

Las actuaciones materiales o técnicas

Rolf Stober/S. González-Varas Ibáñez

Sumario: I. CONCEPTO E IMPORTANCIA: 1. Incardinación de las actuaciones materiales. 2. Relevancia práctica. 3. Su relevancia jurídica en el Derecho administrativo. II. SIMPLES ACTUACIONES ADMINISTRATIVAS Y «ACTUACIONES INFORMALES». III. CLASIFICACIÓN DE LAS ACTUACIONES ADMINISTRATIVAS MATERIALES. IV. CRITERIOS PARA ESTABLECER LA LEGALIDAD DE LAS ACTUACIONES ADMINISTRATIVAS MATERIALES: 1. «La actuación administrativa material dentro de márgenes o *espacios jurídicos*». 2. Actuaciones administrativas materiales y primacía de ley. 3. Las actuaciones administrativas materiales y reserva de ley. 4. Referencia acerca de otros posibles criterios de legalidad. V. ACTUACIONES ADMINISTRATIVAS MATERIALES Y PRETENSIONES PROCESALES. VI. CRITERIOS DE LEGALIDAD Y PRETENSIONES PROCESALES. VII. ACTUACIONES MATERIALES Y VÍA DE HECHO ADMINISTRATIVA.

I. CONCEPTO E IMPORTANCIA

1. Incardinación de las actuaciones materiales

Junto a los actos jurídicos, la Administración realiza también actividades de tipo fáctico ¹, que son las actuaciones administrativas materiales, llamadas también *actuaciones reales* ², técnicas, o *simples actuaciones administrativas*. Asimismo, estas actuaciones tienen que diferenciarse de las actuaciones de carácter soberano ³.

¹ H.J. WOLFF/O. BACHOF/R. STOBER, *Verwaltungsrecht I*, München 1994, § 36 II 2, p. 466; E. GARCÍA DE ENTERRÍA/T.R. FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, *Curso de Derecho administrativo* (I) séptima edición, Madrid 1995, pp. 782 y ss.; L. PAREJO ALFONSO, *Crisis y renovación en el Derecho Público*, Madrid 1991; S. GONZÁLEZ-VARAS IBÁÑEZ, *La jurisdicción contencioso administrativa en Alemania*, Madrid 1993 pp.246 y ss.; S. GONZÁLEZ-VARAS IBÁÑEZ, *La vía de hecho administrativa*, Madrid 1994, pp. 153 y ss.; *Problemas procesales actuales de la jurisdicción contencioso-administrativa*, Madrid 1994, pp. 248 y ss.

² F. MAYER/F. KOPP, *Allgemeines Verwaltungsrecht*, Stuttgart 1985, § 25 I; también han sido denominadas *actuaciones reales administrativas*; véase así, H.U. ERICHSEN/W. MARTENS, *Allgemeines Verwaltungsrecht*, Berlin 1992, § 33; H. MAURER, *Allgemeines Verwaltungsrecht*, München 1994, § 15; H. FABER, *Verwaltungsrecht*, Tübingen 1992, § 24 III.

³ N. ACHTERBERG, *Allgemeines Verwaltungsrecht*, Heidelberg 1986, § 21 III; M. WALLERATH, *Allgemeines Verwaltungsrecht*, Siegburg, 1992, § 8 I 1.

Su rasgo distintivo, seguramente principal, es el de su «falta de contenido regulativo y de vinculatoriedad»⁴. Si bien tienden a un resultado puramente fáctico, éste es frecuentemente presupuesto o condición de una posterior consecuencia jurídica⁵; en este sentido, muchas veces se presentan como medidas administrativas de carácter preparatorio; también ejecutivo, respecto de actos administrativos. Sin embargo, el carácter fáctico de este tipo de actuaciones no puede llevar a obviar las consecuencias jurídicas que llevan implícitas; este hecho se pone de manifiesto considerando la existencia de específicas pretensiones procesales que pueden ejercitarse frente a tales actuaciones (así, para la superación de un estado ilegal o en virtud de la responsabilidad administrativa —*infra* § V—). A veces puede no ser fácil su incardinación en el Derecho privado, constitucional o administrativo, haciéndose necesario un proceso de interpretación⁶. Generalmente, el tipo de medida administrativa respecto de la cual son «referencia» (así, ejecución o preparación) sirve de pauta para ello⁷.

2. Relevancia práctica

Las actuaciones administrativas de tipo fáctico o informal vienen jugando en la práctica administrativa un papel importante, creciente por otra parte, debido a la paulatina extensión de los ámbitos de actuación administrativa así como a los más recientes desarrollos jurídicos. En este sentido, su transcendencia se entiende actualmente considerando el «contexto social» de la actuación administrativa, esencialmente dos hechos característicos: la sociedad de servicios y el papel tan relevante de la información en nuestros días; estos factores conducen a que se hayan desbordado las funciones administrativas, respecto de las formas típicas tradicionales, de ejecución de leyes o de planeamiento. *En el ámbito de la Administración de servicios* se identifican actuaciones de tipo material

⁴ Sobre este dato de la falta de vinculatoriedad como criterio delimitador de las simples actuaciones administrativas, véase también el artículo 189 V del Tratado de la Unión Europea.

⁵ Críticamente KRAUSE, *Rechtsformen des Verwaltungshandelns*, 1974, pp. 56 y ss; ROBBERS, «Schlichtes Verwaltungshandeln», *DÖV* 1987, pp. 272 y ss.

⁶ BVerwGE 74, 132; BGHZ 49, pp. 340 y ss.; N. ACHTERBERG, *Allgemeines...*, § 21 III c; J. SCHERER, «Realakte mit Doppelnatur», *NJW* 1989, pp. 2724 y ss., que diferencia entre «referencia normativa» y «carácter ejecutorio».

