

LA LUCHA POR UNA ADMINISTRACIÓN EFICIENTE

ADOLFO MENÉNDEZ MENÉNDEZ

Abogado*

La lucha por una Administración eficiente

Una Administración pública eficiente, no su desaparición, se ha convertido en el objetivo imprescindible para la gestión de los servicios públicos en una economía de mercado. Dicho objetivo exige reequilibrar la posición institucional de la Administración y las empresas, permitiendo un desarrollo de la actividad económica libre de cargas u obstáculos innecesarios. La potestad de interpretación unilateral de los contratos públicos, el exceso de ius variandi en los pliegos de contratación o la inembargabilidad de los caudales públicos son ejemplos cotidianos de la necesidad de dicho reequilibrio.

The quest for an efficient civil service

Achieving a truly efficient civil service, rather than removing it, has become the most challenging objective for the management of public services in a market economy. The special powers and prerogatives of the civil service could be used to promote the development of business activity without obstacles. Some examples of the need to eliminate hurdles include finding a level playing field between the powers of public authorities in public procurement, and balancing the prerogative of non-seizure of public goods with the freedom to conduct business.

INTRODUCCIÓN

Para conocer cabalmente la causa de nuestros males y trocarlos en bienes las circunstancias reclaman repensarlo todo, exigen un esfuerzo por encontrar el punto de ruptura sin despreñar los antecedentes. El conocimiento profundo de los hechos ya acontecidos, así como de las ideas que los alentaron y que los explican, nos permitirá orientarnos en la novedad y superarla con acierto.

Esta introducción es necesaria porque la época adora lo instantáneo, prescinde de prolegómenos y entroniza con facilidad las simples ocurrencias, ideas de usar y tirar diríamos, en particular si se difunden a través de los medios de comunicación de masas incesantemente. Algo de eso está pasando aparentemente con la idea de que la Economía es autosuficiente para resolver por sí sola los problemas sociales a través de los mercados sin necesidad del Derecho, entre otras compañías. Esta idea va seguida de otra, que las Administraciones públicas deben desvanecerse hasta su extinción porque la sociedad se basta a sí misma sin tales estorbos. Dicho en otros términos, la Administración pública y sus servidores, los funcionarios, no son más que un obstáculo para la Economía y, por lo tanto, para las empresas que la protagonizan y, por lo tanto, para el progreso social *in genere*. Pero tal identificación entraña graves peligros. ¿Dónde queda el hombre y el ciudadano, dónde la base de nuestro sistema jurídico fundado en los derechos y deberes

de las personas como garantía de la libertad, individual y colectiva? Porque libertad no hay más que una, la libertad no tiene apellidos ni los admite.

Para empezar convendremos que es la sociedad la que se articula voluntariamente como Estado. Es la sociedad la que crea las instituciones que están a su servicio, la que crea el Derecho, que se presenta así como una autoordenación democrática y, por ello, legítima. Las Administraciones públicas son por definición instituciones instrumentales al servicio del interés general. Así lo dice inequívocamente el artículo 103.1 de nuestra Constitución (en adelante CE): «La Administración Pública sirve con objetividad los intereses generales y actúa de acuerdo con los principios de eficacia, jerarquía, descentralización, desconcentración y coordinación con sometimiento pleno a la ley y al Derecho».

Ni siquiera cuando hablamos de la Administración económica, o de la administración de lo económico, de la «regulación» o de «los entes reguladores» si se prefiere utilizar el anglicismo al uso, varía ni un milímetro la centralidad de lo dispuesto en el artículo 103 CE dentro de nuestro sistema institucional. Ni siquiera desde la perspectiva de la eficiencia de las empresas la eventual, hipotética e inquietante desaparición de las Administraciones públicas conllevaría una automática mejora de la competitividad. Se están mezclando los conceptos de forma arriesgada, cuando no interesada, hay que decirlo. No hay nada más ineficiente que un desorden, o sea el no Derecho. Mientras que la existencia del Derecho, sin prejuzgar qué orden ha de perseguirse, puesto que esa es por antonomasia la decisión soberana de las Cortes Generales, es la única garantía posible para el ejercicio de la libertad de

* Del Área de Derecho Público y Procesal de Uría Menéndez (Madrid).

comercio y la creación de riqueza, que agradecen, si no exigen, la convivencia civilizada.

