

# Sistema de las formas de actuación y la teoría de las consecuencias de las irregularidades

**SUMARIO:** I. LA RELACION ENTRE LAS FORMAS DE ACTUACION Y LA TIPOLOGIA DE LAS IRREGULARIDADES. II. EVOLUCION DEL SISTEMA DE FORMAS DE ACTUACION. III. EL SISTEMA DE LAS FORMAS DE ACTUACION Y SU ORIENTACION HACIA LAS IRREGULARIDADES. IV. EVOLUCION DOGMATICA. 1. Nuevas formas de actuación. Fundamentación jurídica. 2. ¿Normas particulares con rango inferior a la ley como una forma de actuación autónoma? 3. Acto real final: ¿una forma de actuación autónoma? V. PERSPECTIVAS.

## I. LA RELACION ENTRE LAS FORMAS DE ACTUACION Y LA TIPOLOGIA DE LAS IRREGULARIDADES

En el centro de la atención del Derecho administrativo general se encuentran las formas de actuación jurídico-públicas de la Administración. La función principal de éstas es la racionalización jurídica de las actuaciones de la Administración, el fomento de decisiones adecuadas a Derecho, la inclusión de cuestiones fundamentales sobre valoraciones y hechos en estructuras dogmáticas conocidas, así como la canalización y aclaración del control jurídico de la actuación administrativa<sup>1</sup>. Esta ordenación de las formas de actuación muestra diversas

---

Artículo traducido por Julia NIETO KÖNIG.

<sup>1</sup> Sobre la función de las formas de actuación en general: E. SCHMIDT-ABMANN, «Die Lehre von den Rechtsformen des Verwaltungshandelns», *DVBl*, 1989, p. 533; P. KRAUSE, *Rechtsformen des Verwaltungshandelns*, 1974, pp. 14 y ss.; F. OSSENÜHL, «Die Handlungsformen der Verwaltung», *JuS*, 1979, p. 681.

facetas y, desde un punto de vista jurídico-administrativo, serán dos las funciones decisivas. En primer lugar, la elección de una forma concreta de actuación determinará, por un lado, los requisitos jurídicos de ésta, especialmente los relativos a su aspecto formal. Del tipo de actuación elegido o definido posteriormente dependerán las normas de procedimiento, de forma y de eficacia. La forma de actuación determinará, por otro lado, las cuestiones referentes a los efectos de las irregularidades fundamentales para la tutela y seguridad jurídica<sup>2</sup>. Esta perspectiva jurídico-administrativa puede ser completada mediante planteamientos de la Ciencia administrativa. El sistema de las formas de actuación podría reagruparse y determinarse de nuevo de forma descriptiva, atendiendo a factores como la aceptación o la eficacia de la actuación estatal. Actualmente se aboga —entre otros por HOFFMANN-RIEM— por un sistema de formas de actuación que no se centre exclusivamente en su orientación en las irregularidades, sino, más bien, en los posibles beneficios que podrían aportar a los aspectos de la eficacia de la actuación estatal unas formas de actuación nuevas<sup>3</sup>.

Este artículo va a centrarse en las funciones jurídico-administrativas del sistema de formas de actuación, especialmente en la relación existente entre un sistema de formas de actuación y su correspondiente tipología de irregularidades. Lo que no implica que se ignoren consideraciones del ámbito de las ciencias de la Administración. Una polarización de ambas posturas y, en consecuencia, una posible reducción de la problemática a una elección necesaria entre una actuación administrativa eficaz y cooperativa y un control racional jurídico-estatal, no favorecería el discurso jurídico-administrativo. Tradicionalmente, el Derecho administrativo ha tratado de evitar que la imposición de sus pretensiones jurídico-estatales y de protección jurídica se hiciera a costa de la eficacia de la actuación estatal<sup>4</sup>. Si acto seguido se insiste en la vinculación existente entre el sistema de formas de actuación y la teoría de los efectos de las irregularidades, se hace en función de apoyar las demandas existentes de eficacia y cooperación<sup>5</sup>. Sólo en

<sup>2</sup> Sobre la relación de los tipos de actuación y el sistema de las consecuencias de los vicios: H. HILL, *Das fehlerhafte Verfahren und seine Folgen im Verwaltungsrecht*, 1986, p. 341. En los manuales clásicos de Derecho administrativo se presenta el acto administrativo como la forma de actuación decisiva especialmente desde la perspectiva de la protección jurídica. W. JELLINEK, *Verwaltungsrecht*, 1931 (nueva edición 1966), pp. 246 y ss. El acto administrativo ha perdido actualmente su función de flexibilización de la protección jurídica, la prestación principal de las formas de actuación se sigue centrandó en su función orientadora racionalizadora y centrada en la protección judicial, OSSENBUHL (*op. cit.*, núm. 1), p. 682; SCHMIDT-ABMANN (*op. cit.*, núm. 1), p. 533.

<sup>3</sup> W. HOFFMANN-RIEM, «Reform des allgemeinen Verwaltungsrechts als Aufgabe - Ansätze am Beispiel des Umweltschutzes», *AöR*, tomo 115 (1990), p. 400 (403 y ss.).

<sup>4</sup> E. SCHMIDT-ABMANN, «Der Beitrag der Gerichte zur verwaltungsrechtlichen Systembildung», *VwBIBW*, 1988, p. 381 (383).

<sup>5</sup> En relación a las consecuencias de las irregularidades y la eficacia de la actividad: M. MORLOK, *Die Folgen von Verfahrensfehlern am Beispiel von kommunalen Satzungen*, 1988, p. 78.

los supuestos en los que haya certeza en torno a las consecuencias jurídicas de la irregularidad y de la propensión a causar irregularidades de una forma de actuación defendida por la Administración, existirá también la posibilidad de que puedan aplicarse y sean aceptadas las nuevas formas de actuación que pueden tener una mayor efectividad. Todo tipo de cooperación, incluyendo una cooperación informal, dependerá del conocimiento de las posibilidades, limitaciones y consecuencias de las alternativas formales existentes.

## II. EVOLUCION DEL SISTEMA DE FORMAS DE ACTUACION

Tradicionalmente han sido la jurisprudencia y la ciencia jurídico-administrativa <sup>6</sup> las que fijaban, adaptaban y creaban nuevas formas de actuación administrativa. La incardinación legal de las formas de actuación en la legislación procesal administrativa se ha limitado a una breve polémica surgida en los años sesenta y setenta; lo que, sin embargo, no impide que siga viva la discusión en torno a la necesidad de nuevas formas de actuación y a sus modalidades. Formas de actuación son creaciones finalistas del Derecho administrativo <sup>7</sup>, es decir, que la creación de fines nuevos no conlleva automáticamente —pero sí a menudo— la necesidad de crear una nueva forma de actuación.

