

EL CONTROL JUDICIAL DE LA ACTIVIDAD INFORMAL DE LA ADMINISTRACIÓN

Ciclo de seminarios de actualización jurídica local Josep Maria Esquerda. 2024. Diputació de Barcelona, con la colaboración de Fundación Democracia y Gobierno Local, y Escola d'Administració Pública de Catalunya.

Francisco José Sospedra Navas. Magistrado. Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña.

SUMARIO

I. INTRODUCCIÓN: CONCEPTO Y SISTEMÁTICA

1. LA ACTIVIDAD ADMINISTRATIVA INFORMAL: DELIMITACIÓN DEL CONCEPTO

2. LAS FACETAS DE LA ACTIVIDAD INFORMAL Y SU CONTROL JUDICIAL

II. EL CONTROL JUDICIAL DE LA ACTIVIDAD ADMINISTRATIVA CONDUCTUAL

1. LA ACTIVIDAD CONDUCTUAL: LOS NUDGES PÚBLICOS

1.1 CONCEPTO Y LÍMITES

1.2 TIPOS DE INTERVENCIONES

2. EL CONTROL JUDICIAL

III. EL CONTROL JUDICIAL DE LAS ACTUACIONES INDICATIVAS Y SIN PROCEDIMIENTO

1. ACTUACIONES SIN PROCEDIMIENTO

2. EL CONTROL JUDICIAL DE LAS ACTUACIONES INDICATIVAS

3. EL CONTROL EXPANSIVO POR EL CAUCE DE LA VÍA DE HECHO

4. ACTUACIONES SIN PROCEDIMIENTO Y RESPONSABILIDAD PATRIMONIAL

IV. COMENTARIO CONCLUSIVO

I. INTRODUCCIÓN: CONCEPTO Y SISTEMÁTICA

1. LA ACTIVIDAD ADMINISTRATIVA INFORMAL: DELIMITACIÓN DEL CONCEPTO

La actividad administrativa se define como el conjunto de actuaciones, decisiones, planes, programas y disposiciones que adoptan y desarrollan las Administraciones Públicas en ejercicio de sus competencias, en los que se concreta su función de servicio a los intereses generales. A partir de

esta definición, pueden distinguirse dos tipos de actuaciones atribuibles a la Administración, como son las actuaciones formalizadas y las no formalizadas o materiales.

Un sector de la doctrina expresa que la actividad no formalizada o material es un género en el que se inserta la actividad informal como especie, identificando la actuación informal como la actuación sin eficacia vinculante, en tanto que otros autores engloban en la actividad informal todas las actuaciones sin procedimiento.

En este estudio, sin entrar en el debate doctrinal sobre el concepto de actividad informal, se manejará un concepto amplio, instrumental al objeto del estudio de su control judicial, comprensivo de aquella actividad que se realiza al margen de un procedimiento administrativo.

La actividad informal está conformada por todas aquellas actuaciones generadas fuera de los instrumentos formalizados que disciplinan la actuación administrativa, incluyendo 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 predeterminada¹.

Desde el punto de vista de su contenido, puede distinguirse entre la actividad informal declarativa, material y técnica. Así, tiene contenido declarativo la actuación sin procedimiento consistente en la formulación por la Administración de una declaración o recomendación; en cambio, la actuación sin procedimiento tiene contenido material o técnico cuando, sin haberse seguido un procedimiento ni dictado un acto administrativo, la Administración incide con relevancia jurídica sobre la realidad física².

Dentro de la actividad informal declarativa, destaca una categoría de actuaciones sin eficacia vinculante, en las cuales se incluyen actuaciones tales como guías, consejos o recomendaciones de las Administraciones públicas dirigidas a los ciudadanos, cuya finalidad es 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.

¹ VELASCO RICO, C.I. "La actividad informal de la administración. Premisas para una tentativa de reconstrucción de una categoría (casi) olvidada". Revista de Derecho Público: Teoría y Método, Marcial Pons Ediciones Jurídicas y Sociales. Vol. 5. 2022 p. 53.

² GARCÍA-ANDRADE GÓMEZ, J. "Actuaciones sin procedimiento" en Manual de Derecho administrativo. Revista de Derecho Público: Teoría y Método. Marcial Pons Ediciones Jurídicas y Sociales. 2023, p. 510

En estas actuaciones sin carácter vinculante, adquiere gran importancia la denominada actividad administrativa conductual, que será objeto de un estudio específico.

La actuación administrativa informal también comprende actuaciones bilaterales, en aquellos supuestos en los que la Administración despliega negociaciones con los particulares, cuando las mismas no están previstas como parte de un proceso formalizado de adopción de actos, contratos o convenios o normas.

La doctrina viene destacando el progresivo cambio de paradigma de la actividad administrativa, desvestiéndose de su naturaleza imperativa, para adoptar nuevas formas de actuación informal basadas en la negociación, concertación, persuasión, incentivo, sugerencia o prevención. En este punto, la actuación administrativa informal no debe considerarse con carácter general como una patología del sistema administrativo, sino que obedece en muchas de las ocasiones a una forma de actuación complementaria que facilita su buen funcionamiento³.

En cualquier caso, la actividad informal puede dar lugar a patologías cuando se forma la voluntad indebidamente al margen del procedimiento, en los casos en que es preceptivo, o cuando no responde a los fines propios de la actividad administrativa, supuestos éstos en que entra en juego el control judicial y su alcance.

2. LAS FACETAS DE LA ACTIVIDAD INFORMAL Y SU CONTROL JUDICIAL

El control judicial de la actividad administrativa se desenvuelve en el ámbito delimitado por la LJCA, en sus arts. 25 a 31, que incluye facetas de actividad administrativa no formalizada como es el caso de la impugnación de las resoluciones constitutivas de vía de hecho o de inactividad, aunque no da una respuesta unívoca al control de las demás actuaciones informales.

Así, en la práctica procesal, son numerosas las inadmisiones de recursos que se deducen frente a actuaciones administrativas sin procedimiento, por no revestir dichas modalidades de actuación ninguna de las formas tipificadas del artículo 25 de la LJCA como susceptibles de impugnación contencioso-administrativa.

³ VELASCO RICO, C.I. “La actividad informal de la administración. Premisas para una tentativa de reconstrucción de una categoría (casi) olvidada”. Revista de Derecho Público: Teoría y Método, Marcial Pons Ediciones Jurídicas y Sociales. Vol. 5. 2022 p. 47.

Las interferencias sobre el control judicial de la actividad administrativa se producen por las limitaciones del objeto del proceso contencioso-administrativo, en tanto que sigue predominando la concepción del proceso como “recurso contra el acto”, sin que se haya evolucionado decididamente a la condición de “proceso entre partes”, como es característica de otros órdenes jurisdiccionales, como el civil o el social⁴.

