

LA ACTIVIDAD INFORMAL DE LA ADMINISTRACIÓN. PREMISAS PARA UNA TENTATIVA DE RECONSTRUCCIÓN DE UNA CATEOGRÍA (CASI) OLVIDADA*

THE INFORMAL ACTIVITY OF THE PUBLIC ADMINISTRATION. PREMISES FOR AN ATTEMPT TO RECONSTRUCT AN (ALMOST) FORGOTTEN CATEGORY

Clara I. VELASCO RICO

Profesora agregada Serra Hünter de Derecho Administrativo
Universitat Pompeu Fabra

RESUMEN: El presente trabajo analiza la denominada actividad administrativa informal a partir de las construcciones teóricas desarrolladas en la literatura jurídica alemana, norteamericana y española. El trabajo define la actuación administrativa informal atendiendo a diversos criterios y destaca su función principal en el conjunto de la actuación administrativa. En este sentido, el artículo ofrece criterios que facilitan desgajar la actividad administrativa informal de la denominada actuación material de la administración, categoría con la que tradicionalmente se ha confundido y, por ende, intenta reconstruir un concepto autónomo.

PALABRAS CLAVE: informalidad; actuación administrativa; actuación material; procedimiento administrativo; instituciones informales.

* Finalización 13.02.2022. Agradezco al prof. Jorge García-Andrade su amabilidad al facilitarme el texto de su monografía, cuando todavía estaba en prensa. Igualmente, agradezco al prof. Marcos Almeida la gentileza de enviarme su capítulo, escrito junto al prof. Carro Fernández-Valmayor, en una versión *pre-print*. Debo agradecer al prof. Oriol Mir el haberme facilitado un resumen traducido del estudio de Fehling sobre la actividad informal de la Administración. Las tres obras citadas aparecen debidamente referenciadas en el apartado 'Bibliografía'. Debo dar las gracias también a los profs. Cerrillo, Ponce y Barnés por sus comentarios a la versión inicial del trabajo. Finalmente, agradezco todas las sugerencias y críticas que se formularon a la ponencia que presenté a la XV Sesión del STEM, organizada por la Universitat Pompeu Fabra, el 27 de noviembre de 2020, así como los muy útiles comentarios de los revisores de este artículo. Los errores son solo míos.

ABSTRACT: This paper analyzes the so-called informal administrative activity in view of the theoretical constructions developed in the German, American and Spanish legal literature. The paper defines informal administrative activity according to different criteria and highlights its main function in the administrative activity. In this sense, the article offers criteria that facilitate the separation of informal administrative activity from the so-called material action of the administration, a category with which it has traditionally been confused and, therefore, attempts to reconstruct an autonomous concept.

KEYWORDS: informality; administrative activity; material activity; administrative procedure; informal institutions.

SUMARIO: 1. INTRODUCCIÓN: 1.1. Objeto y objetivo. 1.2. Contexto: el interés por la actuación administrativa informal como síntoma de cambios profundos. 1.3. Encuadre bibliográfico y metodológico— 2. DEFINIENDO LA INFORMALIDAD: 2.1. Las instituciones informales: una definición desde la Economía y la Ciencia Política. 2.2. Las distintas acepciones de la actividad informal en el ámbito jurídico. 2.2.1. ¿Qué entendemos por falta de forma? 2.2.1.1. La informalidad como no plasmación en un acto, contrato o resolución administrativa. 2.2.1.2. Actuación informal como actuación no procedimentalizada. 2.2.1.3. Actuación informal como actuación falta de carácter vinculante. 2.3 Los ámbitos en los que opera la informalidad. 2.3.1. Introducción. 2.3.2 La actividad informal como alternativa a la actividad interventora. 2.3.3 La actividad informal consensual. 2.3.4. Actividad informal y vinculación negativa a la Ley. 2.3.5. Actividad informal y conformación interna de la actuación administrativa.— 3. A MODO DE CONCLUSIÓN.— 4. BIBLIOGRAFÍA

1. INTRODUCCIÓN

1.1. Objeto y objetivo

Este trabajo analiza la denominada actividad informal de la Administración y ofrece argumentos que permiten concretar sus elementos característicos para diferenciarla de la denominada actuación material, con la que tradicionalmente se la ha confundido.

Para abordar debidamente el estudio de la actividad informal es preciso establecer, de entrada, una serie de definiciones que encuadren el objeto de análisis. En primer lugar, debemos precisar que entendemos por actuación administrativa un sinónimo de actividad de la Administración. De acuerdo con el Diccionario Panhispánico del Español Jurídico, por actuación administrativa debe entenderse aquella “[A]ctividad imputable a la Administración, ya sea formalizada o puramente material, incluso si consiste en inactividad o vía de hecho, a efectos de su control por parte de la jurisdicción contencioso-administrativa”¹.

¹ Diccionario Panhispánico del Español Jurídico. Voz: “actuación administrativa”. Texto disponible aquí: <https://dpej.rae.es/lema/actuaci%C3%B3n-administrativa> (última consulta, 08.05.2020).

A partir de esta definición se colige la existencia de dos tipos de actuaciones atribuibles a la Administración: una actuación formalizada y, otra, por oposición, no formalizada “o puramente material”. Nótese que no se está confrontando la actuación formalizada a la actuación informal. El antónimo de “formal” se encuentra en el adjetivo “material”. La distinción entre actividad formal y material ha sido objeto de atención por parte de la doctrina y existen estudios completos sobre distintos tipos de actuación material como la coacción administrativa directa (Aguirreazkuenaga, 1990) o la prestación de servicios sociales (Rodríguez de Santiago, 2007), por nombrar solo dos ejemplos.

La Administración desarrolla actuaciones de muy distinto tipo y naturaleza cuyas características pueden diferir notablemente (Santamaría Pastor, 2004: 106). Es decir, para poder desarrollar las labores que le han sido encomendadas constitucional y legalmente, la Administración actúa (puede y debe actuar) fuera “del camino canonicado de las formas jurídicas (...) [por ello] Junto a la acción con forma jurídica está la acción material” (Schmidt-Assmann, 2003: 332). Ciertamente, la actividad material no debe tenerse por una categoría dogmática de segundo nivel o de menor rango (Schmidt-Assmann, 2003: 332) en relación con la actuación administrativa formalizada y merece una atención doctrinal destacada. La actividad material se ha definido, por exclusión, como un elemento que no queda amparado en la categoría de “acto administrativo”. Así, no serían actos administrativos las actuaciones de la Administración de carácter técnico —mediciones, pruebas, obras, operaciones quirúrgicas en hospitales públicos, etc.— o material —recogida de residuos, aplicación de la fuerza, etcétera (Muñoz Machado, 2015: 15).

La doctrina distingue dos subtipos de actuación material: a) aquella que trae “causa de un acto formalizado, constituyendo la ejecución o consecuencia del mismo (p. ej. el derribo físico de una finca acordado por una resolución sancionadora); o b) aquella que se da “sin conexión alguna con un acto formal previo, siendo la decisión y la actuación material simultáneos (p. ej. la celebración de un concierto de la ONE; una operación quirúrgica en un hospital público; la organización de una exposición de pintura por un museo; la detención de un delincuente por la policía)” (por todos, Santamaría Pastor, 2004: 106-107).

El concepto de actuación material de la administración no abarca las denominadas actuaciones técnicas o auxiliares que se desarrollan como soporte necesario para la tramitación de un determinado procedimiento administrativo, en ejercicio de una potestad administrativa (Berning, 2021: 278). Estas actividades instrumentales de auxilio no son manifestación del ejercicio directo de ninguna potestad administrativa específica, pese a que resulten, en algunos casos, imprescindibles para su actuación. Es decir, aunque dichas actuaciones están conectadas con la potestad administrativa en cuestión no son una manifestación o expresión esencial de esta.

Más allá de estas precisiones, en este trabajo vamos a abordar el estudio de la denominada “actividad o actuación informal de la Administración”, que no debe confundirse o identificarse directamente con la actuación material. Es decir, en nuestra opinión, y como vamos a tratar de argumentar, los dos conceptos no son sinónimos.

Hay que tener en cuenta que parte de la doctrina considera que no pueden distinguirse ambos tipos de actuación porque el criterio de la forma no permite producir “un tipo específico de actuaciones administrativas” (Stober-González Varas, 1995: 578). También se ha afirmado que, pese a la propuesta de categorización autónoma de la actuación informal respecto de la actividad material, la doctrina no ha llegado a demostrar su autonomía debido a la multiplicidad de tipos de actuaciones informales que desarrolla la Administración. Se afirma que esta variedad no permitiría reconducir la realidad a una sola categoría o definición omnicomprensiva (Schultze, 1993: 116). A nuestro modo de ver, sí sería posible distinguir entre actuación material y actuación informal y creemos poder presentar algunas razones que permitan, si no excluir este género —y convertirlo en categoría—, por lo menos singularizarlo —más allá de su tipificación— de la categoría de actuación material, en la que hasta ahora lo ha subsumido (y confundido) una parte de la doctrina (Stober-González Varas, 1995: 577; Agudo González, 2013).

El estudio y la sistematización de la actividad informal de la Administración representa un “desafío” para los *iusadministrativistas* (Gardner, 1977; Aman, 1994; Schmidt-Assmann, 2003: 332; Berman, 2011; Ponce Solé, 2019; Carro y Almeida, 2015). El diseño de sistemas y herramientas para su control también es un reto. Pese a que la doctrina ha abordado la cuestión en diversos trabajos, se sigue sosteniendo que las actuaciones informales son “(...) un ‘hijastro’ de la dogmática jurídica o una ‘terra incógnita’” (Stober-González Varas, 1995: 576). Sin embargo, en la dogmática alemana se ha realizado un esfuerzo sistematizador especialmente intenso y, en la actualidad, esta parece ser una cuestión pacífica entre los autores germanos (Fehling, 2012 y Hermes, 2012).

Por su parte, la doctrina estadounidense ha recalado la ubicuidad de la actuación informal de las agencias (Rakoff, 2000: 162; Beermann, 2011) y ha constatado que es “ (...) *the lifeblood of the administrative process*” y que constituye “ (...) *nothing less than ‘the everyday business of an administrative agency’s agenda’*.” (Aman, 1994: 665). Pese a su importancia (Gelhorn, 1971: 2), nuestros colegas del otro lado del Atlántico tampoco han llegado a un consenso sobre lo que debe entenderse por tal fenómeno (Aman, 1994: 665). Gardner —por ejemplo— empieza con palabras muy expresivas un estudio ya clásico sobre la cuestión: “*This paper undertakes to bring into focus the intractable and perhaps insoluble dilemmas that are likely to hamper any effort either to structure the informal actions of government or even to study them.*” (Gardner, 1977: 799). En el mismo sentido, se ha destacado que no existe una definición única que describa de manera completa y precisa todas las actividades sustantivas que se incardinan en el concepto, de contornos poco definidos, de “actuación informal de una agencia” (Aman, 1994: 672; Beermann, 2011). Se ha afirmado pues que, más que conceptuarse, la actividad informal —debido a la heterogeneidad de sus manifestaciones— solo permite describirse (Carro y Almeida, 2015).

Como decimos, la actuación administrativa informal no ha ocupado en Europa —tampoco en el Derecho administrativo norteamericano (más preocupado por el control efectivo de la actuación administrativa por los tribunales, que por las formas

en las que se manifiesta dicha actuación)— un espacio de estudio equiparable al que se le ha atribuido, por tradición, al procedimiento administrativo, como eje central de la actividad administrativa formalizada. Ni tan siquiera se le ha dedicado la misma atención prestada al concepto de actuación administrativa de carácter material (Schulte, 1993: 113-114; Schulze-Fielitz, 1993: 93; Stober y González Varas, 1995: 574; Schmidt-Assmann, 2003: 332; Agudo González, 2013: 131). Indubitablemente, las formas jurídicas tienen un importante valor en el Derecho, pues facilitan la actuación administrativa y dificultan comportamientos arbitrarios, protegiendo así al ciudadano y facilitando el control judicial de aquella (Bauer, 1993: 143; Velasco Caballero, 1998: 59 y ss.). Ello ha supuesto, no obstante, que la dogmática jurídica se haya desarrollado de forma asimétrica, lo que se ha traducido en que la doctrina haya prestado una escasa atención a las actividades materiales e informales cuya explicación teórica dista mucho de ser completa (Utrilla Fernández-Bermejo, 2020: 102).

Salvo error nuestro, la actividad administrativa informal entre nuestra doctrina no ha sido hasta en fechas recientes objeto de estudios monográficos. Se acaba de publicar, la aproximación quizás más sistemática a la cuestión, a través de un enfoque nuevo que incluye a las actividades materiales, informales y directas bajo la característica común de ser actuaciones administrativas desarrolladas sin que medie procedimiento alguno (García-Andrade, J. *Actuaciones administrativas sin procedimiento. Relaciones jurídicas en el Estado de Derecho*, Marcial Pons, 2021). Además, se ha realizado una sistematización de la categoría en un capítulo de una obra colectiva (Carro y Almeida, 2015). Sin embargo, no es menos cierto que sí se ha realizado una aproximación a dicho concepto al hilo de estudios sobre lo que deben considerarse “sectores” o “campos” de “referencia”. Estos estudios beben de la tradición germánica en dos aspectos. Por un lado, desde un punto de vista metodológico, escogen como ámbito de estudio un sector amplio de la realidad en el que la Administración ejerce las funciones y potestades que le han sido atribuidas y a partir de ahí, de este análisis sectorial, incorporan las nuevas técnicas regulatorias a la parte general del Derecho administrativo. En este sentido, se ha analizado la informalidad de la actuación administrativa, por ejemplo, en trabajos sobre el Derecho de la información pública (Velasco Caballero, 1998), sobre el Derecho administrativo social (Rodríguez de Santiago, 2007), o sobre el Derecho ambiental colombiano (Castro Buitriago, 2015).