El explosivo desarrollo del Derecho del medio ambiente y de seguridad ha impulsado notablemente en el pasado reciente la tendencia hacia la creación de nuevas formas jurídicas de actuación administrativa. A este propósito llaman especialmente la atención cuatro tipos de problemas y de momentos cruciales en su desarrollo.

1. Incluso después de haberse apagado la euforia experimentada en el sector del planeamiento, ha quedado claramente patente que junto a las relaciones jurídico-administrativas bipolares y predominantes, surgen paralelamente unas relaciones jurídico-administrativas con objetivos de regulación y efectos jurídicos poligonales, que han llevado al acto administrativo hasta los límites de su capacidad. Especialmente en relación a las decisiones conformadoras del territorio, como pueden darse en el Derecho de protección del medio ambiente y del paisaje, la norma de rango inferior a la ley, como el reglamento o el es-

<sup>6</sup> F. OSSENBUHL, «Eine Fehlerlehre für untergesetzliche Normen», *NJW*, 1986, p. 2805 (2806). Esto es aplicable evidentemente sólo mientras el legislador calle. Un estudio detallado reclamaría la inclusión de la legislación, la jurisprudencia, la doctrina administrativa y la práctica administrativa como creadores e intérpretes de la tipología de las formas de actuación, OSSENBUHL (*op. cit.*, núm. 1), p. 682.

<sup>7</sup> N. ACHTERBERG, «Der Verwaltungsvorakt», *DÖV*, 1971, p. 379; OSSENBUHL (*op. cit.*, núm. 1), p. 682.

tatuto, desempeña ya funciones de forma de actuación ordinaria, legalmente prevista.

2. En aquellos sectores administrativos en los que las decisiones se toman bajo condiciones de cierta inseguridad, está aumentando la necesidad de crear regulaciones de graduación consecutiva o provisionales<sup>8</sup>. Aunque no se quieran incluir las autorizaciones escalonadas o el acto administrativo provisional desarrollado en el derecho de subvenciones en las formas de actuación propiamente dichas y autónomas, es innegable que nos encontramos ante unas modificaciones del acto administrativo con relevancia jurídica, que afectan especialmente a su firmeza y su fuerza vinculante. En el ámbito de los actos administrativos complejos se dan varias actuaciones tipificadas administrativamente, que deberían de ser tenidas en cuenta a la hora de crear nuevas formas de actuación. Con ello se está haciendo referencia a las ya conocidas —aunque no debidamente desarrolladas— disposiciones administrativas y regulaciones de orden técnico, como minutas o análisis de riesgo<sup>9</sup>.

3. Cuestiones extrajurídicas, pero a su vez de tipo constitucional sobre la legitimación y la cooperación, también reclaman nuevas formas de actuación, que pudieran ser una alternativa a las regulaciones soberanas y unilaterales. Sin embargo, el convenio administrativo, que es el que parece prestarse mejor para estos supuestos, no goza de una aceptación unánime. La ambivalencia que se da en la valoración de esta forma de actuación, a la que se le concede legalmente y, en principio, el mismo rango legal que a los actos administrativos, podría estar fundada en lo siguiente: el sector, al que un acto administrativo le supondría una desventaja y quisiera poder influir en éste, siempre preferirá la cooperación. Para aquellos, sin embargo, que se mantengan alejados de esta cooperación, ésta será sospechosa de ser un chanchullo incontrolable.

4. Las ya mencionadas razones de efectividad inducen a plantearse si no deberían existir, junto con las formas de actuación tradicionales, otras formas de actuación «flexibles» de acción más indirecta. A primera vista, la demanda existente de estímulos económicos y de orientación informativa del comportamiento parecen tener que aceptar una posible disminución de la efectividad controlable. Si, sin embargo, la complejidad de una materia impone limitaciones insalvables a la intervención causal estatal, se podrían obtener mejores resultados

<sup>8</sup> Es especialmente en el ámbito de la Administración de riesgos en la que se introduce esta demanda de regulaciones provisionales en forma de «reservas de impugnación». Al respecto: HOFFMANN-RIEM (*op. cit.*, núm. 2), p. 445.

<sup>9</sup> Sobre la problemática de los análisis del riesgo: HOFFMANN-RIEM (*op. cit.*, núm. 2), pp. 441 y ss.

mediante influencias indirectas a largo plazo <sup>10</sup>; piénsese, por ejemplo, que una prohibición no logrará más que un cumplimiento parcial de un comportamiento deseable en el sector de la reducción de desperdicios. Estímulos, convenios, así como una actividad informativa estatal se clasifican en parte como actuaciones administrativas informales y se sustraen así a la sistemática administrativa y a la valoración jurídico-estatal, tratándose aquí, en realidad, de una demanda de la práctica administrativa <sup>11</sup>. La inclusión en el sistema de las evoluciones habidas en la práctica y/o nuevas interpretaciones en el ámbito de la teoría de las formas de actuación, es labor del Derecho administrativo, y ello quiere decir, principalmente, que se deberá incluir, en la medida de lo posible, en el sistema preestablecido de las formas de actuación.

### III. EL SISTEMA DE LAS FORMAS DE ACTUACION Y SU ORIENTACION HACIA LAS IRREGULARIDADES

Las dos características para la tipificación jurídico-administrativa de una forma de actuación autónoma pueden resumirse en los requisitos comunes de legalidad y sus consecuencias jurídicas comunes de las irregularidades. Desde la perspectiva de las consecuencias del vicio se pueden comparar las formas de actuación existentes ateniéndose a los diferentes efectos de éste.

El concepto del efecto del vicio es una descripción global y abstracta que abarca todas las cuestiones concernientes al destino jurídico de un acto estatal que infringe un derecho material o formal <sup>12</sup>. El efecto de la irregularidad se refiere en un sentido inmediato, sólo a los efectos jurídicos *eo ipso* de un vicio, es decir, a la consecuencia automática del vicio. En el concepto de la consecuencia de la irregularidad se incluyen la invalidación jurídica (nulidad), la impugnabilidad (anulabilidad) y la irrelevancia (efectividad), así como la creación de un derecho contrario. Es la teoría de los efectos del vicio la que debe llevar a cabo la formulación concreta, así como la coordinación entre los tipos de las actuaciones y las correspondientes consecuencias. Todavía a principios de siglo existían intentos de formular una teoría unitaria de las irregularidades o vicios aplicable a la fenomenología completa de la actuación estatal; pero poco después se optó por un estudio individua-

<sup>10</sup> Incluso se relacionan la orientación indirecta del comportamiento en parte con aspectos de la cooperación, aunque su viabilidad sea limitada. G. F. SCHUPPERT, «Markt, Staat, Dritter Sektor -oder noch mehr? Sektorspezifische Steuerungsprobleme ausdifferenzierter Staatlichkeit», *Jahrbuch zur Staatsund Verwaltungswissenschaft*, tomo 3.º (1989), p. 47 (73).

