosas no están tan mal como algunos podrían pensar⁶¹. Por otra parte, no se puede negar que, en comparación con las otras tres pautas explicativas del Derecho administrativo general: la doctrina de las formas, la de los procedimientos y la de los criterios, la relación jurídico-administrativa ha adquirido hasta la fecha el menor grado de desarrollo *sistemático*. Sea como sea, sin embargo, en la actualidad son conocidos los más importantes efectos que puede desplegar la figura de la relación jurídica para el Derecho administrativo⁶²:

— Pensar desde la perspectiva de la relación jurídico-administrativa mueve a una *contemplación global* del derecho vital de referencia.

— Las relaciones jurídicas se apoyan en un contexto de derechos y *obligaciones*, en el que se subraya el carácter interconectado, la reciprocidad y la toma en consideración de los otros elementos.

— La relación jurídico-administrativa desarrolla la *relatividad* de las correspondencias jurídicas, permitiendo un análisis diferenciado de

das en *DVB*, 1988, pp. 1050 y ss., o en *DÖV*, 1988, pp. 1050 y ss.; además también se puede consultar HAVERKALTE, *NVwZ*, 1988, pp. 769 y ss.; EBSEN, *DVB*, 1988, p. 883.

⁶⁰ SCHMIDT-ÄßMANN (n. 34), § 24, marg. 23.

⁶¹ FLEINER, *Institutionen des deutschen Verwaltungsrechts*, 8.ª ed., 1988, pp. 141 y ss.; W. JELLINEK, *Verwaltungsrecht*, 3.ª ed., pp. 191 y ss.

⁶² Para lo que sigue, *vid.* FLEINER-GERSTER/ÖHLINGER/KRAUSE, *VVDStRL*, vol. 45, 1987, pp. 152 y ss., 154, 182 y ss., 212 y ss.; HILL, *NJW*, 1986, pp. 2602 y ss.; LÖWER, *VwZ*, 1986, pp. 793 y ss.; EHLERS, *DVB*, pp. 912 y ss.; ACHTERBERG, *Allgemeines Verwaltungsrecht*, 2.ª ed., 1986, § 20; HENKE, *DÖV*, 1980, pp. 621 y ss.; MEYER-HESEMANN (n. 1), pp. 167 y ss.; BAUER (n. 54), pp. 167 y ss.; abriendo además importantes perspectivas, HÄBERLE, «Das Rechtsverhältnis - eine Problemskizze», en: *id.*, *Die Verfassung als Pluralismus*, 1980, pp. 248 y ss.

las múltiples relaciones que se establecen en el seno del propio entramado administrativo y entre ese entramado y otros sujetos de Derecho.

— Las relaciones jurídicas dirigen la mirada hacia las *estructuras fácticas* que influyen las regulaciones jurídicas. Las particularidades se pueden así captar tanto más claramente y someterlas a un tratamiento más objetivo y eficaz.

— Finalmente, la relación jurídica contrapone a una contemplación estética la observación de los fenómenos en su evolución y permite captar mejor la dimensión *temporal* contenida en las reglas jurídicas.

Con la elaboración en detalle de estos efectos la relación jurídico-administrativa fomenta importantes intereses epistémicos de la formación del sistema del Derecho administrativo. Como es natural, no todos los conocimientos procurados por la relación jurídico-administrativa pueden transformarse sencillamente en términos de dogmática. Donde esto ocurre con mayor facilidad es en las relaciones jurídicas legalmente bien reguladas en todos sus detalles del Derecho fiscal, del Derecho de las subvenciones y del Derecho social⁶³, así como del Derecho de la función pública o del Derecho escolar. La idea de la relación jurídica ofrece aquí la —para una interpretación sistemática de la ley— esencial puesta entre paréntesis de los datos concretos frente a los contextos de eficacia. En amplios sectores, sin embargo, la relación jurídico-administrativa no despliega (todavía) ninguna función dogmática, sino una *función heurística*. De este orden es, por ejemplo, el tratamiento más depurado de las particularidades y de las necesidades de normación de aquí resultantes⁶⁴. Es posible encontrar zonas intermedias o de transición entre ambas funciones en la relación jurídico-administrativa, por ejemplo, en la justificación de la preclusión a partir de las obligaciones de toma en consideración de otros factores que se producen en relaciones jurídicas multipolares⁶⁵. Una figura jurídica que resultaría adecuada para una moderna forma de captar el fenómeno de la concreción de la ley y que simultáneamente permitiría integrar componentes propios del Estado democrático y de Derecho podría representarla la «relación jurídica de participación», desarrollada por SCHMITT GLAESER⁶⁶.

No es éste, sin embargo, el lugar en que debemos ocuparnos de esas cuestiones. Lo que nos interesa aquí es más bien sólo las concomitancias que se establecen entre las doctrinas de la relación jurídica

⁶³ Vid. al respecto las referencias contenidas en MARTENS (n. 2), pp. 41 y ss.

⁶⁴ Es básico a este respecto LOSCHOLDER, *Vom besonderen Gewaltverhältnis zur öffentlich-rechtlichen Sonderverbindung*, 1982, *passim*.