Por otro lado, los estudios a los que hacemos referencia, desde un punto de vista substantivo, incorporan a su análisis la dogmática alemana (recogiendo sus herramientas conceptuales) que se ha ocupado del estudio de la actuación administrativa informal durante las dos décadas finales del siglo xx, justamente, al calor de los avances del Derecho medioambiental y de las nuevas formas de gestión —por parte del Estado y de la Administración— del riesgo generado por los progresos científicos y tecnológicos, es decir, de los entonces denominados “nuevos sectores de referencia” (Schulte, 1993: 113-114; Schmidt-Assmann, 2003: 333).

Otras aproximaciones de nuestra doctrina a la actuación administrativa informal o a la informalidad en el quehacer administrativo se han centrado, por ejemplo, en el estudio de la relación entre la Administración y la sociedad, en la denominada

concertación con la Administración (Agudo González, 2013), en la actuación informal de la Comisión Nacional del Mercado de Valores (Belando Garín, 2005), en la importancia de la informalidad en el desarrollo de las funciones de los órganos colegiados en el paradigma de la Administración en red (Cerrillo, 2011) o en el estudio de la actuación de los lobbies en el procedimiento de elaboración de normas (Ponce Solé, 2019). También nuestra doctrina exploró tempranamente la relación entre la actuación informal y el procedimiento administrativo (Malaret, 1991).

1.2. Contexto: el interés por la actuación administrativa informal como síntoma de cambios profundos

Antes de examinar el concepto de actividad administrativa informal es preciso contextualizar el interés de la doctrina por esta figura. Para ello hay que tener en cuenta, siquiera brevemente, el panorama histórico y socioeconómico en el que despunta una especial atención por el estudio de la actividad informal de la Administración por parte de la doctrina jurídica (Stober y González-Varas, 1995: 574). En Europa, este contexto viene marcado por la eclosión de paradigma del Estado garante y del Estado regulador y de los conceptos de gobernanza y de Administración en red, motivado por un entorno de alta complejidad social, económica y tecnológica. La doctrina considera que las actuaciones informales se vuelven imprescindibles en este escenario, sobre todo en sectores como el medio ambiente, el urbanismo o las infraestructuras, en tanto que permitirían una acción administrativa más flexible y eficaz (Carro y Almeida, 2015). Bajo el paraguas de la regulación, que explica el “nuevo orden de relaciones entre el Estado y la sociedad” (Muñoz Machado, 2015: 17), se ha considerado que las diversas formas de actuación administrativa informal son una manifestación de “(...) la pérdida de capacidad del Estado para imponer coactivamente sus decisiones” (Darnaculleta, 2003: 20-21) y “de la crisis de la dirección por el Derecho o la pluralización y diferenciación de la organización interna del Estado” (Schuze-Fielitz, 1993: 101).

A ello hay que sumarle el desarrollo de una constante desregulación en los más diversos ámbitos, que debe añadirse a un déficit de dirección de las leyes y del Derecho cuyo contenido consiste cada vez más en “cláusulas generales o en normas de carácter finalista, que otorgan a la Administración un gran espacio de discrecionalidad (...)” (Carro y Almeida, 2015). Puesto que no puede imponer sus decisiones mediante las herramientas tradicionales y formalizadas (Parejo Alfonso, 2016: 59), el Estado necesita que los ciudadanos las acepten y para ello entabla, por ejemplo, negociaciones previas informales o actúa concertadamente con diversos actores sociales y/o económicos (Stober y González-Varas, 1995: 576; Santaella Quintero, 2011:9).

En el mismo sentido se posiciona Cerrillo quien considera que articulación de la Administración en red —derivada del proceso de globalización y de los acelerados cambios tecnológicos producidos a partir de la segunda mitad del siglo xx— ha provocado una mutación en la actividad administrativa y ha favorecido la importancia

de la actuación informal. Así, la actuación del Estado (y por ende de la Administración) ha ido progresivamente desvistiéndose de su naturaleza imperativa (Malaret, 1991: 227) para adoptar nuevas formas de actuación centradas en la negociación y la concertación, la persuasión mediante incentivos, la sugerencia y la prevención (Cerrillo, 2011: 85). Ello implica a su vez, atribuir un cierto valor a este nuevo tipo de actuaciones de carácter informal (Cerrillo, 2011: 85) e implica igualmente repensar la función que tradicionalmente se ha atribuido al procedimiento administrativo. En este sentido, Malaret defendió que el procedimiento debe conceptuarse no solo como un elemento formal que permite embridar y controlar el poder administrativo, sino que también, desde un punto de vista substantivo, debe tenerse por un canal en el que, incluso de manera informal, sin ningún tipo de cobertura legal expresa, se producen intercambios de información, negociaciones y composición de intereses, más allá de los rígidos trámites participativos que se hayan prescrito en sus normas reguladoras (Malaret, 1991: 312-313).

Muy recientemente García Andrade (2021:203) ha destacado diversos motivos por los que se ha extendido entre nuestras Administraciones el recurso a la actuación administrativa informal. En primer lugar, el autor apunta a la falta de regulación como elemento determinante que explicaría el notable aumento en su uso. Así, las Administraciones, al desarrollar actuaciones de este carácter, no se verían constreñidas por los cauces procedimentales previstos normativamente, ni por los plazos y demás requisitos, que dotan de forma, eficacia y validez a sus actuaciones. En segundo lugar, esta falta de regulación genera, una mayor flexibilidad para la Administración. Finalmente, la tercera razón que motiva el auge actual de la actuación administrativa informal está relacionada con la dificultad de control que entraña para los Tribunales de Justicia. En tanto que la actuación informal no se ciñe a un procedimiento preestablecido, ni a plazos, ni está prevista en norma alguna, no existe obligación de recurrir a ella, ni es manifestación del actuar de una potestad administrativa, los particulares no podrían armar fácilmente recursos frente a estas y los Tribunales dispondrían de pocos elementos sobre los que proyectar su función revisora.

Por su parte, la doctrina norteamericana —orientada casi siempre al análisis de la actuación administrativa en términos de coste/beneficio (Kerwin y Furlong, 2018)— considera que la actuación administrativa informal va de la mano de un enfoque más eficiente de la acción gubernamental (Gardner, 1977: 825). En este marco, la actuación administrativa informal facilitaría la consecución de determinados objetivos gubernamentales ahorrando los costes derivados del desarrollo de actuaciones de tipo formalizado (Aman, 1994: 671; Rakoff, 2000, 163). El ahorro de costes no solo se produce del lado de la Administración, sino también del destinatario de los efectos de la actuación informal de la agencia, en tanto que puede ver satisfechos sus intereses y/o reconocidos sus derechos en un tiempo notablemente inferior del que consumiría el desarrollo de una actuación formalizada. Además, se considera que, en teoría, la actuación informal permite a la Administración actuar de forma más flexible y eficiente, pero a la vez, preservando los principios legales que guían su actuación como los de transparencia, participación y *accountability* (Kerwin y Furlong, 2018).

En el mismo sentido se pronuncia la doctrina alemana al afirmar que la actuación administrativa informal presenta ventajas en términos de flexibilidad y de reducción de costes. Además, la actuación informal en los supuestos en que se desarrolle como preparación o sustitución de las formas jurídicas de actuación (Fehling, 2012) permitiría conocer anticipadamente el alcance y contenido al futuro destinatario del acto o convenio que aquella contribuye a generar, contenido al que el destinatario ya se ha conformado.

También se ha afirmado que la actuación informal —cuando se manifiesta como actuación previa a la aprobación de una futura norma, puede facilitar la aceptación de dicha norma por sus destinatarios— puesto que han contribuido a fijar su contenido y a establecer una interpretación compartida de la aquella entre Administración y sector regulado. Ello debería a su vez evitar impugnaciones posteriores y una reducción de la inseguridad jurídica en su aplicación e interpretación (Schulze-Fielitz, 1993: 102; Fehling, 2012; Carro y Almeida, 2015). Sin embargo, este no parece haber sido el resultado en el sistema norteamericano en el que se apuntaron las mismas razones justificativas (Coglianese, 1997).

En fin, este breve apunte panorámico sobre el contexto que enmarca el renovado interés doctrinal por las actuaciones no formalizadas debe recoger también la importancia adquirida por las actuaciones, técnicas, materiales e informales en el Estado social contemporáneo. Velasco Caballero ha destacado acertadamente que lo determinante en este modelo de Estado ya no es el acto administrativo (actividad decisoria imperativa fruto de la tramitación de un determinado procedimiento) sino que ha recobrado especial protagonismo la actuación directa de la Administración al amparo de regulaciones finalistas, que la organizan y la encauzan, orientándola a la producción de efectos sobre la realidad (provisión de servicios a las personas o modificación del estado físico de las cosas) (Velasco Caballero, 2020: 127-128).

1.3. Encuadre bibliográfico y metodológico

Para intentar desarrollar cualquier estudio sobre la informalidad administrativa en nuestro ámbito jurídico es imprescindible revisar los trabajos que ha alumbrado la doctrina alemana desde los años ochenta del pasado siglo. El interés de los autores alemanes por este concepto despunta con la obra de Böhne (1980) y suscitó entonces vivos debates (Schulze-Fielitz, 1993: 90; Schmidt-Assmann, 2003; Fehling, 2012). Los autores españoles que han abordado el concepto de actividad administrativa informal beben de las fuentes germanas, tanto de forma directa, trabajando con los textos originales que se ocupan de esta cuestión, como a través del estudio de las traducciones de varios artículos publicados en la revista *Documentación Administrativa* en 1993, que son referencias ineludibles en este campo. En este trabajo, puesto que quien escribe no lee alemán, se utilizarán las escasas obras traducidas al español.

Este trabajo además de la dogmática alemana toma como referencia el derecho administrativo norteamericano, pese a que parte de premisas distintas (sobre todo de

un entendimiento distinto del principio de legalidad y de un “sistema de poderes delegados a las agencias”) y pese a que en este derecho administrativo el concepto de “informalidad” tiene más que ver con la flexibilización del procedimiento administrativo y con las formalidades de la actuación administrativa, que con los instrumentos a los que la Administración recurre para actuar. El interés de la doctrina norteamericana por la actuación informal de la Administración eclosiona en los años setenta del siglo xx, aunque ya en los años cuarenta se estudió la figura en un informe del *Attorney General* de los Estados Unidos sobre el procedimiento administrativo. Pese a que allí tampoco se han definido unívocamente sus perfiles y características, existen trabajos que han intentado una sistematización de sus manifestaciones, ya sea mediante una clasificación de sus tipos, ya sea mediante el estudio de ámbitos sectoriales en los que se ha identificado su uso.

En una primera aproximación a los dos modelos extranjeros señalados se puede argüir que la informalidad en el contexto norteamericano debe entenderse en el seno del procedimiento, bajo el paraguas de la APA, e implica un cierto aligeramiento de las cargas burocráticas y de los trámites a desarrollar antes de aprobar una norma o acto, mientras que, en la dogmática alemana la informalidad se conceptúa como toda aquella actividad administrativa que no se plasma en un acto, contrato, reglamento o plan administrativos.

Sin embargo, pese a que los contextos y objetivos de los dos sistemas son distintos, lo cierto es que en la actuación de la administración norteamericana también existe actividad informal —más allá del procedimiento informal— fuera de la APA —y de la dupla procesos formales e informales—, y esta es la denominada *informal adjudication*, que sería aquella actuación administrativa no regida por la norma de procedimiento y que tampoco se plasma en ningún acto administrativo. En este sentido, tanto en Estados Unidos, como en Alemania, la doctrina jurídica predica la informalidad de determinadas actuaciones faltas de carácter vinculante, por ejemplo, emisión de avisos, elaboración y difusión criterios orientativos o interpretativos que pretenden influir en el comportamiento de los ciudadanos a quienes se dirigen. Igualmente, en ambos sistemas pueden encontrarse procesos negociales desprovistos de carácter vinculante —previos, paralelos, o posteriores— que contribuyen, en el marco de un procedimiento administrativo, sin confundirse con los trámites de este, a la adopción de una norma, acto, contrato o plan administrativos o a su ejecución, etc. En ambos sistemas, en algunas ocasiones, estas actuaciones informales llegan a substituir a la actuación administrativa formalizada (a la que se llega procedimiento mediante, y está dotada de carácter vinculante), es decir, se pueden entender como alternativas, tal y como postula la dogmática alemana contemporánea. Esta alternativa se manifiesta en ambos sistemas, aunque la doctrina alemana más actualizada atribuye a esta característica el elemento diferenciador que permite separarla de la actividad material. También en ambos sistemas la doctrina se preocupa por el impacto de la actuación informal en los derechos e intereses de terceros que pueden verse afectados y proponen remedios en caso de vulneración de derechos fundamentales y en caso de que su uso desborde los límites de lo jurídicamente admisible en relación

con los principios informadores de la actuación administrativa propios de cada ordenamiento jurídico.