La idea, elemental si se quiere, de que el modelo económico exige una regulación abierta dentro de un *minimum* constitucional preciso es aceptada de forma pacíficamente mayoritaria por la doctrina y la jurisprudencia, con independencia de que unos u otros pongan el acento aquí o allá. Por otra parte, la reflexión sobre los rasgos de nuestro modelo de Estado social de Derecho no es un asunto nuevo, ni mucho menos, aunque pueda parecerlo si nos atenemos a las confusas consignas mediáticas que venimos criticando¹.

Como ejemplo merece la pena recordar las palabras del precursor del Derecho administrativo económico en España, el profesor Sebastián Martín-Retortillo, quien ya en 1988, fecha de edición de su clásica obra sobre la materia, escribía²: «... Estamos ante una realidad incuestionable, el cambio radical que está operándose en nuestros días en el planteamiento, en el alcance y en los procedimientos de actuar de la Administración, y muy singularmente de la Administración económica. No se trata de un simple retoque de situaciones anteriores. Es más bien una nueva orientación atendiendo a criterios y principios diferentes.... El Estado, los restantes Poderes públicos se repliegan también de forma progresiva, deben repliarse, de la ordenación puntual y concreta de la vida económica y social. Y ello de forma decidida y sin ambages. El proceso ha comenzado a esbozarse en los últimos años. No cabe, sin embargo, pronosticar su duración. Su alcance, por otra parte, es necesario matizarlo debidamente, con el fin de no obtener conclusiones apresuradas que pudieran resultar equívocas. En el bien entendido que se dice que el Estado se repliega, no que se retira, ni que desaparece, ni que queda al margen de la ordenación de la realidad social y económica. En cierto modo pasa a un segundo plano, pierde el ambicioso protagonismo de una presencia permanente y cotidiana, para concretar selectivamente el ejercicio de sus funciones en los temas y en los momentos más determinantes y fundamentales. Realidad inequívoca, fácilmente constatable en muchos sistemas de derecho comparado, y a la que, manteniendo su

validez, resulta obligado reconducir actualmente el contenido del Estado social de Derecho...».

La Administración reduce a lo esencial (el orden público, la defensa exterior, los servicios sociales básicos...) su actividad prestacional de bienes y servicios, para ser sustituida por la sociedad, cuando es capaz de hacer lo mismo de manera más eficiente, y pasa a ser una Administración esencialmente reguladora, es decir ocupada en garantizar que la actividad económica funciona respetando las reglas de una competencia justa y efectiva y corrigiendo las disfunciones que puedan producirse.

No es necesario alargarse ahora, pero conviene decir en todo caso que la eficiencia es algo distinto de la eficacia, a la que se refiere el artículo 103 CE. Si nos atenemos al Diccionario de la Lengua Española la eficacia es la capacidad de lograr el efecto que se desea o se espera, mientras que la eficiencia es la capacidad de disponer de alguien o de algo para conseguir un efecto determinado. Es decir que la eficiencia es un concepto más económico, por cuanto implica la idea de gestionar recursos escasos de forma eficaz. Ser eficiente es asignar mejor los recursos disponibles, por definición escasos o limitados. La eficiencia implica pues una elección, establecer una prioridad. No hay una fórmula automática para saber qué es lo más eficiente. La eficiencia de un gasto depende de los objetivos que se persigan; y la fijación de esos objetivos exige la concurrencia de argumentos, deliberación y convicción, se trata de una decisión de oportunidad o política. Es evidente que toda decisión, política o no, implica también una elección económica, pero no solo económica, el problema está por tanto en dogmatizar lo económico.

