

¿Informalidad o ilegalidad de la actuación administrativa?

SUMARIO: I. INFORMALIDAD E ILEGALIDAD DE LA ACTUACION ADMINISTRATIVA: ¿UNA ALTERNATIVA? 1.1. La distinción entre informalidad e ilegalidad de la actuación administrativa. *a)* Lo informal como un concepto de la sociología de las organizaciones (y de las Administraciones). *b)* Lo informal como categoría jurídica crítica. *c)* La actuación administrativa informal como categoría empírica de la normalidad. 1.2. Acerca de la diferencia entre la actuación administrativa legal y la ilegal. 2. FORMAS DE MANIFESTACION DE LA ACTUACION INFORMAL DE LA ADMINISTRACION. 2.1. Sectores de la actuación informal de la Administración. 2.2. Conclusiones. 3. EXPLICACIONES Y RAZONES DE LA INFORMALIZACION DE LA ACTUACION DE LA ADMINISTRACION. 4. PROBLEMAS DE CONTROL DE LA ACTUACION INFORMAL DE LA ADMINISTRACION. 5. LA ACTUACION ADMINISTRATIVA INFORMAL EN CUANTO ORIENTADA HACIA LA PROPIA ADMINISTRACION. 5.1. La planificación del saneamiento atmosférico según los §§ 44-47 de la Ley federal sobre el control de los vertidos tóxicos. 5.2. Conclusiones: las funciones de la actuación administrativa informal. 6. TESIS FINALES.

1. INFORMALIDAD E ILEGALIDAD DE LA ACTUACION ADMINISTRATIVA: ¿UNA ALTERNATIVA?

La alternativa en el planteamiento precedente apunta a la actuación informal de las Administraciones públicas como —al menos también— un problema jurídico. Confronta la actuación informal con la ilegal a la manera de términos alternativos y excluyentes. Las reflexiones que siguen tratan de mostrar que semejante planteamiento discurre sesgadamente en relación con la problemática; la actuación adminis-

trativa informal, en sus diversas formas de manifestación, puede ser tanto conforme como contraria a Derecho, a la vez que la actuación ilegal puede ser lo mismo formal que informal. Para ello hace falta presentar inicialmente algunas premisas conceptuales, sin que la problemática de la informalidad de la acción administrativa pueda o deba ser reducida a un problema meramente conceptual.

1.1. LA DISTINCIÓN ENTRE INFORMALIDAD E ILEGALIDAD DE LA ACTUACIÓN ADMINISTRATIVA

El concepto de lo que sea *actuación administrativa informal* resulta enteramente *confuso*. Su introducción en la discusión *jurídico-administrativa* se produjo determinantemente en 1980, gracias a Eberhard BOHNE¹. A tal efecto, podía echar mano a los resultados de una prolongada discusión en el ámbito de la sociología de las organizaciones², que ya había tenido alguna utilidad en los estudios empíricos acerca del «déficit de ejecución» en el Derecho medioambiental³. La transposición de la categoría de lo «informal» a la ciencia del Derecho público, al margen de algunas resistencias aisladas, ciegamente formuladas⁴, ha desatado hasta la fecha una amplia, novedosa y fértil discusión⁵. Las formas de manifestación más nuevas constituyen epígrafes

¹ Vid., sobre todo, E. BOHNE, «Informales Verwaltungshandeln im Gesetzesvollzug», en E. Blankenburg/K. Lenk (eds.), *Organisation und Recht*, Opladen, 1980, pp. 20 y ss.; id., *Der informale Rechtsstaat*, Berlín, 1981; id., «Informales Verwaltungs- und Regierungshandeln als Instrument des Umweltschutzes», *Verwaltungsarchiv*, 75 (1984), p. 343.

² Sobre el desarrollo de esa discusión vid. H. SCHULZE-FIELITZ, *Der informale Verfassungsstaat*, Berlín, 1984, pp. 12 y ss.

³ Vid. R. MAYNTZ et al., *Vollzugsprobleme der Umweltpolitik*, Stuttgart, 1978, pp. 33 y ss., 318 y ss., 405 y ss., 409 y ss.; J. HUCKE/A. A. ULLMANN, «Konfliktregelung zwischen Industriebetrieb und Vollzugsbehörde bei der Durchsetzung regulativer Politik», en R. Mayntz (ed.), *Implementation politischer Programme*, Königstein, 1980, p. 105 (111 y ss.).

⁴ Vid., sobre todo, el comentario bibliográfico de J. ISENSEE en *Deutsches Verwaltungsblatt*, 101 (1986), p. 955.

⁵ Vid., por ejemplo, W. HOFFMANN-RIEM, «Selbstbindungen der Verwaltung», en *Verfälschung der Vereinigung der Deutschen Staatsrechtslehrer*, 40 (1982), p. 187; C. E. EBERLE, «Arrangements im Verwaltungsverfahren», *Die Verwaltung*, 17 (1984), p. 439; J. BECKER, «Informales Verwaltungshandeln zur Steuerung wirtschaftlicher Prozesse», *Die Öffentliche Verwaltung*; H. D. JARASS, «Effektivierung des Umweltschutzes gegenüber Bestehenden Anlagen», *DVB*, 1985, 193; J. OEBBECKE, «Die staatliche Mitwirkung an gesetzesabwendenden Vereinbarungen», *DVB*, 1986, p. 793; W. BEYER, «Der öffentlich-rechtliche Vertrag, informales Handeln der Behörden und Selbstverpflichtungen Privater als Instrument des Umweltschutzes» (tesis doctoral), Colonia, 1986; H. BAUER, «Informelles Verwaltungshandeln im öffentlichen Wirtschaftsrecht», *Verwaltungsarchiv*, 78 (1987), p. 241; H. HILL, «Rechtsstaatliche Bestimmtheit oder situationsgerechte Flexibilität des Verwaltungshandelns», *Die öffentliche Verwaltung*, 40 (1987), p. 885; U. BEYERLIN, «Schutzpflicht der Verwaltung gegenüber dem Bürger außerhalb des formellen Verwaltungsverfahrens», *Neue Juristische Wochenschrift*, 40 (1987), p. 2713; F. OSSENBÜHL, «Informelles Hoheitshandeln im Gesundheits- und Umweltschutz», *Jahrbuch des Umwelt- und Technischen Rechts* 1987, Düsseldorf, 1987, p. 27; M. SCHULTE, «Informales Verwaltungshandeln als Mittel staatlicher Umwelt- und Gesundheitspflege», *Deutsches Verwaltungsblatt*, 103 (1988), p. 512;

propios en los manuales de Derecho administrativo general, exclusivamente dedicados a la actuación informal de las Administraciones públicas⁶. Por lo que se puede apreciar, el *concepto de lo «informal»* se emplea en la bibliografía en *tres distintos sentidos*, en correspondencia con las finalidades que en cada caso se persiguen:

a) *Lo informal como un concepto de la sociología de las organizaciones (y de las Administraciones)*

En un sentido *originario*, al que también se refiere BOHNE⁷, el concepto conecta con los *estudios empíricos norteamericanos sobre teoría de la organización*. Aquí se procede a contrastar los objetivos y las modalidades de actuación formales de una organización, tal y como se plasman en las decisiones jurídicas o en otras cualesquiera fijadas por escrito y que fundamentan la identidad de esa organización frente a su entorno con independencia de personas concretas, con aquellas otras modalidades informales de actuación que no se captan en la imagen recogida por escrito de una organización, pero complementan a las modalidades formales, las matizan, sustituyen parcialmente o las modifican de cualquier forma; en última instancia, de hecho también se encuentran orientadas por los intereses existenciales de la organización, por más que se desvíen en sus objetivos formales. El par conceptual formal/informal no es aquí ninguna categoría jurídica, sino un concepto «escoba» para los objetivos organizacionales no formalizados, que no tienen por qué estar fijados jurídicamente en cualquier manera. En la medida en que no se encuentran fijados en términos jurídi-

H.-W. RENGELING, *Das Kooperationsprinzip im Umweltrecht*, 1988; P. KIRCHHOF, «Mittel des staatlichen Handelns», en id./J. Isensee (eds.), *Handbuch des Staatsrechts III*, Heidelberg, 1988, § 59 Rn. 43 y s., Rn. 157 y ss., Rn. 171 y ss.; P. ARNOLD, «Die Arbeit mit öffentlich-rechtlichen Verträgen im Umweltschutz beim Regierungspräsidium Stuttgart», *Verwaltungsarchiv*, 80 (1989), p. 125; M. BULLING, «Kooperatives Verwaltungshandeln (Vorverhandlungen, Arragements, Agreements und Verträge) in der Verwaltungspraxis», *Die Öffentliche Verwaltung*, 42 (1989), p. 277; id., «Umweltschutz und Wirtschaftsüberwachung», en H. Hill (ed.), *Verwaltungshandeln durch Verträge und Absprachen*, Baden-Baden, 1990, pp. 147 y ss.; K. BUSSFELD; «Informales Verwaltungshandeln- Chancen und Gefahren», en H. Hill (ed.), *op. cit.*, pp. 39 y ss.; H. J. MÜGGENBORG, «Formen des Kooperationsprinzips im Umweltrecht der Bundesrepublik Deutschland», *NVwZ*, 1990, p. 909; cfr. también R. STOBER, *Handbuch des Wirtschaftsverwaltungs- und Umweltrechts*, Stuttgart *et al.*, 1989, pp. 815 y ss.

