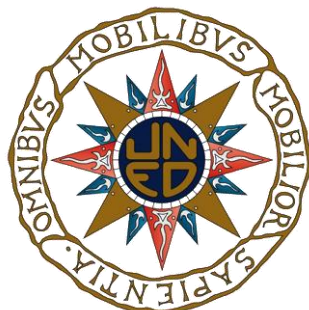


TESIS DOCTORAL



**EL MARCO JURÍDICO DE LA MODERNIZACIÓN EN LA GESTIÓN
PÚBLICA: EL CASO DE ESPAÑA.**

JULIÁN TORRADO SANCHO

Licenciado en Filosofía y Letras

Especialidad: Historia Moderna y Contemporánea.

**DEPARTAMENTO DE HISTORIA DEL DERECHO Y DE LAS INSTITUCIONES
FACULTAD DE DERECHO
UNIVERSIDAD NACIONAL DE EDUCACIÓN A DISTANCIA**

Directora: **Dra. D^a. REGINA MARÍA PÉREZ MARCOS**
Codirector: **Dr. D. JESÚS ÁNGEL FUENTETAJA PASTOR**

2014

**DEPARTAMENTO DE HISTORIA DEL DERECHO Y DE LAS INSTITUCIONES
FACULTAD DE DERECHO**

**EL MARCO JURÍDICO DE LA MODERNIZACIÓN EN LA GESTIÓN
PÚBLICA: EL CASO DE ESPAÑA.**

JULIÁN TORRADO SANCHO

Licenciado en Filosofía y Letras

Especialidad: Historia Moderna y Contemporánea.

Directora: **Dra. D^a. REGINA MARÍA PÉREZ MARCOS**
Codirector: **Dr. D. JESÚS ÁNGEL FUENTETAJA PASTOR**

“Dicho con otras palabras: el Derecho administrativo no debe limitarse a estudiar la forma (legal o ilegal) que tiene la Administración de aplicar las normas, sino que debe extender su análisis a la propia inaplicación de tales normas (la llamada inactividad administrativa), que es una de las formas más refinadas de ilegalidad”.

Alejandro Nieto. La vocación del Derecho Administrativo en nuestro tiempo

ÍNDICE

ABREVIATURAS.....	13
LISTA DE GRÁFICOS, TABLAS Y FIGURAS	17
Introducción.....	19
I. Objeto.....	19
II. Estado actual y rasgos fundamentales del objeto de la investigación.....	20
III. Aspectos metodológicos.....	22
IV. Fuentes utilizadas.....	24
V. Hipótesis de trabajo.....	27
Capítulo I. Caracteres técnico-jurídicos de la Modernización administrativa.	29
I.1 Premisas generales.....	29
I.2 Conceptos previos de la investigación.....	33
I.2.1 Gobierno y Administración pública.....	33
I.2.2 Gestión pública y políticas de gestión pública.....	34
I.2.3 Dimensión jurídica y técnica de la gestión pública.....	38
I.2.4 Servicio público y Servicio administrativo.....	40
I.2.5 Modernización administrativa.....	42
I.2.6 Eficacia y eficiencia en el ámbito público.....	46
I.3 Relaciones entre los elementos transformadores en la modernización y reforma de la gestión pública.....	59
I.3.1 Dialéctica entre modernización y reforma de la Administración pública.....	59
I.3.2 Dialéctica entre la gestión y las políticas públicas.....	65
I.3.3 Dialéctica entre el marco jurídico y técnico en la transformación de la gestión pública.....	68
I.4 Dinámica entre el ámbito público y privado en la evolución y gestión de los poderes públicos.....	70
I.4.1 Aspectos históricos y doctrinales de las relaciones publico-privadas.....	70
I.4.2 Dinámica del Estado en la correlación entre el ámbito público y privado.....	77
I.4.3 Perspectivas de la dinámica entre lo público y lo privado en la modernización administrativa.....	79
I.5 Premisas político-doctrinales en la reforma de la gestión pública.....	81
I.5.1 Ámbito político-administrativo de la reforma.....	81
I.5.2 Ámbito doctrinal de la modernización de la gestión pública en el paradigma de la NGP.....	87
Capítulo II. Rasgos históricos de la formación del marco jurídico de la Administración en el Estado liberal y democrático.....	97
II.1 Premisas generales.....	97
II.2 Orígenes del marco jurídico público en el Antiguo Régimen.....	100
II.2.1 Fundamentos históricos en la delimitación del marco jurídico de la Administración pública.....	100
II.2.2 Formación en la unidad y diversidad del marco jurídico público en el Antiguo Régimen.....	108
II.2.3 Premisas doctrinales del Estado de Derecho en el Estado moderno.....	115
II.3 La formación del marco jurídico administrativo en el Estado liberal.....	119

II.3.1 Causas de la conformación jurídico-administrativa en el Estado liberal.	119
II.3.2 Ejes de la consolidación del marco jurídico administrativo del Estado liberal.	128
II.3.3 La culminación del marco jurídico liberal en la fijación doctrinal del Derecho administrativo.	138
II.4 La adaptación de la Administración pública a las nuevas formas de organización y gestión ante las transformaciones socio-económicas.	143
II.4.1 Influencia de la maduración del proceso científico-industrial en la dinámica técnica del sistema administrativo.	143
II.4.2 La ampliación del sujeto social del Estado y sus efectos en la adaptación jurídica de la actividad de la Administración pública.	148
II.5 Origen, consolidación y crisis del Estado del bienestar.	154
II.5.1 Ámbito de adaptación del marco jurídico a la organización y actividad administrativa del Estado social.	154
II.5.2 La eclosión de las disciplinas técnicas en la organización administrativa como medio de eficacia en la gestión de los servicios públicos.	164
II.5.3 Las contradicciones entre el marco jurídico y técnico en el paradigma de la crisis del Estado del bienestar.	170
II.6 La revisión del modelo de gestión pública: reposición del ámbito privado y pérdida del equilibrio entre el marco jurídico y técnico.	173
II.6.1 Reposición del ámbito privado: la gestión pública sujeto de políticas y la actividad administrativa objeto de instrumentos técnicos de organización y control.	173
II.6.2 La corrección de los modelos privatistas de gestión y la búsqueda de entornos de cooperación entre el ámbito público y privado.	181
II.6.3 La marginalidad aparente del marco jurídico en la nueva gestión de los servicios públicos y sus propuestas de superación.	187

Capítulo III. Fundamentos jurídicos de la gestión pública en la Modernización administrativa. **195**

III.1 Premisas generales.	195
III.2 La fuente constitucional en la organización política de la acción pública.	197
III.2.1 La conexión entre los poderes públicos, el Gobierno y la acción de la Administración en el ámbito constitucional.	197
III.2.2 Principios básicos de la vinculación del ordenamiento jurídico-administrativo al constitucional.	210
III.3 Precedencias del funcionamiento de la Administración en los principios y disposiciones de la organización del Estado.	214
III.3.1 Principio de la pluralidad competencial en la estructura del Estado.	214
III.3.2 El mandato constitucional en el ordenamiento funcional y organizativo de la Administración.	218
III.3.3 La organización territorial y sus vías constituyentes como recurso de la eficacia administrativa.	224
III.4 Elementos de conexión entre el Estado de Derecho y el funcionamiento administrativo.	228
III.4.1 Los principios jurídicos de funcionamiento de las Administraciones Públicas como vía de legitimidad en la actuación del Estado.	228
III.4.2 La segunda división de poderes en el seno de la Administración.	237
III.4.3 Los márgenes de flexibilidad de los principios del ordenamiento administrativo como garantía de eficacia del servicio público.	241
III.5 Las políticas públicas como instrumento de la actuación del Estado.	248
III.5.1 Marco conceptual y técnico del análisis de las políticas públicas.	248
III.5.2 Función modernizadora de las políticas públicas en la actuación del Estado.	253

Capítulo IV. La actividad de la Administración en las relaciones entre los fundamentos jurídicos y técnicos de la gestión pública..... 257

IV.1 Premisas generales. 257

IV.2 Premisas jurídicas y técnicas de la transformación en la actividad pública..... 257

 IV.2.1 Concurrencia de los principios jurídicos y los métodos técnicos en el funcionamiento de la Administración. 257

 IV.2.2 Condicionantes de eficacia al cumplimiento de los principios formales en la actividad administrativa. 260

IV.3 Las relaciones entre las garantías jurídicas y la eficacia de la gestión pública..... 261

 IV.3.1 Adecuación del sistema garantizador a los fines materiales de la Administración. 261

 IV.3.2 Cuestiones sobre la seguridad jurídica como principio garantizador. 265

IV.4 Elementos contradictorios en los métodos de control de las actuaciones administrativas. ... 268

 IV.4.1 Métodos de control jurídico: limitaciones, problemas y vías de superación. 270

 IV.4.2 Métodos de control técnicos y problemas de conexión con los jurídicos..... 281

IV.5 Aspectos nuevos de la regulación y cooperación pública y privada en la prestación de servicios públicos. 286

 IV.5.1 Ciertos aspectos básicos de la conjugación del Derecho privado en la prestación de los servicios públicos. 286

 IV.5.2 Instrumentos del ordenamiento público en el ámbito privado: ordenación, regulación, intervención y privatización. 294

 IV.5.3 Principios jurídicos de inserción del régimen y sector privado en los servicios públicos302

 IV.5.3 Marco regulador delimitador de las relaciones público-privadas en la gestión pública: la contratación administrativa. 309

IV.6 Nuevos principios rectores en las relaciones de la Administración y el ámbito privado ante la transformación de la gestión pública..... 320

 IV.6.1 Ejes de la interrelación entre los principios públicos y la legitimidad privada. 320

 IV.6.2 Distorsiones jurídicas en la legislación de la modernización administrativa y necesidad de nuevos planteamientos. 328

Capítulo V. La organización pública: condicionantes formales y funcionales de su transformación..... 335

V.1 Premisas generales. 335

V.2 Aparición de nuevos elementos funcionales en la transformación del Estado liberal-democrático. 335

 V.2.1 Antecedentes y premisas doctrinales de la organización en el Estado burocrático..... 336

 V.2.2 Premisas jurídicas y técnicas de la organización en la reforma de la gestión pública. 343

 V.2.3 Caracteres subjetivos de la transformación organizativa 350

 V.2.4 Aspectos estructurales y programáticos en la nueva organización pública..... 355

V.3 La nueva articulación en la organización de las Administraciones Públicas..... 359