<sup>11</sup> Crítico: SCHMIDT-ARMANN (*op. cit.*, núm. 1), pp. 540 y ss.

<sup>12</sup> En el Derecho público se entienden tradicionalmente todas las desviaciones del ordenamiento jurídico vigente como irregularidades jurídicas. Al respecto: HILL (*op. cit.*, núm. 2), p. 14.

lizado de las mismas <sup>13</sup>. Entre las actuaciones administrativas hay que diferenciar los actos legislativos y los actos administrativos. Los defectos legales de las leyes y también de las normas de rango inferior a la ley conllevan la nulidad; en cambio, los defectos legales de actos administrativos conllevan, en principio, tan sólo la anulabilidad del acto administrativo, es decir, que en los casos en los que no sea anulable, significará firmeza del acto administrativo. Si la rigidez del dogma de la nulidad <sup>14</sup> en el ámbito normativo impidió prácticamente su desarrollo adecuado <sup>15</sup>, la teoría de las consecuencias de las irregularidades se convirtió, en cambio, en el punto de mira del Derecho administrativo. El principio de la mera anulabilidad de los actos administrativos ilegales sufrió una flexibilización al completarse, por un lado, con el efecto de la nulidad como un efecto rígido de los vicios en determinados supuestos y, por otro lado, con la irrelevancia de las irregularidades o vicios, es decir, subsanación e irrelevancia. La tercera forma de actuación que hoy goza de aceptación general, es decir, el contrato administrativo no se sometería hasta relativamente tarde a una regulación legal de los efectos de los vicios. Ateniéndose a la norma jurídica <sup>16</sup>, el contrato administrativo sólo producirá, en principio, el efecto de la nulidad del artículo 59 *Verwaltungsverfahrensgesetz* (de ahora en adelante: *VwVfG*) (*Ley de Procedimiento administrativo alemán*) <sup>17</sup>. Un efecto de la irregularidad de connotaciones civiles queda regulado en el artículo 58 *VwVfG*, que hace depender la eficacia del contrato administrativo de la aprobación de terceros que ven afectados sus derechos por dicho contrato.

Sólo en estos tres supuestos de formas de actuación clásicas se da una regulación explícita de efectos de los vicios y ello a pesar de la existencia de determinadas críticas objetivas <sup>18</sup>. Considerando la categoría

<sup>13</sup> HILL (*op. cit.*, núm. 2), pp. 11 y ss.

<sup>14</sup> OSSENBÜHL (*op. cit.*, núm. 6), pp. 2805 y ss., y MORLOK (*op. cit.*, núm. 5), p. 21, se muestran críticos ante el dogma de nulidad.

<sup>15</sup> El aumento de control constitucional de las leyes supone una diferenciación práctica de la consecuencia de nulidad, pero no llega a formar un sistema. Sobre la consecuencia de la inconstitucionalidad: J. IPSEN, *Rechtsfolgen der Verfassungswidrigkeit von Norm und Einzelakt*, 1980.

<sup>16</sup> Los supuestos de hecho de la nulidad remiten tanto al Derecho civil como al § 44 *VwVfG* aplicable a los actos administrativos. Se acentúa así nuevamente la proximidad funcional entre el acto y el contrato administrativo.

<sup>17</sup> El Derecho administrativo no ha podido aceptar esta desviación de la regulación de las consecuencias del vicio del acto administrativo. Se pretende suavizar la irrelevancia regulada legalmente, fijando una aplicación extensiva del § 134 BGB (*Bürgerliches Gesetzbuch* - Código Civil Alemán) o mediante la construcción de un derecho de rescisión del contrato administrativo contrario a Derecho pero no nulo. Cfr., p. ej., A. BLANKENAGEL, «Folgenlose Rechtswidrigkeit öffentlich-rechtlicher Verträge?», *VerwArch*, 76 (1985), p. 276 (295). Sobre estas objeciones se manifiesta asimismo H. MAURER, «Der Verwaltungsvertrag - Probleme und Möglichkeiten», *DVBt*, 1989, p. 789 (803).

<sup>18</sup> Existe polémica en torno a la función de la aprobación, es decir, si supone una forma de actuación jurídico-pública específica. Cfr. OSSENBÜHL (*op. cit.*, núm. 1), p. 684. Atendiendo

residual de los actos reales administrativos como una forma de actuación, surgen una serie de dudas en torno a los efectos de los vicios<sup>19</sup>. La especialidad del acto real administrativo reside en que, a diferencia de las tres formas de actuación mencionadas, éste no está sometido a una regulación<sup>20</sup>. Es decir, que no despliega ningún efecto jurídico propio ni puntual ni duradero<sup>21</sup>. El acto real queda excluido del objeto de regulación de los efectos de las irregularidades, ya que es su efecto el que decide sobre el destino posterior de un acto jurídico. Así las cosas, cabría preguntarse, además, si verdaderamente se pueden incluir los actos reales en la categoría de las formas de actuación. Piénsese que la tipificación de una atribución conjunta de los efectos de las irregularidades es una función esencial del sistema de formas de actuaciones.

Esta argumentación presupone, sin embargo, que el concepto de efectos del defecto se limite a consecuencias de impugnabilidad jurídica o de limitación de la efectividad. Si uno, sin disponer de estos conocimientos previos, se limita al estudio de los efectos inmediatos de un defecto legal, podrá observar que también el acto real ilícito suscitará unas consecuencias determinadas. Si la ilegalidad del acto real consiste en una infracción jurídica subjetiva, ello, a falta de regulación jurídica del acto real, no tendrá un efecto de impugnabilidad jurídica, pero sí una consecuencia constitutiva de derecho. El acto real que perjudica un derecho individual motiva, ya antes de su realización, una pretensión de abstención jurídico-pública y, una vez realizado, bajo la condición previa de un perjuicio jurídico continuo, una pretensión de eliminación de consecuencias<sup>22</sup>. Si ambas pretensiones se entienden

---

a la equiparación práctica de la promesa de una determinada actuación (*Zusicherung*) y el acto administrativo en el § 38 VwVfG, creo defendible la negación de una autonomía dogmática en este contexto, especialmente por razones de sencillez y claridad.

<sup>19</sup> G. ROBBERS, «Schlichtes Verwaltungshandeln», *DÖV*, 1987, p. 272 (273), rechaza la inclusión de los actos reales en el orden de las formas de actuación, pero diferencia, a su vez, entre el acto real y la actuación administrativa ordinaria, calificando esta última como de regulación similar. Es decir, que admite por esta vía la cualidad de forma de actuación de las actuaciones administrativas ordinarias.