Tzvetan Todorov ha escrito³: «... el ultraliberalismo comparte también con el marxismo la convicción de que la existencia social de los hombres depende fundamentalmente de la economía... Pero ¿puede derivar el bien sólo de la satisfacción de deseos materiales y de poder? Es como si los adversarios del totalitarismo pasaran sin darse cuenta de la idea de que «la competencia es beneficiosa para la economía» al principio de que «lo que es bueno para la economía basta para hacer felices a las personas». Para Todorov ello entraña el riesgo de sustituir un dogma por otro, perseverando en un pensamiento monista que reduce la complejidad

¹ Sobre los perfiles de la Administración económica en el Estado social de Derecho y su ordenación jurídica y constitucional véase S. Martín-Retortillo Baquer: *Derecho Administrativo Económico, Tomo I*, Madrid, 1988, primera edición. Más recientemente puede verse R. Rivero Ortega: *Derecho Administrativo Económico*, Madrid, 2009, quinta edición.

² S. Martín-Retortillo, *ob. cit.*, pág. 42.

³ T. Todorov: *La experiencia totalitaria*, Barcelona, 2010, págs. 41-42.

del mundo a una sola dimensión y considera que lo mueve una única fuerza. La advertencia parece lúcida y pertinente.

Tomar la parte por el todo, una forma clásica de dogmatización, impide tener la visión de conjunto que solo proporciona la suma de las diferentes perspectivas que concurren en un asunto. Como ha escrito Hans Küng, en un contexto completamente diferente: «... ninguna ciencia puede comprender la realidad en su conjunto. Toda ciencia tiene su propia perspectiva y sus propias competencias, que no deben ser absolutizadas. También para las cosas más sencillas, como una mesa o una bicicleta, existen varias explicaciones: la físico-química, la funcional, la histórico-cultural, la sociológica... Y algo que es importante: una explicación dada, lejos de excluir a las demás, puede completarlas y enriquecerlas.

Estas diferentes perspectivas de las ciencias no sólo obedecen a los límites del conocimiento humano, que ninguna ciencia en particular está en condiciones de trascender. Son inherentes a la realidad misma: la realidad tanto del mundo como del ser humano, manifiesta diversos aspectos, estratos, dimensiones. Y quien absolutiza una única dimensión enceguece para las demás...»⁴.

LA LUCHA POR UNA ADMINISTRACIÓN PÚBLICA EFICIENTE

Excluida radicalmente la dogmatización de lo económico y su deriva totalitaria, o sencillamente su inconstitucionalidad. ¿De qué estamos hablando cuando nos referimos a una Administración eficiente, a la lucha por una Administración pública eficiente?

Nos estamos refiriendo a que lo económico ocupa un papel importante en nuestras sociedades y la Administración pública en su quehacer debe tender a la eficiencia. Son muchas las razones que fundan este aserto; pero interesa destacar ahora una idea: la Administración que hemos dado en llamar reguladora interactúa con los protagonistas de la actividad económica, en este caso las empresas, y si no lo hace eficientemente perturba el funcionamiento económico y lo contamina con sus propias ineficiencias (déficit descontrolado, riesgo regulatorio, duplicidad de funciones, etc.). Esta situación, a la

luz de los nuevos principios y necesidades sociales presenta el riesgo de una deslegitimación de lo institucional, del papel de la Administración pública. Deslegitimación que, a su vez, pone en entredicho la posición jurídica preeminente que a la Administración le corresponde en nuestro sistema constitucional, precisamente por representar la defensa del interés general frente a los intereses particulares. Preeminencia jurídica que de no existir, y se cierra el círculo, haría ineficaz la acción administrativa. Es claro, por ejemplo, que sin la potestad de expropiación sería muy difícil, por no decir imposible, que ninguna obra pública pudiera llevarse a cabo.

Por lo tanto, cuando hablamos de la lucha por una Administración eficiente asumimos que la Administración pública existe y seguirá existiendo. Lo que está en cuestión, lo que deber ser repensado, no es la existencia misma de la Administración pública en sus múltiples manifestaciones, sino el papel que aquella debe jugar hoy en el contexto de una economía globalizada. Desde el Derecho lo que es importante repensar, ese es el objetivo al que quiere contribuir modestamente nuestra reflexión, es el estatuto jurídico de dicha Administración pública; cuyas consecuencias en el campo de la económica, en particular en sus relaciones con las empresas que lo protagonizan, son trascendentales desde el punto de vista de la seguridad jurídica y de la eficiencia económica general de nuestras sociedades, en este caso de España.