Además, el recurso a la doctrina norteamericana permite comprobar, aunque sea de forma indirecta, cómo las descripciones y los análisis realizados por la Ciencia Política en su aproximación institucionalista se han materializado en determinados casos también en el ámbito jurídico. Se ha verificado que la actuación informal en su relación con la actuación formalizada ha provocado cambios en el ordenamiento jurídico, haciéndolo evolucionar: lo que un momento era informal, pasados los años ha sido adoptado por el ordenamiento y se le ha dado carta de naturaleza, es decir, se ha formalizado. Igualmente, como las instituciones informales (*vid.* apartado 2.1), la actuación informal de la administración en un plano jurídico tampoco debe ser considerada *per se* ilegal.

En cuanto a la metodología utilizada en este trabajo, hay que tener en consideración que el estudio de la actividad informal mediante el recurso a categorías tradicionales de la dogmática jurídica, como, por ejemplo, las propias de la teoría de las formas y su distinción entre actividad formal y actividad material ha mostrado sus flaquezas (Velasco Caballero, 1998: 71-74; García Andrade, 2021: 66-67). Además, es ilustrativo que cuando se ha abordado el análisis de la actuación informal de la Administración entre nosotros se haya hecho siempre en relación con “sectores de referencia” o atendiendo a subtipos concretos de la misma (actividad informal de concertación, actividad informal informativa, actividad informal de los órganos colegiados, etc.). De este modo, se ha defendido que la actividad informal solo se puede definir considerándola una manifestación de la actuación material que puede aprehenderse a través de tipos (Agudo, 2013: 132). En consecuencia, se realiza una clasificación que distingue entre actuación informal informativa, de concertación, etc. y se estudian sus características una vez tipificadas.

También se ha sostenido que esta metodología facilita singularizar ámbitos de la actividad administrativa, atendiendo a la diferente posición en la que se sitúa el ciudadano respecto a la Administración “entablando relaciones jurídicas variables, sin perjuicio de que en cada tipo la Administración pueda emplear formas características y variables de acción, incluyendo mecanismos informales”, abordando así la cuestión desde el marco de la teoría de la relación jurídico-administrativa (Agudo González, 2013: 133). Este punto de partida se ha venido considerando el más apropiado para dotar a la actuación informal de personalidad propia dentro del cajón de sastre que conforma la categoría de actuación material de la Administración (Velasco Caballero, 1998: 74; Agudo González, 2013). Igualmente, se ha afirmado que las teorías tradicionales relativas a las formas de la actividad y al procedimiento y acto administrativos no son adecuadas para abordar el estudio de la actividad informal (García-Andrade, 2021: 67). Además, como ya se ha dicho, se ha venido defendiendo que la gran heterogeneidad de las manifestaciones de la actividad informal (actividad a clasificar) conllevaría la imposibilidad de construir una categoría única cuya definición las abarque a todas.

Sin embargo, en este estudio se propone poner el foco en algunos elementos que nos parecen específicos de la actuación informal, lo que a su vez permitirá establecer una diferenciación respecto de la actividad material de la Administración. En nuestra conceptualización, no se atribuye a la falta de forma —es decir, la no plasmación de dicha actuación en un acto, contrato o norma— una función distintiva crítica (porque la actividad material tampoco se plasma en dichos instrumentos), y tampoco se atiende específicamente al sector material donde la actuación administrativa se produce, así como tampoco se da un especial valor a la consensualidad de la actuación informal (en el mismo sentido, Fehling, 2012). Al contrario, y, en definitiva, nos interrogamos sobre la función de la actuación administrativa informal, esto es, sobre cuál es su papel en el conjunto de la actuación administrativa. La adopción de este criterio creemos que nos permite individualizarla como categoría jurídica. Además, otra de las ventajas de este enfoque es que es perfectamente compatible con prestar una especial atención a los efectos que puede llegar a producir la actividad informal en la esfera de derechos e intereses de los ciudadanos.

Como hemos dicho, la actuación administrativa informal no es una patología del sistema administrativo, sino que es una forma de actuación complementaria que facilita su buen funcionamiento. Además, hay que tener en cuenta que en numerosas ocasiones el procedimiento administrativo previsto es incapaz de trasladar la complejidad propia de determinados sectores administrativizados. Dicha complejidad se plasma, por ejemplo, en la existencia de múltiples intereses contrapuestos y también de desequilibrios en cuanto a la información o el conocimiento técnico o científico requerido para adoptar determinadas decisiones. La actuación administrativa informal asume, en este caso, una función de simplificación del curso de la actuación administrativa, actuando como un primer filtro de cuestiones relevantes que serán trasladadas, si procede, a una actuación formalizada. Todo ello no implica, sin embargo, que sea una actuación exenta de riesgos de distinta magnitud, cuestión está que deberá ser abordada, en el futuro, en otro trabajo.

Los elementos que nos parecen específicos de la actuación administrativa informal se han identificado mediante el estudio de las teorías elaboradas sobre la actividad informal en nuestro sistema jurídico, pero a la luz de Derechos foráneos; más concretamente, se han contrastado nuestras teorizaciones tradicionales sobre la actividad informal con las elaboraciones o sistematizaciones teóricas y dogmáticas desarrolladas en dos sistemas jurídicos extranjeros, esto es el Derecho administrativo alemán y el Derecho administrativo norteamericano, como ya se ha dicho. Estas teorizaciones foráneas nos permiten identificar, explicar y analizar un mismo tipo de actuación administrativa, presente en los tres sistemas, aunque los tres contextos (en los distintos planos económico-social, político y jurídicos) sean muy distintos. En este sentido, ya se ha defendido que, pese a que las construcciones doctrinales y las teorías nacen en un contexto jurídico positivo específico, pueden acabar desligándose del mismo —debido a la evolución de este— para ser herramientas que permitan, por su capacidad explicativa, aprehender la complejidad o la realidad de otro ordenamiento jurídico o Derecho positivo distinto (Diez Sastre, 2018: 108).

Como el lector verá rápidamente, este trabajo no es un estudio de Derecho comparado positivo, es solo una parcial comparación teórica que considera que las teorizaciones alemana y norteamericana sobre la actuación administrativa informal pueden “ser utilizada(s) en otro ordenamiento jurídico estatal. Bien para explicar una realidad normativa similar a aquella para la que se formula la teoría, bien para explicar una realidad distinta, pero también susceptible de explicación con los mimos enunciados lógicos, incluso con alguna adaptación” (Velasco Caballero, 2020: 154).

Finalmente, también se ha considerado necesario traer a colación algunas concepciones desarrolladas sobre las instituciones informales en otras ciencias sociales, tanto porque de esas fuentes bebieron los autores alemanes para empezar a depurar dogmáticamente la categoría de actuación informal de la Administración, como porque ofrecen un alto valor explicativo y analítico sobre la cuestión.

2. DEFINIENDO LA INFORMALIDAD

2.1. Las instituciones informales: una definición desde la economía y la ciencia política

Puesto que el concepto de informalidad de la actuación administrativa se ha importado de otras disciplinas sociales, es interesante —como paso previo a su estudio desde un punto de vista jurídico— siquiera apuntar los desarrollos doctrinales que abordan otras manifestaciones de la informalidad en el funcionamiento de los sistemas políticos. Como decimos, la informalidad no solo ha interesado al Derecho, más bien podríamos afirmar que el Derecho ha quedado en una posición rezagada en el estudio de la cuestión. En palabras de Ponce Solé, citando a Schultze-Fielitz, “[L]a ciencia del Derecho administrativo ha tardado en afrontar el tema de la informalidad, si bien, como ha sido puesto de relieve en la doctrina alemana, una de las más sensibles al respecto desde el punto de vista dogmático, es de una gran importancia pues *‘es un síntoma de cambios estructurales en la acción del Estado en general y se integra en la más reciente evolución del Derecho Administrativo’*” (Ponce Solé, 2019: 23).

Más allá de la actuación administrativa, la informalidad se puede predicar también de la actuación del resto de poderes públicos y actores sociales y económicos. Por ello, otras ramas de las Ciencias Sociales también han mostrado interés en analizarla. La Ciencia Política se ha ocupado del estudio de las denominadas instituciones informales y la Economía también ha teorizado al respecto. La teoría institucionalista —que ha extendido su influencia en ambas disciplinas— utiliza la expresión institución política informal para referirse a “(...) *norms and practices, either legal, a-legal, or illegal, occurring outside the frame established by a political constitution and its auxiliary legislation; although unwritten, they are well known to political actors and are enforced in their social interaction*” (Helmke y Levitsky 2006: 5). Esta conceptualización está imbuida de los trabajos de North dedicados a la definición de lo que debe considerarse una institución.

El autor recientemente citado define las instituciones como “*the rules of the game in a society or, more formally, the humanly devised constraints that shape human interaction*” (North, 1990: 3). Estas reglas del juego (las instituciones) que estructuran la vida social, económica y política (y que pueden ser entendidas también como una ordenación de incentivos) pueden ser tanto formales como informales. El interés de North por incorporar las instituciones a la teoría económica deriva de su crítica a los supuestos de comportamiento racional vinculados con la economía neoclásica. Para el autor, dichos comportamientos solo se explican cuando los actores tienen información perfecta y simétrica, cuando no hay costos de negociación o decisión y cuando no existen costos de ejecución. Cuando este escenario ideal no existe y “(...) es costoso realizar transacciones, las instituciones importan” (North, 1990: 12), porque ayudan a estructurar la interacción humana y permiten reducir la incertidumbre en escenarios complejos de contratación económica, reduciendo a su vez los costos de transacción.

Desde el punto de vista de la Ciencia Política, también se acepta como premisa inicial la constatación de North de que las instituciones pueden reducir la incertidumbre, pero se critica que el autor, en su definición, las confunda con la tradición, la costumbre o la cultura. Helmke y Levitsky —dos autores que han estudiado las instituciones informales en las democracias latinoamericanas— las consideran un concepto ambiguo y las definen como “reglas socialmente compartidas, generalmente no escritas, que se crean, comunican y se hacen cumplir fuera de los canales autorizados oficialmente” (Helmke y Levitsky 2006: 5). En cambio, las instituciones formales dependen en cuanto a su creación, comunicación y ejecución de “canales que son generalmente aceptados como oficiales”. Es importante destacar que las instituciones políticas informales (Helmke y Levitsky 2006: 5)

— no son una cultura, porque los comportamientos asociados con una institución informal pueden no estar arraigados en valores sociales amplios sino en creencias de grupo particulares;

— no se refieren a ningún comportamiento desviado de las normas, porque pueden ser el resultado del diseño institucional formal o una creación paralela a él;

— no son acuerdos secretos, al contrario, son ampliamente conocidas en la política, ya que forman parte integral del funcionamiento del sistema político; tampoco son elementos ajenos al sistema institucional que escapen al control social.

Además, los autores señalan que, al contrario de lo que pueda pensarse, las instituciones políticas informales existen en las democracias consolidadas y, por tanto, no son patrimonio exclusivo de sistemas institucionales débiles o poco estructurados (Helmke y Levitsky 2006: 3; Farrell y Héritier, 2003; Azari y Smith, 2012). Otra constatación, atribuida a Ostrom (1986), es que ambos tipos de institución evolucionan al relacionarse e interactuar, de tal modo que las instituciones formales pueden generar o inducir una formalización de las informales. Esta dinámica se ha comprobado y descrito, por ejemplo, en el seno de la UE (Farrell y Héritier, 2003: 583-584).

En cuanto a las funciones que cumplen las instituciones informales en el conjunto del sistema, pese a que North explicó y reconoció el papel que tienen las instituciones informales como apoyo o soporte de acuerdos formales, no desarrolló este punto ni le dio a lo informal una función específica en la política (Espinosa y Barozet, 2017). Otros autores sin embargo sí han establecido una tipología de funciones desarrolladas por las instituciones políticas informales: “*Informal institutions, understood as the unwritten rules of political life, are seen to perform three functions: they complete or fill gaps in formal institutions, coordinate the operation of overlapping (and perhaps clashing) institutions, and operate parallel to formal institutions in regulating political behavior*”. (Azari y Smith, 2012: 37).

Helmke y Levistky (2006) categorizaron cuatro tipos distintos de instituciones informales. En primer lugar, identificaron las denominadas instituciones informales “complementarias” cuya función es asegurar la efectividad de las instituciones formales. Estas instituciones complementarias pueden ser de dos tipos, por un lado, las que completan un vacío que deja la articulación de las instituciones formales, y, por otro, las que conforman el substrato o la base para que puedan desarrollarse aquella. En segundo lugar, los autores categorizan las denominadas *accommodating informal institutions* cuyo rol es la creación de incentivos en el comportamiento de los actores políticos y sociales, de tal suerte que se modifican los efectos de las instituciones formales, pero sin que ello constituya una conducta tipificada, ni se viole la regla formal. En tercer lugar, se han identificado las instituciones competidoras, es decir, aquellas que generan incentivos contrarios a la existencia simultánea de ambos tipos de instituciones (formales e informales). Finalmente, se han descrito también las instituciones informales “substitutivas”, que se implantan cuando las instituciones formales resultan ineficaces para la consecución de los objetivos para los que fueron dispuestas.