⁶ H.-U. ERICHSEN, § 35, «Das sogenannte informale Verwaltungshandeln», en id./W. Martens (ed.), *Allgemeines Verwaltungsrecht*, 8, Berlín, 1988, pp. 369 y ss.; H. MAURER, *Allgemeines Verwaltungsrecht*, 7, Múnich, 1990, § 15 III; *Informelles Verwaltungshandeln*, pp. 351 y ss.; en estrecha conexión con la idea de «ilegalidad útil»; H. P. BULL, *Allgemeines Verwaltungsrecht*, 2, Heidelberg, 1986, Rn. 295 y ss.; R. SCHMIDT, *Öffentliches Wirtschaftsrecht. Allgemeiner Teil*, Berlín *et al.*, 1990, pp. 494 y ss., con ulteriores referencias (494: «beinahe schon fester Bestandteil der Lehr- und Handbuchliteratur»).

⁷ Cfr. E. BOHNE, «Informales Verwaltungshandeln» (n. 1), pp. 24 y ss.; id., *Der informale Rechtsstaat* (n. 1), pp. 42 y ss.

cos, el comportamiento desviado —pero que, pese a todo, sirve de apoyo a la organización— puede llegar a constituir una forma apariencial de «ilegalidad útil»⁸.

El potencial crítico de esas modalidades informales de acción se asienta en su fuerza potencial para no sólo complementar los objetivos organizacionales formales, sino también para transformarlos progresivamente. La transformación de las formas de comportamiento informal de las organizaciones refleja o anticipa en esa medida los necesarios procesos de adaptación de las respectivas organizaciones a la transformación de las condiciones ambientales. Función de la organización es relegar las actuaciones informales a través de la modificación de los objetivos formales. Esto vale también para las organizaciones administrativas.

b) *Lo informal como categoría jurídica crítica*

Esta forma de entender el concepto ha sido adaptada para la discusión jurídico-científica por BOHNE de una forma específica, jurídicamente estrechada. Como posibilidades formales de actuación de una Administración pública en cuanto organización sólo se entiende, de acuerdo a su interés metodológico-jurídico, aquéllas que vienen fijadas jurídicamente: como *actuación informal* de la Administración se entiende aquélla que *no está fijada jurídicamente* y que, por consiguiente, complementa a las reglas jurídicas en una *relación alternativa*: la actuación informal de la Administración se hace, pues, idéntica con la actuación no regulada jurídicamente⁹. Ahora bien, implícitamente se vincula en BOHNE a ello una *intención crítica* de captar la actuación informal de la Administración como unos comportamientos desviados respecto de las formas reguladas jurídicamente e *ilegalizarla* en cuanto potencialmente tiene de opuesto a éstas. La actuación informal de la Administración no es *per se* antijurídica¹⁰, pero fundamenta una presunción del riesgo de que se pudiera producir una desviación de los cauces formales de la normalidad regulada jurídicamente de un modo no deseado, a saber: antijurídico¹¹. A la luz de este enfoque en la discusión jurídica los procesos informales se contemplan como algo tendencialmente patológico: «El Derecho es forma y vive de la forma. Desde esta perspectiva la actuación informal de la Administración es prin-

⁸ Vid., por ejemplo, N. LUHMANN, *Funktionen und Folgen formaler Organisationen*, Berlín, 1964, pp. 304 y ss.

⁹ E. BOHNE, *Der informale Rechtsstaat* (n. 1), p. 48.

¹⁰ En la misma dirección, H. MAURER, *Allgemeines Verwaltungsrecht* (n. 6), § 15, números marginales 14 y s.; H. BAUER, «Informelles Verwaltungshandeln» (n. 5), pp. 209, 228.

¹¹ Vid., W. HOFFMANN-RIEM, «Selbstbindungen der Verwaltung» (n. 5), pp. 203 y ss.

cialmente extraña al Derecho (...). Allí donde se presenta una actuación informal de la Administración se la debe volver a llevar, en la medida de lo posible, a la forma del Derecho, esto es: someterlo a los criterios del Derecho (...). Este objetivo ha de figurar en el primer plano también a la hora de contemplar las actuaciones administrativas informales»¹².

c) *La actuación administrativa informal como categoría empírica de la normalidad*

Una tercera forma aparente de la utilización del concepto de la «informalidad» lo que hace más bien es subrayar la circunstancia apenas discutible de que no todo comportamiento previsto por el Derecho es también antijurídico; al revés, en cierto modo resulta *típico de toda la actuación de organizaciones y Administraciones* que las reglas o, en su caso, los comportamientos informales complementen a los jurídicos. La actuación informal se presenta como una *normalidad empírica tan inevitable como omnipresente*, pues no es posible captar plenamente en reglas jurídicas la infinita diversidad de posibilidades de acción —de la Administración pública, por ejemplo—. Por el contrario, por mor de su funcionalidad, las reglas jurídicas se encuentran abocadas a otras reglas complementarias carentes de fuerza jurídica vinculante¹³. Tampoco desde el punto de vista de la ciencia del Derecho resulta enteramente inadecuado este tipo de manejo de los conceptos; puede servir para evitar que los juristas incurran en el error, propio del oficio, de confundir las reglas legales con la realidad y descuidar los contextos funcionales existentes entre las reglas jurídicas y las reglas informales. Con ello, obviamente, el concepto de lo informal pierde su potencialidad crítica con respecto a los modos formales de actuación; la actuación informal resulta así tan inevitable como generalizada y, en modo alguno, fundamenta *per se* una presunción de antijuridicidad¹⁴.

El *potencial crítico* de los estudios se desplaza aquí hacia la *pregunta por la funcionalidad de los comportamientos administrativos informales* con respecto a los fines que persigue la Administración pública. A este complejo pertenece también el problema de bajo qué circunstancias son antijurídicas las modalidades de acción no regladas por el Derecho, de hecho esta cuestión se plantea exactamente en la misma forma también por lo que hace a la actuación formal (esto es: jurídica-

¹² F. OSSENBÜHL, «Informelles Hoheitshandeln» (n. 5), p. 48.

¹³ H. TREIBER, *Vollzugskosten des Rechtsstaats*, Baden-Baden, 1989, p. 245 (260 y ss.).

¹⁴ Así, con una visión exclusivamente empírico-analítica, parcialmente también BOHNE, «Informales Verwaltungshandeln» (n. 1), p. 343.

mente reglada) de la Administración pública. Es en este sentido —tan neutral como de tan amplio espectro— como de forma muy predominante se emplea en la bibliografía jurídica el concepto de lo informal; así definido, encuentra aplicación no sólo en relación con la actuación administrativa, sino en todo el ámbito de lo jurídico.

Existe también una cuarta acepción de la «actuación informal de los poderes públicos», de la que aquí, sin embargo, hemos de prescindir, que se centra en las formas informadoras de la actuación administrativa fuera de los tipos formalizados en el contexto de lo informal¹⁵, pero que sólo destaca así un ámbito parcial de la actuación informal de la Administración.