⁶⁵ Cfr., por ejemplo, BVerfGE, 61, 82 (114); BVerwGE, 60, 297 (303 y ss.).

⁶⁶ En: LERCHE/SCHMITT GLAESER/SCHMIDT-ABMANN, *Verfahren als staats- und verwaltungsrechtliche Kategorie*, 1984, pp. 35 y ss., esp. 53 y ss.

y la de las formas jurídicas. La relación jurídica aparta la mirada de la decisión administrativa, en la que está pensando la doctrina de las formas, y la dirige a la situación fáctica de la que aquélla surge o sobre la que ha de incidir. Aquí nos encontramos con el Derecho del procedimiento administrativo. Sin embargo, a diferencia de éste, la relación jurídica no sitúa en primer plano las fases del proceso decisorio, sino los sujetos formal y materialmente implicados y sus respectivos intereses. Respeto y consideración recíprocos son puntos que se vuelven patentes sobre el telón de fondo de la relación jurídico-administrativa. En la medida en que la doctrina de las formas piensa desde la decisión administrativa, la doctrina de la relación jurídica se puede entender como un intento de llamar la atención más intensamente sobre la posición del ciudadano en el Derecho administrativo. La idea de relación jurídica, sin embargo, no resulta apta como palanca para forzar una equiparación general. Por el contrario, destaca la relatividad de las posiciones y relaciones y sirve así no a la esquematización, sino más bien a conferir expresión también en el Derecho de la organización al orden político-administrativo de la Ley Fundamental.

No se puede constatar ni recomendar una sustitución de la doctrina de las formas por la doctrina de la relación jurídica⁶⁷, de la misma manera que, a la inversa, ninguna de las dos doctrinas constituyen el punto arquimédico del sistema del Derecho administrativo, sino que ambas —conjuntamente con las doctrinas del procedimiento y de los criterios— son enfoques teóricos complementarios⁶⁸. La doctrina de las formas, conforme a los principios del Estado de Derecho, lleva a la Constitución todo el arsenal de la Administración actuante y, en la medida en que pone a punto las cosas, crea estabilidad y claridad, una y otra factores irrenunciables sobre todo en relaciones jurídico-administrativas multipolares. Tal y como se puede establecer sobre la base de los procesos de emanación de normas y de la planificación, la doctrina de las formas llega hasta el interior de ámbitos de la Administración que no se pueden captar con los institutos de la relación Estado-ciudadanos, pero cuya impregnación constituye una misión de no menor importancia del Derecho administrativo.

⁶⁷ Acertadamente, en este sentido poco entusiasmado, ERICHSEN/MARTENS (n. 1), § 10 II; más claramente negativo frente a la función de creación de sistema de la relación jurídica se expresa H. MEYER, *VVDStRL*, vol. 45, p. 272: «La relación jurídica constituye posiblemente el más vacío instrumento jurídico que jamás se haya ofrecido».

⁶⁸ En esta línea, *vid.*, por ejemplo, las tomas de posición de BREUER/BACHOF/MAURER, *VVDStRL*, vol. 45, 1987, pp. 272 y ss., 279 y ss., 280 y ss.

2. CONFORMACIÓN CONTRA «INFORMALIDAD»

Dar forma resulta adecuado como un elemento de la estática. ¿Debe un Derecho administrativo que sitúa tan claramente la idea de forma en el centro de su atención evitar propiciar adicionalmente la tantas veces criticada inmovilidad administrativa o, por el contrario, desafiar el reiterado soslayamiento de las formas? No resulta posible negar la existencia de peligros como éstos. Si se produce, sin embargo, no es a causa de la idea de forma en cuanto tal, sino por virtud de unas demasiado elevadas exigencias jurídicas, similares a las que se pueden observar, por ejemplo, en la doctrina de los criterios o en la del procedimiento⁶⁹. En el caso de que llegue a ser desproporcionado el gasto en finezas jurídicas de una forma de acción y de los resultados gracias a ellas alcanzables, ello conduce a la formación de formas de comportamiento apócrifas o paralegales. ¡Este desnudo dato empírico debería tenerse siempre presente en todos los esfuerzos realizados en pro de un mayor refinamiento de la dogmática del Derecho administrativo!

Esto vale sobre todo en lo que atañe a la confrontación con la llamada *actividad informal de la Administración*, que se ha ido desarrollando múltiplemente en el día a día de la Administración a través de acuerdos de insegura obligatoriedad, declaraciones, recomendaciones, indicaciones, tolerancias conscientes o sobre la base de efectos en los que intermedian terceras personas⁷⁰. El concepto de actividad administrativa informal sigue siendo hasta la fecha tan inseguro como lo son sus formas de presentación. En rigor, en los casos de comportamientos calificados como tales se trata de situaciones de mixtura en las que unas veces algunos elementos característicos —como, por ejemplo, la voluntad de vincular o el ámbito de la regulación— resultan inciertos, mientras que en otras ocasiones plantean propiamente dificultades a la hora de clasificarlos dentro de las diversas formas disponibles.