⁷ H.J. WOLFF/O. BACHOF/R. STÖBER, *Verwaltungsrecht...*, § 22, III 4 c; E. CHRIST, *Die Verwaltung zwischen öffentlichem und privatem Recht*, 1984.

que no necesariamente cambian o alteran posiciones, situaciones o relaciones jurídicas ⁸. El papel tan importante de la *información*, en nuestros días, ha llevado a aumentar la significación y el valor jurídico de la función de información de los poderes públicos, hecho que ocasiona numerosas actuaciones administrativas, distintas del acto administrativo (tales como comunicaciones, recomendaciones, advertencias, noticias, avisos, escritos) que pueden afectar las posiciones jurídico-subjetivas de los ciudadanos. En los sectores económico y del medio ambiente la Administración, de manera cada vez más frecuente, hace uso de cualquiera de las distintas formas que integran el variopinto instrumental de las actuaciones materiales ⁹. En general, las simples actuaciones informales parecen materializar los valores de eficacia y flexibilidad administrativas, tan característicos hoy del obrar de la Administración Pública ¹⁰.

3. Su relevancia jurídica en el Derecho administrativo

No son las actuaciones materiales un fenómeno puramente fáctico, sin relevancia jurídica (para el Derecho comunitario, constitucional y administrativo ¹¹). Precisamente, desde este punto de vista sirven para explicar jurídicamente todo aquel ámbito de actuación ¹² que se sitúa más allá de las formas administrativas típicas: actos administrativos, promesas ¹³, contratos o planes ¹⁴. En este sentido, acentúan o son expresión del principio de transparencia; su carácter jurídico se pone

⁸ P. KIRCHHOF, en J. ISENSEE/P. KIRCHHOF, *Handbuch des Staatsrechts der Bundesrepublik Deutschland*, Heidelberg 1988, III § 59 Rdnr.171 y ss.

⁹ E. BOHNE, «Informales Verwaltungs-und Regierungshandeln als Instrument des Umweltschutzes», *VerwArch* 75 (1994), pp.343 y ss.; B. BECKER, «Informales Verwaltungshandeln zur Steuerung wirtschaftlicher Prozesse im Zeichen der Deregulierung», *DÖV* 1985 p. 1003; HOPPE/BECKMANN, *Umweltrecht*, 1989 § 9 A V; M.KLOEPFER, «Zu den neuen umweltrechtlichen Handlungsformen des Staates», *JZ* 1991, pp.73 y ss.; G. HENNEKE, «Informelles Verwaltungshandeln im Wirtschaftsverwaltungs- und Umweitrecht», *NuR* 1991, pp. 267 y ss.

¹⁰ Véase, no obstante, críticamente, M. HILL, «Rechtsstaatliche Bestimmtheit oder situationgerechte Flexibilität des Verwaltungshandelns», *DÖV* 1987, pp. 885 y 890 .

¹¹ Véase así, E. GARCÍA DE ENTERRÍA/T.R. FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, *Curso...*, p. 782.

¹² De ahí que se hayan valorado como «formas de actuación administrativa de complemento» (KRAUSE, *Rechtsformen...*, p. 56; E. BOHNE, «Informales...», pp. 343 y 347).

¹³ Véase, sobre estas autovinculaciones de la Administración, R. STOBER, *Derecho administrativo económico*, INAP, Madrid 1992, pp. 238 y ss.

¹⁴ F. OSSENBÜHL, «Die Handlungsformen der Verwaltung», *JuS* 1979, pp. 681 y 685; ROBBERS, «Schlichtes...», p. 272.

también de manifiesto considerando su vinculación a los principios de proporcionalidad y a los derechos fundamentales. Como *soft law* y *soft administration* este tipo de actuación se corresponde en gran medida con la manera actual de concebir las relaciones entre la Administración y los ciudadanos, determinadas por las ideas de cooperación ¹⁵, consenso ¹⁶ y solución informal de conflictos ¹⁷.

No obstante, se constatan déficits desde el punto de vista del principio de primacía de Ley, de reserva de Ley, de competencia, y desde el punto de vista de la tutela judicial (así, la protección de terceros ¹⁸) entre otros aspectos que se destacan doctrinalmente ¹⁹. A pesar de los esfuerzos doctrinales que se han desarrollado, aún son una forma de actuación «difusa», una «zona gris», un «hijastro» de la dogmática jurídica ²⁰ o una «terra incógnita» ²¹.

Estos hechos conducen, pues, a la necesidad de avanzar en su estudio, de clasificar y de tipificar estas formas de actuación, y de discutir su posibilidad y criterios de legalidad.

II. SIMPLES ACTUACIONES ADMINISTRATIVAS Y «ACTUACIONES INFORMALES»

En el Derecho alemán se ha afirmado y extendido un género de actuación, denominado como «actuaciones administrativas informales» ²².

¹⁵ H. W. RENGELING, *Das Kooperationsprinzip im Umweltrecht*, 1988.

¹⁶ W. HOFFMANN-RIEM, «Reform des allgemeinen Verwaltungsrechts als Aufgabe», *AöR* 115 (1990), pp. 400 y 424 y ss.

¹⁷ B. BECKER, «Informales...», pp. 1003 y 1008.

¹⁸ Así, considerando también el derecho de audiencia (J. SCHERER, «Realakte...», pp. 2724 y ss.

¹⁹ H. BAUER, «Informelles Verwaltungshandeln im öffentlichen Wirtschaftsrechts», *VerwArch* 78 (1987), pp. 241 y 254 y ss.; B. BECKER, «Informales...», p. 1003; W. HOFFMANN-RIEM, «Reform...», pp. 400 y 425 y ss.; P. KIRCHHOF, en J. ISENSEE/P. KIRCHHOF, *Handbuch...*, III § 59 Rdnr. 157 y ss.

²⁰ ROBBERS, «Schlichtes...», p. 272; H. BAUER, «Verwaltungsrechtslehre im Umbruch», *Verw* 1992, pp. 301 y 312.

²¹ H.D. JARASS, «Effektivierung des Umweltschutzes gegenüber bestehenden Anlagen», *DVBt* 1985, p. 197; G. HENNEKE, «Informelles...», p. 267.

²² Se trata de todo tipo de actuaciones entre la Administración y los ciudadanos de tipo informal: negociaciones, conversaciones, convenios o acuerdos informales, etc.; véase H. MAURER, *Allgemeines...*, § 15 I, III; también *infra*, la página 18.