Las *dos* acepciones del concepto de actuación «informal» de la Administración pública que predominan en el ámbito del Derecho [*b*) y *c*)] pueden alegar *buenas razones de oportunidad* en el sentido de su interés metodológico. En el primer caso, se trata primariamente, en intención crítica, del aseguramiento de las reglas procedimentales positivizadas por la vía del Derecho frente a su soslayamiento por medio de prácticas paralegales incontrolables; en el otro caso, se trata antes que de otra cosa de un análisis empírico que no persigue predeterminedar la calificación valorativa de lo informal como desviación de los procedimientos formales o incluso como potencialmente antijurídico sólo a través de la propia conceptualización o del planteamiento jurídico. La alternativa de la cuestión de partida (ilegal/informal) pone de manifiesto esa ambivalencia del concepto de lo informal. Cuál empleo es más oportuno en razón de los fines perseguidos es algo que se puede clarificar no sólo mediante una contemplación de las distintas actuaciones informales en concreto, sino que está en función de los intereses metodológicos de la ciencia en cada caso concreto.

1.2. ACERCA DE LA DIFERENCIA ENTRE LA ACTUACIÓN ADMINISTRATIVA LEGAL Y LA ILEGAL

Especialmente también a los no juristas el concepto de la actuación administrativa legal/ilegal les resulta a primera vista absolutamente inequívoco: ilegal (= antijurídico) es toda actuación de la Administración que contradice las leyes administrativas vigentes o, en su caso, las normas de mayor jerarquía que constituyen el Derecho constitucional. A ello se corresponde una idea de la Administración cuya actua-

¹⁵ Vid. F. OSSENBOHL, «Informelles Hoheitshandeln» (n. 5), pp. 29 y ss.; M. SCHULTE, «Informales Verwaltungshandeln» (n. 5), pp. 512 y ss.; R. STÖBER, *Handbuch* (n. 5), pp. 817 y ss.; M. KLOEPFER, *Umweltrecht*, Múnich, 1989, § 4, marginales números 150 y ss.; cfr. también G. ROBBERS, «Behördliche Auskünfte und Warnungen gegenüber der Öffentlichkeit», *A/P*, 1990, 84, 87.

ción ha de limitarse meramente a ejecutar el mandato recibido de la ley y de acuerdo con lo establecido en ésta. La *imagen de la «ejecución» de una ley* es característica del concepto tradicional de la separación de poderes, tal y como se expresa, por ejemplo, en el artículo 20.2 y 3 de la Ley Fundamental cuando se habla del «Poder ejecutivo».

Esta concepción, sin embargo, resulta *extraordinariamente problemática*. No sólo los resultados de los estudios acerca de las medidas de puesta en práctica (lo que se da en llamar en la jerga sociológica «implementación») de las leyes han mostrado que la ejecución de las leyes (o, dicho en términos más generales, de los programas) depende esencialmente de una serie de condiciones enmarcantes que impiden o modifican su realización con entera independencia del contenido de las leyes (o de los programas) ¹⁶. Pero también al margen de esto que acabamos de referir el propio contenido de las leyes y de los programas sólo permite concretizaciones de una manera tan general que en un gran número de áreas de la Administración la ley sólo muy débilmente puede determinar el comportamiento de los encargados de ejecutarlos. La pregunta acerca de la legalidad/ilegalidad de la actuación administrativa en lo que tiene de concretizadora de la ley sólo puede, pues, contestarse, a falta de una definición por parte de los Tribunales de justicia, por la Administración misma. El volumen cada vez más desbordante de disposiciones administrativas —consecuencia compensatoria siempre incluso de leyes que buscan la simplificación— busca, como antaño lo hiciera Sísifo, reducir los márgenes de esa concretización, sin que los distintos planos y tipos de las fuentes del Derecho tengan en todo caso consecuencias relevantes en orden a la seguridad jurídica o, más simplemente, a la seguridad a la hora de proceder a la concretización.

La discusión en torno a la «crisis del Derecho como instrumento de regulación» constituye no otra cosa sino *una forma apariencial de la crisis del Derecho* y de la ley en cuanto instrumento de dirección, y más especialmente de su «pérdida de virtualidad regulativa general-abstracta» (F. WIEACKER). No sólo la especial situación del Derecho —con sus mandatos y prohibiciones o sanciones frente a sujetos privados—, sino también toda forma apariencial de las normaciones jurídicas chocan con límites de su capacidad definitoria. Si se quisiera reconducir monocausalmente esas muy diversas formas de manifestación y las también múltiples razones a una causa matriz de orden general, se podría apuntar simplemente al número potenciado de rela-

¹⁶ Baste con ver R. MAYNTZ, «Berücksichtigung von Implementationsproblemen bei der Gesetzesentwicklung», en D. Grimm/W. Maihofer (eds.), *Gesetzgebungstheorie und Rechtspolitik*, Opladen, 1988, pp. 130 y ss.

ciones jurídicas y de problemas necesitados de regulación en el seno de las sociedades industriales, para los que, a pesar del diluvio de normas, ya no cabe esperar una regulación suficientemente diferenciada a través del número relativamente reducido de normas jurídicas: justamente en ello reside un núcleo común de los debates en torno a la desregulación, la desestatalización, la subsidiariedad, la democratización, la procedimentalización, el Derecho reflexivo, etc. Muchas otras razones también se podrían reconducir a esto.

Desde puntos de vista de teoría de la regulación esta situación encuentra plasmación en la bibliografía jurídica en el hecho de que la ley parlamentaria ya sólo puede desplegar una *fuerza vinculante relativa a través de la fijación de marcos*¹⁷. Sólo en un proceso —que quepa ser calificado de creador del Derecho— de realización de la ley a través de preceptos reinterpretativos propios de la Administración, de resoluciones judiciales de principio, de la praxis administrativa, de la praxis también de los destinatarios de las normas a la hora de percibir sus derechos y así interpretarlos, etc. —sólo a través de estas formas de manifestación de la concretización de la ley en el marco de las leyes y según un modo de proceder jurídico caracterizado por la «pérdida de certidumbre»¹⁸ acierta a encontrar la ley su contenido programático—. La densidad de las determinaciones legales varía ciertamente según los respectivos ámbitos materiales y jurídicos, pero incluso en ámbitos del Derecho donde, como en el Derecho penal, por razones bien comprensibles, se plantean al legislador las exigencias más estrictas de precisión resulta inevitable la existencia de una ancha banda interpretativa a través de conceptos jurídicos indeterminados del tipo de las cláusulas generales, lo que a su vez hace que se presente sistemáticamente cándido el llamamiento a una (re)formalización del Derecho. A causa del carácter consiguientemente fragmentario de la legislación parlamentaria, se convierte en una premisa de la manejabilidad y virtualidad de las leyes formales el dictado de una normación complementaria (sobre todo a cargo de la propia Administración).

Pero incluso en el marco de esa normación complementaria su concretización por la Administración para el caso de que específicamente se trate y bajo el control corrector de la jurisdicción contencioso-administrativa sigue siendo invariablemente una *función sólo débilmente determinada por la ley*. Las distinciones dogmáticas entre libertad de configuración planificadora, discrecionalidad, margen de apreciación, facultades de pronóstico y de decisión, etc., no constituyen más que jalonamientos graduales y tipificantes de la asunción de una espe-

¹⁷ Vid. las referencias detalladas que ofrece H. SCHULZE-FIELITZ, *Theorie und Praxis parlamentarischer Gesetzgebung*, Berlín, 1988, pp. 136 y ss.

¹⁸ G. HAVERKATE, *Gewissheitsverluste im juristischen Denken*, Berlín, 1977.

cífica responsabilidad por parte de la Administración en el marco de las leyes. La dicotomía entre actuación legal y actuación ilegal de la Administración oculta una tripartición mucho más ilustrativa del problema que, entre los comportamientos (relativamente) inequívocamente antijurídicos y aquellos otros que (también relativamente) están inequívocamente fijados legalmente, ve una ancha zona de la actuación administrativa que ni está definida legalmente con precisión ni es ilegal. En esta «zona gris» estriba el núcleo de la actuación administrativa informal —algo que no ha de equipararse sin más con la «nuda» actuación administrativa¹⁹.