Sin perjuicio de esas incertidumbres, hoy en día debería pertenecer al elenco de convicciones jurídicas corrientes la idea de que el mandato formalizador del Estado de Derecho no puede detenerse ante el fenómeno de lo informal⁷¹. La actividad informal de la Administración no apunta a ninguna clase de «nueva movilidad» que merezca respeto por sí misma. La creatividad y la flexibilidad constituyen cierta-

⁶⁹ Vid. al respecto, en términos generales, la crítica de BETTERMANN, *Der totale Rechtsstaat*, 1986; también ZACHER/SIMITIS/KÜBLER/HOPF/TEUBNER, *Verrechtlichung von Wirtschaft, Arbeit und sozialer Solidarität*, 1984.

⁷⁰ EBERLE, *Verwaltung*, 1984, pp. 439 y ss.; BAUER, *VerwArch*, 1987, pp. 241 y ss.; ROBERS, *DÖV*, 1987, p. 272.

⁷¹ De importancia fundamental a este respecto, vid. BOHNE (n. 1); id., en: *HdUR*, vol. 2, 1988, cols. 1055 y ss.; HOFFMANN-RIEM, *VVDStRL*, vol. 40, 1982, pp. 187 y ss.; vid. también SCHMIDT-ARMANN (n. 9), pp. 29 y ss.

mente valores de la praxis administrativa, de la misma manera que lo informal ha representado en todos los tiempos la sombra de lo formal. Ahora bien, en su condición de actividad de la Administración, lo informal está sujeto a los vínculos constitucionales de los artículos 1.3 y 20 LF. Al Derecho administrativo corresponde plasmar esos mandatos, y a tal efecto constituye un medio irrenunciable el recurso a la idea de estructuración a través de las formas.

A todo ello, sin embargo, la doctrina de las formas se ha de desprender de un equívoco que hasta la fecha ha venido dificultando su progreso: las formas no se han de prever sólo en relación con las decisiones administrativas vinculantes y de carácter normativo, sino también respecto a otras acciones cuyas pretensiones en orden a la producción de efectos quedan por debajo de ese umbral. Uno no se encontraría hoy en día desasistido ante algunas situaciones informales si junto a los actos administrativos y a las declaraciones contractuales también las demás declaraciones administrativas de voluntad y conocimiento, las recomendaciones y las meras manifestaciones estuvieran integradas más intensamente en la sistemática de las formas. Al igual que sucede con el mismo Derecho, tampoco la idea de las formas resulta, por su propia naturaleza, de ninguna manera insensible ante fenómenos que hacen acto de aparición sin una intención directa de control. Por consiguiente, la doctrina de las formas no debe seguir aferrada a actos (unilaterales o bilaterales) de carácter normativo, sino que ha de manifestarse también de utilidad en orden a arrojar luz, desde la perspectiva del Estado de Derecho, sobre la «Administración indirecta» y los fenómenos comunicativos «blandos». Justamente en estos campos nuevas tareas que reclaman nuevas modalidades de cumplimiento sugieren una ampliación del canon de las formas realizada con una *referencia a la estructura de las propias tareas* a acometer (*vid. supra* III 2). Esto vale, por ejemplo, en lo que hace al Derecho ambiental o al Derecho de la ciencia. Un importante problema en este sentido es, por ejemplo, el que plantea la armonización de la idea de previsión con la doctrina de las formas. Los profundos cambios que los relajados criterios de carácter colectivo-abstracto de imputación y demostración de ese principio han introducido en el ordenamiento jurídico-administrativo en su conjunto y que se manifiestan también en la programación legal reclaman, por ejemplo, formas de experimentación cooperativa, acuerdos variables de carácter previo, deliberación conjunta, respecto de las que las formas regulativas habituales resultan disfuncionales a causa de refuerzo del dato de la fuerza vinculante⁷². En algunas oca-

⁷² En este sentido, *vid.* la detallada exposición de TRUTE, *Vorsorgestrukturen und Luftreinhalteplanung im Bundesimmissionsschutzgesetz*, 1989, *passim*; sobre la figura de la prevención en cuanto concepto regulativo jurídico en general, *vid.* también GRIMM, *KritV*, 1986, pp. 38 y ss.

siones tal vez sea suficiente con un simple privilegio de articulación o exposición para dar satisfacción a los intereses en juego. Pero también esto ha de formalizarse jurídicamente si se pretende que sea asumible y que quede garantizada la toma en consideración de *todos* los intereses relevantes. La formalización tiene aquí como misión también salvaguardar los valores de transparencia y equilibrio estructural, característicos del Estado de Derecho. Las «preformas», a desarrollar también en lo que concierne a la actividad informal administrativa, constituyen el elemento de unión para evaluar contextualmente la adecuación de las regulaciones jurídicas de los fenómenos informales ya existentes en la actualidad para casos concretos y de las que se habrán de desarrollar en el futuro. Vistas así las cosas, la actividad informal de la Administración no representa un peligro, sino un desafío para la doctrina de las formas, que, pese a su carácter estático, no ha sido nunca una doctrina acabada, sino siempre abierta a la reforma.