Es difícil determinar su ubicación y significación dentro de las actuaciones administrativas en general ²³. Es, por otra parte, importante superar tales dificultades, debido a la confusión existente respecto de su legalidad y consecuencias jurídicas. Para una parte de la doctrina constituyen un género específico de actuación administrativa ²⁴: el «descubrimiento» de este tipo de actuación habría puesto en entredicho el género de las simples actuaciones administrativas ²⁵; en este sentido, se ha llegado también a contraponer aquéllas con éstas ²⁶. Para otros, las actuaciones informales han llegado a absorber el género de las simples actuaciones administrativas ²⁷.

A nuestro juicio, han de existir razones que justifiquen la sustantivación de una concreta tipología (así, las «actuaciones informales»); han de presentarse, pues, «razones» que lleven a la conclusión de que no es posible subsumir este género dentro de las categorías jurídicas existentes actualmente respecto de las formas de actuación. Esto no es fácil, pues no parece justificarse suficientemente una consideración especial acerca de tales actuaciones ²⁸.

Así, ha de considerarse que la denominación «*actividad informal*» (usada a veces como sinónima de «actuación sin forma» ²⁹) representa un concepto *abierto* que jurídicamente no es fácil integrar conceptualmente. En principio, el rasgo diferenciador que lleva consigo esta forma, que es el adjetivo «informal», no presenta contornos conceptuales claros. Principalmente debe considerarse que, en el Derecho administrativo, al regir un principio de libertad de forma y de antiformalismo respecto del

²³ J. BUERMEISTER/W. KREBS, «Verträge und Absprache zwischen Verwaltung und Privaten», *WDSiRL* 52 (1993), pp. 190 y 203 y ss.

²⁴ H.J. KOCH/R. RUBELL, *Allgemeines Verwaltungsrecht*, Neuwied 1992, p. 49; HOPPE/BECKMANN, *Umweltrecht...*, § 9 A V.

²⁵ H. MAURER, *Allgemeines...*, § 15 I, III; E. BOHNE, «Informales...», p. 344; M. WALLERATH, *Allgemeines...*, § 8 II 1 b.

²⁶ H. U. ERICHSEN/W. MARTENS, *Allgemeines...*, §§ 34 y ss.

²⁷ G. HENNEKE, «Informelles...», p. 267; P. M. HUBER, *Allgemeines Verwaltungsrecht*, Heidelberg 1992, pp. 202 y ss.

²⁸ H. U. ERICHSEN/W. MARTENS, *Allgemeines...*, §§ 35.

²⁹ HOPPE/BECKMANN, *Umweltrecht...*, § 9 A V; H. MAURER, *Allgemeines...*, § 15 III; H.U. ERICHSEN, en H.U. ERICHSEN/W. MARTENS, *Allgemeines...*, §§ 35; H.P. BULL, *Allgemeines Verwaltungsrecht*, Heidelberg 1993, p. 192.

procedimiento administrativo (artículo 10 de la Ley de procedimiento), el criterio del carácter presuntamente «informal» de esta actividad administrativa no presenta especial utilidad; no puede, así, ofrecerse una contraposición de este tipo de actuaciones, respecto de unas supuestas actuaciones «formales» o «vinculadas a la observancia de una forma»³⁰. Así, mientras el Derecho administrativo no parta de un criterio o regla formalista (sino más bien, de la libertad de formas), *el criterio de la forma no es capaz de generar un tipo específico de actuaciones administrativas.*

Más bien, no puede obviarse que este tipo o clase de actuación no se sitúa al margen de la observancia de ciertos presupuestos formales. Por eso, en todo caso lo que puede decirse es que en las actuaciones administrativas informales se reduce el nivel de exigencias jurídicas³¹. Puede así efectivamente reconocerse que aquéllas no se caracterizan por tener una «naturaleza imperativa»³²; tiene más bien que hablarse de que ejercen una «influencia» o de que tienen un «carácter indicativo» hechos que se manifiestan claramente en el Derecho ambiental³³ o en relación con las distintas categorías o tipos de actuación que se engloban dentro de este género de actuaciones administrativas³⁴. En general se manifiesta este carácter, en el ámbito jurídico-administrativo, cuando las actuaciones administrativas informales no son concreción de una Ley, y, sin embargo, repercuten en las relaciones jurídicas entre el ciudadano y la Administración³⁵. En este sentido, las actuaciones informales son, a menudo, una actuación alternativa respecto de una actuación con carácter regulativo (acto administrativo o norma administrativa)³⁶.

³⁰ Véase no obstante P.M. HUBER, *Allgemeines...*, p. 202.

³¹ M. KLOEPFER, «Zu den neuen umweltrechtlichen...», pp. 737 y 739; J. BURMEISTER/W. KREBS, «Verträge...», pp. 190 y 205; W. BROHM, «Rechtsgrundsätze für normensetzende Absprachen», *DÖV* 1992, pp. 1025 y 1029; del mismo autor, «Rechtsstaatliche Vorgaben für informelles Verwaltungshandeln», *DVBt* 1984, pp. 133 y ss.

³² E. BOHNE, «Informales...», pp. 343 y ss; B. BECKER, «Informales...», pp. 1003 y 1010; W. BROHN, «Rechtsstaatliche...», pp. 133 y ss.

³³ Véase al respecto HOPPE/BECKMANN, *Umweltrecht...*, § 9.

³⁴ Así, por ejemplo, los avisos, recomendaciones, etc. (véase I. RICHTER/G.F. SCHUPPERT, *Casebook Verwaltungsrecht*, München 1991, p. 239; LEIDINGER, «Hoheitliche Warnungen Empfehlungen und Hinweise im Spektrum staatlichen Informationshandelns», *DÖV* 1993, pp. 925 y ss).

³⁵ HOPPE/BECKMANN, *Umweltrecht...*, § 9 A V; también M. SCHULTE, «Informales Verwaltungshandeln als Mittel staatlicher Umwelt- und Gesundheitspflege», *DVBt* 1988, pp. 512 y ss.; PAULY, «Der Regelungsvorbehalt», *DVBt* 1991, p. 521 Fn. 5.

³⁶ J. BURMEISTER/W. KREBS, «Verträge...», pp. 190 y 235.