Esta problemática se plantea singularmente respecto de la impugnación de la actividad informal de la Administración, al margen de los supuestos de antijuridicidad material por inactividad o vía de hecho, puesto que, en muchas ocasiones, determinadas actuaciones informales no tienen encaje en las categorías de actividad impugnabile del art. 25 de la LJCA, determinando pronunciamientos de inadmisibilidad del recurso.

No obstante, lo cierto es que la LJCA de 1998 amplió significativamente el ámbito de la actividad impugnabile, al regular un recurso frente a la “actuación”, que incluye la impugnación de la inactividad y vía de hecho, ensanchando el ámbito del control jurisdiccional, lo cual se ha visto reforzado en la evolución jurisprudencial, singularmente mediante la interpretación extensiva del concepto de acto administrativo, a fin de permitir el acceso al proceso de la impugnación de determinadas medidas que no son actos, pero que pueden afectar a sus derechos o intereses legítimos⁵.

La doctrina constitucional, desde la STC 160/1991, de 18 de julio, ya había incorporado al concepto de vía de hecho los denominados “actos tácitos”, esto es, las conductas o comportamientos de los que se podía inferir una decisión administrativa previa y que dan lugar o tienen aparejadas actuaciones materiales a través del uso de la fuerza y la coacción a través de la ejecución de dichos “actos tácitos”. Ello implica que, desde un punto

⁴ FERNÁNDEZ VALVERDE, R. “La jurisprudencia y la Ley 29/1998, de 13 de julio, reguladora de la jurisdicción contencioso-administrativa” en AAVV (Coord. J. CUDERO y J. PONCE) “Balance y perspectivas de la Ley Reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa en su XX Aniversario”. Ed Tirant lo Blanch. Valencia. 2019, pág. 275, expresa la continuidad del proceso contencioso como recurso contra el acto en los siguientes términos: “La potenciación del silencio positivo, y la introducción de nuevas categorías recurribles como las citadas de la inactividad administrativa y la vía de hecho, no han influido en la transformación del procedimiento jurisdiccional que nos ocupa como un procedimiento más “bilateral”, más “entre partes” —y no contra el acto o contra la actuación de parte—, y, sobre todo, más centrado en la pretensión o pretensiones deducidas en el recurso, y no en el acto como objeto del recurso administrativo”

⁵ HUERGO LORA, A. “Un contencioso-administrativo sin recursos ni actividad impugnada”. Revista de Administración Pública, núm. 189, Madrid, septiembre-diciembre (2012), p. 60.

de vista procesal, la inadmisión de un recurso fundado en una actuación material implica la vulneración del derecho a la tutela judicial efectiva.

En esta línea, la jurisprudencia ha venido evolucionando hacia una concepción amplia del concepto de vía de hecho. De este modo, además de las actuaciones constitutivas de vía de hecho en sentido estricto, han tenido acceso al proceso, de forma asimétrica, determinadas actuaciones informales tales como declaraciones públicas, comunicaciones de información, cartas de recordatorio de obligaciones legales, circulares o instrucciones, etc.

Al margen de estos supuestos de control judicial directo, la impugnación de la actividad informal presenta una faceta destacada en el denominado control judicial indirecto, instrumentalizado por la vía del instituto de la responsabilidad patrimonial, cuando la actuación informal en cuestión ha ocasionado un daño antijurídico que el perjudicado no está obligado a soportar.

El examen del control jurisdiccional de la actividad informal debe partir de las categorías de actuaciones informales, delimitadas de modo grueso en el punto anterior de este estudio, para examinar todos estos aspectos en concreto, delimitando las hipótesis y vicisitudes que se plantean en el ejercicio de la acción jurisdiccional.

Según la delimitación del concepto de actividad informal que se ha realizado en el punto anterior, examinaremos dos ámbitos diferenciados de control jurisdiccional, directo e indirecto, como son: (i) la actividad administrativa conductual; y (ii) la actividad administrativa indicativa y sin procedimiento.

II. EL CONTROL JUDICIAL DE LA ACTIVIDAD ADMINISTRATIVA CONDUCTUAL

1. LA ACTIVIDAD CONDUCTUAL: LOS NUDGES PÚBLICOS

1.1 CONCEPTO Y LÍMITES

Una de las manifestaciones más relevantes de la actividad administrativa informal es la actuación de carácter conductual, que se materializa a través de los nudges públicos, también denominados acicates, y que puede definirse como una técnica de intervención sobre el comportamiento de las personas que no utiliza medidas imperativas, ni incentivos económicos, y que tiene como finalidad incitar a que las personas elijan la opción que más les pueda beneficiar, sin interferir en su libertad de elección, por

comportarle un beneficio coincidente con el interés general y con la finalidad pública perseguida⁶.

Un nudge es cualquier factor de la arquitectura de las decisiones que modifica la conducta de las personas de una manera predecible, sin prohibir ninguna opción, ni cambiar de forma significativa los incentivos económicos. El nudge consiste en un “empujoncito” inteligente con el objetivo de sembrar, orientar, motivar, reforzar, sugerir, incitar la conducta de los ciudadanos y propiciar que avancen en la dirección conveniente al interés público o general⁷.

La doctrina ha destacado que el denominado Derecho conductual, esto es, el basado en los conocimientos del comportamiento humano, puede suponer un cambio de paradigma jurídico, y que el Derecho puede tener una incidencia importante en cuándo y cómo se usan los nudges o acicates, en garantía de los derechos de los ciudadanos, incluido el de buena administración, subrayando que no se trata de sustituir la actividad formal, sino de complementarla.

Los nudges o acicates forman parte de la denominada actividad de fomento administrativa; en concreto, se trata de una actividad de fomento sofisticada e informada, un fomento no basado en incentivos económicos⁸.

En el ámbito europeo, el Dictamen del Comité Económico y Social Europeo de 15 de diciembre de 2016⁹, expresa que los nudges son un instrumento de política pública que se suma a los ya utilizados por las autoridades públicas europeas (la información y la sensibilización, la incitación financiera, la legislación y la ejemplaridad), con la recomendación de fomentar su uso en las políticas públicas, como complemento de las herramientas tradicionales, persiguiendo, en particular, el cambio de enfoque que proponen para las conductas individuales

Sin embargo, el uso del nudge o acicate tiene sus limitaciones, jurídicas, técnicas y éticas, puesto que no se puede rebasar la frontera que delimita la información o la comunicación con la manipulación.