Problema complejo, pues, con múltiples protagonistas, en la frontera de la dogmática clásica entre Derecho privado y Derecho público, y al que habría que añadir, aunque no pretendemos agotar ahora su estudio, la cuestión nada menor de la internacionalización de la Economía, a la que el Derecho encuentra algunas dificultades para dar una respuesta adecuada, por cuanto el Estado-nación sigue siendo su ámbito natural de desarrollo tal y como hasta hoy lo conocemos⁵.

En este sentido, la gran pregunta, cuya respuesta no pretendemos agotar ahora, insistimos, es: ¿hasta qué punto las nuevas formulaciones que van dando respuesta jurídica a una Economía global pueden

⁵ El componente global es objeto de una natural y creciente atención doctrinal. Véase, por ejemplo, F. Velasco Caballero; J. P. Schneider (coords.) et al.: *La unión administrativa europea*, Madrid, 2008; o, más recientemente J. Ponce Solé (coord.) et al.: *Derecho Administrativo Global. Organización, procedimiento, control judicial*, Madrid, 2010.

⁴ H. Küng: *Lo que yo creo*, Madrid, 2011, pág. 117.

llamarse o son Derecho administrativo o no dejan de ser mecanismos internacionales de cooperación más cercanos al campo del tradicional Derecho internacional público? Sea como fuere, el ejemplo del Derecho comunitario europeo es seguramente el más acabado avance en la dirección correcta, no cabe la menor duda de que la construcción de ese Derecho global es uno de los grandes retos intelectuales y prácticos que los juristas contemporáneos tenemos ante nosotros.

Para sintetizar la evolución producida en relación con las cuestiones enunciadas me parece que podríamos fijar convencionalmente tres momentos que resumen didácticamente el camino recorrido hasta el punto en el que nos encontramos en relación con nuestro Estado de Derecho y nuestro Derecho administrativo.

El primero es el advenimiento de un Derecho dinámico y socialmente vivo frente a las concepciones estáticas del mismo que precedieron a la Revolución francesa. Jules Michelet escribió: «Defino la Revolución francesa, diciendo que es el advenimiento de la Ley, la resurrección del Derecho, la reacción de la Justicia»⁶.

Rudolph von Ihering, en su conocido opúsculo *La lucha por el Derecho*, explica el sentir de ese primer momento por conseguir que el Derecho se hiciera realidad y diera vida a la dinámica propia de su permanente actualización mediante la resolución jurídica de los conflictos. Y explica el sentido de la lucha por un Derecho vivido y defendido por todos, con la convicción de que de ello dependen la libertad y la justicia. «El derecho se ha hecho demasiado escolástico y demasiado curialesco para que se pueda soñar con una vida jurídica popular de real y eficaz efectividad» escribe, criticando el estado de cosas que le antecedieron⁷.

El segundo momento se refiere a la batalla por hacer del poder administrativo un poder plenamente jurídico, es decir sometido al Derecho⁸. En este caso es otro gran jurista, Eduardo García de Enterría, quien compendia la esencia de esa nueva

etapa de la lucha por el Derecho en «La lucha contra las inmunidades del poder»⁹. Conferencia pronunciada en la Universidad de Barcelona en 1962, nótese el año, en plena dictadura, en la que se defienden sin ambages lo que más tarde serán algunos de los logros más significativos de nuestra vigente Constitución: plena judicialización del orden contencioso-administrativo, pleno sometimiento del poder administrativo a la ley y al juez, desaparición de los actos políticos exentos al control judicial, control de las potestades discrecionales, etc¹⁰.

Basta leer el antes citado artículo 103.1 CE, o el 9.3 CE: «3. La Constitución garantiza el principio de legalidad, la jerarquía normativa, la publicidad de las normas, la irretroactividad de las disposiciones sancionadoras no favorables o restrictivas de derechos individuales, la seguridad jurídica, la responsabilidad y la interdicción de la arbitrariedad de los poderes públicos» o el 106.1 CE: «1. Los Tribunales controlan la potestad reglamentaria y la legalidad de la actuación administrativa, así como el sometimiento de ésta a los fines que la justifican».