 V.3.1 La delimitación de las funciones políticas y técnicas en los puestos directivos. 359

 V.3.2 La sustentación jurídica del funcionamiento organizativo en el modelo gerencial..... 362

 V.3.3 El encaje jurídico de la función directiva. 365

 V.3.4 Ámbito objetivo de la organización en las relaciones orgánicas y funcionales de la Administración. 369

 V.3.5 Ámbito subjetivo de la organización en las relaciones entre empleados y Administración. ... 373

V.4 El marco jurídico de la organización pública en la modernización administrativa. 383

 V.4.1 Encaje de las normas jurídicas de organización en las técnicas de la gestión pública. 384

V.4.2 Adaptación del marco jurídico de la gestión del personal público: provisión, selección y carrera.	388
V.4.3 La coexistencia normativa ante las nuevas funciones técnicas de la organización.	395
V.4.4 Las normas de control económico en la organización de los servicios públicos.	400
V.5 Adaptación de las relaciones jurídicas en la organización y gestión de los servicios públicos. ...	409
V.5.1 Condiciones jurídicas de las relaciones entre Administración y ciudadanos en la organización.	410
V.5.2 Efectos de la responsabilidad administrativa en la descentralización de los servicios públicos.	417

Capítulo VI. Las técnicas de gestión pública en el sistema administrativo. 425

VI.1 Premisas generales.	425
VI.2 Los principios de la gestión pública y su interrelación con las bases jurídicas y técnicas de la organización administrativa.	426
VI.2.1 Los principios de orientación al ciudadano.	426
VI.2.2 Los principios de orientación a resultados y las técnicas de descentralización en la gestión pública.	433
VI.2.3 Los principios de orientación a los procesos en la organización y la gestión interna como método de eficiencia.	444
VI.3 Métodos y modelos de planeamiento, evaluación y mejora continua de la gestión pública. ..	452
VI.3.1 La planificación y gestión estratégica como instrumento de implementación de las políticas públicas.	452
VI.3.2 Aspectos clave en la renovación de los métodos de evaluación, seguimiento y control de la gestión pública.	458
VI.3.3 Los métodos de aseguramiento y gestión de la calidad de los servicios públicos.	468
VI.4 Aplicación de los principios y métodos técnicos en las actuaciones de modernización.	479
VI.4.1 Estudio de casos: principales atributos de la muestra.	479
VI.4.2 Criterios de evaluación de las actuaciones de modernización.	483
VI.4.3 Impacto de las técnicas de modernización en las actuaciones administrativas.	484
VI.5 Dinámica jurídica del Derecho administrativo en la implantación de las técnicas de gestión pública.	488
VI.5.1 Potenciales desarrollos y límites del régimen jurídico administrativo.	488
VI.5.2 Ámbito de la protección jurídico-administrativa en la ejecución técnica del Derecho. ...	496
VI.5.3 Aspectos de calidad y mejora en la aplicación del Derecho a la gestión pública.	505

Capítulo VII. La innovación tecnológica y la sociedad de la información en la modernización administrativa de la gestión pública. 519

VII.1 Premisas generales.	519
VII.2 El Estado como sujeto de la sociedad de la información.	521
VII.2.1 Caracterización de la evolución de las TIC en la gestión pública.	521
VII.2.2 Fundamentos político-administrativos de la innovación tecnológica en la gestión pública.	526
VII.2.3 Caracteres de la regulación de las TIC en el marco jurídico administrativo.	535
VII.3 Aplicación de la innovación tecnológica a las Administraciones Públicas.	556
VII.3.1 La orientación al ciudadano: los modelos de gestión aplicados a la prestación de los servicios.	558
VII.3.2 La orientación resultados: los modelos de control y evaluación de la gestión.	569

VII.3.3 La orientación a los procesos: los modelos de cobertura tecnológica de los procesos de gestión.	573
VII.4 Factores organizativos en la implantación de las Tecnologías de la Información.	580
VII.4.1 Caracteres técnicos de las TIC en la organización pública.	581
VII.4.2 La función pública en las TIC.	586
VII.4.3 Las formas de contratación de las TIC.	591
VII.5 Especificidad de la gestión pública ante los nuevos modelos tecnológicos.	596
VII.5.1 Aspectos diferenciales de la gestión pública en la regulación tecnológica.	596
VII.5.2 Los cambios organizativos de la Administración en el imperativo de la transformación tecnológica.	601
VII.5.3 El marco jurídico público en la modelización de los sistemas: restricción o directriz. .	609
Conclusiones.	614
BIBLIOGRAFÍA.	629

ABREVIATURAS

AEVAL:	Agencia Estatal de Evaluación de las Políticas Públicas y la Calidad de los Servicios
AGE:	Administración General del Estado
AIE:	Agencia Industrial del Estado
ANAO:	<i>Australian National Audit Office</i> (Oficina Australiana de Auditoría)
APA:	<i>The Administrative Procedure Act.</i> (Procedimiento del proceso regulatorio definido por la OCDE)
ARE:	Asamblea de las Regiones de Europa
BCE:	Banco Central Europeo
BI:	<i>Business Intelligence</i> (Inteligencia de Negocio)
BID:	Banco Interamericano de Desarrollo
BOE:	Boletín Oficial del Estado
BPM:	<i>Business Process Management</i> (Gestión de procesos de negocio)
BPMS:	<i>Business Process Management Systems</i> (Sistemas de gestión de procesos de negocio)
BPR:	<i>Business Process Reengineering</i> (Reingeniería de procesos de negocio)
BSI:	<i>British Standard Institute</i> (Instituto británico de normalización)
CAF:	<i>Common Assessment Framework</i> (Marco común de evaluación)
CC.AA.:	Comunidades Autónomas
CC:	Código Civil
CE:	Constitución Española de 1978
CEE:	Comunidad Económica Europea
CEN:	<i>Comité Européé de Normalisation</i> (Comité europeo de normalización)
CENELEC:	Comité Europeo de Normalización Electrónica
Cfr.:	Compárese.
CGPJ:	Consejo General del Poder Judicial
CIABSI:	Comisión Interministerial de Adquisición de bienes y Servicios Informáticos
CNMV:	Comisión Nacional del Mercado de Valores
COCO:	<i>Criteria of Control Board del Canadian Institute of Chratered Accounts</i>
coord.:	coordinador/coordinadores.
COSO:	<i>Committe Of Sponsoring Organizations Of The Treadwary Commission</i>
CPP:	Colaboración Público-Privada
CRM:	<i>Customer Relationship Management</i> (Gestor de las Relaciones con los Clientes)
CSF:	<i>Critical Succesfull Factor</i> (Factor Crítico de Éxito)
CSI:	Consejo Superior de Informática
CTTI:	<i>Centre de Telecomunicacions i Tecnologies de la Informació</i> de la Generalitat de Catalunya
DAFO:	Técnica de Análisis empresarial de debilidades, amenazas, fortalezas y oportunidades
DAP:	Disposición Adicional Primera
Dir.:	Director
DM:	<i>Data Mining</i> (Minería de datos)
DOCE:	Diario Oficial de la Unión Europea
DW:	<i>Data Warehousing</i> (Almacenamiento de Datos)
EBEP:	Ley 7/2007, de 12 de abril, del Estatuto Básico del Empleado Público
ECHR:	Convención Europea de Derechos Humanos
ECJ:	Corte de Justicia de la UE
ed.:	edición
edit.:	editor
edits.:	editores
EDP:	<i>Electronic Data Processing</i> (centros de procesamientos de datos)

EFQM:	<i>European Foundation for Quality Management</i> (Fundación europea para la gestión de la calidad)
EGPA:	<i>European Group for Public Administration</i> (Grupo europeo para la Administración pública)
EIPA:	<i>Institute of Public Administration</i> (Instituto europeo de Administración pública)
ENI:	Esquema Nacional de Interoperabilidad
ETSI:	<i>European Telecommunications Standards Institute</i> (Instituto europeo para la normalización de las telecomunicaciones)
EVAM:	Modelo español de gestión de calidad
GA:	Gobierno Abierto (<i>Open Government</i>)
GLD:	<i>Government Linked Data</i> (Grupo de Trabajo de OGD de WWC)
Ibid.:	El mismo lugar.
ICB:	<i>International Competence Baseline</i>
ICM:	Informática Comunidad de Madrid
IDA:	Intercambio de Datos entre Administraciones (Programa de la UE)
IEC:	Comisión Electrotécnica Internacional
IEFT:	<i>Internet Engineering Task Force</i> (Grupo de Trabajo de Ingeniería de Internet)
INAP:	Instituto Nacional de Administración Pública
INTOSAI:	<i>International Organization of Supreme Audit Institutions</i> (Organización Internacional de Instituciones supremas de auditoría)
IPMA:	<i>International Project Management Association</i> (Asociación internacional de gestión de proyectos)
IPSG:	<i>Innovating Public Services Group</i> (Grupo de innovación de servicios públicos)
ISO:	<i>International Standard Organization</i> (Asociación internacional de normalización)
ISOC:	<i>Internet Society</i> (Sociedad de Internet)
ISSAI:	<i>International Standards of Supreme Audit Institutions</i> (Normalización Internacional de Instituciones supremas de auditoría)
IVAP:	Instituto Vasco de Administración Pública
JCA:	Jurisdicción Contenciosa Administrativa
KPI:	<i>Key Performance Indicator</i> (Indicador clave de rendimiento)
LAECSP:	Ley 11/2007, de 22 de junio, de acceso electrónico de los ciudadanos a los Servicios Públicos
LAEMSP:	Ley 28/2006, de 18 de julio, de Agencias estatales para la mejora de los servicios públicos.
LBRL:	Ley 7/1985, de 2 de abril, reguladora de las bases de régimen local
LCAP:	Ley de Contratos de la Administración Pública, de 1995
LCSP:	Ley 30/2007, de 30 de octubre, de Contratos del Sector Público
LG:	Ley 50/1997, de 27 de noviembre, del Gobierno
LJCA:	Ley 29/1998, de 13 de julio, de la Jurisdicción Contenciosa Administrativa
LMRFP:	Ley 30/1984, de medidas para la reforma de la función pública
LOACE:	Ley 10/1983, de 16 de agosto, de Organización de la Administración Central del Estado
LOFAGE:	Ley 6/1997, de 14 de abril, de Organización y Funcionamiento de la Administración General del Estado
LOFAGE:	Ley de Organización y Funcionamiento de la Administración General del Estado.
LOPJ:	Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial.
LOTIC:	Ley 62/1978, Orgánica del Tribunal Constitucional
LPA:	Ley, de 17 de julio de 1958, de Procedimiento Administrativo
LREEA:	Ley, de 26 de diciembre de 1958, de Régimen de Entidades Estatales Autónomas
LRJAE:	Ley, de 26 de julio de 1957 sobre Régimen Jurídico de la Administración del Estado
LRJAP:	Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y Procedimiento Administrativo Común