⁶ LÓPEZ PULIDO, J.P. “Perspectiva cognitiva y nudge público: la actuación conductual de los poderes públicos”. Ed. Aranzadi. Cizur Menor (Navarra), p. 354.

⁷ MOREU CARBONELL, E. “Integración de nudges en las políticas ambientales”. Monografías de la Revista Aragonesa de Administración Pública. XIX. Zaragoza. 2018, p. 453.

⁸ PONCE SOLÉ, J., MONTOLÍO DURÁN, E., ROZÁS VALDÉS, J.A. “Derecho conductual y nudges: implicaciones jurídicas y lingüísticas”. Gestión y Análisis de Políticas Públicas. Núm. 25. 2021, p. 63 (<https://doi.org/10.24965/gapp.i25.10869>). Estos autores se decantan más por la utilización del término “acicate” en lugar del de “nudge”

⁹ Dictamen del Comité Económico y Social Europeo sobre “Integrar los nudges en las política europeas” (2017/C 075/05). DOUE 10 marzo 2017

Desde el punto de vista jurídico, los nudges quedan sujetos a las reglas propias de un Estado de derecho: respeto a los derechos fundamentales, y a los principios de legalidad, transparencia, responsabilidad y demás principios que informan la actuación administrativa.

Desde la perspectiva técnica, los nudges cumplen una función complementaria, por lo que deben quedar en un segundo plano instrumental, sin que sustituyan las técnicas de intervención de la Administración a través de la regulación, fomento o policía.

Desde el punto de vista ético, el límite es la no manipulación, que en ocasiones presenta contornos difusos con la persuasión, la información o la comunicación. De hecho, parte de la doctrina viene considerando a los nudges públicos como una forma de paternalismo suave, e incluso se alude a su condición de técnicas de manipulación suave. Sin embargo, y en cualquier caso, no son aceptables el uso de datos falsos, la vulneración de la protección de datos o de la intimidad, u otros elementos de manipulación conductual, por mucho que se pretenda a que el ciudadano adopte decisiones adecuadas o deseables¹⁰.

1.2 TIPOS DE INTERVENCIONES

Con carácter general, los nudges públicos pueden utilizarse como consecuencia de una previsión normativa, o por una decisión administrativa, sin norma específica que lo prevea, lo cual tiene proyección sobre el alcance del control jurisdiccional.

Existen numerosos tipos de intervenciones, que combinan diferentes técnicas conductuales, pudiendo sistematizarse en cuatro tipos principales de nudges públicos: (i) el nudge de las opciones predeterminadas (defaults) o de la “opción por defecto”; (ii) el nudge social; (iii) el nudge de ganancias o aversión a pérdidas; y (iv) el nudge informativo y educativo.

(i) El nudge de las opciones predeterminadas (defaults) o de la “opción por defecto”. En este tipo de nudges, la elección parte del consentimiento implícito del ciudadano, de modo que, entre las varias opciones, el nudge de la opción por defecto, tanto en su modalidad de “optar por salir”, como en su versión de “optar por entrar”, es orientador de conductas que se consideran deseables.

Con ejemplo de esta técnica, diferentes autores citan a Sunstein que, en una Universidad de Estados Unidos, explica que se consiguió una

¹⁰ MOREU CARBONELL, E. “Integración de nudges en las políticas ambientales”. Monografías de la Revista Aragonesa de Administración Pública. ISSN 1133-4797, XIX, Zaragoza, 2018, pp. 453.

reducción de más del 44% de ahorro en papel simplemente cambiando la opción por defecto de las impresoras, eligiendo por defecto la opción de impresión a doble cara. También se ha sugerido el empleo de distintas herramientas por la OCDE, mediante el uso de opciones por defecto en los procedimientos; así, por ejemplo, al comienzo de un nuevo proyecto, cada miembro del equipo recibe automáticamente un formulario para declarar cualquier conflicto de intereses y diferentes recordatorios a lo largo de su tramitación¹¹.

En el ámbito interno, como ejemplo de nudge normativo, puede citarse el recogido en el artículo quinto de la Ley 30/1979, de 27 de octubre, sobre extracción y trasplante de órganos, cuyo apartado tres establece que las personas presumiblemente sanas que falleciesen en accidente, o como consecuencia ulterior de éste se considerarán como donantes, si no consta oposición expresa del fallecido. Al igual que en el caso de la donación de órganos, el uso de opciones por defecto debe regularse por ley si afecta a derechos, con el rango de orgánica en caso de que afecte a derechos fundamentales.

(ii) *El nudge social*. Este tipo de acicates intentan reforzar el cumplimiento de la norma social, mediante la información o por cambios en el entorno físico.

La fuerza de la norma social asume el objetivo de informar a los ciudadanos sobre lo que hace y piensa la mayoría, lo cual tiene una potencialidad para guiar o limitar el comportamiento individual, ya que el ser humano tiende a empatizar con el grupo, y su conducta puede orientarse atrayendo la atención hacia lo que los demás hacen o eligen.

Un ejemplo son las informaciones sobre consumo de electricidad o gas de un individuo en concreto, contrastadas con las personas del barrio o ciudad, incluidas en la factura o mediante el envío de correos personalizados (v.gr. *su consumo es superior/inferior a la media en X cantidad*), o las informaciones sobre el pago puntual de impuestos por la mayoría de la población, con el fin de fomentar comportamientos de ahorro de energía o de pago puntual de impuestos.

Otro ejemplo son los acicates que utilizan la técnica conductual de efecto “priming”, que muestra que el posterior comportamiento de las personas puede verse alterado si primero se exponen a ciertas imágenes, palabras o sensaciones. Así, los cambios en el entorno físico pueden suponer

¹¹ Más ampliamente, Capdeferro Villagrasa, Óscar, y Ponce Solé, Juli, "Nudging e inteligencia artificial contra la corrupción en el sector público: posibilidades y riesgos", Revista digital de Derecho Administrativo, Universidad Externado de Colombia, n.º 28, 2022, pp. 225-258. DOI: <https://doi.org/10.18601/21452946.n28.08>

intervenciones que alteren el contexto de decisión, como el conocido ejemplo de cambiar el orden en el que se presentan las comidas de una cafetería estudiantil para intentar fomentar elecciones más sanas¹².

En el ámbito de las señalizaciones del tráfico rodado podemos citar ejemplos también conocidos como las señales con dientes en el carril de circulación, que “estrechan” la calle e incentivan a reducir la velocidad voluntariamente; o la leyenda “espere verde” pintada en rojo en el paso de peatones del semáforo, para incentivar al peatón que no cruce en rojo, en zonas de circulación discontinua o de escasa visibilidad.