Así pues, en otras disciplinas conexas al Derecho existe también una preocupación por identificar y explicar la existencia de prácticas informales cuya relevancia es indudable para comprender tanto el funcionamiento de las instituciones formales, como los resultados que arroja el engranaje completo. De hecho, como reconoce la doctrina alemana, el interés por la actuación administrativa informal saltó desde la sociología de las organizaciones al Derecho alemán, a través de los “estudios empíricos norteamericanos” en diversos ámbitos como el “déficit de ejecución en el Derecho medioambiental” (Schulze-Fielitz, 1993: 90-91). Ello puede significar que la informalidad ha ejercido un papel de “concepto puente”, ya que parece haber servido como “vía de recepción de conocimiento de otras disciplinas jurídicas” y de “instrumento que permite ‘traducir’ conocimiento extrajurídico e incorporarlo al Derecho” (Díez Sastre, 2018: 151).

2.2. Las distintas acepciones de la actividad informal en el ámbito jurídico

De acuerdo con Schulze-Fielitz (1993), la literatura jurídica ha empleado el concepto de informalidad con tres acepciones distintas. La primera acepción, a la que ya hemos hecho referencia, considera “lo informal como un concepto de la sociología de las organizaciones (y de las Administraciones)” (1993: 91-92), que no tiene ninguna atribución jurídica y que sirve de “concepto escoba” para explicar “objetivos organizacionales no formalizados, que no tienen por qué estar fijados jurídicamente (...)”. La potencialidad de estas modalidades informales de actuación en el ámbito de las organizaciones —también de las Administraciones— es que permite aflorar la necesidad de cambios en dichos organismos para poder adaptarse al entorno y al contexto en el que ejercen sus funciones (Schulze-Fielitz, 1993: 92).

La segunda acepción de la informalidad en la literatura jurídica adopta “lo informal como categoría jurídica crítica”, considerando la actividad informal como una alternativa, desviada de la norma, a la actuación formal. Esta concepción tiende a describir la actividad informal como una suerte de patología de la actuación administrativa que hay que reconducir a un cauce juridificado (Schulze-Fielitz, 1993: 92-93). En este sentido la utilizan, por ejemplo, Stober y González Varas (1995).

Finalmente, se ha entendido “la actuación administrativa informal como categoría empírica de la normalidad”. Esta concepción resulta de constatar la realidad del funcionamiento de las Administraciones y de la consideración “poco discutible” de que no todo comportamiento no regulado por el Derecho resulta antijurídico. (Schulze-Fielitz, 1993: 93)².

A primera vista, en una aproximación al concepto poco meditada o de trazo grueso, pudiera parecer que toda actividad informal de la Administración debiera ser calificada como ilegal, en tanto que la forma en el actuar administrativo se ha erigido en medida de su legitimidad y, también, de su legalidad. Y ello porque el procedimiento y el acto administrativo en el que este a menudo desemboca han centrado la articulación dogmática de nuestro Derecho Administrativo. Sin embargo, como destaca Schulze-Fielitz esta es una aproximación sesgada al quehacer de las Administraciones Públicas, porque en realidad la actuación administrativa informal puede ser tanto legal como ilegal (Schulze-Fielitz, 1993: 89-90).

² Así, “(...) en cierto modo resulta típico de toda la actuación de organizaciones y Administraciones que las reglas o, en su caso, los comportamientos informales complementen a los jurídicos. La actuación informal se presenta como una normalidad empírica tan inevitable como omnipresente, pues no es posible captar plenamente en reglas jurídicas la infinita diversidad de posibilidades de acción —de la Administración pública, por ejemplo—. (...) el concepto de lo informal pierde su potencialidad crítica con respecto a los modos formales de actuación; la actuación informal resulta así tan inevitable como generalizada y, en modo alguno, fundamenta per se una presunción de antijuricidad” (Schulze-Fielitz, 1993: 93).

Ciertamente, Schmidt-Assman ha destacado que “el Estado de Derecho no exige la juridificación de toda la actuación administrativa” (2003: 66). En esta línea se ha defendido también que la constatación y aceptación de la existencia de una actividad de tipo informal desarrollada por la Administración implica redefinir los contornos y el alcance del principio de vinculación positiva de la Administración a la Ley y reajustar su base, tanto a las normas constitucionales, como a la nueva realidad que supone el Estado social actual (Santaella Quintero, 2011: 93-94; en el mismo sentido también Agudo González, 2013: 136). Se ha afirmado que debe admitirse su actuación fuera de las formas procedimentalizadas siempre y cuando esta actuación pueda compagarse con el ordenamiento jurídico y no exista obligación de recurrir a formas predeterminadas de actuación (Schmidt-Assmann, 2003: 334). Todas estas actividades del Estado social que no pueden estar completamente predeterminadas por la Ley precisan de una Administración flexible, abierta a las aportaciones de disciplinas distintas a la del Derecho administrativo y, por tanto, sensibles a un enfoque multidisciplinario y a las aproximaciones cooperativas a los destinatarios de las normas (De Benedetto y Rangone, 2019).

Este trabajo parte también de la constatación que la actividad informal existe en la práctica administrativa —es una realidad fáctica— y puede observarse en múltiples ámbitos en los que la Administración ejerce sus funciones. De hecho, para aprehender correctamente el alcance de la actividad informal en conjunto del quehacer administrativo, tanto en Estados Unidos en los años cuarenta del pasado siglo, como en Alemania más recientemente se han realizado estudios de campo o trabajos de investigación de carácter empírico que han permitido extraer relevantes conclusiones a sus respectivos autores.

Por todo ello, en este trabajo, para ofrecer una definición de la actividad informal nos fijamos en su función como elemento crítico, con el fin de así poder delimitar sus contornos y singularizarla respecto de la simple actividad material. Para poder afirmar su existencia autónoma respecto de la actividad material, debemos preguntarnos para qué sirve la actividad informal en el conjunto de la labor administrativa.

2.2.1. ¿Qué entendemos por falta de forma?

En este punto, antes de continuar con el estudio de la actuación administrativa informal, y, para evitar confusiones, hay que tener en cuenta que cuando el Derecho administrativo alemán se refiere a las “formas” está denominando los instrumentos jurídicos que emplea la Administración para su actuación. Dichos instrumentos están claramente establecidos y enumerados por el ordenamiento jurídico (acto, reglamento, contrato y plan). Por ende, para el Derecho alemán, cualquier otra actuación administrativa que no adopte una de esas formas debe considerarse informal. Por ello, algunas actuaciones administrativas como la mediación, los informes que se evacúan en el procedimiento administrativo o las declaraciones de impacto ambiental son allí descritas como actuaciones informales.

Por el contrario, ni el Derecho administrativo norteamericano, ni el español comparten esta definición de actividad informal. En el caso español, la “forma” de la actuación administrativa alude más ampliamente al conjunto de trámites y requisitos jurídicos (formalidades) que son necesarios para vehicular la actuación formal de la administración. En este sentido, la doctrina española al pensar en una actuación informal, por regla general, identifica actuaciones completamente carentes de regulación —no están previstas en norma alguna—, y por ello, se niega la consideración de actuación informal a los informes, las declaraciones de impacto ambiental o al procedimiento de mediación, en tanto que su desarrollo y producción están explícita y detalladamente regulados en nuestro ordenamiento jurídico. En el caso norteamericano la informalidad, como hemos visto, se relaciona con la existencia de prácticas que realizan las agencias al margen o de forma alternativa de las normas de procedimiento que rigen su funcionamiento, prácticas que no están previstas en norma alguna y que, en determinados casos, acaban siendo un recurso alternativo a la adopción de actuaciones formalizadas.

En la dogmática alemana, Schmidt-Assmann constata que la actuación material se realiza mediante “acciones informales” poco estructuradas desde un punto de vista jurídico y cuyo objetivo es producir efectos fácticos, es decir, no jurídicos (2003: 332). La cuestión es desentrañar qué debemos entender, por “acciones informales”. Según el traductor de la obra de Schmidt-Assmann, en una nota aclarativa del concepto, las acciones informales son aquellas “conocidas en el Derecho alemán como ‘Realakte’, [que] se llevan a cabo por medio de una actuación material (de hecho) de la Administración. Ejemplo de ello serían: informaciones, informes, avisos, el riego de una calle o el conducir de un coche oficial” (Schmidt-Assmann, 2003: 332, Nota del Traductor). Sin embargo, creemos que esta definición arroja poca luz respecto al objeto de nuestro estudio puesto que no nos permite distinguir entre actuación material y actuación informal. Ambos tipos de actuaciones comparten la característica de no plasmarse en actos, normas o contratos administrativos. Por ello, la falta de forma —entendida en el sentido que da al concepto la dogmática alemana— no es un criterio útil para delimitar los dos tipos de actuaciones, formal e informal. En este sentido es preciso destacar que parte de la doctrina considera que al referirnos a la “actuación informal de la Administración” debemos tener presente que dicha expresión no es definitoria de un tipo de actividad administrativa concreta (Velasco Caballero, 1998: 57; Agudo González, 2013: 132). La actividad informal estaría conformada por todas aquellas actuaciones generadas fuera de los instrumentos formalizados que disciplinan la actuación administrativa y englobaría también a todas aquellas actividades que utilizan herramientas de dirección con pretensión de influir o motivar a la adopción de un determinado comportamiento o acción, sin recurrir a una forma predeterminada (Cerrillo, 2011: 89).

Por otro lado, y pese a constatar que tradicionalmente se ha considerado que la actividad informal como una subcategoría de la actuación material, puesto que como ella no tiene como principal misión producir efectos jurídicos, se ha defendido más recientemente que las actuaciones informal y material son dos categorías distintas

que se diferencian en que la actividad informal supone siempre una alternativa a la actuación formal, es decir, vive a la “sombra” de la actividad jurídica, lo que genera problemas jurídicos específicos que justificarían su autonomía (Fehling, 2012).

Como hemos dicho, al concepto de actividad formal no oponemos el de informalidad, sino el de actividad material. Desde esta conceptualización, la informalidad es una característica que describe y permite aglutinar una serie de actuaciones administrativas de carácter material que comparten “la falta de forma” (Velasco Caballero, 1998: 57; Agudo González, 2013: 133). Sin embargo, desde este punto de vista, reiteramos que la falta de forma no permitiría *per se* desligar la actuación informal de la categoría de actuación material. Pero, en cualquier caso, es preciso señalar qué debe entenderse o en qué consiste la falta de forma (Velasco Caballero, 1998: 57), que no puede equipararse de directamente, como ya hemos visto, a ilegalidad. Ya que la falta de forma, en sus tres acepciones clásicas (excluida aquella que la equipara con la actuación informal) no nos permite diferenciar entre actividad material y actividad informal, proponemos atender a otras características que nos faciliten delimitar los perfiles de ambas categorías.

La primera de estas características es que la actuación informal puede no estar prevista en norma alguna, es decir, que no hay una previsión normativa que le indique a la Administración que, en un determinado supuesto, puede recurrir a una actuación no jurídica. Dicho de otro modo, las Administraciones pueden actuar informalmente en múltiples ocasiones sin que exista un mandato legal expreso que las autorizase a ello (Belando Garín, 2005). El recurso a la actuación informal para la Administración estará disponible en tanto que esa actividad no constituya un comportamiento antijurídico (desde el punto de vista, administrativo o desde el punto de vista penal). Además, esa actuación será admisible siempre que se persiga el cumplimiento de objetivos de interés general y siempre y cuando se respete el ámbito competencial propio de la Administración u órgano actuante (Belando Garín, 2005).

La segunda característica que le sería propia es que la actuación administrativa informal puede contribuir a la producción de efectos jurídicos y está principalmente destinada a ello. Su función es esta en muchos casos, la de contribuir a la generación de dichos efectos. Se ha afirmado correctamente que, si bien mediante la actuación administrativa informal no es posible alterar el estado de las relaciones jurídicas (no se pueden crear, modificar o extinguir) (Carro y Almeida, 2005), no puede desconocerse que mediante la actuación administrativa informal se puede llegar a influir en dichas relaciones, puesto que este tipo de actividad genera una cierta vinculación. Esta mínima vinculación fáctica (Schmidt-Assmann, 2003; Fehling, 2012³; Agudo González, 2013; Carro y Almeida, 2015) ligaría a la Administración, en cierta medida, durante el desarrollo de la actuación formalizada con la que está imbricada

³ Los autores del Tratado dirigido por Schmidt-Assmann, Hoffmann-Riem y Voßkuhle, titulado *Grundlagen des Verwaltungsrechts* han acogido la noción de Fehling y a partir de esta característica establecen la distinción entre actividad material y actividad informal. Véase el vol. II, del Tratado, 2a ed., 2012, Beck.

aquella. En palabras de García-Andrade “(...) informalidad no equivale de manera necesaria a irrelevancia jurídica, pues generalmente el ordenamiento contempla que produzca o le asocia determinados efectos jurídicos (...)” (García-Andrade, 2021: 66).