MAP:	Ministerio de las Administraciones Públicas
MRP:	<i>Material Resource Planning</i> (Técnica del SCM)
n.:	Número
NEI:	Nueva Economía Institucional
NGP:	Nueva Gestión Pública
OAMI:	Oficina de Armonización de Marcas del Mercado Interior
OCDE:	Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económico
OD:	Open Data (Información Abierta)
ODS:	<i>Operational Data Store</i> (Almacenamiento de Datos Operacionales)
OGD:	<i>Open Government Data</i> (Información de Gobierno Abierta)
OLAP:	<i>On-Line Analytical Processing</i> (Procesamiento Analítico en Línea, aplicado al BI)
OLSR:	<i>Optimized Link State Routing</i> (Protocolo de optimización de grandes redes móviles inalámbricas. Adoptado por IEFIT)
OMB:	<i>Office and Management and Budget</i>
OMC:	Organización Mundial del Comercio
ONTSI:	Observatorio Nacional de las Telecomunicaciones y la Sociedad de la Información
Op.Cit.:	Obra Citada
p.:	Página o páginas
PI:	Propiedad Intelectual
PMBok:	<i>Project Management Body of Knowledge</i> (Cuerpo de conocimiento de gestión de proyecto)
PMI:	<i>Project Manager Institute</i> (Instituto de dirección de proyecto)
PPBS:	Planning, Programming, and Budgeting System. (<i>Presupuesto por programas</i>)
PPP:	<i>Public private partnerships</i> (cooperaciones público privadas)
RC:	Reglamento del Congreso de los Diputados
RD:	Real Decreto
RDF:	Resource Description Framework (Marco de normas de interoperabilidad)
RDL:	Real Decreto Legislativo
RIA:	<i>Regulatory Impact Analysis</i> . Técnicas de análisis de impacto normativo definidas por la OCDE
RO:	Real Orden
RS:	Reglamento del Senado
s.:	Siguientes páginas
SC:	Sociedad del Conocimiento
SCM:	<i>Supply Chain Management</i> (Sistema inspirador del ERP)
SEPI:	Sociedad Estatal de Participaciones Industriales
SGM:	Segunda Guerra Mundial
SI:	Sociedad de la Información
SOA:	Service-Oriented Architecture (<i>Arquitectura orientada a servicios</i>)
STC:	Sentencia del Tribunal Constitucional
STS:	Sentencia del Tribunal Supremo
t.:	tomo
TIC:	Tecnologías de la Información y la Comunicación
TJCE:	Tribunal de Justicia de la Comunidad Europea
TJE:	Tribunal de Justicia Europeo
TPI:	Tribunal de Primera Instancia de las Comunidades Europeas
TQM:	<i>Total Quality Management</i> (Gestión de Calidad Total)
TRLCAP:	Real Decreto Legislativo 2/2000, de 16 de junio, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas
TRLGP:	Real Decreto Legislativo 2/2007 por el que se aprueba el texto refundido de la Ley General presupuestaria

TUE:	Tratado de la Unión Europea
UE:	Unión Europea
UNED:	Universidad Nacional de Educación a Distancia
URBIS:	<i>Urban Information Systems Project</i>
v.:	Volumen
Vid.:	Véase
VV.AA:	Varios Autores
WWC:	<i>World Web Consortiun</i> (Consortio mundial de la Web)
XML:	<i>Extensible Markup Language</i> (lenguaje de marcas extensible. Desarrollado por WWC permite almacenar los datos y generar otros lenguajes para estructurar documentos en Internet)

LISTA DE GRÁFICOS, TABLAS Y FIGURAS

GRÁFICOS

- Gráfico 4.1: Estimación según fallo y materia de Recursos contenciosos ante los Tribunales Superiores de Justicia. Año 2006.
- Gráfico 6.1: Volumen de licitaciones por tipos de Administración
- Gráfico 6.2: Volumen de licitaciones por objeto de contratación
- Gráfico 6.3: Volumen de licitaciones por año
- Gráfico 6.4: Impacto del objeto de contratación por año
- Gráfico 6.5: Volumen de licitaciones por tipo de contratación
- Gráfico 6.6: Volumen de licitaciones por perfil de requerimientos
- Gráfico 6.7: Criterios de clasificación de licitaciones
- Gráfico 6.8: Grados de aplicación de criterios de clasificación de licitaciones
- Gráfico 6.9: Grados de utilización del criterio de gestión por procesos
- Gráfico 6.10: Grados de utilización del criterio de orientación al ciudadano
- Gráfico 6.11: Grados de utilización del criterio de Planeamiento estratégico
- Gráfico 6.12: Grados de utilización del criterio de descentralización
- Gráfico 6.13: Grados de utilización del criterio de evaluación y control
- Gráfico 6.14: Grados de utilización del criterio de Calidad
- Gráfico 6.14: Grados de utilización del criterio de Calidad
- Gráfico 6.15: Impacto poblacional de los criterios utilizados en la A.C.
- Gráfico 6.16: Impacto poblacional de los criterios utilizados en la A.A.
- Gráfico 6.17: Impacto poblacional de los criterios utilizados en la A.L.
- Gráfico 6.18: Impacto poblacional de los criterios utilizados en la A.A.- A.L.
- Gráfico 7.1. : Gráfico de correlación entre producción normativa y capacidad económica en las CC.AA.
- Gráfico 7.2: Utilización de la Redes Sociales en la Administración General del Estado (Número de RR.SS. adscritas a organismos y programas por cada Ministerio).
- Gráfico 7.3: Utilización de la Redes Sociales en la Administración General del Estado (% de utilización de RR.SS. adscritas a organismos y programas por cada Ministerio).
- Gráfico 7.4: Porcentaje de procesos informatizados dentro de las organizaciones.
- Gráfico 7.5: Porcentaje de coberturas TIC dentro de las organizaciones
- Gráfico 7.6: Evolución de las formas de contratación de los gastos informáticos de la Administración del Estado

TABLAS

- Tabla 4.1: Propuestas de mejora del régimen de recursos administrativos.
- Tabla 4.2: Propuestas de mejora del régimen jurisdiccional contencioso.
- Tabla 4.3: Propuestas de mejora de los controles preventivos basados en funciones de asesoramiento.
- Tabla 6.1: Descripción de tipos de Administración
- Tabla 6.2: Descripción de objetos de contratación
- Tabla 6.3: Descripción de tipos de contratación
- Tabla 6.4: Descripción de perfil de requerimientos
- Tabla 6.5: Descripción de criterios contenidos en las licitaciones
- Tabla 6.6: Definición de grados de utilización de los criterios en las licitaciones
- Tabla 7.1: Cuadro comparado de Políticas-TIC-Administración.
- Tabla 7.2: Tabla de cobertura jurídica de las TIC en la AGE.
- Tabla 7.3: Tabla de programas estratégicos en TIC de la AGE y la UE
- Tabla 7.4: Tabla de normas administrativas de técnicas de interoperabilidad.
- Tabla 7.5: Tabla de cobertura jurídica de las TIC las Comunidades Autónomas.
- Tabla 7.6: Tabla de normas de AE en las CC.AA.
- Tabla 7.7: Tabla de indicadores económicos y producción jurídica por CC.AA.
- Tabla 7.8: Tabla de cobertura jurídica de las TIC en el conjunto de las Administraciones.
- Tabla 7.9: Cuadro de productos ERP
- Tabla 7.10: Estándares, métodos, técnicas y productos de representación, modelización y ejecución de procesos en plataformas TIC.
- Tabla 7.11: Estándares de gestión y organización en las TIC.

FIGURAS

- Figura 5.1.: Representación conceptual de situación del Estado Liberal en la relación entre los tipos de formalización procedimental y las políticas públicas.
- Figura 7.1: Modelo de retroalimentación entre innovación TIC y modernización administrativa.
- Figura 7.2: Rasgos de comportamiento institucional ante la adopción de las TIC.

Introducción.

I. Objeto.

La presente investigación trata de estudiar el modo en que las relaciones entre los ámbitos jurídico y técnico contribuyen a establecer con eficacia los procesos de modernización y reforma a que asisten las Administraciones públicas en determinados Estados democráticos avanzados. Será su objeto específico el análisis detallado del caso de España.

Como se tratará de mostrar, pertenecen al ámbito jurídico las leyes que establecen el marco político en el que se formulan las normas y las formas de organización del Estado. Propio del ámbito técnico se consideran la organización y estructura del personal, así como los procedimientos técnicos que regulan la actividad y prestan los servicios públicos de la Administración.

Para ello se han estudiado los siguientes aspectos del objeto tratado: Los fundamentos jurídicos que establecen los fines constituyentes y los medios políticos de los que se dota el Estado, que vinculan su actividad, organización y funcionamiento; el marco jurídico básico en el que se ejerce la gestión del Estado, caracterizado por una legislación básica y su ordenación reglamentaria; la incidencia en el sistema administrativo de los medios técnicos, organizativos, funcionales y operativos que permiten la ejecución de las políticas y de la gestión pública; las relaciones flexibles entre los ámbitos jurídico y técnico en las que se desarrollan las políticas y se producen los servicios públicos; las restricciones, condicionantes y dificultades existentes en el ámbito jurídico para la implementación de políticas de gestión pública que sirvan a nuevas formulaciones, y su examen crítico; los efectos del encaje jurídico y técnico en la gestión, y la ampliación del valor de los servicios públicos que supone la innovación tecnológica.

Entre todos los campos citados, esta investigación pretende llevar a cabo un contraste continuo con el eje jurídico, del que se parte en su vertiente doctrinal, positiva, formal y material, debido a que en su evolución se esclarecen gran parte de los fenómenos de la modernización. Algunos de ellos no se pueden considerar suficientemente investigados, aunque suponen áreas esenciales de transformación y mejora de la actividad pública, dado el papel fundamental que en la Administración ocupa el ámbito jurídico y su marco regulador. Se consideran para ello de forma exclusiva los sistemas liberal-democráticos de los Estados del ámbito occidental: Europa continental, (entre otros, Francia, Italia, Alemania, Portugal, Bélgica y Grecia) y el Espacio geopolítico anglosajón, (destacándose el Reino Unido, Estados Unidos, Australia y Nueva Zelanda).