En el plano normativo, se contempla la publicidad de determinados actos por razones de interés público, considerándose una intervención tipo nudge cuando la información entra en conexión con las normas sociales y el efecto reputacional, como es el caso de la publicación de la lista de morosos a Hacienda, prevista en el art. 95 bis de la LGT, o la publicidad de sanciones recogida en la normativa sectorial.

(iii) El nudge de ganancias. Este tipo de nudges intentan contrarrestar el sesgo de aversión a pérdidas de las personas, fomentando conductas de cumplimiento.

Su eficacia está en relación con la combinación de diferentes técnicas conductuales como la del enfoque, el recordatorio o la simplificación de los mensajes destinados a las personas usuarias de un servicio.

Así, en el ámbito de la recaudación de multas y sanciones, la aversión a pérdidas combinada con la técnica del recordatorio y la simplificación ha mostrado gran efectividad en el caso de pago de multas, mediante el recordatorio de que la multa se incrementa a partir de determinado día, lo que puede motivar a las personas a actuar para evitar perder dinero adicional¹³.

(iv) El nudge informativo o educativo. Estos nudges persiguen pretenden evitar aquellos errores causados por la falta de información, incluyendo en ocasiones un componente conductual.

¹² CABRALES GOITIA, A. y REY BIEL, P. “Mas Allá de los Nudges: Políticas Públicas Efectivas Basadas en la Evidencia de las Ciencias del comportamiento”. Gestión y Análisis de Políticas Públicas Número 25. Nueva época Marzo, 2021, p. 41.

¹³ En el trabajo de investigación “Nudges: qué son y para qué sirven” (Equipo de investigación formado por Elena Costas, Pablo Tucats y Octavio Medina. Coordinación: Gerencia Municipal del Ayuntamiento de Barcelona) Barcelona, abril del 2021, p. 30, se recoge los resultados de la iniciativa en la ciudad de Chicago, habiéndose observado un aumento del 31 % en las multas pagadas voluntariamente antes del 68º día (fecha en la que se doblaban).

La provisión de información presenta un ámbito coincidente con el nudge social cuando implica intervenciones que usen las referencias a otros comportamientos, siendo esencial en la técnica informativa, la forma de presentar o encuadrar la información, así como incluso la simplificación de mensajes, con la finalidad de que el individuo tome la decisión que la campaña informativa persigue¹⁴.

2. EL CONTROL JUDICIAL

A la hora de examinar el control jurisdiccional de la actividad conductual de la Administración, debemos distinguir entre los nudges o acicates formales, que están previstos en una norma, o se implementan en ejecución de un acto formal de cobertura, y los nudges o acicates informales, que están basados en una actividad material o técnica¹⁵.

El control judicial de los acicates formales tiene unos parámetros más ciertos, desde el momento en que se trata de controlar el ejercicio de la potestad normativa, la aplicación de la norma o el acto de cobertura.

Así, en el caso de los listados de morosos del art. 95 bis de la LGT, la jurisprudencia de la Sala Tercera del Tribunal Supremo expresa que solo pueden ser incluidas en los listados del art 95 bis, aquellas personas físicas o jurídicas que ostenten la condición de deudores a la Hacienda Pública por deudas o sanciones tributarias firmes, y que el interesado podrá alegar ante la Administración que no concurren los requisitos y presupuestos, exigidos a los efectos del art 95 bis LGT, para su inclusión en dichos listados, invocando, en su caso, en el seno del proceso judicial ulterior, cualquier motivo, constituya o no una mera cuestión de error de hecho o material, incluidas cuestiones de índole jurídica relacionadas con los requisitos y presupuestos para acordar su inclusión en el listado y la subsiguiente publicación¹⁶. En el caso de liquidaciones vinculadas a delito del art. 250.1 de la LGT, solo la sentencia penal condenatoria por delito contra la Hacienda Pública permite la inclusión del deudor sometido a esa

¹⁴ CABRALES GOITIA, A. y REY BIEL, P. “Mas Allá de los Nudges: Políticas Públicas Efectivas Basadas en la Evidencia de las Ciencias del comportamiento”. *Gestión y Análisis de Políticas Públicas* Número 25. Nueva época Marzo, 2021, p. 41.

¹⁵ PONCE SOLÉ, J., MONTOLÍO DURÁN, E., ROZÁS VALDÉS, J.A. “Derecho conductual y nudges: implicaciones jurídicas y lingüísticas”. *Gestión y Análisis de Políticas Públicas*. Núm. 25. 2021, p. 64 (<https://doi.org/10.24965/gapp.i25.10869>).

¹⁶ STS (sección 2ª) núm. 50/2023, de 20 de enero de 2023.

clase de liquidaciones, con independencia de que la deuda estuviera o no suspendida¹⁷:

Por tanto, en estos casos, el control jurisdiccional se desarrolla en los ámbitos naturales del control del ejercicio de la potestad normativa, de la aplicación de la norma en cuestión o del acto de cobertura expreso.

Mayores dificultades se plantean cuando se trata de nudges informales, basados en una actividad material o técnica, donde el control jurisdiccional debe focalizarse en los actos informales tendentes a su implantación, los cuales deben discurrir dentro de los márgenes del Derecho.

Así, J.P. López Pulido¹⁸ analiza el control judicial desde la perspectiva de la naturaleza de la actividad, como actividad discrecional de ordenación directiva, de modo que el control debe alcanzar al proceso de diseño de la arquitectura de la elección, a su aplicación y al resultado o herramienta en que se materializa. Desde la perspectiva finalística, señala unos límites para evitar que la actuación de la Administración pueda dar lugar a una manipulación del comportamiento individual, como son los de motivación, transparencia y publicidad activa.

En esta línea, destaca especialmente el control de la actividad del nudge público a través de la técnica del control de motivación, de carácter sustancial, para determinar si la actuación se ajusta a los fines de interés general que debe observar la actividad administrativa, y en los que encuentra su mismo fundamento. De este modo, la actividad del nudge ha de responder a un proceso lógico, no arbitrario, en el que se manifieste que responde a fines de interés general, con pleno respeto a los principios constitucionales y derechos fundamentales.

En este ámbito, los nudges han de respetar dentro de los principios que rigen la actuación de la Administración Pública, entre ellos los principios de buena administración y de proporcionalidad, de modo que el acicate ha de ser idóneo, en el sentido de responder al interés general, y, en términos de proporcionalidad, presentar un saldo positivo en el balance beneficios-costes.

Este diseño del control judicial a nivel de principios puede plantear dificultades en la práctica. Por una parte, y desde el punto de vista material, la justificación en el uso del nudge está en función del diseño de las políticas públicas, que en todo caso deben respetar el principio de

¹⁷ STS (sección 2ª) núm. 131/2023, de 2 de febrero de 2023.