2. FORMAS DE MANIFESTACION DE LA ACTUACION INFORMAL DE LA ADMINISTRACION

2.1. SECTORES DE LA ACTUACIÓN INFORMAL DE LA ADMINISTRACIÓN

Sin perjuicio de la omnipresencia de la actuación informal de la Administración, desde puntos de vista jurídicos es posible *distinguir distintos tipos de actuación administrativa informal*: la categoría de la actuación informal de la Administración en el solo sentido de actuación de la Administración no reglada por el Derecho resulta en cuanto tal demasiado amplia como para permitir cualquier clase de afirmación acerca de su ilegalidad que no resulte vacía de contenido. Una propuesta de diferenciación habrá de distinguir (sin pretender exhaustividad) tres formas de manifestación de convenios, a saber: convenios sustitutivos de normas, convenios y operaciones procedimentales de ejecución de normas y convenios con ambos elementos²⁰. Su interés metodológico viene determinado por las formas y reglas propias del Estado de Derecho de las que la actuación informal de la Administración quiere apartarse. Otra distinción se orienta de una manera tipológica-empírica según siete focos de convenios que se dan en el ámbito del Derecho medioambiental²¹. A mi juicio, es posible diferenciar varios sectores de actuación informal de la Administración en la medida en que se busca el criterio de distinción en la intensidad de la acción del Estado frente a los ciudadanos en el circuito de lo extrajurídico:

¹⁹ Sobre este particular, *vid.* la detallada exposición de G. ROBBERS, «Schlichtes Verwaltungshandeln», *Die Öffentliche Verwaltung*, 40 (1987), p. 272.

²⁰ Así, E. BOHNE, «Informales Verwaltungshandeln als Instrument» (n. 1), p. 345.

²¹ Así, R. BREUER, «Verhandlungslösungen aus der Sicht des deutschen Umweltschutzrechts», en W. Hoffmann-Riem/E. Schmidt-Assmann (eds.), *Konfliktbewältigung durch Verhandlungen*, vol. 1, Baden-Baden, 1990, p. 231 (240 y ss.).

a) El primer ámbito abarca aquellos procedimientos administrativos en los que la actuación informal recubre y, en esa misma medida, posterga, con su régimen superpuesto, toda la acción de la Administración en tanto en cuanto que interventora por la vía de la autoridad. Aquí, en la esfera del llamado «Derecho regulativo», la actuación informal parece configurarse como una alternativa a las acciones que la Administración debe llevar a cabo conforme a los mandatos del Derecho; aquí amenaza con facilidad el peligro de que las dinámicas propias de lo informal abandonen los cauces legalmente prescritos de una forma tal que pueda ser calificada como ilegal. Se trata, por ejemplo, de procedimientos que tienen como objeto el otorgamiento de una autorización en los que el contenido de la solicitud y la decisión administrativa se acuerdan por anticipado informalmente, o de acuerdos (convenios) informales tendentes a la evitación de intervenciones por vía autoritaria (que parcialmente pueden encontrar plasmación en un contrato de Derecho público), que suplen al acto o resolución administrativos y pueden modificar los presupuestos legales de la intervención de la Administración, como es el caso de los convenios de saneamiento²²; en especial, en el Derecho medioambiental ambas formas de manifestación han tenido la virtualidad de desatar la discusión en torno al análisis del «Estado informal de Derecho». Pero también en el marco de la Administración interventora general, por ejemplo, en la inspección de actividades económicas, o en el marco de procedimientos de autorización de edificación tienen una importancia práctica esos acuerdos informales paralelos. Superan las restricciones que se dan al emplear las posibilidades de negociación legalmente reguladas²³ y, por ello, pueden también justamente socavar la función de protección que aquéllas desempeñan.

b) De este primer ámbito se diferencia una segunda esfera de actuación informal de la Administración por la circunstancia de que aquí se produce una estructuración de *procesos decisorios* preparatorios en la antesala de decisiones administrativas de elevada complejidad de acuerdo a procedimientos informales. No se trata ya de dictar de cara a los ciudadanos mandatos o prohibiciones o, en su caso, sanciones —con pretensiones «regulativas»— en relación con un caso concreto; de lo que se trata es o bien de «elaborar» decisiones administrativas de carácter general y abstracto o decisiones de planeamiento en forma de normas jurídicas o en forma de resoluciones de *certificación de planes* al final de un proceso decisorio siempre complicado; o bien, por el contrario, la Administración lo que persigue es llegar, tras las pertinentes negociaciones con los ciudadanos afectados, a contratos de De-

²² R. MAYNTZ *et al.*, *Vollzugsprobleme der Umweltpolitik* (n. 3), pp. 401 y ss.

²³ R. MAYNTZ *et al.*, *Vollzugsprobleme der Umweltpolitik* (n. 3), pp. 408 y ss.

recho público en lugar de actos administrativos unilaterales y autoritarios. Este grupo de casos se diferencia del señalado antes en que, en primer lugar, los procedimientos decisorios son (o, en su caso, se han vuelto) mucho más complicados y mucho más costosos en cuanto al tiempo necesario para su culminación se refiere, sobre todo porque junto a la Administración y al ciudadano hay terceras partes directa o indirectamente (en el sentido más amplio) afectadas. Es por ello que, en segundo lugar, al final del procedimiento figura una decisión que, a título de norma jurídica, tiene validez en términos generales y abstractos para un número indeterminado de destinatarios o que, por el contrario, regula vinculantemente un caso singular y concreto, pero al mismo tiempo hace lo propio con las posiciones jurídicas de un conjunto procesable de terceros afectados.

Estos procesos decisorios que se desarrollan en la antesala de las decisiones administrativas (a menudo escalonadas) prejuzgan el ulterior procedimiento administrativo y albergan en su seno el *peligro de desatender* —y, por ende, recortar— *las posiciones jurídicas de terceros*, que éstos sólo muy posteriormente pueden hacer valer; en esta medida, el proceso decisorio informal lleva consigo también el peligro de una posible tendencia hacia una actuación administrativa ilegal, a todo lo cual hay que diferenciar las diferentes fases del procedimiento administrativo. En relación a esto, también la distinción —central para la dogmática jurídico-administrativa— entre autorización empresarial exigible a título de derecho fundamental —en su caso, con plasmación en las normas jurídicas de la planificación— y decisiones planificadoras de carácter ponderativo²⁴ resulta, a causa justamente de sus comparables repercusiones en derechos de terceras personas, escasamente adecuada para captar categorialmente la diversidad informal, por una parte, y la uniformidad de la afectación de esos terceros, por la otra.

c) De los precedentes ámbitos de actuación informal de la Administración han de distinguirse aquellos otros en los que el peligro de incurrir en ilegalidad es claramente menor. En este sentido, en primer lugar se ha de señalar la *esfera en que la Administración actúa sin la sujeción a la ley (verwaltungsfreie Verwaltung)*, caracterizada típicamente por una actividad estatal sobre todo de fomento o, en su caso, prestacional, sin que los objetivos o las modalidades de la acción vengan predeterminados por una norma legal de origen parlamentario. La actuación de la Administración frente al ciudadano tiene lugar principalmente en virtud de normas internas de la propia Administración. Los límites jurídicos aplicables a este ámbito parcial de los actos administrativos de simple autoridad vienen dados por las transgresiones de le-

²⁴ Cfr. R. WAHL, «Genehmigung und Planungsentscheidung», *Deutsches Verwaltungsblatt* (1982).

yes y los atentados contra normas jurídicas de superior rango como serían los derechos fundamentales (por ejemplo, contra el art. 3, ap. 1, de la Ley Fundamental —el postulado de la igualdad—). Como quiera que en este ámbito de la Administración la actividad administrativa simplemente no está —o, si lo está, sólo en sus principios— marcada por la ley, la actuación de la Administración se patentiza, por la índole de los asuntos, como «informal» en gran medida —en el sentido de que no se encuentra en absoluto regulado jurídicamente o, a lo sumo, sólo lo está por normas administrativas internas; el concepto de ilegalidad, en cuanto apunta al ámbito extrajurídico que se produce en la relación entre Estado y ciudadanos, se muestra prácticamente carente de todo significado en un contexto como éste.

d) Un cuarto ámbito de la actuación administrativa se extiende a aquellas reglas que no despliegan una eficacia práctica inmediata frente a los ciudadanos, sino que tienen una significación meramente interna de la Administración. Nada impide que estas normas puedan venir previstas legalmente en lo que a su condicionalidad atañe; ahora bien, la configuración de su cómo queda siempre confiada exclusivamente a la Administración, que en esta medida no hace sino seguir sus propios criterios de conveniencia. También en este ámbito hay amplios campos de actuación de la Administración no regulados por el Derecho, pero que no por ello dejan de poder ser formalizados por eficaces reglas de carácter administrativo interno. En este ámbito la contradicción con el ordenamiento jurídico constituye más bien la excepción; en todo caso, por lo general no se dan prácticas ilegales que resultaran atentatorias de derechos públicos subjetivos de los ciudadanos.