Se quiere por último señalar, con el fin de orientar el alcance de su contenido, el enfoque que caracteriza este trabajo. De acuerdo con la aproximación que realiza el profesor Fuentetaja Pastor, codirector de esta tesis doctoral, a la suya propia, y utilizando sus términos, se trata de una investigación que intenta aportar un conocimiento general a la problemática del desarrollo del marco jurídico en la actividad de la Administración, renunciando para ello a su especialización en cualquiera de sus múltiples aspectos concretos. Sin embargo, a diferencia de la calificación de descriptiva que da a su propia obra, ésta corresponde más bien, según la distinción del profesor García de Enterría, a las tesis téticas, es decir, aquellas “encaminadas a la demostración teórica o fáctica de una hipótesis”. En este sentido, se renuncia expresamente a cualquier intento irrealizable de sistematización del conocimiento de tan extensa área, y se sirve de la vía tética para seleccionar aquellos aspectos que, sin duda entre otros, pueden, sin embargo, trazar un subconjunto de puntos que interesa aclarar. Por supuesto que se entiende que no existe demostración posible fuera del campo de las disciplinas formales, como puede ser el pensamiento matemático, de modo alguno dentro de las ciencias sociales, como ni siquiera en las ciencias naturales, por consiguiente, se trata únicamente de mostrar a través de las reflexiones teóricas y las pruebas fácticas recogidas empíricamente, una aproximación a la prueba de esa hipótesis formulada al final de esta introducción.

II. Estado actual y rasgos fundamentales del objeto de la investigación.

La investigación que se presenta nace de las inquietudes acumuladas en años de relación con el sector público por mis actividades profesionales de consultoría desde el sector privado. A lo largo de los mismos, la implantación de la tecnología y la Administración electrónica se va abriendo camino en medio de importantes cuestiones organizativas, funcionales, procedimentales y estratégicas que afectan a la gestión pública. Así, sucesivos estudios, trabajos de campo, definición y diseño de diferentes soluciones, en las que participo activamente, me acercan al conocimiento empírico de los desafíos a los que asiste la Modernización de las Administraciones en España desde numerosas y diversas organizaciones e instituciones. Todos ellos me permiten constatar que las Administraciones públicas (del Estado, autonómicas y locales), organismos, empresas y agencias públicas dependientes de ellas, en sus diferentes formas de organización y objetos de actividad, conforman una unidad en la diversidad de sus fines y medios de actuación. En la observación de ese proceso va tomando forma en los últimos años, como cuestión que considero fundamental en el negocio público, el papel garante y director del marco jurídico. Su afectación a las transformaciones técnicas y organizativas de la gestión pública, más allá de las cuestiones prácticas y cotidianas surgidas en las actuaciones de cambio, introduce una visión profunda sobre este fenómeno por las repercusiones en la sociedad del funcionamiento real de la Administración y el Estado. Cuestiones que finalmente me planteo, sólo se pueden abordar con una

investigación formulada desde directrices científicas trazadas con amplitud, objetividad e independencia, en una perspectiva histórica.

El acercamiento al fenómeno de la Modernización del Estado liberal-democrático, en la faceta de las relaciones existentes entre éste y la Administración pública definida como su instrumento principal de actuación, conforma uno de los procesos históricos más significativos de la Historia Contemporánea y, sin embargo, pendiente de análisis e interpretación. En la actualidad, la Modernización del Estado como objeto de estudio, cuenta con un gran despliegue científico y doctrinal realizado desde múltiples ángulos y disciplinas de conocimiento. Parece oportuno abordarlo ahora desde aproximaciones transversales que traten de esclarecer cómo el Estado actúa para transformarse resolviendo sus necesidades ante los cambios del entorno político y social en el que gravita, que partan de la delimitación del amplísimo entorno conceptual en el que se desenvuelven las diferentes investigaciones, lo que, como paso previo, requiere a su vez la delimitación del sujeto analizado, seleccionar ciertas fuentes multidisciplinarias de argumentación doctrinal y confrontarlas con su aplicación práctica.

Partiendo del enfoque que se pretende establecer en esta investigación, a la esfera jurídica le corresponde una doble misión. Por un lado fijar las bases del Estado de Derecho que se superpone a todas las normas y estructuras de las que se dota la sociedad. Por otro, la acción pública, que bajo principios democráticos se desarrolla, en su virtud, dentro de un sistema normado en el que concurren las fuerzas políticas que dirigen la acción del Estado a través de las leyes y los procedimientos de seguimiento y control político. Se considera de especial relevancia como parte integrante del Estado la organización territorial, en la que emergen entre sus administraciones diferentes formas no sólo de reparto competencial, si no de áreas de soberanía compartida.

Siguiendo con esta división, el ámbito técnico tiene por objeto la organización, los medios y las formas de las administraciones públicas que albergan la ejecución de las políticas y la gestión, en las que se ejercen las competencias concretadas en el ordenamiento jurídico, hasta el nivel que cada cultura administrativa considera necesario normar en Derecho¹.

Pertenece al ámbito técnico el personal de la Administración bajo la dirección de cargos, cuya designación y responsabilidad depende de la estructura política que culmina el Gobierno. El personal

¹ Manuel BALLBÉ recuerda que la doctrina tradicional considera al Estado como un poder de voluntad no sujeto a normas, como una entidad independiente del Derecho, contraponiéndose a la función jurisdiccional la función administrativa es una actividad libre respecto al Derecho cuyos fines son libres, aunque actúan dentro de los límites del Derecho. Frente a esta noción, Ballbé subraya, que siendo independientes, el Estado y el Derecho, no contraen una relación contingente, como indica la doctrina tradicional, ni de identidad, como sostiene la Teoría del Derecho y Estado de Kelsen, ni siquiera dialéctica que correlaciona seres distintos, pues hay Derecho sin Estado. Sin embargo “La entidad del Estado se halla (sic) constituida – si no solamente, sí en plano no inferior a los demás elementos – por la nota jurídica. Vid. BALLBÉ, Manuel. “Derecho administrativo” en *Nueva Enciclopedia Jurídica. Tomo I*, (dir. Carlos E. Mascareñas). Barcelona, Francisco Seix, 1950. p. 56-57.

directivo y técnico ejecuta las políticas, programas, proyectos y actividades que desarrollan las Administraciones públicas, para lo que se sirven de procedimientos basados directamente o no en normas jurídicas, según la elección que el propio sistema político o las instituciones adoptan, pero en todos los casos, fundamentados en el Estado de Derecho, al que la Administración se circunscribe como sujeto o garante².

En otro orden, los procesos de modernización y reforma de las Administraciones públicas se considera que suceden en la historia reciente como respuesta a la necesidad de evolución y adaptación a nuevas realidades dentro del ámbito técnico de la Administración, con el que cada Estado da respuesta a sus propias realidades o adapta pautas y logros de otros entornos políticos homogéneos sean o no distantes al propio. Estas transformaciones dan lugar a un acerbo común que, por su propia naturaleza subjetiva y especificidad cultural, se materializan en una gran diversidad de formas.

En general, en esta investigación se parte de que los cambios reseñados se reconocen por medio de una serie de políticas que operan sobre la propia Administración pública, que dan lugar a un conjunto de nuevas técnicas y áreas de actuación exentas de la función jurídica para normar la organización y los procedimientos de la Administración. Sin embargo, como se tratará de mostrar, no pueden ni deben prescindir de ella sin comprometer la consolidación del avance modernizador ni conculcar ciertos fines esenciales de la gestión pública³.

III. Aspectos metodológicos.

La investigación que aquí se presenta ha requerido la utilización de una metodología específica cuyos ejes básicos son: la interdisciplinariedad que del propio objeto de la investigación se precisa para abordarlo en todas las dimensiones; el método histórico en la fundamentación de sus análisis y conclusiones parciales, no sólo en los antecedentes específicos de los fenómenos, doctrinas y hechos pertinentes al hilo de la investigación, si no en la objetivación de las múltiples áreas de la realidad social que la ciencia histórica interrelaciona para obtener una interpretación y esclarecimiento efectivo y completo de los hechos.

² Cerrando la anterior argumentación, la conclusión de Ballbé sobre la función del Derecho en el Estado y la Administración, que lo acompaña necesariamente, es determinante. “El Estado se define por el Derecho, no porque su esencia se confunda e identifique con él, sino porque los demás elementos que integran la realidad estatal, se refieren a la fijación del orden jurídico, a su mantenimiento o a su modificación; porque tienen precisamente carácter estatal en virtud y en la medida de su referencia a lo jurídico; porque el Estado es, en suma, la comunidad jurídica por excelencia, pues no hay Estado sin Derecho, aún cuando hay Derecho sin Estado [...] Es por ello que el Estado no *tiene*, si no que *es* un ordenamiento jurídico”. (Ibid. p. 57).

³ Vid. BARZELAY, Michael. (2000), La nueva gestión pública. Un acercamiento a la investigación y al debate. México, FCE, 2003. p.15-16.

La citada interdisciplinariedad ha obligado a utilizar los diferentes planos del conocimiento que afectan a la Administración, la Gestión Pública y el fenómeno de la Modernización que respecto a ambas aquí se trata. Se ha recurrido por ello, tanto a aquellos campos afines por su aplicación al conocimiento social, como a aquellos que también lo abordan bajo premisas de las ciencias, paradigmas y áreas del conocimiento que se utilizan en la dotación, prestación y gestión material de la actividad administrativa. Entre las disciplinas científicas consideradas dentro de la investigación se destaca como eje vertebrador el Derecho público, en su producción doctrinal y legislativa; las ciencias de la Administración y Organización; la Economía y disciplinas de Gestión; la Sociología teórica y política; la Politología; la Ingeniería organizacional y tecnológica, así como otras disciplinas contempladas bajo su clasificación o intermedias a ellas. Por último, pero de forma destacada, aquellas materias que constituyen la inspiración metodológica de esta investigación, como son la Historia jurídica, política, económica y la Ciencia histórica de las doctrinas políticas, económicas y sociales. Su ahondamiento en las diferentes materias concretas y empíricas de actualidad ha tratado de no apartarse de la vocación epistemológica de esta investigación, no tanto para establecer conclusiones cerradas y determinantes, si no por el contrario, para abrir líneas de trabajo en diferentes dimensiones teóricas y áreas de conocimiento.