El tercer momento es el actual, la lucha por una Administración pública eficiente. Combate que no deja de ser una batalla más en la permanente lucha por el Derecho. No puede haber dudas de que no se trata de que la Economía sustituya al Derecho, queda dicho arriba. No se trata de que el poder económico sustituya al poder político como ámbito de exención o inmunidad. Se trata de que el poder, cualquier poder, se someta al Derecho, única garantía para la convivencia y la prevención de los abusos.

Ya dijimos que a nuestro juicio se trata de transformar en la práctica el estatuto jurídico de la Administración pública para obligarla a ser más eficiente. Las cuestiones que merecen atención urgente no son sin embargo nuevas. La doctrina viene estudiándolas y la jurisprudencia impulsando cambios progresivos de criterio desde hace muchos años. La novedad es quizás que la actual situación crítica de la economía acentúa la necesidad de reformas en la línea que nos limitaremos a apuntar.

⁶ J. Michelet: *Historia de la Revolución Francesa*, Vitoria, 2008, pág. 71.

⁷ R. von Ihering: *La lucha por el Derecho*, Madrid, 1985, pág. 41.

⁸ Sobre la génesis de nuestro Derecho administrativo y el nacimiento de nuestra administración moderna, por ejemplo, J. A. Santamaría Pastor: *Sobre la génesis del Derecho administrativo español en el siglo XIX (1812-1845)*, Madrid, 2006.

⁹ E. García de Enterría: *La Lucha contra las inmunidades del poder*, Madrid, 1979.

¹⁰ Algunas soluciones, como el avance hacia una plena judicialización del orden contencioso-administrativo comenzaron antes del texto constitucional, que los corona; otros hubieron de esperar más, como la desaparición de los llamados actos políticos, que se concretó en la Ley Reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa de 1998.

HITOS DE INEFICIENCIA ADMINISTRATIVA

Asumido lo anterior, pasemos de las musas al teatro. ¿Qué hay que repensar o reformar en el estatuto jurídico de la Administración pública para que sea más eficiente? Utilizando una expresión clásica entre nosotros no queremos poner el énfasis en las cuestiones relativas la Ciencia de la Administración. No son cuestiones menores, pero no son las que ahora interesan. No es menor la cuestión de que las Administraciones se multipliquen sin control, ensayando cada día una forma nueva de personificación que tiende a diluir, o emborronar, el estatuto jurídico común, casi siempre con la excusa de ganar eficacia. No es menor la cuestión de que las Administraciones públicas no tengan bien definidas sus competencias y las dupliquen, pisándose la manquera diríamos coloquialmente, creando una inextricable malla de relaciones jurídicas, actuaciones, presupuestos... que no deja ver con claridad el interés general que se defiende. No es una cuestión menor que las Administraciones públicas deterioren la independencia de los funcionarios en su actuación profesional. No es nada menor que las Administraciones públicas deterioren las formas procedimentales que garantizan la objetividad de su actuación y su control judicial en aras, una vez más, de ser más «eficaces». Todas estas cuestiones, y muchas otras, no son menores, ni son solo de hoy aunque requieran renovada atención.

El punto concreto en el que queremos centrar nuestra llamada de atención, más cotidiano si se quiere, es el de la desigualdad posicional entre las Administraciones públicas y los operadores económicos, particularmente las empresas, que debe ser reequilibrada para recuperar su plena legitimidad y no generar ineficiencias.

La Administración pública está sujeta plenamente a la ley y al Derecho, dice la Constitución. Su posición jurídica viene determinada así por el llamado principio de legalidad, que implica que la Administración pública solo puede hacer lo que la ley le permite hacer y como la ley se lo permite (competencia y procedimiento). Es pues un poder jurídico. Cuando la Administración respeta esos límites, poder jurídico irresistible, goza de los beneficios del principio de autotutela. Es decir, si actúa dentro de sus competencias y siguiendo el procedimiento legalmente establecido, la Administración como defensora del interés general puede declarar lo que es Derecho y su declaración es directamente ejecutiva, sin perjuicio de su posterior y eventual revisión judicial.