<sup>20</sup> No está libre de polémica esta definición del acto real que se fundamenta en la falta de efecto de la regulación. Al respecto: KRAUSE, *Rechtsformen* (*op. cit.*, núm. 1), pp. 56 y ss.

<sup>21</sup> No quiere ello decir que los actos reales no puedan causar algún efecto jurídico. Sin embargo, carecen de un carácter regulador que corresponda a una norma propia y autónoma.

<sup>22</sup> Sobre la pretensión de eliminación de las consecuencias y sus deducciones dogmáticas: O. BACHHOF, *Die verwaltungsrechtliche Klage auf Vornahme einer Amtshandlung*, 1951, 2.ª ed. (1968), pp. 98 y ss.; D. HAAS, *System der öffentlich-rechtlichen Entschädigungspflichten*, 1955, pp. 54 y ss.; WOLFF/BACHOF, *Verwaltungsrecht*, tomo I, 9.ª ed., 1974, § 54 II; OSSENBÜHL, *Staatshaftungsrecht*, 3.ª ed., 1983, pp. 192 y ss.; F. SCHOCH, «Folgenbeseitigung und Wiedergutmachung im öffentlichen Recht», *VerwArch*, 1988, pp. 1 y ss.; W. R. SCHENKE, «Der Folgebeseitigungsanspruch bei Verwaltungsakten mit Drittwirkung», *DVBt*, 1990, p. 328. En la jurisprudencia: BVerwG, *NJW*, 1972, 269 = *DÖV*, 1971, 857 (858); BVerwGE, 69, 366 (370); BVerwG, *NJW*, 1989, 2272 (2277).

como consecuencias de efectos *eo ipso*<sup>23</sup>, entonces habrá que definir, con HUFEN, el acto real como una forma de actuación y la pretensión de eliminación de consecuencias, como un efecto de la irregularidad<sup>24</sup>. Dentro de estos efectos se incluirán no sólo la nulidad, la anulabilidad y la falta de consecuencias, sino también los derechos de restitución y de indemnización<sup>25</sup>. En un sistema de actuación determinado por las irregularidades se incluirán, por tanto, también los actos reales, y formarán así, desde el punto de vista de los efectos del vicio, un sistema de formas de actuación con cuatro tipologías.

Si, en cambio, también se incluyen *grosso modo* en las formas de actuación las disposiciones administrativas y las instrucciones, se dificultará la correlación de formas de actuación y los efectos del vicio<sup>26</sup>. Dado que, en comparación con el acto administrativo y la norma, no carecen de la característica reguladora, sino de unos efectos externos inmediatos<sup>27</sup>.

La creación de un quinto grupo autónomo de formas de actuación formado por las disposiciones administrativas o las instrucciones, dependerá, en último término, de la inclusión del ámbito interno administrativo en la teoría de las formas de actuación<sup>28</sup>. Esta atribución no parece indicada si se tiene en cuenta que la finalidad de la determinación de los efectos de la irregularidad es la protección jurídica, mientras que las disposiciones administrativas e instrucciones no pueden ser sometidas ordinariamente al enjuiciamiento judicial. Las disposiciones administrativas sólo tendrán relevancia judicial, siempre y cuando haya habido algún tipo de efectos jurídicos frente a terceros, ya sea en determinados supuestos de forma inmediata<sup>29</sup> o mediata mediante modelos de autovinculación<sup>30</sup>. Es decir, que las instrucciones sólo suscitarán tutela jurídica en supuestos excepcionales, como cuando mediante lesiones jurídicas subjetivas abandonan el ámbito interno de la Administración, como pudiera darse en el Derecho funcional o en los casos de Administración autónoma municipal. Pero siempre que

<sup>23</sup> En este sentido también MORLOK (*op. cit.*, núm. 5), pp. 140 y ss. El que estas pretensiones tengan que hacerse valer, no resta inmediatez a las consecuencias de los vicios, ya que la anulabilidad es una cualidad inherente al acto administrativo sin embargo, sin la impugnación no podrá darse la anulación jurídicamente relevante.

<sup>24</sup> F. HUFEN, *Fehler im Verwaltungsverfahren*, 1986, pp. 324 y ss.

<sup>25</sup> MORLOK (*op. cit.*, núm. 5), pp. 140 y ss.

<sup>26</sup> Así lo propone SCHMIDT-ABMANN (*op. cit.*, núm. 1), p. 533.

<sup>27</sup> Se entiende que la falta de efectividad frente a terceros es constitutiva del concepto de disposición gubernativa (Derecho administrativo interno). Se expresa críticamente: OSSENBÜHL, «Die Quellen des Verwaltungsrechts», en: Erichsen/Martens (eds.), *Allgemeines Verwaltungsrecht*, 8.ª ed., 1988, p. 93.

<sup>28</sup> HUFEN (*op. cit.*, núm. 24), p. 327 reclama expresamente la regulación dogmática del ámbito administrativo interno.

<sup>29</sup> BVerwGE, 72, 300 (320); OVG Lüneburg, *DVBt*, 1985, 1322.

<sup>30</sup> BVerwG, *DÖV*, 1982, 76; BVerwG, *DVBt*, 1982, 195 (197).



las disposiciones administrativas o las instrucciones susciten tutela jurídica, podrán incluirse en uno de los grupos ya existentes del modelo de formas de actuación. Si una disposición administrativa desempeña unos efectos vinculantes frente a terceros, entonces y, de acuerdo a su carácter regulador, deberá ser tratada como una norma. Y como consecuencia, en los casos de ilegalidad jurídica, lo que exceda de la legalidad deberá no ser tenido en cuenta, es decir, considerado nulo. Si la instrucción despliega algún efecto frente a terceros, se convierte, de acuerdo con su carácter regulador particular, en un acto administrativo y se someterá, consecuentemente, al correspondiente sistema de efectos de los vicios. Es decir que, ateniéndonos a aspectos de los efectos de los vicios, no existe, por tanto, ninguna necesidad de crear un quinto grupo de formas de actuación para el Derecho administrativo interno. Una clasificación de disposiciones administrativas o de instrucciones en las formas de actuación, tan sólo será relevante para el ámbito jurídico-interno de la Administración o de interés para una categorización en la ciencia administrativa; no, en cambio, para la teoría de las formas de actuación administrativas.

Esta conclusión es aplicable igualmente a la antigua polémica sobre la definición de los planes como una forma de actuación propia<sup>31</sup>. Todas las propuestas de sistematización se han limitado a meras ordenaciones descriptivas. Los planeamientos estatales presentan tal heterogeneidad que no permiten encontrar otro rasgo común que la discrecionalidad inherente al planeamiento<sup>32</sup>. Desde un punto de vista dogmático la discrecionalidad del planeamiento es ajena a la regulación de un régimen de efectos de las irregularidades y debería incluirse en planteamientos que traten de resolver si se da efectivamente un defecto legal (hecho de irregularidad). Actualmente parece predominar la opinión de la inclusión de todo plan en una de las formas de actuación existentes<sup>33</sup>, aunque en el ámbito del planeamiento interno aún quepa la negación de la calidad de formas de actuación<sup>34</sup>.