Con carácter previo se realiza una introducción a los conceptos generales de la modernización y la evolución histórica de la Administración. Ambos sirven a la aclaración del marco conceptual del objeto de la investigación, en un caso definiendo o caracterizando sus categorías fundamentales, en el otro, esclareciendo su génesis y evolución. Debido a la especial relevancia del marco jurídico propio de la Administración se utiliza el método comparado para la constatación de las influencias y relaciones entre los Estados liberal-democráticos, que permitan perfilar los conceptos comunes de las materias seleccionadas de la función administrativa: fundamentos jurídicos, constitucionales y de la actividad y la organización de la Administración. En cada uno de ellos, la investigación se detendrá en el sistema continental y destacará, a lo largo de la misma, el caso de España. En dicho caso se tratará de descender empíricamente, dada la riqueza de su carácter original dentro de las tradiciones administrativas occidentales, junto al dinamismo que representa su reciente reposición del sistema liberal-democrático y su singular pluralidad administrativa, de cuya aportación al modelo general se tratarán de inducir las principales conclusiones de esta Tesis.

En la exposición de las citadas materias de la función administrativa seleccionadas en esta investigación, como técnica epistemológica transversal para el esclarecimiento de las premisas y la hipótesis de trabajo de la investigación, se articula el examen de los marcos jurídico y técnico en conexión con los ámbitos público y privado. Se utilizan, asimismo, dentro de la exposición, un conjunto de gráficos y tablas, que muestran con métodos cuantitativos y cualitativos, determinadas observaciones

que tratan de explicar o fundamentar la investigación. Su utilización se centra en los capítulos VI y VII, que se adentran con una mayor profusión de métodos empíricos en los elementos técnicos de la Gestión pública y muestran algunas de las aportaciones originales de esta investigación. Eventualmente, también son utilizadas figuras que permiten ilustrar gráficamente determinados conceptos que admiten su representación descriptiva y analítica.

IV. Fuentes utilizadas.

Los intereses de la investigación, en los que el ámbito jurídico participa como el eje de múltiples áreas de conocimiento, han obligado a manejar una amplia bibliografía y fuentes documentales seleccionadas de autores de la ciencia española, que en las diferentes disciplinas en presencia, más incisivamente han penetrado en el fenómeno de la Modernización administrativa dentro del ámbito de las relaciones entre el marco jurídico y la reforma de la gestión pública. Se incluye a aquellos autores internacionales que se han considerado relevantes, primero por su originalidad e influencia y en segundo término por la recepción de su obra en España a través de sus investigadores y formulaciones prácticas de la modernización, fenómeno en sí global y, como otros históricamente reconocidos, localizado en su génesis y extensión⁴.

Considero también a aquellos autores que, por su especialidad en la amplitud de los intereses de la investigación, han desarrollado trabajos e investigaciones innovadoras sin ser necesariamente autoridades científicas consagradas. No he prescindido en ese sentido de la labor de destacar a algunos investigadores a través de sus trabajos avalados académicamente y en algunos casos no publicados, aunque si disponibles para la lectura y consulta investigadora, como es el caso de ciertas tesis doctorales y otros trabajos de investigación y posgrado considerados en su fuente original. Por último, aunque de especial importancia entre el material seleccionado, figuran las fuentes documentales recogidas, como informes producidos por la Administración u otras entidades que con ella se relacionan, especialmente organizaciones internacionales y profesionales.

a) Fuentes normativas.

Las fuentes legislativas utilizadas corresponden a dos apartados. El primero de ellos diferencia las fuentes históricas y las actuales, el segundo lo hace por su ámbito, fundamentalmente en la legislación española, cuyo caso se analiza en detalle, y otras fuentes relevantes de las dos grandes tradiciones jurídicas, angloamericana y continental. Esta última, por afinidad con el caso de España, se

⁴ Reduciéndonos a la edad moderna y contemporánea, entre otros: el mercantilismo y la expansión europea, las revoluciones liberales (políticas y económicas), las revoluciones industriales y los grandes movimientos culturales y artísticos, todos ellos dan buena cuenta del origen y difusión de los más significativos fenómenos históricos, especialmente en el ámbito de Europa occidental y su entorno, en el que España se inserta plenamente como miembro y actor relevante.

puede considerar la principal en esta investigación, quedando la primera como elemento comparado o, en ciertos casos, de ascendencia doctrinal política y administrativa. Por otra parte se ven textos de Derecho Internacional, cuya especialización en los Tratados se centra fundamentalmente en las fuentes de la Unión Europea.

Históricamente recorro para España desde la Instrucción de 1725 de Felipe V a las normas jurisdiccionales del siglo XIX, consideradas clave para la aparición del marco jurídico administrativo, y de la organización política del Estado en su marco constitucional. También se mencionan normas preconstitucionales que permiten situar los antecedentes del actual sistema administrativo. Posteriormente, los referentes al marco jurídico público actual dentro del bloque de constitucionalidad, que por supuesto preside la Constitución española de 1978, las fuentes legislativas de ámbito estatal y una selección de la legislación de las Comunidades Autónomas relacionadas con la organización y el régimen jurídico administrativo.

En el contexto histórico internacional reviso la legislación francesa, que transcurre desde la Ley de organización del poder judicial de 1790 a la Constitución de 1791. En el apartado actual se establece un marco comparado de Constituciones europeas. En la organización administrativa, la reciente evolución de las legislaciones italiana y francesa. Asimismo, dentro de diferentes ámbitos de la investigación, se mencionan aquellos textos en materia de *Administrative Law* británicos y norteamericanos, que destacan por su influencia y carácter innovador. Son de especial interés y aplicación por último, aquellas Directivas, Reglamentos y Resoluciones de las instituciones de la UE que inciden en el ámbito de la gestión pública y la adecuación del régimen jurídico administrativo en el caso de España, formando parte de su reforma y modernización.

b) Fuentes doctrinales.

El término doctrinal se emplea en sus dos sentidos, en primer lugar jurisprudencial o positivo, en segundo término científico o interpretativo. Respecto al primero se utiliza en determinados ámbitos y argumentaciones de la investigación jurisprudencial del Tribunal Supremo, Tribunales Superiores de Justicia, Tribunal Constitucional y otros internacionales de nuestro ámbito, como el Tribunal de Justicia de la Unión Europea. En la doctrina jurídica científica aquellos autores académicos considerados autoridad en la formación del Derecho Público constitucional y administrativo en el ámbito continental y español, destacando en los primeros aquellos que son objeto de amplia recepción en nuestro Derecho.

Considero en este bloque también las doctrinas políticas, sociales y del pensamiento clásico, moderno y contemporáneo, que inciden en la conformación y evolución de la Administración pública. Para su selección se han considerado aquellos autores que por su recepción en el ámbito de España o por su repercusión en el pensamiento europeo occidental, se han querido destacar. Se recogen aquellos

textos e investigaciones que exponen una fundamentación teórica de materias con fuerte repercusión en los procesos de formación o renovación del Derecho público y Administrativo.

c) Fuentes bibliográficas:

Fuentes sobre el conocimiento de la Administración también considero a todas las disciplinas científicas aplicadas a su ámbito. En el contexto internacional recurro a las corrientes que mayor recepción han tenido en España, generalmente coincidentes con su peso científico global, donde destacan los autores anglosajones y norteamericanos por su determinante participación en la interpretación de los fenómenos políticos y económicos que forman el sustrato de las reformas en la gestión pública y la modernización administrativa.

En este ámbito destaco la investigación politológica, administrativista, de sociología institucional y gestión empresarial, por su repercusión en la aplicación de estas disciplinas a la organización y gestión del sector público. También destaco los autores de los paradigmas tecnológicos y los procesos sociales conectados, que encuentran en los Estados Unidos el principal foco de la revolución científico técnica. En todas las áreas citadas doy preferencia al peso de su recepción en España a través de aquellos autores que han asimilado estas corrientes de forma creadora, adaptativa y con altas dosis de originalidad en la aplicación a nuestra Administración pública y su entorno político.

Las obras histórico-jurídicas contextualizan el enfoque de esta investigación a través de historiadores que desarrollan la investigación especializada en los ámbitos político, económico y jurídico. Generalmente analizan e interpretan aquellas fuentes primarias y secundarias en las que centran su investigación. Permiten obtener una visión concreta y articulada de los procesos históricos y doctrinales en los que se fundamenta el objeto de esta investigación.

d) Fuentes documentales:

Las fuentes documentales abordan los informes, declaraciones, convenios, estudios y fuentes estadísticas que proceden de aquellas instituciones públicas y privadas que han intervenido como autoridad o referentes en los procesos de la modernización administrativa. Entre los organismos públicos los documentos producidos por las Administraciones públicas en España y la UE, destacándose aquellos de la Administración General del Estado (AGE) y la Comisión Europea. Entre las organizaciones internacionales recibe un tratamiento especial la OCDE y se recogen también documentos creados en aquellos organismos que han dirigido las reformas de las políticas económicas y administrativas, como el FMI, el Banco Mundial, Organismos de las NN.UU. y el BID, entre otros. Se considera también parte de su difusión la función editorial de divulgación científico-técnica de dirigentes y especialistas que han colaborado con estos organismos.

Abundan asimismo las organizaciones privadas y público-privadas que han desempeñado un papel director en diferentes sectores de regulación y autorregulación, ámbitos profesionales y científico-técnicos, donde se produce una gran interdiscipliniedad que converge directa o indirectamente en las transformaciones de las políticas y la gestión pública. Se recogen de ellas diferentes fuentes como actas, convenios y declaraciones.

V. Hipótesis de trabajo.

Esta investigación analiza las consecuencias de la afectación del marco jurídico partiendo de la hipótesis de que su desplazamiento o indeterminación en la gestión pública, con independencia de los objetivos políticos que se planteen en la transformación y evolución del Estado, irrumpe en los principios del Estado de Derecho, poniendo en riesgo la función esencial y el carácter sustancial que en la forma liberal-democrática justifica su existencia. Ante ello, el estado en la Modernización administrativa de las relaciones entre las dimensiones jurídica y técnica y la dinámica del ámbito público y privado invitan a reforzar interna y externamente el papel del marco jurídico-administrativo, es decir, tanto en su transformación interna para integrar las necesidades de la gestión pública, como en su papel director en el servicio de los intereses generales.