La tipologización precedente ni plantea una pretensión de exhaustividad ni discute la pertinencia de otras clasificaciones y distinciones. Lo único que persigue es destacar la justificación de un modo de ver las cosas que toma como determinante el criterio del peligro de la informalidad ilegal.

2.2. CONCLUSIONES

Si se comparan estos cuatro distintos sectores de la actuación informal de la Administración, debería resultar claro que, en contra de lo que sugiere la pregunta con la que se formula el título de este artículo, la actuación ilegal de la Administración en modo alguno se encuentra en una relación de alternativa frente a la actuación administrativa informal. Hay, sin embargo, determinados sectores de la actividad administrativa en los que la actuación informal puede violar con más facilidad que en otros derechos públicos subjetivos de los ciudadanos o intereses jurídicamente protegidos de terceros; algo que, por lo de-

más, también se puede producir en relación con la actuación administrativa regulada jurídicamente. La actuación informal no es más o menos frecuentemente ilegal que la actuación formal de la Administración. La actuación administrativa informal, por ello, no se puede calificar en términos generales como una actuación administrativa desviada, sino que constituye expresión de determinadas legalidades objetivas de la Administración y del Estado de nuestros días que conducen a un cambio funcional que no se debe patologizar automáticamente y por definición.

De lo que se trata es más bien de someter los procedimientos administrativos informales más especialmente susceptibles de incurrir en antijuricidad a controles que resulten adecuados a los tipos específicos de actuación informal (4); se trata igualmente de preservar y clarificar la inevitabilidad y el potencial creativo de la actuación administrativa informal y destacar así la ventaja específica de la flexibilidad en la actuación de la Administración, algo que voy a tratar de esbozar gracias al ejemplo que proporciona la planificación territorial del saneamiento atmosférico (5). En este caso resulta adecuado el intento de dar una explicación teórica de las razones a favor de la praxis informal de la Administración (3).

3. EXPLICACIONES Y RAZONES DE LA INFORMALIZACIÓN DE LA ACTUACION DE LA ADMINISTRACION

Detrás de la percepción de las formas de manifestación de la actuación administrativa informal no se ocultan sólo transmutados focos de atención de carácter administrativo interno, sino también, como no podía ser de otra manera, *transformaciones estructurales generales de la actuación del Estado de Derecho*. La más reciente evolución del Derecho administrativo alemán se encuentra caracterizada por unas tendencias que, entre otras cosas, se pueden designar con los lemas de revalorización del Derecho procedimental, la crisis de la dirección por el Derecho o la pluralización y diferenciación de la organización interna del Estado²⁵. La creciente significación de la actuación administrativa informal es sólo una respuesta a esas tendencias. La elaboración de decisiones administrativas cada vez más complicadas incrementa el esfuerzo que se ha de hacer para conseguir informaciones y la armonización de los muy diversos intereses implicados en una medida tal que los procedimientos decisorios jurídicamente formalizados se vuelven

²⁵ Vid., por ejemplo, H. SCHULZE-FIELITZ, «Der Konfliktmittler als verwaltungsverfahrensrechtliches Problem», en W. Hoffmann-Riem/E. Schmidt-Assmann (eds.), *Konfliktbewältigung durch Verhandlungen*, vol. 2, Baden-Baden, 1990, pp. 55 y ss., donde se contienen numerosas referencias adicionales.

gravosos o insuficientes y propician el recurso a preparativos informales de las decisiones. El reto que ello representa para la Administración, en cuanto instancia acostumbrada a actuar de manera autoritaria y unilateral —vista la situación sobre todo desde el telón de fondo de la reducción de las posibilidades de gobierno a través del instrumento de la legislación por el Parlamento, con la secuela de una legalidad ya solamente «selectiva» de la Administración²⁶—, lleva a redoblados intentos de solución orientados hacia el consenso y a menudo cooperativos. Tendencialmente, éstos se encuentran más allá de la doctrina tradicional de las formas de acción del Estado, relacionados con acuerdos, jurídicamente vinculantes unas veces sí y otras no, como los resultados finales del procedimiento administrativo. También la progresiva diferenciación del Estado, en cuanto unidad de acción y repercusión, conduce al aumento de los problemas de ajuste internos del propio Estado que se presentan en la búsqueda del bien común como una de las tareas públicas, y ello con la consecuencia de unos procesos de ajuste y armonización sin forma jurídica. La informalización de la actuación de la Administración se pliega, pues, a evoluciones y coerciones de hecho²⁷, que no se pueden eliminar con una simple «vuelta al principio de legalidad» y a las formas del Estado de Derecho que lo caracterizan.

Pues *para la Administración (y para una parte de los destinatarios)*, de la informalización de la actuación administrativa se derivan unas *ventajas específicas* indiscutibles, que hacen que esta forma de actuación les sea insustituible en muy buena medida. Esto vale justamente también en el ámbito de la actuación interventora-autoritaria de la Administración y en la esfera de las decisiones administrativas de elevado grado de complejidad. Como ventajas se señalan, entre otras, las siguientes²⁸: la atenuación del riesgo derivado de fallos en la planificación y una reducción de los costos merced, ambos aspectos, a la eliminación de inseguridad jurídica y la evitación de controversias jurídicas, la flexibilidad —desformalizada y desestructurada— del proceso decisorio, la inclusión y vinculación de las respectivas Administraciones como partes interesadas con particulares en la consecución del proyecto «acordado», la información anticipada de los organismos administrativos y la consiguiente mejora de sus procesos de ajuste internos, y, naturalmente, también la simplificación de la situación decisoria en

²⁶ E. SCHMIDT-ASSMANN, *Das allgemeine Verwaltungsrecht als Ordnungsidee und System*, Heidelberg, 1982, pp. 15 y ss.; F. WAGENER, «Der öffentliche Dienst im Staat der Gegenwart», *Veröffentlichungen der Vereinigung der deutschen Staatsrechtslehrer*, 37 (1979), p. 215 (253).

²⁷ Vid. M. BULLING, «Kooperatives Verwaltungshandeln» (n. 5), p. 283.

²⁸ De entre la bibliografía, vid. R. BREUER, «Verhandlungslösungen» (n. 21), pp. 238 y ss.; H. BAUER, «Informelles Verwaltungshandeln im öffentlichen Wirtschaftsrecht» (n. 5), pp. 250 y ss.; W. HOFFMANN-RIEM, «Selbstbindungen der Verwaltung» (n. 5), pp. 209 y ss.; R. MAYNTZ *et al.*, *Vollzugsprobleme der Umweltpolitik* (n. 3), p. 324.

lo concerniente al problema técnico-jurídico de la autorización de que en su caso se trate. El efecto práctico vinculante de esos acuerdos se aproxima a un acuerdo jurídicamente vinculante, incluso en el supuesto de que en última instancia en caso de crisis no fuera posible imponerlos judicialmente.