Finalmente, la tercera característica de la actuación informal sería que, en determinados casos, puede constituir una alternativa a la actuación formalizada. De hecho, Fehling (2012) y la dogmática alemana contemporánea consideran que este es el rasgo esencial que permite distinguirla de la actuación material. En relación con esta última característica, y como enfatizan Carro y Almeida, incluso podría pensarse en una eventual exigencia para la Administración de actuar informalmente en determinados supuestos, y llegado el caso, en el establecimiento de elementos que encaucen dicha exigencia, atendiendo, por ejemplo, al principio de proporcionalidad. (Carro y Almeida, 2015). Otros autores, no obstante, consideran que el principio de proporcionalidad no incorpora ningún criterio general que implique o permita priorizar la actuación informal respecto de la formal establecida normativamente (Schmidt-Assmann, 2003: 334, citando a Bohne).

En los apartados que siguen analizaremos los tres sentidos tradicionales que se han atribuido a la “falta de forma” (no se plasma en acto, contrato, norma o plan; no tiene carácter vinculante; no está procedimentalizada), pero completaremos la reflexión añadiendo, para su contraste, las tres características que acabamos de enunciar y que consideramos que permiten delimitar mejor los contornos de la actuación administrativa informal.

2.2.1.1. Informalidad como no plasmación en un acto, contrato, norma o plan administrativos

De acuerdo con la doctrina, la informalidad puede referirse a cuatro circunstancias (Velasco Caballero, 1998: 57). En primer lugar, será informal toda aquella actuación de la Administración que no se manifieste mediante un acto, una norma, un contrato o plan (Stober y González-Varas, 1995: 575). El problema que plantea esta definición es que no nos permite diferenciar la actuación material, de aquella informal. Y ello porque, de acuerdo con Agudo González, “ (...) el amplio espectro de la actuación material de la Administración incorpora también actuaciones carentes de cualquier formalización (...), no sólo porque, lógicamente, no respondan a las categorías fundamentales del sistema de actos jurídico-públicos, sino también porque al no manifestarse por relación con un acto, norma o contrato, son ajenas a cualquier procedimiento administrativo, no obstante poder tener relación mediata o indirecta con esas actuaciones formalizadas (...)” (2013: 132-133). En definitiva, esta manera de entender la informalidad simplemente destaca que una actuación informal no está destinada (no tiene esa función) a producir efectos jurídicos de forma directa, aunque incidentalmente pueda producir alguno, a diferencia de los actos, normas, contratos o planes administrativos cuya principal característica es la capacidad de generarlos (Schulze-Fielitz, 1993: 108; Velasco Caballero, 1998: 57-58).

Sin embargo, y, por un lado, las actuaciones materiales -pese a no estar destinadas a ello- es posible que generen, a modo de efectos secundarios, consecuencias jurídicas de las que sí se pueden derivar “(...) específicas pretensiones procesales que pueden ejercitarse frente a tales actuaciones (así para la superación de un estado ilegal o en virtud de la responsabilidad patrimonial).” (Stober-González Varas, 1995: 574). Por otro lado, en cuanto a las actuaciones informales, y pese a que tampoco generen efectos jurídicos de forma directa, se pueden desarrollar con anterioridad o mientras se desarrolla el procedimiento, incluso pueden producirse con posterioridad a la finalización de este, en fase de ejecución -del acto, contrato, convenio, norma-, y están conectadas a actuaciones formalizadas cuyo fin último es precisamente ese, producir efectos jurídicos. Incluso pueden llegar a ser alternativas al propio procedimiento. Ciertamente se ha afirmado que “[L]a actuación informal se define como “alternativa” porque busca conseguir en una determinada situación unos efectos que con una actuación formal podría conseguir de manera más efectiva pero también con un mayor coste jurídico” (Schmidt-Assmann, 2003: 334). En el mismo sentido se pronuncia Fehling (2012) quien considera, como ya se ha apuntado, que la actuación administrativa informal está revestida de cierta eficacia vinculante, siendo además una opción para la Administración de libre disposición, frente al recurso a la actuación jurídica formalizada.

En nuestra opinión, además, también es imprescindible considerar que las actuaciones informales pueden no estar previstas en norma alguna. Esta es una diferencia relevante entre actuaciones informales y actuaciones materiales, puesto que las actuaciones materiales o bien están previstas expresamente como actuaciones preparatorias de un procedimiento, o bien son posteriores al desarrollo de un determinado procedimiento, o son su consecuencia (ejecución de un acto administrativo que ordena la demolición de un edificio), o bien están totalmente desconectadas de actuaciones formalizadas (prestación de un servicio médico, por ejemplo, una operación realizada en un hospital público, pese a que no pueda desconocerse que la prestación deriva del reconocimiento previo y formal del derecho a la atención médica por parte del servicio público de salud).

2.2.1.2. Actuación informal como actuación no procedimentalizada

Tradicionalmente, se ha contrapuesto informalidad a procedimiento. En esta segunda acepción, una actuación informal será aquella resolución o convenio cuya realización no venga condicionada por el desarrollo de un procedimiento administrativo concreto (Velasco Caballero, 1998: 58). Sin embargo, en nuestra definición anterior, la actividad informal no se plasma en una resolución o convenio adoptado al margen de las normas procedimentales que para ello se han dispuesto. Como decimos, la actividad informal está conectada -sin necesidad de que esté expresamente prevista, antecede de alguna manera, o se desarrolla en paralelo a- con la actividad formalizada que dará lugar a una resolución o convenio posterior, o bien, puede facilitar su ejecución posterior sin recurrir a actuaciones formalizadas.

Las diferencias que acabamos de señalar entre actividad material y actividad informal son, a nuestro modo de ver, clave, y pueden ejemplificarse como sigue. Si bien la prestación de un servicio, por ejemplo, la recogida de basuras por parte de unos operarios municipales (actividad puramente material de la Administración) no está destinada a generar efectos jurídicos, la causación de un daño antijurídico a un particular en su desarrollo – el camión golpea durante la maniobra a un coche produciéndole desperfectos- puede provocar que entre en juego la responsabilidad patrimonial de la Administración. Por tanto, una actuación material no destinada a generar efectos jurídicos los acaba provocando, pero como mero efecto secundario.

En el Derecho administrativo norteamericano observamos también esta definición -como actividad no procedimentalizada- de actividad administrativa informal. La doctrina estadounidense ha hecho hincapié en que la Administración Federal realiza, más o menos, un noventa por ciento de su actividad, ya sea de adjudicación, ya sea de producción de normas a mediante los denominados “*informal administrative processes*” (Gardner, 1977: 799). Estos procedimientos administrativos informales, no nos equivoquemos, implican una serie de trámites, menos gravosos y más flexibles que los previstos para los procedimientos denominados formales, pero no implican que la actuación administrativa quede fuera de un cauce procedimental concreto, previsto por la propia APA (Funk, 1993: 3; Aman, 1994). Recordemos que la *Administrative Procedure Act* (APA) -que regula el funcionamiento de las agencias federales aunque no sea un código de procedimiento administrativo exhaustivo, y se aplique solo de forma residual cuando la agencia actuante no disponga de normas procedimentales propias o específicas- distingue dos formas de actuación, la formal, regida por lo dispuesto en sus epígrafes 554, 555 y 556, y la informal, esto es la que queda circunscrita al epígrafe 553. En este último epígrafe se regula el proceso de aprobación de normas conocido como “*notice and comment*”.

Sin embargo, sobre esta clasificación dual que divide la actuación regulatoria de las agencias entre actuación formal y actuación informal debe aplicarse otra línea divisoria: la que, por un lado, diferencia actividad de *adjudication* que produce *orders* y que se conceptúa como una función cuasi judicial dedicada a resolver conflictos entre un número limitado de partes, de la que, por otro lado, se denomina actividad de producción de normas, o *rulemaking*, que se desarrolla cuando una ley del Congreso, al conferir poder normativo a la agencia, requiere que sus normas se produzcan “(...) *on the record after opportunity for an agency hearing*” (Long, 1978: 293-294). De este cruce de categorías surge la constatación que, en realidad, las agencias federales norteamericanas llevan a cabo buena parte de su actividad al margen, tanto de los procedimientos formales de aprobación de normas o de adjudicación, como del procedimiento informal de aprobación de normas (este procedimiento informal quizás sería el equivalente a un procedimiento simplificado, por utilizar una nomenclatura que nos resulte familiar). Por ello, junto a estas dos categorías debe situarse otra, de carácter residual (Aman, 1994: 672), pero categoría, al fin y al cabo, denominada “*informal agency action*” o actuación informal de la agencia. A este *tertium genus* la doctrina lo define como aquella

“ (...) agency action for which no statute specifies a procedure or for which the statutory procedure is less formal than formal adjudication or informal rulemaking. For example, the decision of the Secretary of Transportation to approve the routing of an interstate highway through Overton Park in Memphis, Tennessee (...) was an informal agency action because the statute requiring the Secretary's approval did not specify a procedure for making a decision” (Beerman, 2011).

Además, en Estados Unidos se ha argumentado que la tarea de elaborar una definición unívoca de actuación informal se ve dificultada por dos motivos. En primer lugar, porque el término adquiere diferentes significados dependiendo del contexto de la actividad de la agencia en cuestión (Aman, 1994: 665), y, en segundo lugar, porque, a pesar del marco binario impuesto por la APA, seguramente, es más exacto conceptualizar la dupla formalidad/informalidad como un espectro (como una gradación) más que como una dicotomía pura (Beermann, 2011). Finalmente, para comprender en su plenitud la importancia de la actuación informal de las agencias norteamericanas, hay que tener en cuenta que estas, además, gozan de un amplio margen de discrecionalidad para optar por desarrollar una modalidad de actuación más o menos procedimentalizada, u optar directamente por ejercer sus funciones a través de una actuación informal.

2.2.1.3. Actuación informal como actuación falta de carácter vinculante

Otra de las definiciones que se han venido a darse a la actuación informal de la Administración, en tercer lugar, pone el acento en la falta de carácter vinculante de tales actividades (Velasco Caballero, 1998: 58; Agudo González, 2013: 135; Schulte, 1993: 116). Estas actividades informales serían pues actuaciones de tipo fáctico faltas de “carácter soberano” cuya característica más destacada sería la ausencia de contenido regulatorio y de carácter vinculante (Stober y González-Varas, 1995: 573-574). Sin embargo, no siempre es sencillo determinar cuándo una determinada actuación está revestida de carácter vinculante en tanto que la Administración desarrolla actuaciones que “por la confianza que generan, son comparables en sus efectos a las típicas actuaciones imperativas o reguladoras” (Velasco Caballero, 1998: 58). De nuevo, esta definición de la actuación informal tampoco nos permite distinguir entre actuación material y actuación informal.

Los estudios empíricos norteamericanos de los años cuarenta al abordar la definición de actividad informal de las agencias también hicieron hincapié en la falta de carácter imperativo de este tipo de actuaciones, como elemento capital para categorizarlas⁴. Sin embargo, la clasificación de la actuación informal atendiendo a este criterio no excluye *de radice* que pueda tener un mínimo efecto vinculante. En este sentido, se ha considerado en primer lugar, que es actividad informal de una agencia aquella dirigida a vincular a los órganos administrativos subordinados, pero que no es legamente obligatoria para los ciudadanos. En segundo lugar, también se ha considerado actuación informal aquella dirigida a órganos subordinados pero que no es

⁴ *Final Report of the Attorney General's Committee on Administrative Procedure*, S. Doc. No. 8, 77th Cong., 1st Sess. 35 (1941).

vinculante ni para estos ni para los ciudadanos. Finalmente, se ha considerado que también es actividad informal de una agencia aquella actuación que tiene como destinatarios a los ciudadanos pero que no les obliga legalmente (Aman, 1994: 665). Obsérvese que en la primera definición la actuación informal de la agencia está revestida de carácter imperativo *ad intra*, esto es respecto de aquellos órganos que están subordinados al que actúa.

Esta gradación planteada por Aman, es importante en tanto que las agencias norteamericanas han transformado la naturaleza de sus actuaciones, substituyendo progresivamente la aprobación de normas, por la elaboración de guías o documentos de orientación dirigidos al público y a los sectores regulados pero que jurídicamente no están revestidos de ningún efecto vinculante. Es decir, algunas agencias han substituido una actuación formalizada en mayor o menor medida, según el procedimiento seguido para la elaboración y aprobación de normas, por una actuación informal. Estas actuaciones son informales en cuanto no suelen estar previstas explícitamente en normativa alguna que regule la actuación de la agencia. También son informales respecto a la falta de forma jurídica (no es un acto, contrato o norma). Además, debería considerarse igualmente informal por a su falta de efectos vinculantes. Y, finalmente, será informal también porque no existe un procedimiento previsto para su elaboración. Lo sucedido, por ejemplo, en el marco de la *Food and Drug Administration* (FDA) explica claramente esta tendencia. Como destaca Rakoff (2000), a partir de los años noventa del pasado siglo, dicha agencia ha aumentado de manera sistemática y de forma “sorprendente” la producción de documentos destinados a brindar orientación a la industria regulada, pese a que dichos documentos no han sido adoptados mediante procedimientos públicos o previstos en norma alguna.