<sup>31</sup> Cfr. H. U. ERICHSEN, «Das Verwaltungshandeln», en: Erichsen/Martens (eds.), *Allgemeines Verwaltungsrecht*, 8.ª ed., 1988, pp. 297 y ss.; K. KÖNIG, «Rechtliche und tatsächliche Formen des Verwaltungshandelns», *VR*, 1990, p. 401 (403); OSSENBÜHL (*op. cit.*, núm. 1), pp. 684 y ss.

<sup>32</sup> BVerwGE, 55, 220 (226); 48, 56 (59).

<sup>33</sup> ERICHSEN (*op. cit.*, núm. 28), p. 301; II. MAURER, *Allgemeines Verwaltungsrecht*, 7.ª ed., 1990, § 16, número marginal 18.

<sup>34</sup> KÖNIG (*op. cit.*, núm. 31), p. 403.

#### IV. EVOLUCION DOGMATICA

##### 1. NUEVAS FORMAS DE ACTUACIÓN. FUNDAMENTACIÓN JURÍDICA

La agrupación en cuatro tipos de formas de actuación aplicando como criterio de ordenación los efectos de la irregularidad, tiene la ventaja de ser relativamente clara y abarcable. Sin embargo, no pueden ignorarse los nuevos planteamientos mencionados que demandan un desarrollo más amplio, aunque éste debería ser llevado a cabo sólo con especial precaución. Cualquier propuesta de nuevas formas de actuación debería estar suficientemente fundada, ya sea en la existencia de nuevas regulaciones autónomas de los efectos del vicio en el Derecho positivo o en su exigencia dogmática o, asimismo, en la generabilidad de los nuevos requisitos de legalidad para un grupo determinado de actuaciones. Ello quiere decir que las dos funciones esenciales de la tipicidad de la actuación, a saber, la determinación de los requisitos y de las consecuencias de formas específicas de actuación están engarzadas correlativamente entre sí. Sirvan como ejemplo estas dos posibles formas nuevas de actuación: en primer lugar, si la normativización de supuestos particulares mediante estatutos y reglamentos jurídicos debería constituir debido a su divergencia del dogma de nulidad una forma de actuación propia y, por otro, si los actos reales finales, como las advertencias estatales individuales o las recomendaciones, deberían estar sometidos a unos requisitos de legalidad específicos y, en su caso, individualizarse como una forma de actuación.

##### 2. ¿NORMAS PARTICULARES CON RANGO INFERIOR A LA LEY COMO UNA FORMA DE ACTUACIÓN AUTÓNOMA?

La clasificación de las normas con rango inferior a la ley, como formas de actuación administrativa, requiere una justificación correspondiente. El acto administrativo, como origen de las formas de actuación administrativas, se perfiló esencialmente por su delimitación de los resultados de las otras dos funciones estatales: la ley del poder legislativo y la sentencia del poder judicial. Sin embargo, nos encontramos cada vez con mayor frecuencia ante una normativa de rango inferior a la ley que regula casos particulares y que adquiere cada vez mayor importancia, en contraposición a las ordenanzas policiales; así, por ejemplo, un plan de urbanización, que regula sólo la construcción de una carretera o un reglamento de protección del paisaje que protege tan sólo unas pocas hectáreas de tierra regulando unos deberes y unas prohibiciones muy determinadas o, en fin, un reglamento jurídico que

determina la peligrosidad de una única sustancia de acuerdo al artículo 13, párrafo 3.º, Chemikaliengesetz (de ahora en adelante: ChemG) (Ley de regulación de sustancias químicas) o su prohibición según el artículo 17 ChemG<sup>35</sup>. Si la norma de rango inferior a la ley entra en el ámbito de aplicación del acto administrativo, habrá que plantearse si efectivamente está justificada la diferenciación hecha entre las consecuencias del vicio y las posibilidades de protección jurídica entre ambas formas de actuación.

El plan de urbanización ha suscitado últimamente especial interés. Este instrumento, eje central de la actuación del Derecho urbanístico de los municipios, venía sufriendo hasta los años ochenta toda una serie de declaraciones de nulidad contencioso-administrativas e incidentales, en su mayoría basadas en irregularidades procedimentales. Como reacción, el poder legislativo trató de reforzar estas formas municipales de actuación a través de los preceptos 214 y 215 Baugesetzbuch (de ahora en adelante: BauGB) (Ley del Suelo), en los que se contradecía por partida doble el dogma de nulidad. De conformidad con ellos el efecto de la nulidad ya no habría de producirse automáticamente en todos los supuestos de defectos, sino que, en cuanto a las irregularidades procedimentales y de valoración, sólo en aquellos casos en los que lo declare la ley. Y el artículo 214 BauGB recoge como regla la irrelevancia de las irregularidades procedimentales<sup>36</sup>. Sistemáticamente muestra un paralelismo con el artículo 46 VwVfG aplicable a los actos administrativos. La regulación del plazo de amonestación regulado en el artículo 215 BauGB, según el cual las irregularidades procedimentales relevantes del artículo 214 BauGB tan sólo pueden hacerse valer en determinados plazos, viene a ser un acercamiento al principio de impugnabilidad del acto administrativo. El artículo 215, párrafo 3.º, BauGB regula las posibilidades de subsanación. Toda una serie de ordenanzas locales de los *Länder* (como, por ejemplo, art. 4.6. Go NV —Gemeindeordnung Nordrhein/Westfalen— Ordenanza local de Renania del Norte/Vestfalia) ya incluyen una diferenciación de los efectos de los defectos, combinada con unos plazos de la amonestación o de emplazamiento para la corrección de vicios<sup>37</sup>.

Estas rupturas jurídico-positivas del dogma de nulidad han introducido un régimen de efectos de las irregularidades —muy heterogéneo<sup>38</sup>— en ámbitos esenciales de los estatutos municipales. Si se am-

<sup>35</sup> El carácter jurídico de los planes de urbanización, como regulaciones individuales con la finalidad de una realización determinada (y no su validez), causó una importante polémica sobre la naturaleza jurídica de éstos. H. MAURER, «Bestandskraft für Satzungen?», en: *FS für Otto Bachof*, 1984, p. 214 (238 y ss.).

<sup>36</sup> OSSENBUHL, *NJW*, 1986, p. 2805 (2810), se manifiesta sobre el concepto de la irrelevancia.

<sup>37</sup> Concretamente al respecto MORLOK (*op. cit.*, núm. 5), p. 49.