4. PROBLEMAS DE CONTROL DE LA ACTUACION INFORMAL DE LA ADMINISTRACION

De las tendencias evolutivas que acabamos de enunciar resultan también *riesgos específicos* para la tutela jurídica de los ciudadanos y para la legalidad de la actuación administrativa. Los peligros y riesgos están en el *centro de la discusión jurídica*, que subraya las desventajas de la actuación administrativa informal. Si en general la actuación formal de la Administración bajo las formas del Derecho constituye el máximo garante de un funcionamiento equitativo de los órganos del poder público²⁹, la actuación informal y libre de formalidades conduce tendencialmente a desigualdades entre los ciudadanos. Así es de temer que en unas negociaciones preliminares se pueda producir una vinculación anticipada de la Administración frente a los promotores de una iniciativa sin una atención adecuada en lo cronológico de intereses de terceras personas³⁰, ya que de otra manera amenaza con producirse una pérdida en costos de planificación y consensuación, una pérdida recíproca de confianza y, en su caso, la necesidad de volver a iniciar el procedimiento. La vinculación puede resultar tan intensa que la Administración llegue a chocar contra las exigencias jurídicas del mandato de ponderación que impone el Estado de Derecho, por ejemplo, en el sentido del § 1, apartado 6, BauGB (Código de la edificación), y que los derechos de participación y sus funciones de tutela jurídica queden tan vaciados de contenido a partir de ese momento que resulta muy fácil obviar los principios jurídicos de igual trato en el procedimiento y del procedimiento debido³¹. Los riesgos de una selec-

²⁹ E. SCHMIDT-ASSMANN, *Das allgemeine Verwaltungsrecht als Ordnungsidee* (n. 26), p. 31.

³⁰ *Vid.*, por ejemplo, H. BAUER, «Informelles Verwaltungshandeln im öffentlichen Wirtschaftsrecht» (n. 5), pp. 254 y ss.; W. HOFFMANN-RIEM, «Selbstbindungen der Verwaltung» (n. 5), pp. 200 y ss., 211 y ss., 220 y ss.; E. BOHNE, *Der informale Rechtsstaat* (n. 1), pp. 56 y ss., 146 y ss., 231; R. MAYNTZ *et al.*, *Vollzugsprobleme der Umweltpolitik* (n. 3), pp. 343 y ss.; desde una perspectiva empírica puede consultarse W. BECHNERT, «Planung als Durchsetzungs- und Implementationsstrategie der Verwaltung», en H. Wolmann (ed.), *Politik im Dickicht der Bürokratie*, Opladen, 1980, p. 198 (205 y ss.); con una visión positiva en su conjunto C.-E. EBERLE, «Arrangements im Verwaltungsverfahren» (n. 5), pp. 756 y ss.; M. FÜHR, *Sanierung von Industrieanlagen*, Düsseldorf, 1989, pp. 82 y s.

³¹ Especialmente sobre este punto, cfr. BVerwGE, 55, 355 (360); 70, 143 (151); 75, 214 (230 y s.); una exposición minuciosa se contiene en P. TETTINGER, *Fairness und Waffengleichheit*, 1984, pp. 21 y ss., 49 y ss.

ción de informaciones unilateral, que condicione y falsee los resultados decisivos, y de la supresión de las distancias entre los promotores de los proyectos y la Administración, con su secuela de unas influencias recíprocas a lo largo del proceso de negociación, pueden ocasionar que no se alcance el nivel regulativo de las leyes y que se produzcan insuficiencias en la ejecución (con la consecuencia de un aplazamiento de las medidas que necesariamente ha de adoptar la Administración) y que los ciudadanos perciban el procedimiento participativo como una farsa y la Administración como una instancia parcial y, de esta manera, refuercen su resistencia³². Al menos en el caso concreto es posible, por diversas razones, considerar antijurídicos dichos compromisos informales contraídos por anticipado por la Administración, también, por ejemplo, por saltarse la obligación establecida en el § 25 VwVfG³³.

La superación jurídica de tales peligros desde la perspectiva de la tutela jurídica se encuentra ante el dilema de que la calificación de la actuación administrativa informal como inequívocamente ilegal sólo en raras ocasiones resulta posible. Los intentos de aplicar cuando menos por analogía las regulaciones de las leyes de procedimiento administrativo y por esta vía formalizar los procedimientos informales chocan rápidamente con límites, con lo que en la práctica sólo se consigue que las componendas informales pasen a celebrarse en otras fases, ya sea anteriores ya posteriores. En lugar de *controles judiciales a posteriori*, otras vías de control parecen por ello más prometedoras. Este sería el caso del reforzamiento de los controles internos de la Administración —a través, por ejemplo, de la introducción de un comisionado para el medio ambiente, una más temprana participación ciudadana en los procedimientos o la institucionalización de un mediador para casos de conflicto (*mediator*) según el modelo norteamericano—³⁴. También estas propuestas se encuentran ante el irresuelto *problema de una mera anticipación de los procedimientos decisivos informales*. En esta medida, la actuación administrativa informal hace percibir límites en el Derecho en cuanto instrumento de la Administración y límites en la relación entre el ciudadano y la Administración, sugiriendo así otras formas de control distintas del control judicial.

³² B. HOLZNAGEL, *Konfliktlösung durch Verhandlungen*, Baden-Baden, 1990, p. 181; *vid.* también W. HOFFMANN-RIEM, «Selbstbindungen der Verwaltung» (n. 5), pp. 203 y ss.; asimismo, pero en términos generales, W. BROHM, «Gesetzesvollzug als Handelsobjekt?», en W. Heinz (ed.), *Rechtsatsachenforschung heute*, 1986, p. 103 (109); G. PÜTTNER, «Der Rechtsstaat und seine offene Probleme», *DÖV*, 1989, p. 137 (140 y s.).

³³ Así, posiblemente, B. HOLZNAGEL, *Konfliktlösung durch Verhandlungen* (n. 32), p. 131; *vid.* también E. BOHNE, *Der informale Rechtsstaat* (n. 1), pp. 63 y s.

³⁴ Cfr. H. SCHULZE-FIELITZ, «Der Konfliktmittler als verwaltungsverfahrenrechtliches Problem» (n. 25), pp. 68 y ss.

5. LA ACTUACION ADMINISTRATIVA INFORMAL EN CUANTO ORIENTADA HACIA LA PROPIA ADMINISTRACION

En el centro de la discusión jurídica que hasta la fecha se ha venido produciendo, marcada por la perspectiva —orientada hacia el ciudadano— de la garantía de la tutela jurídica del artículo 19.4 de la Ley Fundamental, han estado figurando los riesgos de la actuación administrativa informal para los derechos públicos subjetivos del individuo, sobre todo los de «terceros afectados». Esta perspectiva induce de antemano a aproximar muy estrechamente la actuación informal con la ilegal. Ahora bien, hay también una *cara positiva* de la actuación administrativa informal que parece perderse de vista por regla general en esa perspectiva garantista, a saber, que la actuación administrativa informal constituye en ocasiones la condición y el presupuesto central de las innovaciones internas de la Administración. Esto es lo que pretendemos ilustrar, para acabar este artículo, merced al ejemplo que proporciona el saneamiento atmosférico a tenor de lo establecido en los §§ 44-47 de la Ley federal sobre el control de los vertidos tóxicos.

5.1. LA PLANIFICACIÓN DE BASE TERRITORIAL DEL SANEAMIENTO ATMOSFÉRICO SEGÚN LOS §§ 44-47 DE LA LEY FEDERAL SOBRE EL CONTROL DE LOS VERTIDOS TÓXICOS

La Ley federal sobre el control de los vertidos tóxicos (BImSchG) de 1974 (en el texto que ha permanecido vigente hasta 1990) prevé en sus §§ 44-47 una planificación del saneamiento atmosférico de carácter territorial como complemento de los preceptos referidos a las *instalaciones* singularmente consideradas³⁵. Estos preceptos jurídicos se dirigen a los organismos de las Administraciones de los *Länder* y regulan sus derechos y deberes sin tener una repercusión jurídica inmediata sobre los ciudadanos. Están redactados de una manera relativamente abstracta y dejan su precisión material y su concretización a reglas administrativas infralegales de desarrollo (reglamentos administrativos) o a la propia práctica de los *Länder* que integran la Federación. A éstos les corresponde fijar por vía reglamentaria determinadas zonas de mayor incidencia ambiental en las que se producen o se espera que se produzcan acciones contaminantes de la atmósfera que, por su frecuencia o lo prolongado de sus efectos, su concentración o el riesgo

³⁵ Cfr. referencias detalladas sobre el texto que sigue en los comentarios de H. SCHULZE-FIELITZ a los §§ 44-47 de la citada ley en H. J. Koch/D.-H. Scheuing (eds.), *Gemeinschaftskommentar zum BImSchG*, Düsseldorf, 1992.

de unir su acción a la de otros factores de contaminación pueden provocar daños medioambientales de gravedad. Según lo establecido en la normativa del Ministerio federal de Medio Ambiente de manera uniforme para el conjunto de la Federación, cada tipo de polución atmosférica tiene una forma determinada de ser medida, se establece un catálogo de las emisiones y las inmisiones y se establecen planes de saneamiento atmosférico para las zonas en cuestión. Mientras que los organismos responsables del medio ambiente están obligados a efectuar los correspondientes estudios y evaluaciones, en lo que atañe a la confección de planes de saneamiento la norma, aun comprometiendo a las Administraciones competentes, en última instancia deja a la discreción de éstas el establecimiento del plan, por más que el margen de discrecionalidad esté estrechamente condicionado.