Se trata de establecer que en las formas de actuar de la Administración existen relaciones entre el abandono del marco jurídico vigente y la invasión de un nuevo marco técnico que guarda vínculos con la aparición del ámbito privado en el seno de los poderes públicos. El conjunto de relaciones conforman un *modus operandi* de los procesos de modernización administrativa por los que se ejecutan las reformas en la gestión pública de los Estados liberal-democráticos, de los que en el contexto continental forma parte el Estado español, al que se adscribe su organización política y su tradición jurídica de Derecho público. Esta investigación se adentra en las conexiones y contradicciones que recibe la perspectiva jurídica respecto al resto de disciplinas que abordan la gestión pública dentro del fenómeno de la modernización administrativa, que cronológicamente se sitúa en el entorno de las dos últimas décadas del siglo XX y primera década del siglo XXI.

Capítulo I. Caracteres técnico-jurídicos de la Modernización administrativa.

I.1 Premisas generales.

Las premisas de esta investigación tratan de recoger el máximo de los entornos que constituyen la Administración pública, que comúnmente considerados suponen el brazo instrumental del sistema político. De dicho sistema se podría afirmar que se ha visto sujeto a procesos de evolución y cambio que han operado en el ámbito socio-económico. No obstante se renuncia expresamente a cualquier abstracción de estos procesos de cambio más allá de la realidad concreta en la que se han producido en la historia conocida de los Estados liberal-democráticos de tradición occidental. Se formulan en este sentido argumentaciones, generalizaciones, hipótesis, paradigmas o teorías que afectan al Estado contemporáneo y son de aplicación al Estado actual en dicho ámbito.

La Administración pública ha efectuado un largo recorrido como objeto de un campo de estudio independiente de los diferentes fenómenos propios que son susceptibles de transformación y mejora. En esta materia las fuentes han sido en el pasado y se encuentran aún en el presente tan dispersas como las disciplinas que se relacionan con la Administración⁵. Ante estas premisas epistemológicas se opta por ir integrando las diferentes fuentes en la comprensión específica del sujeto de la modernización administrativa, la gestión pública, que ha venido ocupando en sentido estricto el periodo en que el Estado liberal-democrático se ha enfrentado a la profunda renovación y reforma de su estructura organizativa y funcionamiento como consecuencia de procesos de evolución y cambio acelerado, especialmente en la segunda mitad del siglo XX. En la investigación de estos fenómenos se pueden destacar varios aspectos:

a) La singularidad del enfoque de su estudio en función de la cultura administrativa, doctrinal y práctica, en los diferentes ámbitos estatales. En el entorno occidental, ya desde el siglo XIX destacan la tradición norteamericana, la británica, y la continental, y dentro de ésta última, la latina, la germana y la escandinava con todos sus matices y variantes⁶.

⁵ Vid. GIANNINI. "Identificazione delle discipline dirette alio studio degli aspetti non giuridici dell'azione amministrativa". sep. de *L'Organizzazione tecnica della Pubblica Amministrazione*, 1954, n. 3.

⁶. Con motivo del *XI Congreso Internacional de Ciencias Administrativas*, donde por vez primera tras la SGM se citan representaciones de países de todo el mundo, Jordana Pozas, en la memoria encomendada por la *Revista de Administración Pública*, incluye las siguientes notas que se reproducen por su interés ilustrativo acerca de las posiciones doctrinales de ese momento por estas corrientes: "La mayor extensión geográfica de las delegaciones concurrentes a los congresos y asambleas internacionales de Ciencias administrativas, antes apuntada, es causa de otro fenómeno que se ha observado en Wiesbaden quizá con mayor relieve que en las reuniones anteriores: el de las diferentes u opuestas instituciones, sentido de la evolución, conceptos y terminología de diversas culturas o grupos de países respecto de las mismas cuestiones y problemas administrativos. Si anteriormente se había puesto de manifiesto la enorme distancia que, dentro de la misma

b) La primacía del enfoque jurídico en la concepción administrativa por su formación en el Derecho administrativo que a partir de la definición política del régimen constitucional abarca todas las funciones del Estado, o la visión pragmática-técnico-privatista en los Estados de influencia anglosajona⁷.

c) La creciente aparición de técnicas en la medida que los Estados van abordando competencias de servicio público que aproximan a las diferentes culturas en el sentido contrario a sus tradiciones jurídico-políticas. En un caso ante la necesidad de deslindar el ámbito público del privado – Estados de influencia anglosajona o norteamericana - en el otro, el continental, ante la complejidad de técnicas que debe adoptar la gestión pública en el ejercicio de competencias materiales de ejecución directa y no meramente formales o materiales de ejecución indirecta.

Ante este último caso se plantean enfoques globales que delimitan ámbitos de conocimiento dentro de una perspectiva extrajurídica de los que sirven de muestra los formulados por Carlos Ramió: En primer lugar el ámbito socio-técnico, que se refiere a la estructura, los recursos humanos, los procesos administrativos y la prestación de los servicios públicos, quedarían dentro de este ámbito el entorno y los objetivos de las organizaciones, cuyo tratamiento reside en el análisis de las políticas públicas; en segundo lugar el ámbito político-cultural, que aborda los aspectos sociales respecto a la creación de organizaciones informales y conflictos culturales en la formación de mitos, valores e

cultura occidental, separa a Inglaterra y al Continente, a los países germánicos y a los latinos, etc., ahora el mismo hecho se encuentra agudizado cuando investigan o discuten el mismo tema los expertos y profesores venidos de Europa Occidental o de América con los que responden a las concepciones políticas y sociales predominantes en las repúblicas socialistas o soviéticas o que proceden de las nuevas naciones independientes de África, de Indonesia o de Asia. Como prácticamente se ha experimentado en la discusión del primero de los temas del Congreso de Wiesbaden, hay ocasiones en que resulta casi imposible ponerse de acuerdo sobre el significado o equivalencia de los términos y la caracterización de instituciones” La idea misma de conciliar todas las culturas incluidas las no liberal-democráticas en un mismo objetivo de caracterizar *per se* el objeto de la Administración resulta de una perspectiva y ambición tan encomiable como de difícil aplicación. Dentro de las tradiciones liberales, que a duras penas España, inmersa en el sistema autoritario que ideológicamente rechaza y pragmáticamente “deja hacer”, bajo el impulso de la precursora nueva escuela administrativa, encontramos la siguiente apreciación en la recepción del fenómenos de las instituciones autónomas p.344: “Fue general la coincidencia en resaltar la tendencia de nuestro siglo a la multiplicación de instituciones autónomas, y se señalaron las causas del indicado fenómeno y las formas variadísimas que reviste según los países, desde el pragmatismo inglés hasta la utilización sistemática 'en Alemania Occidental del tipo de corporación de Derecho público, o en Suecia de la autonomía funcional de las diversas oficinas, dejando a los Departamentos ministeriales tan sólo las funciones de planificación y de control.” (Resaltado en negrita mío). (JORDANA DE POZAS, Luis. “El XI Congreso Internacional de Ciencias Administrativas” en *Revista de Administración Pública*, n. 31, 1960. p. 341-342).

⁷ Veamos, por su interés, las siguientes notas por parte de Garrido Falla en pleno despliegue del de la escuela de Administración:”Fue el ilustre científico y político norteamericano W. WILSON, en un famoso artículo publicado en 1887, quien sentó las bases teóricas para un estudio científico de la Administración pública, como terreno aparte de la política, desde los peculiares puntos de vista que caracterizan la típica doctrina americana. La necesidad de esta ciencia está, para WILSON, en la existencia de las técnicas propias que han de manejarse para conseguir una Administración eficaz: debe acabarse con el prejuicio de los llamados «administradores-natos», puesto que la Administración es algo que *debe aprenderse*.” (Vid. GARRIDO FALLA, Fernando. “La Administración Pública como objeto de ciencias jurídicas y no jurídicas” en *Revista de Administración Pública*, n. 23, 1957. p.51). Cfr. WILSON, W. "The Study of Public Administration", en *Political Science Quarterly*, v. 2, 1887. p. 197 a 222.

ideologías; en tercer lugar el ámbito de control y mejora, que introduce el diagnóstico a través de la información y la dinámica de cambio organizativo mediante estrategias y técnicas de cambio⁸.

Centrándonos en el ámbito socio-técnico, por referirse al área de actuación troncal de la gestión pública, puede apreciarse que se encuentra inmerso en el sistema político. También el sistema jurídico que lo conforma reclama ser parte sustancial de la Administración, no sólo como un elemento a considerar o a veces un mal necesario que para determinados propósitos de transformación o modernización queda desplazado por procedimientos técnicos y organizativos, sino como elemento esencial de dicha transformación del Estado también en la esfera estratégica y operativa. Hasta tal punto que se podría afirmar que sin el factor jurídico público, su regulación administrativa y el control de la legalidad, cualquier transposición de procedimientos o técnicas que afecten tanto a los procesos de toma de decisiones, como de producción de resultados o de soporte organizativo en las iniciativas de transformación sobre la Administración pública, resultan una anomalía o un error conceptual⁹.

Los cambios en la Administración responden a una necesidad real y contrastada de acometer medidas de adaptación, evolución, transformación y reforma que acompañan, entre otras, a la necesidad de redefinir sus instrumentos e incluso las funciones de estos instrumentos dentro del propio Estado¹⁰. De aquí se deduce, por ejemplo, la necesidad de basar el Derecho administrativo en los principios

⁸ Cfr. RAMIÓ, Carles. *Teoría de la organización y Administración Pública*. Madrid, Tecnos, 1999, p. 17-20. Desarrollando estos conceptos véase BARCELAY, Michael. "La importancia de la Gestión del Cambio en la Administración Pública" en *Administración Inteligente* (Coord. Antonio Díaz Méndez y Eloy Cuéllar.). Madrid, MAP, 2005. p. 167-178.

⁹ En referencia a la descripción del sistema político que, siguiendo a Subirats, se utilizaba en el Estado liberal "El sistema precisa de unas funciones, leyes, normas de rango inferior, administración de justicia, etc., que son ejercidas por determinadas instituciones, Parlamento, Gobierno, Poder Judicial" añade, "Este modelo actualmente no corresponde a la realidad (quizá nunca ha correspondido a ella). No puede abordarse el estudio del Estado democrático contemporáneo [...] con un instrumental analítico que podía resultar descriptivo del 'Estado gendarme'". En su opinión no existe tanto la comúnmente aludida crisis en el Estado actual de las instituciones de perfil jurídico y constitucional, como una inadecuación "entre la creciente complejidad de la realidad política y los esquemas de análisis al uso". Este interesante argumento desvela la incorrección de tratar de representar un modelo (al Estado) sin poder explicar con él toda su complejidad real porque se utiliza en su análisis sólo un nivel de relaciones del sistema objeto (de tipo jurídico-institucional). Sirve pues para invalidar cualquier otro intento de hacerlo seleccionando otro u otros niveles diferentes si son tomados también de forma aislada, a menos que, partiendo del conocimiento de las relaciones entre ellos delimiten su contexto o reciban su influencia. (Vid. SUBIRATS, J. *Análisis de políticas públicas y eficacia de la Administración*. Madrid, INAP, 1989. p. 20).