¹⁸ LÓPEZ PULIDO, J.P. , “Perspectiva cognitiva y nudge público: la actuación conductual de los poderes públicos”. Ed. Aranzadi. Cizur Menor (Navarra), p. 363-366

participación ciudadana, lo cual puede orientar el camino hacia el interés general¹⁹.

Desde el punto de vista formal, como se ha expresado, el nudge puede traer causa de una actuación administrativa previa formalizada, como podría ser la decisión de poner en marcha la actuación, o el caso de un contrato administrativo suscrito para su implantación, pero en otras ocasiones puede no responder a una actuación formal, por lo que estos casos habría que reconducirlos a los de actuación sin procedimiento.

En los casos en que no existe una decisión administrativa expresa y directa para la implantación del nudge público, como sería el caso de formalización mediante un contrato fundado en el informe de necesidad, sin acto previo de soporte, el control judicial afectaría a los fines del contrato, y no tanto al procedimiento de contratación, de modo que estaríamos ante una especie de control indirecto, que viene aceptándose pacíficamente en la práctica judicial.

En cualquier caso, y en último término, cabría el control jurisdiccional en caso de que la actividad afectara a derechos e intereses legítimos, al tratarse de una actuación material sin procedimiento.

III. EL CONTROL JUDICIAL DE LAS ACTUACIONES INDICATIVAS Y SIN PROCEDIMIENTO

1. ACTUACIONES SIN PROCEDIMIENTO

La actividad administrativa informal más característica es la que se realiza mediante actuaciones sin procedimiento, que pueden dar lugar a hipótesis de control a través de la vía de hecho o, incluso, de la inactividad de la Administración.

La doctrina pone de manifiesto que la Administración puede actuar sin procedimiento en aquellos supuestos en que la actividad administrativa, aun siendo declarativa, no implica una declaración de contenido regulador de los derechos u obligaciones del ciudadano, que es propio de los actos administrativos. Así, como ejemplos de actuación sin procedimiento, se citan la emisión de certificados, respuesta a consultas, informaciones o recomendaciones, que son declaraciones administrativas que carecen de incidencia sobre situaciones jurídicas.

¹⁹ MOREU CARBONELL, E. "Integración de nudges en las políticas ambientales". Monografías de la Revista Aragonesa de Administración Pública. XIX. Zaragoza. 2018, p. 453.

También se admite la validez de la actuación administrativa en los casos en que la naturaleza de la actividad administrativa requiera una agilidad, dinamismo o inmediatez incompatibles con la tramitación de un procedimiento, respecto de decisiones sin vocación de permanencia en el ordenamiento jurídico.

En otras ocasiones, la actuación informal de la Administración funciona a modo de elemento facilitador del sistema, como alternativa a la rigidez procedimental, y acaba sustituyendo a la actuación formalizada cuando el ordenamiento jurídico no prevé específicamente una forma de actuación concreta.

Finalmente, la actuación sin procedimiento también se justifica cuando tiene por objeto actuaciones administrativas de contenido material o técnico, sin un contenido regulatorio²⁰.

Por tanto, el abanico de actuaciones informales es muy amplio, pudiendo dar lugar a diferentes hipótesis impugnatorias directas que no siempre tienen encaje en los estrechos límites del objeto procesal definidos en los arts. 25 a 31 de la LJCA.

Frente a este control directo, cabe hablar de un control indirecto de la actividad informal que se materializa principalmente a través del instituto de la responsabilidad patrimonial, cuando determinadas actuaciones informales causan un daño antijurídico en los derechos e intereses de los ciudadanos que no tienen la obligación de soportar.

2. EL CONTROL JUDICIAL DE LAS ACTUACIONES INDICATIVAS

Dentro de las actuaciones sin procedimiento, un primer bloque de actuaciones tiene un contenido esencialmente informativo o indicativo, en las cuales se responde a peticiones de información de los ciudadanos, o se dictan recomendaciones, recordatorios, pautas u orientaciones, impugnándose su contenido o respuesta²¹.

Debe subrayarse que existen casos de actuaciones indicativas aparentes que, bajo formas diferentes como carta informativa, recordatorio o recomendación, tienen realmente un contenido decisorio. En estos casos, la función de calificación del juez permite delimitar los supuestos en que

²⁰ GARCÍA-ANDRADE GÓMEZ, J. "Actuaciones sin procedimiento" en Manual de Derecho administrativo. Revista de Derecho Público: Teoría y Método. Marcial Pons Ediciones Jurídicas y Sociales. 2023, p. 515.

²¹ Hay que subrayar que nos referimos concretamente a impugnaciones de la información subministrada, por lo que quedan fuera de este ámbito los casos de ejercicio del derecho a la información pública conforme a la legislación de transparencia, que constituye una actividad formalizada.

realmente hay actividad impugnada, con independencia del “nomen” utilizado.

En el caso de las peticiones de información, por lo general se rechaza su identificación con el acto administrativo, dando lugar a un pronunciamiento de inadmisibilidad del recurso por falta de actividad impugnada. Así, puede citarse la STS de la Sala Tercera de 17 de marzo de 2009²², que inadmite el recurso contra una comunicación informativa sobre la aplicación de nuevas cotizaciones de la Seguridad Social a un colectivo, con el argumento de que es criterio jurisprudencial que los actos de información, en cuanto carentes de contenido decisorio, no son objeto propio de impugnación ni en la vía administrativa ni en la vía jurisdiccional.

También puede citarse la SAN de 8 de junio de 2005²³, que inadmite el recurso contra la carta remitida por el Director de la Asesoría Jurídica de la CNMV en respuesta a la solicitud de información sobre las limitaciones que, a criterio del emisor de la carta, pesaban a la hora de fijar el precio de las acciones de referencia.

Finalmente, en el ámbito de la Administración Local, pueden citarse las SSTSJ Madrid de 22 de octubre de 2013, de Galicia de 21 de mayo de 2019 y de Andalucía de 22 de junio de 2023²⁴, que inadmiten recurso contra las respuestas a la petición de información o traslados de informes en el ámbito de la Administración municipal.

En el caso de declaraciones de autoridades, puede citarse la SAN de 29 de noviembre de 2012²⁵, que enjuiciaba el recurso contra unas declaraciones realizadas por el Presidente de la Comisión Nacional de la Competencia contra una empresa petrolera, sobre la existencia de un cártel para fijar el precio de los carburantes, cuya impugnación jurisdiccional se encauzó por la vía de hecho. La sentencia inadmitió el recurso por cuanto que consideró que: las declaraciones se enmarcan en el ámbito del derecho a la información que tienen los consumidores, usuarios y administrados en general y del derecho a conocer el estado de la competencia en España en el sector de los carburantes, de trascendencia en la actividad económica general, sin que pueda enjuiciarse la oportunidad y acierto de la intervención mediática del Presidente de la Comisión.