Salta inmediatamente a la vista que el estatuto de prevalencia de la decisión administrativa, amparada en la presunción de su legalidad, que sigue estando justificado y siendo socialmente útil, no lo dudemos, encuentra en las relaciones económicas algunas dificultades prácticas que lo ponen en cuestión y están exigiendo, creemos, su reordenación.

Estas dificultades se derivan esencialmente del factor tiempo. El tiempo en las decisiones económicas puede ser determinante al menos en dos aspectos. En cuanto a la oportunidad de la toma de las decisiones y en cuanto a la financiación de tales decisiones, porque en economía el tiempo es dinero. En ambos casos una Administración eficiente debe cambiar sus hábitos y ese cambio de hábitos debe acompañarse con un cambio en su estatuto jurídico.

En cuanto a la necesaria celeridad de las decisiones de la Administración su enunciación es un clásico en nuestras leyes de procedimiento. Celeridad que no se refiere solo a la rapidez en la toma de decisiones, cuanto a evitar duplicidad de trámites (por ejemplo, artículo 75 de la Ley de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común (en adelante LPAC), solicitud de documentos de los que ya se dispone, abuso del silencio administrativo como forma de resolver los expedientes, etc. Lo contrario de la celeridad es la lentitud y la consecuencia práctica de esa lentitud es la postergación, a veces *sine die*, o el encarecimiento de las actividades que la iniciativa empresarial quiera acometer, la pérdida de competitividad dirían los economistas. Como se ve, ya lo advertimos, nada nuevo, ni siquiera algo que requiera necesariamente un cambio legislativo. Todo está ya dicho en nuestras leyes de procedimiento, o casi, el énfasis ha de ponerse en que se cumpla. Hay en este punto una contrapartida que no puede ocultarse, las Administraciones públicas deben de ser ágiles pero para ello necesitan medios. Una función pública técnicamente capaz, independiente, proba y adecuadamente retribuida es imprescindible.

En el segundo aspecto el día a día de la práctica profesional está lleno de problemas importantes para las empresas, por ejemplo en el ámbito de la contratación pública. La sola facultad de interpretación unilateral de los contratos, acompañada de un exceso de *ius variandi* en los pliegos de contratación administrativa, y unida a la necesidad de acudir a la jurisdicción contencioso-administrativa para combatir la decisión de la Administración contratante,

representa un coste de oportunidad que disuade o encarece determinadas decisiones y puede poner en peligro la efectividad de la tutela judicial.

¿Qué decir cuando contando con una resolución judicial favorable contra la Administración, singularmente en el caso de obligaciones de dar, nos tropezamos con el privilegio de la inembargabilidad de los caudales públicos? ¿No sería posible, como la doctrina viene demandando hace mucho tiempo, reducir el ámbito del privilegio con los correspondientes efectos positivos: el acreedor cobraría en tiempo real y el deudor, en este caso la Administración, vería reducida su capacidad para seguir endeudándose sin control?

Son solo algunos ejemplos. Es necesaria una nueva llamada de atención sobre estos asuntos. Nótese que no proponemos soluciones concretas, ni ejemplos concretos. Hay dos motivos para ello. Por una parte la limitación del espacio del que disponemos. Pero

más importante es el hecho de que en esta materia, que está cobrando angustiosa urgencia, es necesario meditación antes de la acción. Evitar las ocurrencias, que venimos criticando, porque lo que está en juego es algo más que la salida de una crisis económica o social, por grave que esta pueda ser. Lo que está en juego es la necesaria compatibilidad entre el Estado social de Derecho y la eficiencia económica.

Lo que no podemos es mostrar conformidad con el argumento de que mejorar la economía justifique acabar con el Estado social de Derecho. Al menos es una idea que no se puede aceptar sin severos matices. Frente a una economía global nos encontramos con un Derecho estatal, que trata de internacionalizarse de forma creciente. Podrá criticarse, pero conviene recordar que por debajo del Derecho solo están la tribu y la barbarie. Debemos seguir luchando por el Derecho, contienda en la que nos anima el alto y generoso ejemplo de precursores como Juan Luis Iglesias Prada.