¹⁰ En los albores del renacimiento administrativista en España se produce la eclosión de la ciencia de la Administración como una nueva formulación de ésta omnicompreensiva y no jurídica ni estrictamente política, de la que se hace eco el Garrido Falla, que reconociendo sus funciones científicas recoge las dudas de su incipiente rumbo "Si es cierto que comienza a estarse de acuerdo sobre la necesidad de una ciencia de la Administración, no lo es menos que las discrepancias acerca de cuál deba ser su contenido son todavía notables (70). En el fondo, es posible que los diferentes puntos de vista sean reconducibles a dos posturas irreductibles entre sí, como basadas, una, en la concepción anglosajona de la Administración Pública, y otra, en la antigua ciencia europea de la Policía. No obstante, para no sacrificar otros matices a un esquema tan excesivamente simplificado, estudiaremos, a continuación las siguientes posturas metodológicas: 1.a, la ciencia de la Administración como ciencia política; 2.a, la ciencia de la Administración referida al estudio del contenido de la función administrativa, y especialmente de lo relativo a su manejo técnico; 3.a, la ciencia de la Administración en cuanto dirigida al estudio de los «hechos administrativos». (Vid. GARRIDO FALLA, Fernando. "La Administración Pública..." Op. Cit. p.47).

constitucionales del Estado liberal democrático, de acuerdo con la formulación que el legislador aprecie para definir y regular cada servicio que presta.

A partir de esta pauta es el propio Derecho público, desde el bloque de constitucionalidad hasta el despliegue de su legislación positiva, el que también queda sujeto a análisis crítico, ya sea en su interpretación, adaptación o reforma. En cualquier caso, en virtud de la premisa anterior de su necesidad de funcionamiento y actuación, como sustrato transversal de todos los ámbitos organizativos y funcionales de la Administración pública¹¹.

Otro aspecto de gran relevancia es la delimitación del objeto de la modernización a un tipo de Estado que llega a nuestros días con una sólida tradición histórica y política, en referencia a los Estados liberal-democráticos. En ciertos aspectos de su evolución hacia la nueva gestión pública, o con más exactitud y amplitud, nuevas formas de gestión pública, la Ciencia de la Administración se ha situado en la posibilidad de considerar a la Administración pública como entidad propia y abstracta, con independencia del sistema socio-político en el que se soporta o al que sirve¹². La realidad se muestra tozuda ante cualquier intento de generalización comparatista que prescinda del sustrato político de la Administración, de modo que no es posible aplicar categorías comunes con diferentes claves según la definición institucional de los poderes públicos conformados jurídicamente de acuerdo a las diferentes concepciones políticas, sociales y culturales existentes¹³. Esta conexión entre órganos políticos y órganos administrativos del Estado posee una relación práctica ineludible que sólo puede basarse formalmente en la previa definición jurídica fundada en el bloque de constitucionalidad, de cuyo incumplimiento también sólo puede derivarse la quiebra del Estado de Derecho y con él de la capacidad misma de funcionamiento de los poderes públicos y sus instituciones administrativas, al menos en el orden de los Estados liberal-democráticos que se están abordando.

¹¹ “Esta dirección de los estudios administrativos conduce necesariamente a que la Administración sea considerada como un gran aparato orgánico cuyos únicos problemas son precisamente los relativos —y son éstos los que plantearía cualquier gran ingenio mecánico— a su montaje y manejo técnico. Supuesto esto, incluso resulta preferible prescindir de la expresión «ciencia de la Administración» y hablar de «técnica de la Administración»” La moderna autodenominada *Ciencia de la Administración* constituye desde la óptica del “estudio del contenido de la función administrativa” una disciplina descriptiva de la amalgama de técnicas que aplicadas a la Administración poseen en sus respectivas áreas de conocimiento la verdadera capacidad analítica e instrumental o práctica. Se entiende en la presente investigación que esta elaboración del conocimiento administrativo por lo que son recurrentemente utilizadas y cobran una gran importancia en los países de regulación administrativa no jurídica como sucede en los estados anglosajones que se proyecta en el influjo comparatista y sus aplicaciones prácticas. (Vid. *Ibid.* p. 52).

¹² Ejemplo paradigmático son las fallidas pretensiones del “Consenso de Washington”. Vid. WILLIAMSON, John. "What Washington Means by Policy Reform" en *Latin American Adjustment: How Much Has Happened?* (ed. John Williamson). Washington, Institute for International Economics, 1990.

¹³ Vid. JORDANA DE POZAS, Luis. “El XI Congreso...” *Op.cit.* p. 341-342.

I.2 Conceptos previos de la investigación.

I.2.1 Gobierno y Administración pública.

Principalmente a efectos de esclarecer el uso que se hace de ambos términos, es necesario establecer su distinción. Queda muy alejada por lo tanto cualquier intención de obtener una definición exhaustiva, ni comparada, ni específica de ellos, cuestión que se dilucida de forma práctica en las diferentes aplicaciones y perspectivas en que se emplean. De forma preliminar cabe decir que el Gobierno es el órgano al que corresponde dirigir la política del Estado, mientras que la Administración pública es el instrumento a través del cual se aplica ésta junto con el resto de las tareas ordinarias que constituyen las competencias de aquel y su poder ejecutivo. En el mismo sentido estricto, al Gobierno le corresponde un órgano de naturaleza constitucional, es decir, su regulación queda directamente recogida en el propio texto de la Constitución. Mientras, la Administración está formada por un conjunto de órganos que en su conjunto tienen encomendada la gestión pública y ejercen las competencias que constitucionalmente tiene encomendadas para las diferentes Administraciones públicas que así se consagran. En la Constitución Española, 1978 (CE) al menos tres: autonómica, local y central o general del Estado.

En sentido amplio la distinción entre Gobierno y Administración pública contiene múltiples nexos, y en su concreción práctica presenta elementos más difusos que obligan a enriquecer sus significados según el aspecto de la realidad que se contemple. Así considerado, el Gobierno se erige como director de la política del Estado no sólo a través de su composición y funcionamiento como órgano colegiado, si no por medio de la dirección efectiva por sus miembros de los departamentos en los que se divide la Administración. Además, no existe una frontera nítida entre las funciones de dirección política y de la aplicación de las mismas a través de disposiciones y actos que las ejecuten. Para ello se prevén las fuentes normativas reglamentarias que dicta el Gobierno y desarrollan los niveles intermedios de dirección de la gestión administrativa, los cuales responden directamente ante los miembros del Gobierno que delegan las diferentes competencias administrativas.

Por otro lado, desde la propia legalidad constitucional de los Estados, los gobiernos en cada ámbito son heterogéneos, en la medida que aquella dispone diferentes grados de autonomía política. Asimismo, se articulan en coordinación jurídicamente establecida en el ejercicio de sus respectivas competencias dentro de los ámbitos territoriales, formales y materiales que tienen asignados, pero cada uno haciéndolo también bajo los principios de representatividad, legalidad constitucional y responsabilidad ante sus órganos electos de representación con atribuciones legislativas y de control político.

Al conjunto de entidades administrativas con autonomía gubernamental constitucionalmente reconocida se las denomina Administraciones públicas, que bajo criterios de homogeneidad basados en su procedencia común de la legalidad constitucional del Estado, son genéricamente considerados en esta investigación como Administración pública.

Junto a los principios de relación y disociación entre Gobierno y Administración cabe subrayar de acuerdo con el antecedente el principio de unidad entre ambos. De tal forma que aunque no son objeto de este epígrafe, el resto de poderes del Estado, Legislativo y Judicial, que forman órganos constitucionales del mismo rango que el propio Gobierno, tanto en su forma funcional como territorial, gestionan sus ámbitos de competencias en el seno de sus correspondientes Administraciones públicas. En este sentido se puede considerar que la Administración pública es de forma transversal la que acumula toda la capacidad de aplicación y ejecución de las competencias que poseen los poderes del Estado, constituyendo así el principio de su unidad más allá del equilibrio que para la soberanía requiere la división de dichos poderes.

I.2.2 Gestión pública y políticas de gestión pública.

La Gestión pública se puede considerar la actividad de la Administración a través de la cual se ejecuta la acción, se ejercen las competencias y prestan los servicios públicos que tiene encomendados el Estado¹⁴. El epíteto público delimita un tipo de Estado que sirve a los intereses generales y recibe la potestad de la soberanía popular a través de cauces de representación política. No existe una definición precisa del origen de este concepto, si bien su fijación se encuentra auspiciada por el Estado de Derecho y la supremacía de la legalidad en el ejercicio del gobierno¹⁵. En este sentido, la Ley debe situarse por encima de cualquier interés particular y obliga a todos por igual, gobernantes y gobernados, y por ende administradores y administrados. Para ello garantiza el principio de neutralidad del ejercicio del poder, cuyo origen sólo debe emanar de órganos representativos. Por otro lado, asegurada la realización del concepto legislativo en su forma, que permite cumplir los fines de dirección por el Gobierno, el Estado necesita dotarse de capacidad de cumplimiento de sus funciones a través de la actuación administrativa,

¹⁴ La Enciclopedia Universal Ilustrada europeo americana, Espasa Calpe, ya en su edición de 1908 (v.2. p. 955) define la Administración en tres de sus acepciones como “Acción y efecto de administrar” (coincidente con la primera acepción vigente del DRAE 23ª edición), “Ejecución, aplicación de una cosa para un fin”, “Gestión, gobierno de los intereses o bienes, en especial de los intereses públicos”. Nótese que Administración y Gestión funcionan como sinónimos en su acepción sustantiva de objeto, pero también se define la Administración como sujeto que ejecuta la gestión “Oficina o local donde se ejerce la acción de administrar”. El empleo de esta segunda acepción es la que motiva el uso delimitado de ambos términos. Es notable como en esta misma definición de 1908 se llega a definir la Administración en una nueva acepción como “Ciencia de la Administración o conjunto de reglas sistemáticas, verdaderas y ciertas para gestionar bien los negocios, particularmente para aplicar los medios a la consecución de los fines del Estado” reconoce así que objeto y sujeto están dotados de una disciplina científica capaz de abarcarlos.