²² STS (sección 6) de 17 de marzo de 2009 (Recurso núm. 1430/2005).

²³ SAN (sección 6) de 8 de junio de 2005 (Recurso núm. 587/2002).

²⁴ STSJ de Madrid (sección 5) de 22 de octubre de 2013 (Recurso núm.483/2011); STSJ. de Galicia (sección 2) de 21 de mayo de 2019 (Recurso núm. 4225/2018); y STSJ Andalucía (sección 3) núm. 716/2023, de 22 de junio de 2023 (Recurso núm. 371/2023).

²⁵ Sentencia de la Audiencia Nacional de 29 de noviembre de 2012 (Recurso número 157/2011).

En cuanto a las recomendaciones, la STS de 30 de abril de 2008²⁶ analiza el caso de la remisión de 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.

Sin embargo, cabe advertir que algunos de estos casos, como se verá posteriormente, podrían ser reconducibles a la vía de la responsabilidad patrimonial, o civil, si han producido daños antijurídicos, pues la actuación tendría una eficacia indirecta. Precisamente, el criterio jurisprudencial es el de admitir el recurso cuando la información suministrada puede producir efectos en la esfera de derechos e intereses del peticionario, pudiendo citarse el caso de la STS de la Sala Tercera de 23 de enero de 2019²⁷, que resuelve la impugnación del contenido del informe de vida laboral, que está configurado legalmente como informativo cuando se refiere a la jubilación ordinaria.

En este caso, el TS aprecia un interés legítimo en la modificación de un acto que perjudica a la persona a que se refiere el informe de vida laboral, puesto que la fecha de alta de afiliación comporta el reconocimiento de un periodo de cotización a la Seguridad social, lo que lleva aparejadas consecuencias evidentes a efectos del reconocimiento de servicios y de prestaciones. Los datos incorporados en el informe de vida laboral debían ser aplicados en el futuro para la prestación de jubilación, pero ello no desvirtúa la existencia de un interés legítimo “actual”, el cual no puede identificarse como interés “inmediato”, sino más bien como “cierto”, aunque el perjuicio a evitar sea futuro.

3. EL CONTROL EXPANSIVO POR EL CAUCE DE LA VÍA DE HECHO

En la práctica procesal, la mayor parte de la impugnación de la actividad material de la Administración se canaliza por la vía de hecho, lo cual no

²⁶ RC 5500/2005

²⁷ STS (sección 4) núm. 51/2019, de 23 de enero de 2019 (RC 359/2016)

tiene un encaje claro cuando la actividad informal carece de efectos jurídicos. Por este motivo, la impugnación de declaraciones, recomendaciones e informes tienen su cauce de control por la vía indirecta de la responsabilidad patrimonial, como examinaremos en el siguiente apartado.

Ello no es óbice para que se haya admitido un control expansivo de la actividad informal que pasa por reconducir algunos supuestos a un concepto amplio de vía de hecho.

La jurisprudencia viene manejando un concepto amplio de vía de hecho, que incluye tanto aquellas actuaciones materiales que carecen de cobertura jurídica, por no disponer de título habilitante, como los supuestos de exceso o desproporción en la actuación material, desbordando los límites que impone el acto de cobertura²⁸.

Una primera corrección es la relativización de la pretensión procesal de cese de la vía de hecho, propia de esta vía impugnatoria, de modo que se viene entendiendo que subsiste el interés legítimo, aun en el caso de la actuación informal haya cesado.

Un ejemplo de esta situación son los casos en que colocan banderas, pancartas o símbolos en edificios públicos, generalmente consistoriales, que muchas veces no tienen una resolución administrativa que les dé cobertura, por lo que la vía impugnatoria es la vía de hecho²⁹.

En alguno de los casos, la bandera o símbolo se coloca en momentos puntuales, con ocasión de días, periodos o circunstancias señaladas, lo que da lugar a situaciones donde la Administración plantea la pérdida de objeto en el recurso seguido por vía de hecho, alegando que no persiste la actividad administrativa objeto de impugnación. Este caso fue examinado en la STSJ (sección 5ª) de Cataluña de 21 de diciembre de 2023³⁰, donde el recurso tenía por objeto que, en torno al día 28 de junio, o en ese día específicamente, un Ayuntamiento llevaba a cabo la colocación de la bandera LGTBI en espacios o edificios públicos³¹ e, incluso, en la fachada

²⁸ STS de 29 de octubre de 2010 (RC 1052/2008).

²⁹ Es frecuente que la colocación de pancartas, símbolos o banderas no oficiales en los Ayuntamientos respondan a una decisión no formalizada, por lo que su vía impugnatoria más utilizada es la vía de hecho, aunque en ocasiones también se impugna la inactividad cuando no se cumple la obligación legal establecida en la legislación aplicable: pueden verse, STSJ Navarra 10 septiembre 2015 (Recurso apelación 56/2015: Pancartas presos ETA en Ayuntamiento), SSTSJ Cataluña 28 abril 2021 (Recurso 190/2019) y 10 de noviembre de 2021 (Recurso: 170/2021): Pancartas libertad presos políticos);

³⁰ STSJ (sección 5ª) de Cataluña núm. 4253/2023, de 21 de diciembre de 2023 (Recurso núm. 492/2023)

³¹ La colocación de banderas LGTBI plantea una problemática específica, puesto que, a diferencia de otras banderas no oficiales, hay pronunciamientos

de la sede de la Administración, lo que lleva a la sentencia a entender que el interés legítimo del demandante subsiste, desde el momento en que se trata de actuaciones que se van reproduciendo periódicamente cada año, aunque sea de forma discontinua; a ello se añade que otra interpretación llevaría a hacer inimpugnable el despliegue de banderas, pancartas o símbolos en días señalados, puesto que la actividad no persiste hasta el siguiente periodo.

En esta misma línea expansiva, puede citarse la doctrina establecida en la STS de 1 de octubre de 2021³² que establece que el interesado, ante una actuación de la Administración aparentemente realizada en vía de hecho, puede reiterar sus requerimientos de cese, mientras esta situación persista, con la consecuencia de que, con cada requerimiento inatendido por la Administración, se abrirá una nueva posibilidad de interponer el correspondiente recurso contencioso administrativo, comenzando a computarse de nuevo el plazo para ello.