Esta situación suscitó las quejas del sector regulado y la intervención de los Tribunales al considerarse que se había alterado (o directamente soslayado) el procedimiento mediante el que deben adoptarse determinadas regulaciones. Bajo presión de la industria, y en cierta medida también de los tribunales, la FDA respondió adoptando un procedimiento de carácter público, muy parecido a un procedimiento de reglamentación, con el fin de producir estos “documentos de orientación” (Guidelines). Bajo este término “documentos de orientación” o guías, si bien no se entienden comprendidos los discursos pronunciados por los miembros o representantes de las agencias, o las cartas de advertencia, sí se engloban los documentos dirigidos al personal de la agencia o al público. Estos documentos abordan “la evaluación o aprobación de nuevos medicamentos propuestos; la producción y prueba de productos regulados; los procedimientos de inspección y ejecución de la agencia; o documentos que describen ampliamente ‘la política de la agencia y el enfoque regulatorio de un problema’” (Rakoff, 2000: 168). Pese a que la FDA se esmera en explicar que los documentos de orientación o guías “no son legalmente vinculantes para el público o para propia la agencia”, sino que son más bien criterios sobre cómo cree la agencia que las normas se aplican a ciertas actividades reguladas, dichos documentos han tenido importantes consecuencias prácticas sobre casi todos los ámbitos de su competencia. Por lo demás, cuando la agencia ejerce sus competencias mediante actuaciones más

o menos formalizadas -en términos de la APA- destinadas, estás sí, a producir efectos jurídicos vinculantes para el sector regulado (aprobar un medicamento, sancionar a una empresa, etc.), tiene en cuenta, necesariamente, las guías o documentos de orientación anteriormente aprobados, como elemento de evaluación o ponderación de la conducta del sujeto regulado. Esto indica que, pese a que estos carezcan de efectos jurídicos, están conectados con actuaciones que sí los desplegarán.

Lo explicado es un ejemplo claro de que la actuación formal fue substituida por una alternativa actuación informal, es decir, dejaron de aprobarse normas para pasar a elaborarse guías o recomendaciones por parte de la agencia. Dichas guías se aprobaron, en un primer momento, sin sujeción a procedimiento alguno, cosa que fue posteriormente corregida, como hemos visto, por los Tribunales, que exigieron unas mínimas garantías al respecto. En el ejemplo que venimos comentado se puede constatar que se ha actuado informalmente, de forma intencionada, para evitar recurrir al procedimiento de elaboración de normas. De nuevo, estamos ante una actuación unilateral de la Administración de tipo informal en el ámbito de la supervisión, cuyo desarrollo ha evitado el despliegue de otras formas de actuación, estas sí, formalizadas (Fehling, 2012).

En el marco de nuestro ordenamiento jurídico, Belando Garín -al hilo del análisis de los avisos formulados por la Comisión Nacional del Mercado de Valores (CNMV)- afirma que estas advertencias -que son consideradas por la autora una manifestación de la actividad informal- se han elaborado sin que exista una previsión normativa que autorice a la Comisión para ello y sostiene que únicamente pueden ser válidas, en primer lugar, si están destinadas a la protección del interés público y, en segundo lugar, cuando queden amparadas en el marco genérico de la Ley. Además, la autora incluye un tercer condicionante para admisión de dichas advertencias y este es que dichas actuaciones no lesionen los derechos de los administrados o creen nuevas obligaciones. Por tanto, en su opinión, no podrían admitirse advertencias de la CNMV que generen perjuicios reputacionales para determinadas empresas, pese a su carácter puramente informal (Belando Garín, 2005: 110-113).

Otro ejemplo de actuación que ha sido considerada informal, en este caso por parte de los Tribunales de Justicia, es el recogido por García-Andrade (2021: 57-58) relativo a la STS de 30 de abril de 2008, rec. 5500/2005, en la que el Tribunal Supremo dirime, en casación, una controversia relacionada con una carta del Ministerio de Ciencia y Tecnología dirigida a varias cadenas de televisión con el requerimiento de que se abstuvieran de difundir un anuncio publicitario que había suscitado las quejas formales del Colegio de Médicos de Madrid, al considerar que atentaba contra la dignidad de los profesionales médicos. Para adoptar dicho requerimiento el Ministerio no siguió procedimiento alguno. El Tribunal consideró que, pese a que el Ministerio tenía atribuidas potestades de control e inspección respecto de este tipo de actividad publicitaria, había obrado adoptando una actuación informal emitiendo una mera petición y no propiamente un acto administrativo. Por tanto, las cadenas de televisión eran libres de darle cumplimiento o no y, en consecuencia, dicha actuación informal no estaba sujeta a ninguna obligación procedimental. A todo ello hay

que añadir que dicho tipo de actuaciones, como hemos defendido, no precisan “ni tan siquiera de la habilitación expresa para su actuación, sino que revisten la misma naturaleza que las actuaciones que los particulares adoptan en el ejercicio de su autonomía de la voluntad, por lo que son lícitas” (García-Andrade, 2021: 58). Pese a que dichas actuaciones no precisen de una habilitación expresa, no debe entenderse que comparten la misma naturaleza de aquellas realizadas por particulares, puesto que el fundamento de la actuación de la Administración siempre se hallará en las cláusulas generales de apoderamiento para actuar al servicio de los diversos intereses públicos. En este caso, la Administración no está ejerciendo potestad alguna; está obrando en pro del interés general, pero ha elegido un medio alternativo al uso de aquella que, pese a no estar explícitamente previsto o habilitado en norma alguna, está a su disposición.

2.3. Los ámbitos en los que opera la informalidad

2.3.1. Introducción

Si bien se ha dicho que la actuación informal no debe considerarse *per se* ilegal por no ajustarse a formas jurídicas predeterminadas, puede asumirse como criterio de clasificación el riesgo de que la actividad informal pueda resultar ilegal. Atendiendo a este criterio que acabamos de enunciar, pueden señalarse cuatro ámbitos en los que la actividad informal manifiesta un mayor o menor riesgo de erosión del marco legal que disciplina el conjunto de la actuación administrativa (Schulze-Fielitz, 1993: 97-100). Estos sectores o ámbitos se ordenan en función del mayor o menor riesgo de que la Administración con su actuación informal acabe cometiendo una acción ilegal o acabe causando un perjuicio a los derechos e intereses de terceros.

A esta clasificación, por supuesto, podrían superponérsele otras como, por ejemplo, aquella que pone el acento en la unilateralidad o bilateralidad de las actuaciones informales (Fehling 2012; Carro y Almeida, 2015). Por un lado, se califican como actuaciones informales unilaterales todas aquellas actuaciones que se plasmen en acciones unidireccionales dirigidas desde la Administración hacia la colectividad (generales) en general o bien hacia un destinatario o destinatarios concretos (singulares). En este grupo se incluirían todas las actuaciones informales que constituyen guías, consejos, recomendaciones de las Administraciones públicas dirigidas a los ciudadanos, cuya virtualidad sea justamente la de influir en el comportamiento de los destinatarios para que reconduzcan sus actuaciones a lo que la Administración indica, sin necesidad de que esta actúe potestades públicas que conlleven la adopción de actuaciones formalizadas. Este tipo de actuaciones informales conllevan afectaciones de distinta intensidad respecto de los derechos e intereses de sus destinatarios, lo que en algunos supuestos puede dificultar su distinción de los actos administrativos formales en cuanto al grado de vinculación o de obligatoriedad, cuestión está que en muchos casos puede generar confusión entre los destinatarios (Velasco Caballero, 1998). Por otro lado, podríamos encuadrar dentro la actuación administrativa

informal bilateral todos aquellos supuestos en los que la Administración despliega negociaciones con los particulares siempre y cuando dichas negociaciones no estén previstas como parte de un proceso formalizado de adopción de actos, contratos o convenios o normas. Son procesos negociales que se desarrollan en el marco, o al calor, de un procedimiento formalizado, pero que no pueden confundirse con él. Por otro lado, estas negociaciones pueden tener tres objetivos distintos. En primer lugar, pueden ser la antesala y un medio para facilitar la aprobación de una futura norma o resolución administrativa y contribuyen a la producción de efectos jurídicos cuando eventualmente se desarrolle la actuación formalizada. En segundo lugar, pueden ser un mecanismo que evite la aprobación de una norma, constituyéndose así en una alternativa a una acción formalizada. Y, en tercer lugar, pueden ser un elemento que facilite la aplicación o ejecución de una norma, cuando exista agrado notable de flexibilidad -discrecionalidad- en la misma (Fehling, 2012; Carro y Almeida 2015).

2.3.2. La actividad informal como alternativa a la actividad interventora

En cualquier caso, tiene un valor especialmente relevante la clasificación de ámbitos que plantea Schulze-Fielitz (1993) puesto que permite distinguir los potenciales efectos lesivos de la legalidad que conlleva la actuación informal, lo que a su vez facilita que posteriormente se pueda diseñarse un conjunto de elementos que permitan articular su control (cosa que no es objeto de este trabajo). Pese a que dicha clasificación inspira las siguientes páginas, nuestra ordenación de los ámbitos en los que opera la informalidad incide en otras consideraciones, como veremos a continuación.

Para el autor recientemente citado, en primer lugar, la actividad informal se desarrolla en aquellos ámbitos en los que la actuación administrativa interventora de carácter imperativo queda preterida, e incluso substituida por aquella. Así, el acto administrativo si bien es fruto formalmente de procedimiento administrativo, en substancia, su contenido ha sido acordado previamente por la Administración con el destinatario o destinatarios de este, o bien la Administración ha influido de tal forma en el comportamiento del eventual destinatario del acto que ya no se requiere la emisión del mismo, a través de un procedimiento determinado, en tanto que la Administración ya ha conseguido los resultados esperados del acto por otros medios. Obviamente, en este supuesto la actuación administrativa informal no debe estar prohibida por el ordenamiento jurídico, especialmente, debe respetar los principios que informan la actuación administrativa y, por tanto, no debe ser constitutiva de vía de hecho o de ilícito penal. En este caso, como vemos, el riesgo de la ilegalidad de la actuación informal es alto. En ámbitos en los que rige la vinculación positiva a la Ley, cuánto más completa substantivamente sea la norma aplicable y más preciso sea el procedimiento administrativo que debe seguirse, menor margen habrá para que la Administración pueda desarrollar actuaciones de carácter informal, aunque existe la posibilidad de recurrir a estas.

Un ejemplo en el que la actividad imperativa de la Administración queda preterida o directamente substituida por la actuación informal, lo encontramos en el

Derecho administrativo estadounidense, en el ámbito tributario. En este sector se ha constatado que la inmensa mayoría de las modificaciones de las declaraciones de la renta, derivadas de una auditoría previa, se realizan de manera informal. La Administración contacta con el ciudadano y le solicita informalmente regularizar la declaración. De nuevo, en la gran mayoría de casos, el ciudadano modifica o regulariza su declaración, es decir, coopera con la Administración. Como destaca Aman, para que este tipo de actuación informal de la Administración sea efectiva es necesario que el ciudadano voluntariamente acepte la sugerencia o petición de la Administración. Para que esta aceptación voluntaria se produzca tiene que haber poderosas razones persuasivas e incentivos efectivos. Estas razones serían, en primer lugar, la relativa claridad de la normativa tributaria; en segundo lugar; los altos costes que implica la litigación contra la Administración; en tercer lugar, las posibles sanciones a las que se enfrenta el contribuyente en caso de que los tributos no sean pagados en tiempo y forma; y finalmente, las escasas probabilidades de éxito en caso de ser necesario accionar un proceso formal o una actuación judicial (Aman, 1994: 666-667). En este escenario, los procedimientos formales se reservan para aquellos supuestos de difícil interpretación de la norma tributaria y para cuantías o supuestos especialmente relevantes (Aman, 1994: 667).

No obstante, hay que destacar que el elemento consensual o cooperativo no es definitorio o determinante *per se* de la actuación informal, puesto que otras manifestaciones de la actuación administrativa informal serían justamente estos actos unilaterales de la Administración (ruegos, indicaciones, directrices, etc.) que sus destinatarios cumplen porque les interesa evitar que la Administración adopte actos jurídicamente vinculantes (Fehling, 2012). En este supuesto hay que tener en cuenta, además, que la Administración tributaria norteamericana siempre podrá recurrir, en determinados supuestos, a desarrollar una actuación formalizada, aunque pueda estar desaconsejada en términos de eficacia y eficiencia. En este caso que comentamos estaríamos ante una actuación informal (de supervisión) que se materializa en un ruego al ciudadano para que ajuste su declaración al contenido indicado por la Administración, lo que substituye la actuación formalizada por parte de este (Fehling, 2012).

Esta actuación informal de la Administración que venimos analizando -que no está explícitamente prevista en las normas aplicables- se produce en un ámbito donde el elevadísimo número de actuaciones (se cuentan por millones, obviamente), complica, aunque no impide, en el contexto norteamericano, que puedan desarrollarse actuaciones de tipo formalizado. En este sentido, y desde el punto de vista de la dogmática alemana más reciente, la actividad informal es característica de aquellos supuestos en los que existe una alternativa jurídicamente formalizada (Fehling, 2012). Por tanto, la Administración debe poder escoger entre actuación formal (acto, contrato, norma, plan) e informal. Es justamente esta posibilidad de elección el elemento que puede causar problemas desde un punto de vista de la legalidad, con el riesgo de una consiguiente erosión del Estado de Derecho y la elusión de las normas aplicables (Fehling, 2012).