<sup>38</sup> HILL (*op. cit.*, núm. 2), pp. 83 y ss., ofrece un resumen de la heterogeneidad de las regulaciones de los *Länder*.

plía el margen de la divergencia del dogma de nulidad a la totalidad de los estatutos municipales<sup>39</sup>, entonces habría que plantearse sus límites constitucionales. Y hay que tener en cuenta, además, que una convergencia de regulación legal entre los estatutos y el acto administrativo, deberá ser fiel al sistema; fidelidad que debe relacionarse especialmente con la tutela jurídica. El principio de la simple impugnabilidad del acto administrativo tan sólo es aceptable desde un punto de vista jurídico-estatal y respetando los principios fundamentales, dado que el afectado dispone de posibilidades adecuadas de impugnación y de tutela jurídica<sup>40</sup>. A primera vista no parece que ello sea problemático en los estatutos del BauGB, ya que el artículo 47, párrafo 1.º, número 1, de la Verwaltungsgerichtsordnung (de ahora en adelante: VwGO) (Ley de Jurisdicción Contencioso-Administrativa) regula su impugnabilidad autónoma. Sin embargo, hay que tener en cuenta que aquí el plazo de la amonestación no empieza a correr, como generalmente en los actos administrativos, desde la notificación individual, sino desde la notificación regulada en los estatutos («según el uso del lugar» dice el art. 12 BauGB para el plan de urbanización). Por lo que, en el supuesto individual, el ciudadano puede encontrarse con que los plazos de amonestación ya han vencido y ello incluso en casos de revisiones incidentales. La norma de rango inferior a la ley y jurídicamente defectuosa puede resultar, por tanto, «un injusto durmiente»<sup>41</sup> para aquel al que le afecte con posterioridad, ya que no podrá ser corregible en los supuestos de un descubrimiento tardío.

Con ello se pone de manifiesto una contradicción que aparece en las formas de actuación con efectos poligonales. Las resoluciones administrativas relevantes para el territorio o de carácter complejo deberán poder integrar todo tipo de intereses y demandas y darles una configuración objetiva en los supuestos de indeterminación legal. Aunque este distanciamiento de la relación bilateral y opuesta entre el Estado y el ciudadano se impone objetivamente, está creando, al mismo tiempo, toda una serie de problemas estructurales típicos. Cuando la Administración utiliza las formas de actuación de acción poligonal —es decir, normas con rango inferior a la ley— ya no se encuentra en un diálogo claro y definido jurídicamente, impulsado por los intereses del ciudadano afectado, como se daría, por ejemplo, en las prohibiciones de consideración concreta; será a menudo el legislador el que tome las precauciones necesarias ante los déficit prácticos de tutela jurídica que conllevan. Y para ello se prevén unas formas de participación del ciudadano en el proceso de elaboración de la norma. Pero son, a menu-

<sup>39</sup> P. KIRCHHOF, «Die Baurechtsnovelle 1979 als Rechtswegsperre?», *NJW*, 1981, pp. 2382 y ss.

<sup>40</sup> OSSENBÜHL, *NJW*, 1986, p. 2805 (2808).

<sup>41</sup> MORLOK (*op. cit.*, núm. 5), p. 214.

do, justamente estos derechos de participación los responsables de los defectos en el procedimiento. El legislador no ofrece una respuesta libre de contradicciones a la hora de fijar el papel que desempeñan las regulaciones sobre la participación. Así, en los supuestos de vulneración de las normas sobre la participación ciudadana, éstas conllevan la nulidad (art. 3, párrafo 2.º, BauGB); sin embargo, los vicios que se dan en una participación anticipada (art. 3, párrafo 1.º, BauGB) serán irrelevantes y, por tanto, sin consecuencias<sup>42</sup>. La diferenciación de los vicios que lleva a cabo el BauGB no está libre de polémica en la doctrina y nos muestra claramente que para poder llevar a cabo una valoración diferenciada de los efectos de las irregularidades del procedimiento es preciso que no existan dudas sobre las funciones del procedimiento ya sean de carácter decisivo, importantes o de segundo orden<sup>43</sup>.

Los preceptos 214 y 215 BauGB nos muestran claramente que no se puede crear un nuevo sistema de efectos de los vicios trasladando parcialmente el sistema existente para los actos administrativos a las normas jurídicas con rango inferior a la ley. El artículo 215, párrafo 1.º, número 1, BauGB regula el deber de amonestación (es decir, el de emplazar para que se subsane la deficiencia) para las irregularidades materiales de valoración, concediéndose al efecto un plazo relativamente largo de siete años. Si una vez vencido el plazo, un ciudadano afectado en la actualidad aduce que sus intereses han sido valorados erróneamente de forma grave e insoportable, no dispondrá ya de la posibilidad de control del procedimiento de valoración. En este caso falta la garantía jurídico-estatal existente para los actos administrativos (art. 44 VwVfG); y, tampoco en los supuestos notorios de una irregularidad especialmente grave en la ponderación, existiría la posibilidad de una declaración judicial de nulidad, una vez vencido el plazo de la amonestación<sup>44</sup>. La flexibilización del dogma de nulidad que se materializa especialmente a través de los artículos 214 y 215 BauGB, plantea dificultades en su clasificación, dado que no hay una adaptación clara entre las nuevas regulaciones de la firmeza y el dogma de nuli-

<sup>42</sup> MORLOK (*op. cit.*, núm. 5), pp. 228 y ss., se expresa críticamente sobre esta diferenciación.

<sup>43</sup> Además de la aquí mencionada normativización en el Derecho urbanístico, cabría preguntarse el papel que desempeña el período de audiencia en las fijaciones de los valores límites. Siempre que se defienda que el período de audiencia tan sólo pretende la información material y objetiva de la autoridad y no permiten, al mismo tiempo, una configuración del mismo, parece inadecuada la consecuencia de la nulidad en los supuestos en los que se haya dado un vicio en el derecho de audiencia en una fijación de los valores límites discutida objetivamente. Sobre la función configuradora del derecho de audiencia en el procedimiento de fijación de límites se expresa E. DENNINGER, *Verfassungsrechtliche Anforderungen an die Normsetzung in Umwelt- und Technikrecht*, 1990, pp. 180 y ss.

<sup>44</sup> MORLOK (*op. cit.*, núm. 5), pp. 231 y ss., expresa objeciones constitucionales en los supuestos de controles dependientes de la amonestación de irregularidades en la valoración.

dad tradicional y, quizás, no puedan ser ajustadas satisfactoriamente<sup>45</sup> en el ámbito de las normas de rango inferior a la ley.