Así pues, consideramos que la existencia de actuaciones informales administrativas no puede llevar a anular el género común de las simples actuaciones administrativas. Más bien, debe discutirse en el caso concreto si ciertas actuaciones deben ser excluidas del género común de las simples actuaciones administrativas. Esto puede ocurrir, así por ejemplo, en relación con los «avisos»³⁷, si bien tampoco parecen constatar-se razones fundadas para establecer una separación respecto de tales actuaciones³⁸. No obstante, como a continuación se trata, dentro de la clasificación de las actuaciones materiales debe darse la relevancia necesaria a este fenómeno de las actuaciones informales, ya que es un primer paso para llevar el Estado de Derecho a estos ámbitos de actuación puramente informal entre la Administración y los ciudadanos.

III. CLASIFICACIÓN DE LAS ACTUACIONES ADMINISTRATIVAS MATERIALES

Las *actuaciones materiales* pueden sistematizarse desde diferentes puntos de vista³⁹. No es posible ofrecer una clasificación acabada o cerrada respecto de las distintas formas, a causa por una parte de la variedad de las simples actuaciones administrativas; también a consecuencia del rápido desarrollo en los ámbitos económico, social, técnico y ecológico, hechos éstos que repercuten sobre las formas de actuación administrativas.

En primer lugar, pueden distinguirse *las actuaciones «puramente materiales»*. Pueden tener o bien un carácter administrativo *interno* (como, por ejemplo, viajes de servicio, revisión de cuentas, el cierre de las aulas de una escuela⁴⁰), o bien un carácter administrativo *externo* (como, por ejemplo, ingresos o cobros, cuidado o mantenimiento de caminos, gestión de un servicio de aguas, cierre de un matadero⁴¹, extinción de un incendio, limpieza de un edificio, etc.).

³⁷ M. HEINTZEN, «Die öffentliche Warnung als Handlungsform der Verwaltung?», en A. BECKER-SCHWARZE u. a. (coordinador), *Wandel der Handlungsformen im öffentlichen Recht*, 1991, pp. 167 y 173 y ss.

³⁸ H. MAURER, *Allgemeines...*, § 15 I.

³⁹ ROBBERS, «Schlichtes...», pp. 272 y ss; I. RICHTER/G.F. SCHUPPERT, *Casebook...*, p. 230; H.J. KOCH/R. RUBEL, *Allgemeines...*, p. 37; B. BECKER, *Öffentliche Verwaltung*, 1989, p. 460; H. FABER, *Verwaltungsrecht...*, § 24 III.

⁴⁰ Sobre este último supuesto, véase shOVG, *NJW* 1993, p. 952.

⁴¹ Sobre este caso, véase BVerwG, *VerwRspr.* 17 (1966), p. 359.

En segundo lugar, *actuaciones de tipo ejecutivo* (respecto de actuaciones con contenido regulativo, como los actos administrativos o las leyes). Por ejemplo, la ejecución de órdenes de pago o el acto de la cesación del pago ⁴², la aplicación de medios coactivos ⁴³. En el Derecho alemán se engloban también, dentro de esta tipología, el género de «actuaciones materiales de carácter expropiatorio» (*infra* en el contexto de las vías de hecho administrativas, § VII).

En tercer lugar, *las informaciones y comunicaciones sin carácter vinculante*. En principio, las *informaciones* pueden ser tanto actos administrativos como actuaciones de tipo fáctico ⁴⁴, hecho este último que sucede cuando aquéllas no gozan de vinculatoriedad. A su vez, la determinación de este rasgo no es fácil y puede resultar de un previo proceso de interpretación; como la presencia de un acto requiere la concurrencia de determinados presupuestos, en casos dudosos la información se tratará de una actividad de tipo fáctico ⁴⁵.

Este hecho, de la ausencia de vinculatoriedad de la información, no libera a la Administración de su obligación de dar una información veraz y completa. Por otra parte, de estas informaciones puede resultar además una *vinculación indirecta o mediata*, ya que, por ejemplo, un acto administrativo puede ser ilegal si contraría el contenido de una información en la cual se contienen hechos decisivos para la decisión administrativa ⁴⁶; también, por ejemplo, cuando la Seguridad Social pretende apoyar la resolución fuera de plazo en la existencia de una información incorrecta ⁴⁷. Muestra de tal vinculación jurídica es además el hecho de que la jurisprudencia del Tribunal Supremo (jurisdicción de lo social) reconozca en estos casos pretensiones procesales específicas para lograr superar las consecuencias jurídicas ocasionadas ⁴⁸.

⁴² BVerwGE 16, pp. 6 y ss.

⁴³ § 15 VwVG; véase también § 187 III VwGO y BVerwGE 27, p. 142.

⁴⁴ Para la delimitación puede verse KRAUSE, *Rechtsformen...*, pp. 288 y ss; ROBBERS, «Schlichtes...», pp. 272 y 276.

⁴⁵ Se apunta en Alemania el caso, así, de las informaciones del Registro central de actividades industriales (artículo 150 de la Ley industrial).

⁴⁶ rpOVG, *VerwRspr.* 22 (1971), pp. 578 y ss.

⁴⁷ BVerwGE 38, p. 336; BSGE 32, p. 60.

⁴⁸ H.J. WOLFF/O. BACHOF/R. STÖBER, *Verwaltungsrecht I...*, § 52 IV; M. WALLERATH, «Herstellung und Folgenbeseitigung im Recht der Leistungsverwaltung», *DÖV* 1987, pp. 505 y ss.; W. RUFNER, *Einführung in das Sozialrecht*, Berlin 1991 § 6 V mwN.

Además, una información falsa da lugar a responsabilidad administrativa en virtud del artículo 839 del Código Civil en conexión con el artículo 34 de la Ley Fundamental ⁴⁹. Objeto de discusión son los requisitos que deben observar las informaciones de la Comisión Europea ⁵⁰. Asimismo, es objeto de discusión en Alemania si es un acto o es una actuación la denegación de una información cuando la ley reconoce una pretensión jurídica a tal información ⁵¹.