2.3.3. *La actividad informal consensual*

En segundo lugar, la actividad informal puede desarrollarse a modo de “procesos decisorios preparatorios” antes de que se tramite un procedimiento administrativo formal en sectores marcados por una gran complejidad. En el supuesto que tratamos ahora ya no estamos ante una actuación informal producida frente a un destinatario o ciudadano concreto (o grupo determinado de ellos) sino de lo que se trata, en primer lugar, es de generar resoluciones administrativas de “carácter general y abstracto o de decisiones de planeamiento en forma de normas jurídicas o en forma de resoluciones de certificaciones de planeamiento al final de un proceso decisorio siempre complicado” (Schulze-Fielitz, 1993: 98). Este ámbito en el que se produce la actuación administrativa informal también abarca aquellos supuestos en los que la Administración “lo que persigue es llegar, tras las pertinentes negociaciones con los ciudadanos afectados, a contratos de Derecho público, en lugar de a actos administrativos unilaterales y autoritarios.” (Schulze-Fielitz, 1993: 98). Esta actividad informal consensual también puede desplegarse con anterioridad al desarrollo de procedimientos de elaboración de normas administrativas.

En algunos casos, el proceso para alcanzar dichos acuerdos o convenios se ha tornado más farragoso en términos temporales y de costes, y ello porque la resolución que se adopte no solo afectará a los participantes en el proceso si no que puede llegar a tener efectos directa o indirectamente sobre terceras personas -que se han excluido de esta fase preparatoria-, personas que únicamente podrán hacer valer sus derechos e intereses en un momento ulterior bastante alejado del momento inicial en el que se preconfiguró el contenido y el sentido de la resolución que será producto ya de un procedimiento administrativo determinado (Schulze-Fielitz, 1993: 99). El peligro del desarrollo de la actividad informal en este ámbito es justamente el no atender, no tener en cuenta, los derechos e intereses de terceros, lo que podría constituir una actuación antijurídica de la Administración en diferentes planos, es decir, en el ámbito del Derecho administrativo, pero también del Derecho penal (negociaciones prohibidas a funcionarios, prevaricación, etc.). Para evitar esta eventual antijuridicidad, hay que distinguir entre los diferentes estadios en los que se adoptan las políticas públicas y las decisiones administrativas y, cuando proceda, tramitar las distintas fases del procedimiento administrativo de acuerdo con su configuración legal.

Este segundo ámbito en el que se desarrolla actividad informal de la Administración nos recuerda también, y de algún modo, a lo que en Estados Unidos ha venido a denominarse regulación negociada. La regulación negociada empezó siendo un experimento -una actuación puramente informal- de la Agencia federal de Aviación Civil, en 1983, en la que se organizaron una serie de encuentros con la industria regulada para verificar en qué condiciones y por cuánto tiempo podían volar con seguridad los pilotos (Aman, 1994: 167). Esta forma de abordar la elaboración de textos normativos tomó carta de naturaleza en Estados Unidos en 1990 cuando se aprobó la *Negotiated Rulemaking Act* (Ponce, 2019: 104). De este modo, prácticas

informales de negociación que venían desarrollándose por las agencias, se han visto respaldadas y previstas en una norma específica. En este caso observamos cómo una práctica administrativa informal ha sido acogida por el ordenamiento jurídico, ampliando a su vez las formas procedimentales previstas para la elaboración de normas. Al amparo de la *Negotiated Rulemaking Act*, en algunos casos, las agencias federales norteamericanas elaboran sus propuestas normativas no a nivel interno recurriendo a la opinión y al criterio de sus expertos, sino abriéndose al exterior a través del procedimiento de regulación negociada. Téngase en cuenta que este procedimiento es una vía para generar propuestas normativas y no un procedimiento para aprobarlas. En el proceso, están llamados a participar todos aquellos que tengan intereses que puedan resultar afectados por la regulación que finalmente se apruebe y pretende conseguir una propuesta de consenso, lo que reduciría posteriormente la oposición de los destinatarios de la norma y las impugnaciones judiciales contra ella (Strauss, 2105: 270-271). Nada garantiza no obstante que se acaben teniendo en cuenta los intereses de todos o que todos los potenciales afectados sean llamados a participar, con lo que esta forma de elaboración de normas tampoco asegura completamente que se vayan a proteger los derechos e intereses de terceros. También se ha apuntado que este tipo de procedimientos pueden acortar los plazos de tramitación y aprobación de la normativa. Estos dos objetivos (evitar impugnaciones y acortar los plazos), no obstante, parecen no haberse materializado en todo su potencial de acuerdo con los estudios empíricos que se han desarrollado al respecto (Coglianese, 1997).

Este ejemplo nos permite observar cómo una actuación puramente informal, ley mediante, se ha convertido en una actuación más procedimentalizada, sin llegar a constituir una actuación formalizada, de acuerdo con lo establecido en la APA. Cobra sentido entonces la consideración de que los conceptos de formalidad e informalidad no constituyen una dicotomía sino un espectro. Hay que destacar que esta forma de elaborar proyectos normativos garantiza la publicidad de las actuaciones, no son, por tanto, negociaciones secretas las que se desarrollan a lo largo de este proceso. Además, este un mecanismo bien conocido por todos los actores del sistema (Administración, ciudadanos, empresas, etc.) al que pueden recurrir las agencias discrecionalmente. El procedimiento de *reg-neg* es de uso común por parte de las agencias norteamericanas, pero no es el mecanismo predominante para la producción de normas, y, pese a las bondades que se le atribuyen, por lo menos, entre la doctrina ha generado alguna crítica puesto que: “*The negotiation process, perhaps unsurprisingly had produced compromises that if closely examined would be found to have been unauthorized. This politically satisfying outcome is hard to square with commitment to the rule of law*” (Strauss, 2015: 272).

En este ámbito también la doctrina europea ha destacado la importancia de la actividad informal, adjetivada en este caso como consensual. Este tipo de actividad informal abarca actuaciones no previstas en la normativa aplicable al procedimiento de elaboración de normas o en la normativa relativa a los procedimientos para su ejecución que pueden ser “negociaciones previas, acuerdos y promesas de flexibilidad” (Schmidt-Assmann, 2003: 336; también Fehling, 2012), que no son jurídicamente

vinculantes pero que contribuyen a la generación de efectos jurídicos una vez finalizados los procedimientos formales en los que resultan imbricadas. Estas negociaciones -se ha dicho- “se mueven a la sombra del Derecho” y no son indiferentes a su contenido, ni lo evitan adrede, e incluso buscan tener en cuenta todos los intereses en presencia que puedan resultar afectados, del mismo modo que lo haría un procedimiento formalizado (Schmidt-Assmann, 2003: 336).

En el trabajo de Fehling (2012), al establecer una tipología de actuaciones administrativas informales, se incluyen aquellos preacuerdos a los que llegan Administración y terceras partes implicadas (sectores regulados, grupos organizados de ciudadanos o personas determinadas) y que son previos a la iniciación de procedimientos de elaboración de normas o de actos administrativos, sobre todo en los casos en los que el acto administrativo es una autorización. En este último caso se constata una práctica del todo habitual en la que la Administración y el interesado en obtener una autorización -en aquellos supuestos en los que se debe autorizar un proyecto de enorme envergadura e inversión económica elevada- entablan negociaciones previas en las que se esclarecen puntos, se fijan posiciones e interpretaciones previas de la normativa aplicable, por ejemplo. Estas negociaciones previas, no obstante, y en nuestra opinión, no parecen ser una alternativa al procedimiento formalizado que deba seguirse posteriormente para evacuar la preceptiva licencia, pero sí facilitarían y permitirían aligerar su tramitación y acomodar el contenido del acto al contenido determinado en el preacuerdo al que hacemos referencia. Por descontado, tampoco el contenido de las negociaciones substituye al acto administrativo que deba evacuarse, pero si lo condiciona en cierta medida.

2.3.4. *Actividad informal y vinculación negativa a la Ley*

El tercer ámbito en el que se desarrolla la actuación informal de la Administración lo constituye aquél en el que la Administración actúa de acuerdo con un régimen de vinculación negativa a la Ley. En este caso el riesgo de afectación a la legalidad es inferior al de los supuestos que hemos descrito con anterioridad (Schulze-Fielitz, 1993: 99). Y ello porque los objetivos o las modalidades de la acción administrativa no están predeterminadas por una ley o solo lo está en sus principios. De acuerdo con el autor últimamente citado, serían ejemplos paradigmáticos de este tercer supuesto el ámbito de la acción de fomento y de la Administración prestacional. A nuestro juicio, sin embargo, en el quehacer de la denominada “Administración social”, lo que predomina, más que la actuación informal de la Administración es su actividad técnica y también material, aunque tal expresión ha sido rechazada por la doctrina en este ámbito (Rodríguez de Santiago, 2007).

Si bien la densidad normativa es escasa en este sector de referencia (Rodríguez de Santiago, 2007: 55), siendo pues necesario el complemento de normas de inferior rango y también de planes y programas, la actuación prestacional de la Administración, es decir, la prestación de “asistencia social” (concepto que puede aglutinar

servicios dirigidos a la discapacidad o la dependencia, etc.) (Rodríguez de Santiago, 2007: 82), puede reconducirse a un concepto amplio y flexible de procedimiento administrativo (Rodríguez de Santiago, 2007: 139). Bajo este paraguas, en este tipo de procedimientos ya se prevén (a diferencia de la actuación informal, que no está prevista) una serie de actuaciones técnicas que se desarrollan como elemento previo pero concatenado al resto del proceso (por ejemplo, evaluaciones preliminares sobre el estado de salud o las necesidades del solicitante de la prestación) que acaba con la evacuación de un acto administrativo, que es elemento del proceso que despliega plenos efectos jurídicos. Si bien, como ha destacado la doctrina, el potencial regulatorio de dicho acto se materializa en el reconocimiento de un derecho, lo central -lo capital- en estos supuestos es cómo se concreta y desarrolla efectivamente la prestación a la que el beneficiario tiene Derecho (reconocido en un acto administrativo) y esto se produce mediante actuaciones técnicas, por un lado, y materiales, por otro. La finalidad de las actuaciones técnicas de valoración -dentro del amplio margen que dejan las normas- que acaban conformando la prestación a la efectivamente va a acceder una persona (Rodríguez de Santiago, 2007), por lo general, no es contribuir a la producción de efectos jurídicos, sino que con ellas se determina (se precisa, si se prefiere) la prestación a la que beneficiario tiene Derecho.

Si establecemos una comparación entre las funciones que desarrollan las instituciones informales —categoría de la Ciencia Política (*vid.* epígrafe 2.1)— y las funciones que venimos atribuyendo a las actuaciones administrativas informales podemos observar que ambas operan de forma paralela, en numerosas ocasiones, a instituciones y actuaciones formales, en la regulación del comportamiento político, por un lado, y en la regulación de las relaciones entre Administración y administrados, por el otro. Asimismo, al igual que las instituciones informales complementan el funcionamiento de las formales, las actuaciones administrativas informales permiten llenar los huecos que deja la aplicación de normas de escasa densidad regulatoria, facilitando, por tanto, el funcionamiento correcto de todo el engranaje administrativo.

2.3.5. *Actividad informal y conformación interna de la actuación administrativa*

Finalmente, atendiendo al riesgo de quiebra del principio de legalidad, el cuarto ámbito en el que Schulze-Fielitz identifica la presencia de un alto componente de actividad informal es en aquellos supuestos en los que la Administración aprueba reglas “que no despliegan una eficacia práctica inmediata frente a los ciudadanos, sino que tienen una significación meramente interna”. En este cuarto ámbito, por cuanto no se afecta a terceros externos a la organización administrativa, el riesgo de desarrollar una actuación informal que pueda ser considerada ilegal es mínimo (Schulze-Fielitz, 1993: 100). El autor afirma que el hecho de que estas actuaciones puedan estar previstas normativamente no impide considerar que el cómo se llevarán a cabo las sitúe en el terreno de la informalidad, al quedar reservado su desarrollo a la conveniencia de la propia Administración.

Si entendemos bien la explicación del autor citado, se está refiriendo en este supuesto a la conformación interna de la actuación administrativa, es decir, a cómo puede organizarse ya sea el ejercicio de las funciones que le son propias o bien la actuación de sus competencias, dentro de los amplios márgenes que permite el ordenamiento jurídico. A nuestro modo de ver, este tipo de actuaciones en las que la Administración establece o aprueba planes y programas de actuación (por ejemplo, para ejercer la actividad de fomento; para ejercer la potestad inspectora en materia tributaria, de seguridad social, de medio ambiente, etc.), en las que elabora y aprueba de reglas de carácter interno no revestidas de carácter vinculante *ad extra*, cuestión discutida hasta la fecha (Velasco Rico, 2015), difícilmente podrían ser consideradas informales. A nuestro juicio no son actuaciones informales porque suelen estar previstas en normas que exigen su elaboración a la Administración en múltiples sectores, y, además, tampoco se comportarían como una alternativa a una actuación administrativa formalizada (Fehling, 2012). Finalmente, la vocación de la actuación por la que se adoptan estos planes o programas de carácter intraadministrativo no es la de contribuir a la producción de efectos jurídicos de forma conexas a una actuación formalizada, sino la de organizar recursos y prioridades de órganos y unidades administrativas para acometer el desarrollo de sus funciones.