Desde el punto de vista material, la vía de hecho incluye, además de la ausencia de competencia y procedimiento, las infracciones que afectan a la decisión previa, por inexistente, declaración de invalidez o pérdida de efectos, incluyendo la falta de notificación y de requerimiento previo de la ejecución, así como las irregularidades que afecten a la ejecución por desviación o exceso del contenido de la actuación material ejecutiva. En todos estos supuestos, el cauce de la vía de hecho permite impugnar autónomamente las patologías que pueden darse en la actividad administrativa.

La doctrina ha puesto de relieve que el control judicial contencioso-administrativo de las vías de hecho se lleva a cabo a través de una interpretación amplia del concepto de acto administrativo, que da entrada a la impugnación de actuaciones materiales de la Administración que afectan a los derechos e intereses legítimos de los ciudadanos.

contradictorios sobre si afecta al principio de neutralidad institucional, si bien no puede ordenar mediante una actuación material sin acto de cobertura (vid. STSJ Aragón (sección 1ª) núm. 269/2022, de 13 de junio de 2022 (Recurso núm. 102/2022), sobre no afectación a la neutralidad institucional; en sentido contrario, SSTSJ Comunidad Valenciana (sección Madrid (sección 2ª) núm. 267/2023, de 12 de mayo de 2023 (Recurso núm. 870/2022)).

³² STS (sección 5ª) núm. 1195/2021, de 1 de octubre de 2021 (Recurso núm. 2374/2020), que extiende a la vía de hecho continuada la doctrina jurisprudencial de la inactividad continuada recogida en la STS núm. 1080/2018, de 26 de junio, y reiterada en otras posteriores.

4. ACTUACIONES SIN PROCEDIMIENTO Y RESPONSABILIDAD PATRIMONIAL

La actividad material e informal puede dar lugar a supuestos de responsabilidad patrimonial de las Administraciones Públicas, revistiendo especial interés el examen de los supuestos de actuaciones informales de autoridades o funcionarios públicos que son susceptibles de control indirecto por vía de la responsabilidad civil o patrimonial.

Las notas, informaciones o declaraciones públicas de las autoridades o funcionarios públicos, pueden considerarse como actuaciones informales, que son susceptibles de un control judicial indirecto, cuando se produce un daño antijurídico a determinada o determinadas personas, mediante el ejercicio de las correspondientes acciones civiles o de responsabilidad patrimonial.

Debe advertirse que, en este ámbito, existe una zona difusa entre jurisdicciones para el control de estas actuaciones. Así, en el marco de declaraciones realizadas en ruedas de prensa u otros actos públicos por autoridades o funcionarios, la jurisdicción civil estima su competencia cuando la autoridad o funcionario emite las declaraciones a título individual o personal, con expresiones que no son propias del ejercicio del cargo y desligadas de cualquier nexo causal con su concreta condición profesional. Pueden citarse como ejemplos los casos examinados, en procesos de protección del derecho al honor, en la STS (Civil) de 12 de mayo de 2023³³, respecto de las declaraciones realizadas en una rueda de prensa por el responsable policial de una operación para dismantelar una red de traficantes de medicamentos, o en la STS (Civil) de 08 de junio de 2023³⁴, respecto de las declaraciones de la ministra de Igualdad en el acto de inauguración de la nueva sede del Instituto de las Mujeres y por la publicidad dada en su cuenta de una red social.

Este control indirecto por parte de la jurisdicción civil se enmarca en una de las denominadas zonas difusas entre jurisdicciones, en este caso con la contencioso-administrativa, puesto que posiblemente podría acudir al instituto de la responsabilidad patrimonial de la Administración por los daños y perjuicios ocasionados por las autoridades y personal a su servicio.

Puede citarse como ejemplo el caso de la STS (Civil) de 20 de diciembre de 2001³⁵, en el cual se condenó a un Secretario de Estado de Hacienda por intromisión ilegítima en el honor de dos funcionarios del Catastro a raíz de unas declaraciones donde manifestó que se había abierto expediente

³³ STS (Civil) núm. 717/2023, de 12 de mayo de 2023 (RC 861/2022)

³⁴ STS (Civil) núm. 910/2023, de 8 de junio de 2023 (RC 1/2022)

³⁵ STS (Civil) núm. 1231/2001, de 20 de diciembre de 2001 (RC 2575/1996).

disciplinario a dos funcionarios de la Gerencia Territorial por relaciones connivenciales con empresas contratistas de la determinación de los valores catastrales. La sentencia civil condenó al Secretario de Estado por no transmitir información veraz, al apreciar que el objeto de los expedientes administrativos de los que se daba cuenta a la opinión pública era algo distinto por completo de lo que informó.

Una vez declarado responsable civil, el Secretario de Estado reclamó de la Administración el reintegro de las cantidades por él satisfechas, en una especie de acción de regreso, a la inversa³⁶, por entender que no concurrían los requisitos imprescindibles para su responsabilidad personal. Llevado a consulta al Consejo de Estado, en el dictamen núm. 835/2003, de 24 de julio de 2003, se consideró que no había concurrido, en la conducta personal de la autoridad, ningún género de dolo ni de negligencia grave que pueda fundamentar el deber de soportar sobre el patrimonio personal del Secretario de Estado las consecuencias de una acción netamente administrativa, por lo que informó que estos hechos se inscriben en el esquema que el derecho administrativo establece para la exigencia de responsabilidad patrimonial de la Administración Pública.

Este caso se refiere a hechos anteriores a la entrada en vigor de la Ley 30/1992, que instauró la acción directa de responsabilidad patrimonial frente a la Administración por la actuación de las personas a su servicio, salvo en el único caso en que la falta pudiera ser constitutiva de infracción penal, en cuyo caso el proceso se sigue ante la jurisdicción penal. Ello permitió al interesado ejercitar la acción de regreso a la inversa, por cuanto que la jurisdicción civil podía conocer del asunto por existir un derecho de opción del interesado, aunque concurriera responsabilidad patrimonial de la Administración³⁷. Sin embargo, en el régimen del art. 145 de la Ley 30/1992, y en los mismos términos en el vigente del art. 36 de la LRJSP, es preceptiva la acción directa contra la Administración, de modo que el presupuesto para la competencia de la jurisdicción civil es el de que se

³⁶ Estos hechos eran anteriores a la Ley 30/1992, lo que permitía que el particular se dirigiera directamente contra la autoridad o persona responsable, lo cual permitía una acción de regreso a la inversa, cuando no concurriera dolo o negligencia grave en la conducta de la autoridad o persona responsable.