Desde una perspectiva dogmática del sistema se plantea la duda de si la regulación de los efectos de las irregularidades para los estatutos del BauGB y para otros estatutos comunales ha sido una reacción restrictiva ante una predisposición especialmente alta a generar irregularidades o si, por el contrario, se había creado un nuevo régimen de efectos de los vicios para un determinado tipo de normas de rango inferior a la ley, que podría ser generalizado más allá de su ámbito de aplicación inmediata. Este último planteamiento me parece el más adecuado en aquellas materias en las que no es el acto administrativo, sino la norma con rango inferior a la ley, la norma de actuación pretendida por la ley. Tanto en el ámbito de protección de la naturaleza y del paisaje, como en el ámbito de aplicación de la ley de materias químicas (ChemG), serán los estatutos (sólo en el derecho de protección del paisaje en Renania del Norte/Westfalia) y, especialmente, los reglamentos jurídicos, los instrumentos decisivos de actuación. No parece del todo lógico que la prohibición del uso de una sustancia química peligrosa a través de un acto administrativo pueda adquirir rápidamente firmeza, mientras que la prohibición del artículo 17 ChemG, que se dicta en forma de reglamento jurídico federal, pueda ser declarada irrelevante de forma incidental por vicio por los diferentes tribunales competentes por razón de la materia, con la posibilidad de que se den resoluciones divergentes sobre el mismo extremo. Desde el punto de vista de la seguridad y estabilidad jurídica, sería deseable el traspaso de las regulaciones de firmeza del acto administrativo a las normas de rango inferior a la ley de regulación de casos individuales; pero aquí nos encontramos ante el mismo problema que en el Derecho urbanístico, en el que los efectos de firmeza tan sólo serán justificables cuando al afectado por una carga se le concediese la posibilidad de hacer uso de la tutela jurídica dentro de un plazo de amonestación. En las normas de rango inferior a la ley nos encontramos ante normas esparcidas, para largo plazo y sin un receptor determinado, por lo que no suele funcionar la vinculación de firmeza y la carga de la impugnación. La flexibilización del dogma de nulidad en las normas de rango inferior a la ley, conlleva problemas específicos de tutela jurídica que se oponen a una doctrina diferenciada de los efectos de los vicios para normas de rango inferior a la ley. Sin embargo, esta constatación no puede ser satisfactoria, ya que está claro que también las materias de ordenación poligonal se regulan mediante normas particulares de rango inferior a la ley y, por tanto, no parece adecuado diferenciarlas radicalmente de

<sup>45</sup> Sobre las dificultades respectivas de sistematización: MAURER (*op. cit.*, núm. 35), pp. 230 y ss.

los actos administrativos. Sería necesaria una teoría de irregularidades para normas sustitutorias de actos individuales.

### 3. ACTO REAL FINAL: ¿UNA FORMA DE ACTUACIÓN AUTÓNOMA?

Si se crease un régimen de efectos de las irregularidades generalizable para determinadas normas de rango inferior a la ley, nos encontraríamos necesariamente ante una nueva forma de actuación autónoma del Derecho administrativo. No obstante, cabría pensar que ésta no se definiría por sus efectos de los vicios, sino, más bien, por sus causas, es decir, por los requisitos jurídicos. A título de ejemplo quisiera llamar la atención sobre las formas residuales de actuación de los actos reales. En los últimos años ha surgido un cierto interés científico por las formas de actuación supuestamente flexibles, es decir, por el conjunto de actuaciones estatales, como las advertencias, las indicaciones y las recomendaciones<sup>46</sup>. Ya en la sentencia del Bundesverwaltungsgericht (BVerwG) (Tribunal Federal Contencioso-Administrativo) sobre sectas juveniles<sup>47</sup> (*Jugendsektenurteil*), pero, con mayor claridad aún en el asunto Birkel, se mostró el potencial de intervención que pueden tener las advertencias estatales. La mención intencionada del nombre de la empresa o de la marca puesta en relación con algún asunto escandaloso —en el caso Birkel se trataba de una presunta adulteración de líquidos— puede ocasionar graves daños a una empresa, a veces incluso irreparables, cuando se realiza ante una opinión pública sensibilizada al respecto. Actualmente está pendiente ante el *Landgericht* de Bonn un pleito por daños y perjuicios presentado por un productor de quesos francés sobre la base de que la advertencia del Ministerio de Sanidad ante la consumición de queso blando de su empresa supuestamente adulterado, había ocasionado un descenso importante en las ventas en el mercado alemán. Más tarde se demostró que las adulteraciones mencionadas no se apreciaban en los quesos incriminados, pero sí en quesos de otras empresas. En informes posteriores de los peritos del Ministerio de Sanidad se recogía que tales adulteraciones bacteriológicas, que en algunos casos pueden ser incluso mortales, no sólo se dan en quesos blandos, sino también, e incluso de forma muy extendida, en otros alimentos, sin que puedan ser evitadas ac-

<sup>46</sup> OSSENBUHL, *Umweltpflege durch Warnungen und Empfehlungen*, 1986; GRÖSCHNER, *DVBf*, 1990, pp. 619 y ss.; M. HEINTZEN, «Staatliche Warnungen als Grundrechtsproblem», *VerwArch*, 1990, pp. 532 y ss.; K. P. DOLDE, «Behördliche Warnungen vor nicht verkehrsfähigen Lebensmitteln», *Rechtsgutachten*, 1987.

<sup>47</sup> BVerwGE, 82, 76 y ss.

tualmente<sup>48</sup>. Las intervenciones estatales deberán llevarse a cabo, por tanto, con prudencia y deberán limitarse a casos excepcionales<sup>49</sup>.

El caso Birkel mostró claramente ante la opinión pública especializada que la advertencia como forma de actuación supuestamente flexible puede ocasionar, en determinadas circunstancias, lesiones jurídicas similares o más graves que una prohibición «dura» en forma de un acto administrativo. En relación al tema de la carga de la prueba, el *Landgericht* de Stuttgart ha hecho hincapié en el problema específico que suponen las intervenciones estatales más allá de las formas de actuación canalizadoras, al referirse a medidas estatales «sin fundamento jurídico»<sup>50</sup>. Y aquí queda demostrado claramente que el requisito de la forma es el mejor enemigo de la arbitrariedad. No me puedo imaginar que en su sentencia sobre sectas juveniles el BVerwG hubiese deducido de las normas abstractas del Derecho Constitucional un principio legal de habilitación para poder actuar, si la advertencia no hubiese sido tal, sino una disposición prohibitiva<sup>51</sup>. La actividad informativa estatal que suponga una intervención intencionada (final) en los derechos subjetivos o que, cuando menos, acepte el riesgo notable de una considerable lesión jurídica subjetiva, deberá someterse a unos requisitos de legalidad específicos, ya que, de lo contrario, el Estado podría sustraerse, sin mayor riesgo, a las consecuencias de la vinculación de su injerencia. Pero será, sobre todo, la jurisprudencia civil la que desarrolle los requisitos de legalidad, tanto en la actualidad como en un futuro, partiendo de los efectos de los vicios. Como ya se ha expuesto, la consecuencia de los vicios de los actos reales se plasma en la creación de pretensiones de omisión, de restitución y de compensación. Si un tribunal civil comprueba los requisitos del tipo legal de una pretensión de responsabilidad administrativa, deberá manifestarse acerca de los deberes infringidos por el titular oficial y ello presupone, asimismo, la enumeración conjunta de los requisitos de legalidad del acto real final.