Mientras las informaciones se dirigen a un grupo determinado de personas (concretamente a los interesados en la información), las comunicaciones de la Administración tienen como destinatarios grupos sociales o, más allá, la generalidad (por ejemplo, los consumidores). Estas se denominan también *actuaciones administrativas informativas o de comunicación* ⁵². Estas actuaciones son representación de los principios de publicidad y transparencia. Su finalidad es la de informar y la de servir de base para la toma de decisiones (**administration by communication**). Como ejemplo de tales actuaciones pueden nombrarse las indicaciones o informaciones a la población sobre prestaciones sociales (artículo 13 del Código de Derecho social), avisos, recomendaciones (artículo 107 del Proyecto de Código de medio ambiente), publicaciones de listas de información sobre medicamentos, advertencias del Ministerio de Sanidad acerca del peligro de fumar, listas de sectas juveniles ⁵³.

En cuarto lugar, pueden distinguirse las *declaraciones sin efecto vinculante en el ámbito interno administrativo*. Estas *declaraciones* se manifiestan también entre distintos sujetos administrativos; pueden tener formas variadas: informes, resultados de investigaciones, etc. Por ejemplo, los testimonios recogidos por la policía a consecuencia de un accidente, o las informaciones e informes que una autoridad administrativa proporciona a otra (así, las comunicaciones de datos sobre personas o sobre sus estados de salud ⁵⁴).

⁴⁹ BGH, ZBR 1970, p. 397

⁵⁰ Véase A. BLECKMANN, RfW 1988, pp. 963 y ss.

⁵¹ Puede verse BFH, NJW 1979, p. 735.

⁵² LEIDINGER, «Hoheitliche...», pp. 925 y ss.; M. HILL, «Staatskommunikation», JZ 1993, pp. 330 y ss.

⁵³ BVerwGE 82 p. 76; BVerfG, NJW 1989, p. 3269.

⁵⁴ BVerwGE 34, p. 248.

También han de nombrarse las *inmisiones* administrativas (ruidos, olores, vibraciones causadas por las dependencias, centros, industrias... de la Administración) ⁵⁵.

Finalmente, tal como hicimos referencia, los *acuerdos o convenios informales con la Administración*. Los convenios de tipo informal entre los ciudadanos y la Administración no gozan de efecto jurídico vinculante, materializan posiciones de interés y sustituyen una ley ⁵⁶, un acto administrativo o un contrato ⁵⁷, pudiéndose simplemente dejar constancia de los mismos en los registros administrativos ⁵⁸. Son representación de los principios de cooperación y actividad consensual; se diferencian de los contratos por no pretender una consecuencia jurídica vinculante («*gentlemen's agreement*» ⁵⁹). Característico de estos convenios es que llevan consigo que la Administración *soporte* una determinada consecuencia ⁶⁰.

Un supuesto que *ejemplifica* estas afirmaciones en relación con los convenios informales es el siguiente: la Administración renuncia a exigir a un empresario, para la apertura de un establecimiento industrial por licencia, determinados requisitos (a pesar de que puede hacerlo en virtud del artículo 5 de la Ley de establecimientos industriales), después de que el empresario se ha comprometido -todo ello de manera informal- a instalar máquinas que no produzcan ruido; de este modo, puede formularse la solicitud en la forma convenida entre la Administración y el empresario ⁶¹.

⁵⁵ Específicamente, S. GONZÁLEZ-VARAS IBÁÑEZ, «Las pretensiones en el proceso administrativo español y la pretensión prestacional», *Revista del Poder Judicial*, n.º 26 Junio 1992, pp. 45 y ss.

⁵⁶ Son los llamados convenios que sustituyen una norma (J.SCHERER, «Rechtsprobleme normersetzender Absprachen zwischen Staat und Wirtschaft», *DÖV* 1991 pp. 1 y ss.; W. BROHM, «Rechtsgrundsätze...», pp. 1025 y ss.).

⁵⁷ También pueden servir para evitar la concertación de un contrato o norma.

⁵⁸ Véase W. HOFFMANN-RIEM, *VVDStRL* 40 (1982), pp. 187 y 192.

⁵⁹ M. HILL, «Rechtsstaatliche...», pp. 885 y 890; M. KLOEPFER, «Zu den neuen umweltrechtlichen...», pp. 737 y ss.

⁶⁰ ROBBERS, «Schlichtes...», pp. 272 y ss.

⁶¹ § 2 II 9 de la Ley de protección contra inmisiones; HOPPE/BECKMANN, *Umweltrecht...*, § 9 A V 1.

IV. CRITERIOS PARA ESTABLECER LA LEGALIDAD DE LAS ACTUACIONES ADMINISTRATIVAS MATERIALES

1. «La actuación administrativa material dentro de márgenes o espacios jurídicos»

Generalmente las simples actuaciones administrativas tienen lugar en un espacio al margen de la Ley, pero no al margen del Derecho⁶². Como todo tipo de actuación de la Administración, son «actuación en Derecho», resultado de un proceso jurídico, sometidas por tanto a las condiciones generales de legalidad que rigen para la actividad de la Administración Pública⁶³. De ahí que no sea acertado considerar la existencia de estándares o tipos de decisión «al margen del Derecho», en relación con las simples actuaciones administrativas⁶⁴. Más bien puede hablarse de que la Administración puede aprovechar los márgenes o espacios que deja el ordenamiento jurídico a su favor —de modo discrecional— para la realización de sus actuaciones⁶⁵.

2. Actuaciones administrativas materiales y primacía de ley

Las simples actuaciones se legitiman o son resultado de la aplicación de las normas donde vienen establecidas las competencias y los fines de la Administración, así como en las competencias administrativas que pueden deducirse vía interpretación; en la práctica, tales competencias y fines normativos se establecen en los ámbitos del Estado social y del medio ambiente, que es donde esencialmente se manifiestan tales actuaciones. También existen *habilitaciones normativas concretas especiales*⁶⁶, fenómeno éste creciente y de paulatina extensión⁶⁷. Por ejemplo,

⁶² H. BAUER, «Informelles...», pp. 241 y 255 y ss.

⁶³ E. SCHMIDT-ABMANN, «Die Lehre von den Rechtsformen des Verwaltungshandelns», *DVBJ* 1989, pp. 533 y 541.