3. A MODO DE CONCLUSIÓN

En las páginas anteriores hemos intentado ofrecer criterios que permitan desgajar la actuación administrativa informal de la denominada actuación material. Estos criterios permiten dotarla de una sustantividad propia y de un carácter distinto al de la actuación material. Las funciones de ambas nociones en el conjunto del quehacer administrativo son distintas. La actuación informal de la Administración funcionaría a modo de elemento facilitador del sistema, ya sea cubriendo los espacios dejados por los procedimientos que rigen la actuación formalizada y facilitando así la consecución de los objetivos de estos, ya sea haciendo evolucionar las formalidades —los procedimientos, en definitiva— previstas normativamente. Igualmente, la actuación informal se presenta, en algunos casos, como alternativa y acaba substituyendo a la actuación formalizada cuando el ordenamiento jurídico no prevé específicamente una forma de actuación concreta.

Estas funciones y efectos de la actuación administrativa informal tienen poco que ver con los propios la actuación administrativa considerada “material”, en los términos en los que en este trabajo la hemos definido. Por todo ello, a nuestro modo de ver, es posible reconstruir una subcategoría distinta dentro de las actuaciones administrativas no sujetas a procedimiento o forma alguna.

A nuestro modo de ver, y resumiendo las principales tesis que se han defendido a lo largo del trabajo, la actuación administrativa informal se caracteriza por no plasarse en un acto jurídico, no estar sujeta a formalidades procedimentales y no estar prevista en norma alguna. Además, la actuación administrativa informal —a dife-

rencia de la actuación material cuya vocación es producir efectos fácticos o alterar la realidad de las cosas— está siempre imbricada o relacionada con actuaciones formalizadas y actos jurídicos y contribuye a facilitar su adopción o su posterior ejecución por las partes concernidas. La actuación informal de la Administración está llamada a posibilitar la generación de efectos jurídicos, a través de los actos jurídicos que ayuda a producir y puede estar provista de ciertos efectos vinculantes. Recordemos que la actuación informal suele darse al calor de —o entrelazarse con— un procedimiento administrativo, facilitando que este llegue a buen término. Finalmente, y en tanto que el ordenamiento jurídico no exija un determinado curso de actuación a la Administración, es decir, no le imponga un determinado procedimiento o la adopción de un determinado acto jurídico para la consecución de un fin de interés general, la actuación informal puede ser un recurso alternativo del que dispone la Administración en el ámbito de sus competencias. En este sentido, puede defenderse que, si la Administración está habilitada normativamente para actuar en una determinada materia mediante actuaciones formales, ejerciendo sus potestades, también lo está implícitamente para recurrir, si no lo impide la normativa aplicable, a la actuación informal (Schmidt-Assmann, 2021: 166).

La vocación de este trabajo es reconstruir teóricamente la categoría de la actividad administrativa informal en el plano del Derecho administrativo general. Nuestras conclusiones deberán ser contrastadas, en el futuro, mediante el estudio de ámbitos específicos de actuación administrativa, para poder validar o refutar, total o parcialmente, las premisas que aquí se presentan. Este trabajo más profundo será necesario en tanto que, como nos muestran otros ordenamientos jurídicos que hemos tomado de referencia, el recurso a este tipo de actuaciones es una tendencia que se está acelerando de forma rápida. También deberá explorarse, creemos, con detenimiento la interacción entre la actuación administrativa informal y el nuevo paradigma tecnológico en el que se están adentrando nuestras Administraciones Públicas.

4. BIBLIOGRAFÍA

- Jorge AGUDO GONZÁLEZ, “Actuación material e informalidad. El ejemplo de la concertación con la Administración”, *Revista Aragonesa de Administración Pública*, núm. 41 42, 2013, pp. 123-172.
- Iñaki AGUIRREAZKUENAGA, *La coacción administrativa directa*, Madrid: Civitas, 1990.
- Alfred AMAN, “Informal Agency Actions and U.S. Administrative Law Informal Procedure in Global Era”, *American Journal of Comparative Law*, Supplement, núm. 42, 1994, pp. 665-682.
- Julia R. AZARI y Jennifer K. SMITH, “Unwritten rules: informal institutions in established democracies”, *Perspectives on Politics*, núm. 10(1), 2012, pp. 37-55.
- Harmut BAUER, “¿Transformación radical en la doctrina del Derecho Administrativo? Las formas y las relaciones jurídicas como elementos de una dogmática jurídico-administrativa actual”, *Documentación Administrativa*, núm. 234, 1993, pp.133-160 .
- Jack M. BEERMANN, *Inside administrative law: what matters and why*. New York: Aspen Publishers, 2010. (Edición Kindle).
- Beatriz BELANDO GARÍN, “Reflexiones sobre la actividad administrativa informal al hilo de las “nuevas” advertencias al público de la Comisión Nacional del Mercado de Valores”, *Revista española de Derecho administrativo*, núm. 125, 2005, pp. 101-118.

- Antonio David BERNING-PRIETO, “Delimitación entre potestades administrativas y actividades técnicas o auxiliares”, Eduardo GAMERO CASADO, E. (dir.) *La potestad administrativa. Concepto y alcance práctico de un criterio clave para la aplicación del Derecho*, Valencia: Tirant lo Blanch, 2021, pp. 277-319.
- José Luis CARRO FERNÁNDEZ-VALMAYOR y Marcos ALMEIDA CERREDA, “Sobre la llamada actividad informal de la administración pública”, *Régimen jurídico básico de las administraciones públicas: libro homenaje al profesor Luis Cosculluela* / coord. por Manuel REBOLLO PUIG, Mariano LÓPEZ BENÍTEZ, Eloísa CARBONELL PORRAS; Luis COSCULLUELA MONTANER (hom.), Madrid, Iustel, 2015, pp. 393-412.
- Erika J. CASTRO BUITRAGO, *La actuación informal de concertación de la Administración: Un estudio para la reconstrucción dogmática del concepto de actividad administrativa, tomando al Derecho Ambiental colombiano como sector de referencia*, Madrid, UAM, 2015, (tesis doctoral).
- Agustí CERRILLO I MARTÍNEZ, “La participación en los órganos colegiados en la administración en red”, *Revista Vasca de Administración Pública. Herri-Arduralaritzako Euskal Aldizkaria*, núm. 90, 2011, pp. 67-99.
- Cary COGLIANESE, “Assessing consensus: the promise and performance of negotiated rulemaking”, *Duke Law Review*, núm. 46-6, 1997, pp. 1255-1349.
- Maria Mercè DARNACULLETA GARDELLA, *Derecho administrativo y autorregulación: la autorregulación regulada*, Girona, Universitat de Girona, 2003 (tesis doctoral).
- Maria DE BENEDETTO y Nicoletta RANGONE, “L’effectivité des règles et des décisions administratives”, Jean-Bernard AUBY (dir.) *Le futur du droit administratif The future of administrative Law*, Paris: Lexis-Nexis, 2019.
- Sílvia DÍEZ SASTRE, *La formación de conceptos en el Derecho público. Un estudio de metodología académica: definición, funciones y criterios de formación de los conceptos jurídicos*. Madrid: Marcial Pons, 2018.
- Vicente ESPINOZA y Emmanuelle BAROZET, “Informal Political Institutions”, *Global Encyclopedia of Public Administration, Public Policy, and Governance*, Ed. Ali FARAZMAND, Springer International Publishing, 2018.
- Henry FARRELL y Adrienne HÉRITIER, “Formal and Informal Institutions Under Codecision: Continuous Constitution-Building in Europe”, *Governance. An International journal of Policy Administration and Institutions*, núm. 16-4, 2003, pp. 577-600.
- Michael FEHLING, “Cap. 38. Informelles Verwaltungshandeln”, Eberhart SCHMIDT-ASSMANN/ Wolfgang HOFFMANN-RIEM/ Andreas VOSSKUHLE, *Grundlagen des Verwaltungsrechts*, vol. II, 2a ed, Múnic, Beck, 2012, pp. 1457-1521.
- Severiano FERNÁNDEZ RAMOS, *La actividad administrativa de inspección: el régimen jurídico general de la función inspectora*. Granada: Comares, 2002.
- William F. FUNK, “Close enough for government work using informal procedures for imposing administrative penalties”, *Seton Hall Law Review*, núm. 24-1, 1993, 1-69.
- Eduardo GAMERO CASADO, “Apunte sobre la mediación como técnica para la resolución de conflictos en el empleo público”, *Revista de administración pública*, núm. 170, 2006, pp. 339-381.
- Jorge GARCÍA-ANDRADE, *Las actuaciones administrativas sin procedimiento: Relaciones jurídicas en el Estado de Derecho*, Madrid, Marcial Pons, 2021.
- Warner W. GARDNER, “The informal actions of the federal government”, *American University Law Review*, 26(4), 1977, pp. 799-835.
- Gretchen HELMKE y Steven LEVITSKY, *Informal Institutions and Democracy: Lessons from Latin America*, Baltimore, JHU Press, 2006.
- Cornelius M. KERWIN y Scott R. FURLOG, *Rulemaking: how government agencies write law and make policy*, Washington, DC, CQ Press, 2018.
- John Robert LONG, “Ex-parte contacts in informal rule making: The bread and butter of administrative procedure”, *Emory Law Journal*, núm. 27(2), 1978, pp. 293-336.
- Elisenda MALARET I GARCIA, *Régimen jurídico-administrativo de la reconversión industrial*. Madrid, Civitas, 1991.

- Santiago MUÑOZ MACHADO, *Tratado de Derecho Administrativo y Derecho Público general*, Tomo XII, Madrid: BOE, 2015.
- Douglas C. NORTH, *Institutions, Institutional Change and Economic Performance*. Cambridge University Press, 1990.
- Andrew OSORIO, “Informal Administrative Processes” *Global Encyclopedia of Public Administration, Public Policy, and Governance*, Ali FARAZMAND (ed.), Cham, Springer, 2016.
- Elinor OSTROM, “An agenda for the study of institutions”, *Public Choice*, núm. 48, 1986, pp. 3–25.
- Luciano PAREJO ALFONSO, *Estado y Derecho en proceso de cambios*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2016.
- Juli PONCE SOLÉ, *Mejora de la regulación, lobbies y huella normativa. Un análisis empírico de la informalidad*. Valencia: Tirant lo Blanch, 2019.
- Todd D. RAKOFF, 2000, “The choice between formal and informal modes of administrative regulation”, *Administrative Law Review*, Vol. 52, núm. 1, 2000, pp. 159- 174.
- José María RODRÍGUEZ DE SANTIAGO, *La administración del Estado social*, Madrid, Marcial Pons, 2007.
- Héctor SANTAELLA QUINTERO, “Algunas reflexiones sobre las nuevas formas de actuación administrativa impuestas por el mercado y la técnica y sus implicaciones para la metodología de la ciencia jurídica-administrativa”, *Revista Digital de Derecho Administrativo*, núm. 5, 2011, pp. 87-105.
- Juan Alfonso SANTAMARÍA PASTOR, *Principios de Derecho Administrativo General*. Vol. II. Madrid, Iustel, 2004.
- Eberhart SCHMIDT-ASSMANN, *La teoría general del Derecho Administrativo como sistema*. Madrid, INAP-Marcial Pons, 2003.
- Eberhart SCHMIDT-ASSMANN, *La dogmática del Derecho Administrativo*, Sevilla, Global Law Press, 2021.
- Martin SCHULTE, “Actuación administrativa informal como instrumento de protección estatal del medio ambiente y de la salud”, *Documentación Administrativa*, núm. 235-236, 1993, pp.113-134 .
- Helmut SCHULZE-FIELITZ, “¿Informalidad o ilegalidad de la actuación administrativa?”, *Documentación Administrativa*, núm. 235-236 , 1993, pp. 89-112.
- Rolf STOBER y Santiago GONZÁLEZ-VARAS IBÁÑEZ, “Las actuaciones materiales o técnicas”, *Revista de estudios de la administración local y autonómica*, núm. 267, 1995, pp. 573-590.
- Peter L. STRAUSS, “US Rulemaking”, Javier BARNÉS (ed.), *Transforming Administrative Procedure*, Sevilla, Global Law Press, 2015, pp.231-312.
- Dolores UTRILLA FERNÁNDEZ-BERMEJO, “La relación jurídica en el sistema de Derecho Administrativo”, *Revista de Derecho Público: Teoría y Método*. núm.1- 2, 2020, pp. 73-118.
- Francisco VELASCO CABALLERO, *Administraciones públicas y Derechos administrativos*, Madrid, Marcial Pons, 2020.
- Francisco VELASCO CABALLERO, *La información administrativa al público*, Madrid, Montecorvo, 1998.
- Clara Isabel VELASCO RICO, “Los planes y programas de inspección. Hacia una (¿necesaria?) reducción de la discrecionalidad administrativa en materia de inspección de las actividades económicas de los particulares”, *Iuris*, núm.17, 2015, pp. 61-78.