Las sentencias del *Landgericht* y el *Oberlandesgericht* Stuttgart en el caso Birkel ya han suministrado material suficiente para la polémica. En primer lugar, se exigía un principio legal de habilitación para actuar para actos reales finales, por ejemplo, en forma de una cláusula general policial o de seguridad jurídica. Con efectos significativos para el caso individual, se suponía una supuesta aplicación paralela del

<sup>48</sup> *Bundesgesundheitsblatt*, 30, núm. 10 de octubre de 1987, pp. 369 y ss.; así como las informaciones del *BGA-Pressedienstes* del 16 de junio de 1986 sobre el tema «Konsequenzen aus Listerienfunden im Käse».

<sup>49</sup> Concretamente F. OSSENBÜHL, «Staatshaftung für Lebensmittelwarnungen», *Rechtsgutachten*, 1989 (sin publicar).

<sup>50</sup> LG Stuttgart, *NJW*, 1989, p. 2257 (2258).

<sup>51</sup> Al respecto de esta crítica: HEINTZEN (*op. cit.*, núm. 45), pp. 554 y ss.



artículo 24 VwVfG. La autoridad deberá tratar de aclarar en todos los términos posibles y necesarios la situación de hecho antes de expresar su advertencia. Tanto las dimensiones del esclarecimiento de los hechos como la decisión sobre una advertencia habrán de regirse por el principio de proporcionalidad. La autoridad deberá optar por la medida más moderada y también está obligada a estudiar las posibles consecuencias de su actividad informativa y tenerlo en cuenta en sus ponderaciones<sup>52</sup>. El *Landgericht* Stuttgart ha indicado justificadamente que el artículo 28 VwVfG también es aplicable a la Administración ordinaria-soberana<sup>53</sup>. Antes de «dictar» un acto real final, habrá que conceder a los afectados, en el marco del artículo 28 VwVfG, la posibilidad a manifestarse y garantizar que sus declaraciones puedan influenciar las medidas estatales.

La concreción de estos requisitos será, con seguridad, polémica. En mi opinión, lo esencial ha de encontrarse en la circunstancia de que aquí ha de perfilarse claramente la dogmatización de un acto real final<sup>54</sup>. Los requisitos citados tan sólo podrán estar fundados cuando se trate de medidas estatales de finalidades muy concretas y, por tanto, no serán aplicables —o, por lo menos, no en igual medida— a los actos reales no finales. Los actos reales finales han de ser necesariamente formales. Cada entidad debe saber a qué vinculaciones o deberes oficiales concretos se somete al utilizar advertencias o recomendaciones determinadas. En estos supuestos también habría que estudiar si no nos encontramos ante una forma de actuación autónoma.

## V. PERSPECTIVAS

Se ha querido mostrar en estos dos ejemplos por dónde puede discurrir la discusión sobre formas nuevas de actuación en el Derecho administrativo, si ésta se centra en la temática de las irregularidades y de la protección jurídica. Si una forma nueva de actuación puede agrupar los requisitos jurídicos sin que ello influya en el régimen de efectos de las irregularidades —como en el acto real—, entonces estaremos ante una forma de actuación de alcance reducido<sup>55</sup>. Por el contrario, una forma de actuación nueva, que introduzca, a su vez, un régimen nuevo de efectos de los vicios —el caso podría darse posiblemente en supues-

<sup>52</sup> Sobre estos requisitos se expresa la siguiente sentencia: OLG Stuttgart, *NJW*, 1990, pp. 2690 y ss. De forma más clara: LG Stuttgart, *NJW*, 1989, p. 2257 (2260 y ss.).

<sup>53</sup> LG Stuttgart, *NJW*, 1989, p. 2257 (2261).

<sup>54</sup> SCHMIDT-ABMANN (*op. cit.*, núm. 1), p. 538, se expresa a favor de una mayor dedicación de la teoría de las formas en la finalidad de la actuación.

<sup>55</sup> SCHMIDT-ABMANN (*op. cit.*, núm. 1), p. 538, habla de «formas de un nivel medio de generalización» que debería concretarse para los distintos ámbitos.

tos de normas de rango inferior a la ley adecuada al caso particular o, en una juridificación de derecho interno—, significará una auténtica forma nueva de actuación de acuerdo al Derecho administrativo. Creo que una diferenciación entre formas de actuación administrativas auténticas y limitadas, por un lado, y aquellas provenientes de la Ciencia jurídica, por otro, es más que necesaria, ya que de lo contrario la introducción de toda una serie de formas de actuación indiferenciadas—como pueden ser, por ejemplo, los planes, las subvenciones, las minutas, los análisis de riesgo, etc.— crearía una situación demasiado confusa. Un desarrollo del sistema de las formas de actuación sólo será viable bajo indicaciones exactas para la modificación. Las modificaciones del sistema de efectos de las irregularidades cambian la estructura profunda de carácter abstracto de las formas de actuación. Las modificaciones de los requisitos de legalidad o de la escala tienen, en cambio, consecuencias con efectos materiales y concretos, pero sin mayor alcance para el sistema administrativo. Ambos aspectos de las formas de actuación dependen entre sí y se mueven en ámbitos limítrofes. Así, cabría preguntarse si las propuestas para una flexibilización del acto administrativo, dictado en condiciones de incertidumbre, modifica un requisito procesal, como el alcance del deber de investigación del artículo 24 VwVfG, o si las flexibilizaciones de la firmeza—piénsese en el acto administrativo provisional— no incluyen ya una parte del régimen de efectos de las irregularidades válido para el acto administrativo.

La función de las formas de actuación que ha sido aquí el centro de interés, es decir, el régimen adecuado de efectos de los vicios no es, a diferencia de la función de agrupación de los requisitos de legalidad y de criterios de valoración jurídica, ciertamente y desde un aspecto práctico la función dominante. Ateniéndonos a criterios de sistemática administrativa, desempeña un papel central de orientación que no puede ser omitida sin más. Mientras una parte esencial del Derecho administrativo esté compuesto por la doctrina de las formas de actuación, será también indispensable la doctrina sobre los efectos de los vicios. Las inseguridades que puedan observarse en la definición concreta de los efectos de los vicios del contrato administrativo, de las normas de rango inferior a la ley o de los actos administrativos provisionales se deben, más bien, a los déficit de este trabajo.