⁶⁴ H. FABER, *Verwaltungsrecht...*, § 7 V; véase también LUHMANN, *Funktionen und Folgen formeller Organisation*, 1964, p. 304; H. FABER, «Anmerkung zu BVerwG, Urteil vom 20.6.1969-VII C 37/68», *JZ* 1970, pp. 220 y ss; F. WAGENER, «Der öffentliche Dienst im Staat der Gegenwart», *VVDStRL* 37 (1979), pp. 215 y 243.

⁶⁵ H.J. WOLFF/O. BACHOF/R. STOBER, *Verwaltungsrecht I...* § 31; P. KIRCHHOF, en J. ISENSEE/P. KIRCHHOF, *Handbuch...* III § 59 Rdnr.161 y ss.; W. HENKE, «Wandel der Dogmatik des öffentlichen Rechts», *JZ* 1992, pp. 541 y 547 y ss.

⁶⁶ Véase F.L. KNEMEYER, «Funktionen der Aufgabenzuweisungsnormen in Abgrenzung zu den Befugnisnormen», *DÖV* 1978, pp. 1 y ss.

⁶⁷ H. BAUER, «Informelles...», p. 260.

el artículo 9 de la Ley de protección contra la radioactividad en el caso de las recomendaciones, artículo 13 de la Ley de alimentos de Baden-Württemberg para los avisos, etc.; también, en el Derecho de policía pueden encontrar base jurídica las simples actuaciones administrativas ⁶⁸.

Por otra parte, *el principio de primacía de ley* supone una frontera o limitación para las actuaciones materiales. Estas formas de actuación no pueden en principio preverse con el fin de omitir o huir de las garantías jurídicas materiales y procedimentales. De este modo no procede la realización de una *simple actuación administrativa* cuando existe un deber de dictar un acto administrativo o una norma ⁶⁹, porque aquélla no puede llegar a sustituir la función de una ley. Por ejemplo, las Administraciones no pueden emitir declaraciones que no entren dentro de sus competencias ⁷⁰; igualmente, los avisos no pueden contener una información falsa ⁷¹. No obstante, en la práctica estos hechos no suponen un límite infranqueable para la Administración.

Un problema típico del Derecho alemán, en este contexto, es el de hasta qué punto han de soportarse ⁷² estados antijurídicos que la Administración puede corregir realizando una actuación material administrativa; por ejemplo, en caso de que un empresario realice una actividad industrial sin licencia. En principio no se plantean problemas en tanto en cuanto la actuación administrativa se mueva dentro de los márgenes de oportunidad administrativa ⁷³. Por otra parte, del hecho de que se soporten estos estados jurídicos, por parte de la Administración, no se desprende necesariamente que se hayan legalizado ⁷⁴. Como

⁶⁸ M. HEINTZEN, «Staatliche Warnungen als Grundrechtsproblem», *VerwArch* 81 (1990), pp. 532 y ss.

⁶⁹ E. BOHNE, «Informales...», pp. 33 y 368; H.D. JARASS, «Effektivierung...», pp. 193 y 198.

⁷⁰ BVerwGE 34, p. 69; BVerwGE 64 p. 298; bwVGH, *NJW* 1986, p. 340; H.W. LAUBINGER, «Zum Anspruch der Mitglieder von Zwangsverbänden auf Einhaltung des gesetzlich zugewiesenen Aufgabenbereiches», *VerwArch* 74 (1983), pp. 175 y ss.; J. PIETZCKER, «Individualrechtsschutz gegen Überschreitungen der gemeindlichen Verbandskompetenz», *JuS* 1985, pp. 27 y ss.; W. KLUTH, «Schutz individueller Freiheit durch öffentlich-rechtliche Körperschaften», *DVBL* 1986, pp. 716 y ss.

⁷¹ BGH, *NJW* 1980, p. 2576.

⁷² Véase A. RANDELZHOFFER/D. WILKE, *Die Duldung als Form flexiblen Verwaltungshandelns*, 1981; W. FLUCK, «Die Duldung des unerlaubten Betriebes genehmigungsbedürftiger Anlagen», *NuR* 1990, pp. 197 y ss.

⁷³ ROBBERS, «Schlichtes...», pp. 272 y 278.

⁷⁴ A. RANDELZHOFFER/D. WILKE, *Die Duldung...*, pp. 65 y ss.; J. PIETZCKER, «Individualrechtsschutz...», pp. 27 y ss.

regla general puede sentarse, por otra parte, que el sujeto que se beneficie de tales hechos no goza de la protección de los derechos adquiridos ⁷⁵. La jurisprudencia ⁷⁶ ha exigido que —dentro de determinadas circunstancias— las actuaciones materiales respeten el principio de adecuación del medio empleado con el fin que se pretende realizar ⁷⁷.

3. Las actuaciones administrativas materiales y reserva de ley

Junto al principio de la primacía de ley tiene que observarse el principio de reserva de ley. Respecto de este último, en el Derecho alemán se plantea un problema especial, que concierne especialmente a las informaciones y avisos o comunicaciones que otorgan los poderes públicos sobre la base de la facultad (y el deber) del Gobierno de informar acerca de sus actividades y sus fines políticos ⁷⁸. Se discute entonces si esta facultad del Gobierno puede considerarse respaldo jurídico suficiente para legitimar las simples actuaciones administrativas.

Cuando el efecto de las actuaciones administrativas materiales no sea puramente fáctico sino jurídico, es decir, cuando representen una limitación jurídica o lesionen un derecho fundamental ha de exigirse una norma de habilitación ⁷⁹. Ha de considerarse que las simples actuaciones

⁷⁵ BVerwGE 179, pp. 118 y 129 y ss.

⁷⁶ BVerfGE 69, pp. 315 y 355.

⁷⁷ Especialmente, las limitaciones en los derechos de los ciudadanos no pueden ir más allá de lo estrictamente indispensable (H.J. WOLFF/O. BACHOF/R. STOBER, *Verwaltungsrecht I...* § 28 14).