La *praxis de la planificación del saneamiento atmosférico* en los primeros quince años tras la entrada en vigor de la Ley ha llevado a desequilibrios específicos, pues las posibilidades esbozadas en los §§ 44 a 47, tal y como se desarrollaron y ensayaron primeramente en Norte del Rin-Westfalia, sólo han sido «adoptadas» tras su inclusión en la Ley de 1974 por una parte de los *Länder*. Así, pese al mandato legal, en cinco de los once *Länder* que (antes de la reunificación) integraban la Federación no se han definido «zonas de sobrecarga ambiental»; en lugar de ello, se procedió en parte, a manera de sucedáneo y en una forma de actuar paralegal, a someter a observación determinadas zonas y a analizarlas con la ayuda de registros de emisiones, pues a través de conversaciones informales entre los gobiernos regionales y las Cámaras de industria y comercio se pudo evitar la declaración de una zona como zona de sobrecarga ambiental³⁶. También se procedió a crear y elaborar sustitutivos de los planes de saneamiento atmosférico que no incluían la declaración de zonas de sobrecarga ambiental. A causa de sus bases de apreciación, inseguras y carentes de uniformidad, estas prácticas informales debilitan el desarrollo de la planificación territorial del saneamiento de la atmósfera en su conjunto, ya que, por ejemplo, con los consiguientes detrimentos, producen desplazamientos en los márgenes de actuación, los deberes de intervención, las exigencias de calidad, la efectividad o el nivel de información³⁷.

Resulta, sin embargo, poco útil quejarse de esa práctica informal o condenarla por ilegal si no se analizan las *muy diversas razones subyacentes*. En algunos *Länder* existía de hecho un pavor —políticamente

³⁶ Cfr., como posición crítica, E. BOHNE, «Informales Verwaltungshandeln als Instrument» (n. 1), pp. 368 y ss.; H. H. TREE, *Vorsorgestrukturen und Luftreinhalteplanung im Bundesimmissionsschutzgesetz*, Heidelberg, 1989, p. 141; Ph. KUNIG/S. RUBLACK, «Aushandeln statt Entscheiden?», *Jura*, 1990, p. 1 (7).

³⁷ S. WURM, «Informationen zum Stand der gebietsbezogenen Luftreinhalteplanung der Bundesländer», *Informationen zur Raumentwicklung*, 1985, p. 1035 (1038 y ss.).

motivado y evidenciado en el propio lenguaje— a manifestar a sus ciudadanos que estaban viviendo en una zona especialmente «sobrecargada». Además, desde 1974 el núcleo de la política ambiental se situó inicialmente en una política de saneamiento atmosférico centrada en las instalaciones contaminantes, quedando en un segundo plano los instrumentos de planificación «territoriales». Asimismo se evidenciaba que, por su carácter primariamente descriptivo, ni siquiera en su parte prescriptiva el plan de saneamiento atmosférico estaba pensado en términos de ejecución; en la práctica se limitaba materialmente a una vigilancia de instalaciones en el sentido de las medidas de reacción frente a riesgos³⁸, pero menos en una idea de previsión. La baja densidad normativa de los §§ 44-47 dejó en manos de la propia Administración el encontrar una configuración adecuada de la praxis administrativa, en la medida en que razones geográfico-meteorológicas no hicieran aparecer de antemano prescindible un planeamiento territorial del saneamiento atmosférico. Sólo estas prácticas informales han sido lo que ha acertado a evidenciar las debilidades del modelo legal de planeamiento.

El legislador ha sacado las *consecuencias* en la tercera *modificación (1990) de la Ley federal sobre el control de los vertidos tóxicos*, que se había visto precedida tan sólo por propuestas de reforma por iniciativa puramente interna de la Administración. Así, la subcomisión para planes de saneamiento atmosférico de la comisión de *Länder* para la protección frente a los vertidos tóxicos (en siglas LAI, por *Länderausschuss für Immissionsschutz*), un grupo de trabajo de la Conferencia de Ministros de Medio Ambiente integrado por funcionarios especialistas de los Ministerios de los *Länder*, elaboró unas propuestas reformistas generales para la efectivización de la planificación del saneamiento atmosférico, con las que posteriormente habría de conectar el propio legislador. Las zonas de sobrecarga ambiental atmosférica reciben ahora la más neutral calificación de «zonas de estudio»; en el futuro, por lo demás, también fuera de esas zonas se podrán llevar a cabo estudios; lo investigado se extiende a partir de ahora adicionalmente a otras sustancias contaminantes hasta ahora no consideradas; adquiere una mayor importancia la idea de previsión, unida a la de territorio, y que va más allá de lo que es la simple reacción frente a riesgos; los planes de saneamiento atmosférico se confeccionan de una manera más diferenciada como planes de saneamiento en sentido estricto o como planes previsores, al tiempo que se les dota claramente de una mayor fuerza jurídica vinculante; finalmente, como destinatarios de esos planes de

³⁸ H.-D. JARASS/J. KÖHLING, *Verbesserungsmöglichkeiten des planungsrechtlichen Instrumentariums im Immissionsschutzrecht (Luftreinhalteplan)*, Berlín, 1989, pp. 48 y s.; H.-H. TRUTE, «Der Luftreinhalteplan als regionales Vorsorgekonzept», *Natur+Recht*, 11 (1989), p. 370 (374).

saneamiento se contempla ya menos las instalaciones industriales y de otra índole cuanto los grupos de fuentes, hasta ahora desatendidos, de las calderas domésticas y el tráfico. En conjunto, la planificación del saneamiento atmosférico experimenta una mayor juridificación, de manera que las desviaciones que en la práctica se puedan producir, obviando los §§ 44-47, podrán ser calificadas a partir de ahora más enérgicamente de antijurídicas; por otra parte, experimenta también una (posiblemente) mayor efectivización al objeto de poder realizar los objetivos de la Ley federal para el control de los vertidos tóxicos —por muy «tecnocráticamente» y al margen de la publicidad que hayan podido comportarse también en este caso las «hermandades» que forman los especialistas de las distintas Administraciones de los *Länder* (Frido WAGENER).

5.2. CONCLUSIONES: LAS FUNCIONES DE LA ACTUACIÓN ADMINISTRATIVA INFORMAL

Esta evolución, que aquí tan sólo hemos podido esbozar, se puede contemplar como *ejemplo de una determinada forma de manifestación de actuación administrativa informal*, que, a la luz del núcleo de la discusión que hasta la fecha se ha realizado, tal vez pueda resultar *atípica*. Pues frente al ciudadano, tanto si se ve afectado directamente como si lo es en condición de tercero, estas prácticas informales no pueden desplegar ninguna clase de efectos jurídicos vinculantes. Los peligros típicos de la actuación informal de la Administración que han venido estando hasta la fecha en el centro de la discusión aquí no se dan precisamente. Y, sin embargo, también se trata de una actuación administrativa en la que, en términos muy generales, pueden confluír igualmente las ventajas típicas de la actuación informal de la Administración. En comparación, de estos ejemplos también se pueden derivar ciertas *funciones y tendencias específicas de la actuación administrativa informal* que, para finalizar, podemos presentar en forma de tesis:

a) La actuación administrativa informal en el sentido de una forma de operar no determinada estrictamente por la ley se vuelve tanto más práctica cuanto más vago y abstracto es el marco legal preestablecido para la Administración. La dirección informal del comportamiento hace más posible la autodirección, ya sea en desviación, ya en concretización del mandato legal, lo mismo que sin el intermedio de normas de carácter meramente administrativo. Esta autodirección informal la podemos encontrar especialmente allí donde los organismos administrativos, también a falta de una práctica jurídica depurada a lo largo de decenios o, en su caso, de una cultura administrativa igual-

mente arraigada, tienen que conseguir todavía experiencias más precisas.