³⁷ La STS (Civil) núm.92/2006, de 17 de febrero de 2006 (RC 2288/1999) expresa que este sistema de opción reconocido a los particulares perjudicados se construyó en el artículo 43 de la Ley de régimen jurídico de la Administración del Estado de 1957 y en el artículo 135 del Reglamento de expropiación forzosa (Decreto de 26 de abril de 1957). En el primero de ellos, tras proclamar la responsabilidad directa de la Administración, se preveía expresamente la posibilidad de demandar directamente al funcionario incurrido en dolo o culpa grave incluso si se trataba de actuación del mismo incardinada en un servicio público; y en el segundo de ellos se establecía expresamente el principio de responsabilidad solidaria de la Administración y de los funcionarios.

aprecie una responsabilidad personal, atribuible en exclusiva a la autoridad o personal al servicio de la Administración³⁸.

En este punto, y respecto de las autoridades aforadas ex art. 56 de la LOPJ, la jurisprudencia civil distingue entre los supuestos de aforamiento, que se refieren a manifestaciones personales públicas realizadas en el ejercicio de sus funciones, con los de las informaciones, publicidad o declaraciones realizadas en ejecución de un acto administrativo, y no por propia autoridad o en el ejercicio de funciones propias, como es el caso de la STS (Civil) 41/2018, de 26 de enero, donde se entendió que era competente la jurisdicción contencioso-administrativa en un caso de publicación en la página web de los Mossos d'Esquadra de unas fotografías para lograr la identificación el autor de unos hechos delictivos, al haberse llevado a cabo por una Administración Pública (Departament d'Interior de la Generalitat de Catalunya), en ejecución de un acto administrativo (la resolución del director general de la policía autonómica)³⁹.

Esta distinción entre manifestaciones personales (competencia de la jurisdicción civil), con manifestaciones en el ejercicio del cargo, o en ejecución de un acto (competencia de la jurisdicción contencioso-administrativa), presentan alguna dificultad de discernimiento, pues no resulta fácil distinguir entre las manifestaciones de una autoridad como cargo político o como órgano administrativo, en el ejercicio de sus competencias.

La cuestión está más relacionada con el origen o procedencia del contenido de la información revelada, y con el alcance de las manifestaciones, esto es, (i) si la autoridad o funcionario se mueve dentro de los márgenes de la información recibida de los órganos administrativos o técnicos, o si excede de la misma, revelando datos inexactos, y (ii) si se rebasan los límites función propia del cargo, como sería la revelación indebida de información, por ser reservada o no estar contrastada, o cuando se entra innecesariamente en el ámbito personal, con afectación de derechos reputacionales. Por otra parte, los criterios jurisprudenciales siempre hay que contemplarlos en clave de tutela judicial efectiva, a fin de evitar el denominado peregrinaje de jurisdicciones.

En cualquier caso, el control se vehiculiza por la vía de la responsabilidad, atendiendo que las declaraciones o manifestaciones no tienen encaje dentro de la actividad impugnada, pero sí son susceptibles de producir un

³⁸ La citada STS (Civil) de 17 de febrero de 2006 afirma que desde la promulgación de la Ley 30/1992 se suprimió el derecho de opción del perjudicado, quien debe ejercitar la acción de responsabilidad patrimonial directamente frente a la Administración.

³⁹ Vid ampliamente sobre aforamiento por responsabilidad civil y jurisdicción competente: ATS (Civil) de 19 de noviembre de 2019 (Recurso núm. 1/2019).

daño reputacional o económico que, de ser antijurídico, puede ser objeto de control por la vía del instituto de la responsabilidad civil o patrimonial.

IV. COMENTARIO CONCLUSIVO

El examen de la actividad informal de la Administración pone de manifiesto su creciente importancia dentro de la actividad administrativa, constituyendo una forma de actuación complementaria que puede facilitar el buen funcionamiento de la Administración.

La actividad informal puede dar lugar a patologías cuando se forma la voluntad indebidamente al margen del procedimiento, en los casos en que es preceptivo, o cuando no responde a los fines propios de la actividad administrativa, por lo que la efectiva tutela judicial de los derechos e intereses legítimos que puedan resultar afectados resulta esencial en un Estado de Derecho.

En el ámbito del control judicial de la actividad administrativa informal, hay claras tendencias expansivas superadoras de la categoría formal de acto administrativo, que pivotan fundamentalmente sobre la afectación de derechos e intereses legítimos, lo cual permite ampliar significativamente el ámbito de la tutela judicial a través de la categoría doctrinal del “acto administrativo a efectos jurisdiccionales”, que permite la impugnación de medidas o actuaciones, que no son actos administrativos en sentido estricto, pero que pueden afectar a derechos o intereses legítimos y por ello deben ser sometidos a control jurisdiccional.

En el ámbito de la denominada actividad administrativa conductual, los nudges públicos deben observar los principios que rigen la actuación de la Administración Pública, entre ellos los principios de buena administración y de proporcionalidad, de modo que el acicate ha de ser idóneo, en el sentido de responder al interés general, y, en términos de proporcionalidad, presentar un saldo positivo en el balance beneficios-costes.

El control judicial se materializa bien en la previa actuación formalizada o acto de cobertura, bien mediante el control directo de la propia actuación informal en la medida en que afecte a derechos e intereses legítimos. En este ámbito, es esencial el control de motivación, de carácter sustancial, para determinar si la actuación se ajusta a los fines de interés general que debe observar la actividad administrativa, y en los que encuentra su mismo fundamento.

En cuanto a la actividad administrativa indicativa, tales como comunicaciones informativas, declaraciones públicas o recomendaciones, es esencial la función de calificación del juez en orden a la exclusión de las

actividades indicativas aparentes, que encierran un contenido decisorio bajo la forma de carta informativa, recordatorio o recomendación.

Las notas, informaciones o declaraciones públicas de las autoridades o funcionarios públicos son susceptibles de un control judicial indirecto, instrumentalizado por la vía del instituto de la responsabilidad patrimonial, cuando se produce un daño antijurídico a determinada o determinadas personas que no están obligados a soportar.

Finalmente, esta misma línea extensiva del control judicial se observa en el manejo de una concepción amplia del concepto de vía de hecho, dando acceso al proceso, de forma asimétrica, a determinadas actuaciones, a través de instrumentos tales como los del acto tácito, la inactividad o la vía de hecho.

Las técnicas expansivas del control judicial de la actividad informal de la Administración permiten un control efectivo, que se focaliza sobre el mismo ejercicio de la discrecionalidad, a través de la motivación, como modo judicial de garantizar que el resultado final es razonable, como producto del cumplimiento de los deberes jurídicos conectados a los principios constitucionales de buena administración, sin que ello suponga la invasión de ámbitos funcionales correspondientes a la potestad administrativa.