⁷⁸ Esto se realiza, así, a través de las distintas actividades de explicación del Gobierno (mediante su portavoz, o a través de los servicios de prensa e información de tal órgano) o de los Ministerios; véase el clásico estudio de LEISNER, *Öffentlichkeitsarbeit der Regierung im Rechtsstaat*, 1966; BVerwGE 82 pp. 76 y 80; BVerwGE 87 pp. 37 y 47; BVerwG, *VBIBW* 1993 p. 466; Véase también GRÖSCHNER, «Öffentlichkeitsaufklärung als Behördenaufgabe», *DVBf* 1990, pp. 619 y ss.; KEMPEN, *Grundgesetz, amtliche Öffentlichkeitsarbeit und politische Willensbildung*, 1975; C. GUSY, «Anmerkung zu BVerwG, Urteil vom 23.5.1989-7 C 2.87», *JZ* 1989, pp. 1003 y ss.; F. SCHOCH, «Staatliche Informationspolitik und Berufsfreiheit», *DVBf* 1991, pp. 667 y ss.; M. HEINTZEN, «Staatliche...», pp. 532 y ss.; del mismo, «Die öffentliche Warnung als Handlungsform der Verwaltung?», en A. BECKER-SCHWARZE u.a. (coordinador), *Wandel...*, pp. 167 y 178 y ss.; F. SCHÜRMANN, *Öffentlichkeitsarbeit der Bundesregierung*, 1992, pp. 118 y ss.

⁷⁹ ECKHOFF, *Der Grundrechtseingriff*, 1991, pp. 173 y ss.; BVerwGE 71 p. 183; BVerwGE 82 pp. 76 y 37; BVerwG, *NJW* 1989 p. 3269; BVerwG, *NJW* 1992 p. 2496; bwVG, *NVwZ* 1989 p. 279; LÜBBE-WOLFF, «Rechtsprobleme der behördlichen Umweltberatung», *NJW* 1987, pp. 270 y ss.; M. SCHULTE, «Informales...», pp. 512 y ss.; LEIDINGER, «Hoheitliche...», pp. 925 y ss.; W. BROHM, «Rechtsgrundsätze...», pp. 1025 y 1032 y ss.

administrativas pueden tener una repercusión aun mayor que el acto administrativo sobre los derechos de los ciudadanos.

Un caso ejemplificativo, frente al que se han enfrentado los Tribunales, es el de la legalidad de una recomendación, de un Ministerio, de no comprar un determinado producto por razones sanitarias, declaración que limita el derecho fundamental de la libertad del ejercicio profesional de los productores ⁸⁰.

A efectos de establecer la necesidad de una cobertura o respaldo legal de las simples actuaciones el dato más relevante no es sino el de la limitación que pueda ocasionarse en los derechos fundamentales. De este modo, no ofrece mayor interés (por contra a cierta doctrina que así lo sostiene ⁸¹) partir de si la actuación tiene un carácter gravoso o desfavorable; en efecto, numerosas actuaciones de este tipo no constituyen una limitación jurídica en los derechos fundamentales. Tampoco es correcta la doctrina que pretende una *reserva de regulación* general para las simples actuaciones administrativas ⁸², ya que esta concepción no es conforme con el principio de libertad de formas y de flexibilidad de actuación administrativa ⁸³.

4. Referencia acerca de otros posibles criterios de legalidad

Al no existir un planteamiento plenamente satisfactorio respecto de las reglas o criterios generales que sirvan para juzgar la legalidad de las simples actuaciones administrativas surge la cuestión de si pueden aplicarse analógicamente las normas más típicas del actuar administrativo, así la aplicación de la Ley de procedimiento administrativo ⁸⁴; no obstante, ésta no parece ser posible, considerando la gran variedad de estas

⁸⁰ LG Stuttgart, *NJW* 1989 p. 2257; OLG Stuttgart, *NJW* 1990 p. 2690.

⁸¹ H. FABER, *Verwaltungsrecht...* § 27 I.

⁸² Así M. HEINTZEN, «Die öffentliche Warnung als Handlungsform der Verwaltungs?», en A. BECKER-SCHWARZE u. a. (coordinador), *Wandel...*, pp. 167 y 182 y ss.; PAULY, «Der Regelungsvorbehalt...», pp. 521 y ss.

⁸³ Así H. P. BULL, *Allgemeines...*, p. 192; P. KUNIG/M. RUBLACK, «Aushandeln statt Entscheiden?», *Jura* 1990, pp. 1 y 5.

⁸⁴ W. HOFFMANN-RIEM, *VVDStRL* 40 (1982), pp. 187 y 224; P. KUNIG/M. RUBLACK, «Aushandeln...», pp. 1 y 6; L. DI FABIO, «System der Handlungsformen und Rechtsfolgenlehre» en A. BECKER-SCHWARZE u. a. (coordinador), *Wandel...*, pp. 47 y 63; LEIDINGER, «Hoheitliche...», pp. 925 y 934.

formas de actuación, así como que éstas no tienen «voluntad de vincular jurídicamente»; esta consecuencia resulta, por otra parte, del propio ámbito de aplicación de la Ley de procedimiento administrativo ⁸⁵.

De acuerdo con la **teoría de la relación jurídica**, cuando un determinado procedimiento no permita que determinados sujetos hagan valer sus derechos o cuando las negociaciones de tipo informal puedan lesionar los derechos de otros sujetos (terceros) la Administración ha de abrir vías que logren la debida participación de los afectados ⁸⁶; en caso de que esto no sea posible, habría que recurrir a los medios de comunicación o información en masa ⁸⁷.

V. ACTUACIONES ADMINISTRATIVAS MATERIALES Y PRETENSIONES PROCESALES

El planteamiento procesal, en relación con las simples actuaciones administrativas, es interesante en estos momentos considerando la actual reforma del contencioso-administrativo que se vive en España. Tanto en el Derecho alemán (donde claramente consta) como en el español debe evitarse la concepción impugnatoria frente a las simples actuaciones materiales. Así, muchas veces el interés del sujeto puede estar en que la Administración realice una simple actuación, más allá o junto a los casos en los cuales el sujeto quiera impugnar una actuación tal.

El cuadro de pretensiones procesales ha de situarse en relación con los intereses jurídico-subjetivos, con el fin de que aquéllas sean realmente las vías procesales que se adecúan con lo que a los ciudadanos preocupa o interesa —frente a la Administración Pública—. De este modo, pueden establecerse las siguientes pretensiones procesales, en relación con la tutela procesal en torno a las simples actuaciones administrativas.