b) La actuación administrativa informal de carácter ilegal o situada en los márgenes de la legalidad se va a desarrollar con tanto menor probabilidad cuanto menos posible resulte la violación de derechos públicos subjetivos accionables judicialmente por los «sometidos» a la Administración. Una antijuridicidad pura y simplemente «objetiva» de la actuación administrativa, sobre todo en términos de Derecho administrativo interno, resulta más aceptable —a título de «ilegalidad útil»— que las transgresiones del Derecho que se puedan producir en la relación jurídica externa entre Estado y ciudadanos. El control de lo que en esa medida pueda resultar aceptable incumbe a la propia Administración, sus órganos de dirección política y/o a la esfera pública, no a los Tribunales.

c) El modo y manera en que se produce la actuación administrativa informal puede constituir, igual que los defectos jurídicos de índole enteramente concreta que se van acumulando, un indicio de las imperfecciones legales o de imperativos prácticos que la ley no toma suficientemente en cuenta. Las desviaciones prácticas de los modelos legales pueden dar a entender la necesidad de proceder a modificaciones y poner de manifiesto vías para su satisfacción.

d) Allí donde la ley deja espacio para la actuación administrativa informal o, por razón de su escasa densidad normativa, alienta ese tipo de comportamientos, ello puede dar pie a la Administración para llevar a cabo innovaciones, primero de carácter interno, pero después también con relevancia hacia afuera. Las prácticas informales posibilitan una praxis (planificatoria) pluriversa que, de hecho, puede conducir a nuevas experiencias y a una nueva calidad de la propia praxis, también, por ejemplo, en la esfera de la planificación del saneamiento atmosférico.

e) A la vista de la decreciente capacidad directiva de las leyes, la actuación administrativa informal puede dar a ésta márgenes y flexibilidades de experimentación con el objetivo de mejorar, mediante la obtención de experiencias, la praxis del planeamiento en interés tanto público como privado. En esta medida, la actuación administrativa informal representa un desafío del Estado en razón de unos mandatos legales que ya no se pueden cumplir sólo a través de una actuación administrativa no vinculada a formas.

6. TESIS FINALES

1. El concepto de la actuación informal de la Administración se emplea en los estudios jurídicos al menos en tres acepciones alternativas: a) en un sentido empírico, tomado de la sociología de la organi-

zación, apunta a aquellas modalidades de acción que se apartan de los objetivos formales, en cuanto escritos, de una organización y los varían, sustituyéndolos parcialmente o modificándolos de cualquier manera; *b*) en un sentido reducido, específicamente jurídico, hace referencia sólo a aquellas modalidades de acción que están en una relación de alternativa para con las modalidades jurídicamente definidas y las pueden contradecir potencialmente; *c*) con la mayor frecuencia, se califica de informal, en términos neutros, a aquella actuación administrativa que complementa más o menos inevitablemente a las reglas jurídicas.

2. La acepción neutra aparece conveniente, ya que no prejuzga una calificación de la actuación como presuntamente antijurídica, máxime cuando también para propugnadores de una formulación crítica del concepto existen actuaciones informales de la Administración que no son antijurídicas.

3. La definición en concreto de la actuación administrativa como ilegal, contra lo que pueda parecer a primera vista, resulta en la práctica enteramente problemática, ya que, entre otras cosas, las «mermas de certidumbre» de la dogmática y la metodología jurídica, la inevitable falta de perfiles claros y la limitada capacidad de determinación de la legislación de hoy en día, así como las condiciones que enmarcan la concretización de las leyes en los casos singulares otorgan un notable margen de discrecionalidad a quien debe aplicar las leyes.

4. La tendencia de la actuación administrativa informal a incurrir en actos ilegales puede diferenciarse por referencia a cuatro sectores de la actividad de la Administración: *a*) en la esfera de la actividad interventora que se lleva a cabo de acuerdo a determinados presupuestos legalmente definidos, los acuerdos informales paralelos que se producen en el contexto de procedimientos de autorización o intervención pueden ser antijurídicos si modifican los presupuestos legales de aplicación; *b*) en el sector de las decisiones administrativas de alto grado de complejidad, adoptadas en virtud de un largo proceso ponderativo, relativas a la planificación o a autorizaciones empresariales con incidencia planificatoria, existe un riesgo específico de la ilegalidad de esas decisiones, por ejemplo, a causa de la desatención de los derechos de terceros afectados a consecuencia de la eficacia vinculante fáctica de los acuerdos entre la Administración y los promotores y titulares de las iniciativas; *c*) en el ámbito de la Administración libre (frente a la ley), en la medida en que incida directamente sobre los ciudadanos, las violaciones contra normas jurídicas serán más bien infrecuentes a causa justamente de la inexistencia de una estructuración jurídica; aquí, como también *d*) en el cuarto sector de las reglas libres de carácter administrativo interno sin relevancia inmediata para el ciudadano, la actuación administrativa informal es condición para la asunción de la es-

pecífica responsabilidad administrativa, así como medio para el potencial creativo de la Administración. En conjunto, la actuación administrativa informal no debería, pues, ser más ni menos frecuentemente ilegal que la actuación formal de la Administración.

5. La informalización de la actuación administrativa es un síntoma de cambios estructurales de la acción del Estado en general y se integra en la más reciente evolución del Derecho administrativo con revalorización del procedimiento administrativo, la complicación de los procesos decisorios y la pluralización de la organización estatal interna. Las ventajas de la actuación informal para la Administración en el caso de decisiones administrativas altamente complejas nacen en buena medida de imperativos y leyes fácticos de la actual Administración planificadora. Los objetivos, pongamos por caso, de una atenuación de los planeamientos fallidos y de los costos, de la eliminación de inseguridad jurídica y riesgos procesales, de la vinculación de los respectivos organismos públicos en la realización de un proyecto en interés público o de la mejora de los procedimientos internos de ajuste de las Administraciones públicas por la vía de una anticipación de la información no son, en cuanto tales, objetables.

6. Los riesgos de que la Administración quede fácticamente vinculada de antemano frente a los titulares de iniciativas y proyectos estrriban, entre otras cosas, en la puesta en peligro de los intereses jurídicos de terceras personas, en la no observancia de principios básicos del Derecho (igualdad, juego limpio) a lo largo del procedimiento administrativo, de la recogida selectiva de información, en el incumplimiento de los niveles regulativos exigibles a las leyes, en la generación de insuficiencias de ejecución o en el retraso de las decisiones administrativas. Estos riesgos, no obstante, no hacen en general que los acuerdos informales sean antijurídicos.

7. La actuación administrativa informal escapa ampliamente a un control judicial ulterior. Como vías de refuerzo de los controles preventivos o represivos se discuten las siguientes: la aplicación por analogía de las regulaciones de las leyes de procedimiento administrativo a los procesos informales antes del procedimiento administrativo en sentido estricto, la intensificación de los controles internos de la Administración, por ejemplo, a través de la introducción de la figura de un comisionado de la Administración para asuntos relacionados con el medio ambiente, el adelantamiento de la participación ciudadana o la institucionalización de un mediador para casos de conflicto (*mediator*) según el modelo norteamericano. También estas propuestas se enfrentan al problema irresuelto de una simple anticipación de los procedimientos decisorios informales. La actuación administrativa informal señala, por tanto, los límites del Derecho como instrumento de la Administración.

8. En el ámbito de la Administración no regulada legalmente la actuación administrativa informal permite una autodirección o un autogobierno paralegales que hace que los procesos decisorios, que, por su complejidad, producen también un desbordamiento interno de la Administración, se adapten con flexibilidad cronológica, personal y materialmente a las necesidades y exigencias de la Administración. Tal y como se puede mostrar gracias al ejemplo de la planificación territorial del saneamiento atmosférico, la actuación administrativa informal representa también una forma adecuada para las «hermandades» de especialistas de las distintas Administraciones para hacer valer el potencial creativo de la Administración.