En primer lugar, la pretensión o acción prestacional, que es la vía procesal adecuada para ejercitar el interés jurídico subjetivo en que la Administración realice una simple actuación administrativa. Si existe una pretensión —reconocida en el ordenamiento— a favor del sujeto, la

⁸⁵ M. HILL, «Rechtsstaatliche...», pp. 885 y 892; HOPPE/BECKMAN, *Umweltrecht...* § 9 A V; H.U. ERICHSEN, en H.U. ERICHSEN/W. MARTENS, *Allgemeines...* § 35 .

⁸⁶ BEYERLIN, *NJW* 1989, pp. 2713 y 2720.

⁸⁷ BROHM, *DÖV*, 1992, p. 1031.

Administración tendrá que conceder la prestación requerida (la realización de una determinada actuación material, la concesión de una información, el cumplimiento de una previa promesa administrativa, etc.); si la Administración tiene discrecionalidad para ello, podrán a su vez ocurrir dos cosas: que pueda reducirse aquélla, con lo cual el juez ordena que la Administración actúe en un sentido determinado; asimismo, que puedan establecerse unos marcos dentro de los cuales ésta tiene que actuar; lógicamente, también puede ocurrir que la discrecionalidad no pueda reducirse a un marco jurídico.

En segundo lugar, la pretensión o acción de superación de un estado ilegal creado por la Administración Pública, que es la vía procesal prevista para canalizar procesalmente el interés del sujeto en que la Administración reconstruya el estado previamente existente al de la actuación realizada. Un ejemplo de esta acción se presenta en relación con las vías de hecho administrativas (§ VII).

En tercer lugar, la pretensión de omisión por la cual el sujeto pide que la Administración omita una determinada actuación. Se trata en este caso de una pretensión de tipo preventivo, que habrá de estimarse cuando el sujeto haga valer realmente que tiene un interés jurídico-súbjctivo en tal omisión (siendo entonces ilegal la «no omisión» por parte de la Administración); por tanto, son exponente de la idea de una tutela jurídica eficaz o plena, «a tiempo» en este caso, para evitar daños futuros. La *ratio* es, pues, la de que no basta la indemnización por un daño consumado y la de que, en consonancia, puede ser necesario —en casos especiales— prevenir aquél. Por ejemplo, ésta es la pretensión que se ejercita para pedir la omisión de ruidos u otras inmisiones que provienen de un parque de bomberos o de un estadio deportivo⁸⁸. De especial interés es el ejercicio de esta pretensión en relación con la protección de los sujetos que tienen una posición de «terceros», así en el ámbito de la tutela del medio ambiente⁸⁹. También ha de mencionarse, finalmente, la acción declarativa⁹⁰. Cautelarmente, el ejercicio de

⁸⁸ BVerwGE 68 p. 72; BVerwGE 81 p. 197; véase también ROBBERS, «Schlichtes...», pp. 272 y ss; PEINE, «Öffentliches und Privates Nachbarrecht», *JuS* 1987, pp. 169 y ss.; LAUBINGER, «Der Öffentlichrechtliche Unterlassungsanspruch», *VerwArch* 80 (1989), pp. 262 y 292.

⁸⁹ Nos remitimos a R. STOBER, *Rechtsschutz im Wirtschaftsverwaltungsrecht und Umweltrecht*, Berlin, 1995; S. GONZÁLEZ-VARAS IBÁÑEZ, «La tutela procesal del ambiente», *Revista Autonomías. Revista Catalana de Derecho Público*, 1994, n°18, pp. 295 y ss.

⁹⁰ BVerw 59 p. 325; BGH, *DÖV* 1978 p. 528.

todas estas pretensiones se garantiza mediante las medidas cautelares positivas, de las cuales resulta la tutela provisional de las posiciones subjetivas que se protegen mediante aquéllas, en tanto se resuelva el caso en el proceso principal. Pueden asimismo ejercitarse pretensiones indemnizatorias o de responsabilidad administrativa contra estas actuaciones materiales ⁹¹.

Como puede comprobarse, a diferencia de cuando se trata de atacar procesalmente un acto de limitación, estas pretensiones procesales no tienen nada que ver con la idea de impugnar una actuación administrativa, ya que de lo que se trata es de ejercitar una pretensión reconocida en el ordenamiento jurídico, para que la Administración actúe u omita una actuación o reconstruya o supere un estado ilegal.

VI. CRITERIOS DE LEGALIDAD Y PRETENSIONES PROCESALES

Hemos podido advertir un hecho significativo, que es la existencia de criterios de legalidad propios para las actuaciones materiales. Su relevancia jurídica no se presenta simplemente desde el punto de vista de la responsabilidad administrativa, a los efectos de que el perjudicado pueda obtener una indemnización por los daños causados. Más allá, tal como confirma el estudio de las pretensiones procesales, es posible ejercitar una acción pidiendo que se revoque una declaración o información administrativas o que se supere un estado ilegal creado por una simple actuación. En estos casos, se realiza un enjuiciamiento (por parte del juez administrativo) acerca de si la actuación material es o no ilegal ⁹². No siempre las limitaciones ilegales de los derechos de los ciudadanos son ocasionadas —por la Administración— mediante un acto administrativo; tampoco es éste un presupuesto siempre necesario para la legalidad de los efectos de limitación o perjuicio ocasionados por actuaciones materiales.

⁹¹ BGH, *NJW* 1980 p. 2576; OLG Stuttgart, *NJW* 1990 p. 2690; BGHZ 1991 p. 20; críticamente J. BURMEISTER/W. KREBS, «Verträge...», pp. 190 y 242. En el Derecho alemán, la jurisdicción civil es procedente en estos casos.

⁹² BVerwGE 336, p.346; BVerwG, *DÖV* 1974 pp. 132 y ss.; nwOVG, *NJW* 1984. De ahí que puede decirse que procesalmente no existe una diferencia esencial entre la posibilidad de recurrir un simple acto administrativo o una actuación material (F. SCHÖCH, «Folgenbeseitigung und Wiedergutmachung im öffentlichen Recht», *VerwArch* 79 (1988) pp. 1 y ss.).