¹⁵ Quizá su antecedente más directo recogido en la referencia anterior sea la abreviación del concepto “Gestión de los intereses públicos”.

que para su ejecución por medio de la Gestión pública, requiere una coherencia con el ordenamiento legal que garantice la legitimidad de los actos del Estado en el servicio a los intereses generales.

Sin embargo, como se verá más adelante, la Gestión pública se va adaptando a una sociedad cambiante cada vez más compleja, que sobre los derechos y libertades individuales – en el seno de comunidades políticas de tipo nación u otras entidades del género – requiere regular las obligaciones a que se ve sometida. Así, desde un Estado limitador de derechos y prestador de servicios derivados de sus funciones de ordenación del interés público, se va desarrollando otro proveedor de servicios comunitarios que determinan para su cumplimiento servirse de nuevas técnicas de gestión. De tal modo que si el marco regulatorio clásico se establecía en el ejercicio de la voluntad política a través de normas legislativas y reglamentarias, y por lo tanto en la ejecución de políticas sancionadas jurídicamente, cuando las técnicas de gestión se sofistican también requieren una motivación previa que incorpora la elección de las más adecuadas a unos determinados fines¹⁶. En este sentido motivador la Modernización de la Administración pública, concepto que se explorará más adelante, ejecuta las políticas de gestión pública, cuyo sujeto es la propia Administración como institución que ejerce la gestión o administración de los intereses públicos. Definen las tareas de transformación, adaptación o reformas del propio Estado, pues el crecimiento de la magnitud y complejidad de los poderes públicos ha convertido sus mecanismos internos de gestión en fundamento y garantía de ejecución de las acciones externas impulsadas por los contenidos programáticos de las políticas.

En líneas generales la denominada *Nueva Gestión Pública* (en adelante, NGP) es el resultado del proceso de reformas históricamente acotado a que se somete la Administración pública para transformar las estructuras basadas en técnicas de organización del Estado liberal con nuevos tipos de políticas públicas que han asignado a éste nuevas funciones de bienestar social¹⁷. Debido a su especificidad doctrinal de origen anglosajón se expondrá detenidamente en el último epígrafe de este capítulo en su

¹⁶. Posada Herrera destaca tres funciones de un Derecho administrativo con pretensión científica detectadas en ese periodo de surgimiento del Estado Liberal, que resultan esclarecedoras y tal vez anticipadoras de lo la Ciencia de la Administración y la sociología institucional. Junto a las funciones legislativa, ejecutiva y judicial, dice Posada que el Estado siente una necesidad suprema a la que llama de conservación de sus órganos para el cumplimiento de sus fines. En definitiva una llamada a su renovación interna, a la mejora de sus instrumentos propios para su propia conservación condicionada por el cumplimiento de sus fines sociales. Es inevitable apreciar por estos primeros tratadistas del Derecho administrativo una invocación anticipada de la necesidad de modernización de la Administración en el sentido de adaptación y mejora de la gestión pública. Vid. POSADA HERRERA, José. Lecciones de Administración. Madrid, 1843.

¹⁷ La reforma administrativa ha tenido tradicionalmente como objeto el marco institucional descrito. Su afán parcialmente frustrado en los años sesenta fue la renovación de las categorías heredadas del Estado liberal al nuevo papel del Estado social. Bajo las limitaciones anti discrecionales de la institucionalidad administrativa liberal, ni la organización, ni los procedimientos, ni la gestión del empleo o los recursos públicos estaban en condiciones de responder a las exigencias de las políticas del bienestar. Del mismo modo, los derechos sociales difícilmente podían verse realizados y protegidos de manera efectiva bajo el modelo garantista del liberalismo. Vid. ECHEBARRIA ARIZNABARRETA, Koldo. “Reivindicación de la reforma Administrativa: Significado y modelos conceptuales” en *Reforma y Democracia*, n. 18, 2000. p.79-98

perspectiva histórica¹⁸. Estas políticas penetran en nuevas obligaciones de prestación de servicios públicos y gestión presupuestaria que condicionan el funcionamiento económico y social a través de la regulación y la fiscalidad pública. Es posible establecer que tales reformas persiguen adaptar las estructuras de organización y gestión a las nuevas funciones, o bien modificar las políticas públicas que sostienen las existentes. Por lo tanto la gestión pública es el ámbito en el que siempre se ha desarrollado una determinada forma de funcionamiento de la Administración, que en el Estado liberal ha ido sufriendo cambios y transformaciones. El continuo incremento de funciones de la Administración, dentro del marco del Estado de Derecho, se ha caracterizado por la racionalización normativa, la jerarquización de competencias y la responsabilidad jurídica de órganos públicos que preservaran los principios de legalidad, neutralidad, bajo un control jurídico interno y jurisdiccional y político externo, y responsabilidad patrimonial ante terceros, entre otros que afectan directamente a la Administración en su organización y actividad, resultando de todo ello la tendencia a su creciente burocratización.

La NGP, acotando su definición a la contextualización histórica del término, persigue por primera vez modificar esas estructuras de la organización administrativa introduciendo técnicas de gestión que permitan aplicar nuevas políticas en aras de delimitar los servicios públicos y optimizar la eficacia y la eficiencia de esta gestión. Destaca entre sus fines la pretensión de resolver el problema fiscal del déficit público e inflación económica consecuente, que paraliza la actividad económica, mediante la reactivación del sector privado sin cesar la necesaria actividad pública, al menos en sus funciones esenciales de policía y fomento con la transferencia a ese sector de los servicios públicos. Dinamizar estas nuevas políticas desde la Administración requiere reformar la gestión pública en tal grado que esta misión esencial forme parte de aquellas como instrumento crucial para alcanzar esos fines, en resumen, imponer la reforma como un objetivo prioritario a través de políticas de gestión pública. Instrumento que no interfiere necesariamente al resto de políticas públicas con respecto al mantenimiento directo o indirecto de determinados servicios, aunque en general sí en las tradicionales formas de control económico a través de, entre otras, la gestión presupuestaria en órganos independientes de regulación financiera¹⁹.

¹⁸ “La expresión "Nueva Gestión Pública" (NGP) es controvertida. Frecuentemente se utiliza como un término genérico, como una formulación útil para resumir y describir como las diferentes partes de la Administración pública se reorganizan y adoptan unos mecanismos de actuación más cercanos a los que -desde una determinada percepción del sector privado- se emplean en el mundo empresarial”. (DUNLEAVY, Patrick y HOOD, Christopher. “De la Administración Pública tradicional a la nueva gestión pública. Ensayo sobre la experiencia modernizadora de diversos países desarrollados” en *Gestión y Análisis de las Políticas Públicas*, n.3, 1995. p. 105-114).

¹⁹ “Fruto de un nuevo contexto económico, las reformas de los años ochenta y principios de los noventa vuelven a poner el acento en las instituciones administrativas, especialmente en los países más desarrollados. Ya no se trata de reformar para gestionar la expansión del Estado del bienestar, sino su contención o reducción. Los nuevos reformadores se han concentrado en cambiar las instituciones a través de la que el Estado descarga sus esas responsabilidades, reestructurando su “tejido institucional” (...) La organización, los mecanismos de asignación de recursos, la gestión del empleo público, las relaciones con el mercado, han sido ámbitos institucionales prioritarios de estas reformas.” (Ibid. p.88).

Si se hace referencia al concepto de gestión pública es por el cambio sustantivo de la NGP en la Administración del Estado liberal-democrático a lo largo del proceso de modernización administrativa en los países con este sistema político. Su rasgo esencial se basa en introducir estructuras privatizadoras en los servicios públicos del Estado providencia o Estado del bienestar, entendidas en dos dimensiones:

a) formal, mediante la adopción de técnicas procedentes de la gestión privada en la gestión pública que exploran las posibilidades de introducción de métodos del sector privado en el ámbito jurídico público, tales como: las entidades instrumentales en sus múltiples variantes, o la intrusión de técnicas de gestión extrajurídicas en la Administración. También de instrumentos basados en nuevos criterios privados de gestión, ejecución, control económico, régimen retributivo del personal y evaluación de servicios, entre otros, cuya aplicación encuentra el vacío regulador público o la contradicción interpretativa con él;

b) material, con diversas modalidades privatizadoras de los servicios públicos o desregulación administrativa del ámbito privado en diferentes grados: concesión administrativa sin pérdida de titularidad pública, arrendamiento de servicios (*externalización*) - lo que desemboca en una cuasi-privatización o cesión del control de las actividades administrativas -; enajenación de recursos de gestión de servicios públicos, actividades económicas, a los que se debe dedicar más adelante un análisis detenido por sus implicaciones respecto a la responsabilidad pública.

La prioridad en la búsqueda de estas nuevas técnicas de gestión como pilar del objetivo económico deja inicialmente en un segundo plano el desarrollo correspondiente del Estado de Derecho, bien sea en la tradición continental como Derecho público o administrativo, bien en la anglosajona en el bloque del Derecho común y la *Administrative Law*²⁰. Este Derecho público, visto como un condicionante responsable del Estado burocrático, no es obviado, si no asumido tal vez como mal necesario, aunque dicha relegación a largo plazo puede no sólo afectar a la garantía del Derecho en los actos propios y separables de la Administración, sino al propio sustrato del negocio público en sus funciones esenciales²¹.

²⁰ En relación al desarrollo de un Derecho administrativo europeo – a partir del Derecho administrativo privado de origen alemán- afirma que “En otro plano, jurídico-comparado, se constata igual fenómeno de mayor comunicación entre los sistemas jurídico-públicos continentales y los sistemas de Derecho común (common law); así desde hace tiempo viene resaltándose la influencia del *droit administratif* en los países del *common law*; también debe relacionarse la privatización formal que sufre el régimen de servicios públicos de índole francés con la introducción de las medidas de liberalización del mercado de inspiración especialmente anglosajona” (GONZÁLEZ-VARAS, Santiago. *El Derecho Administrativo Privado*. Madrid, Editorial Montecorvo, 1996. p. 163-164). Se refiere aquí, y pone más adelante un ejemplo con la privatización del ferrocarril británico, a la interesante paradoja de cómo el régimen de privatizaciones en el Reino Unido tropieza con deficiencias en la definición contractual por la falta de personificación de la Administración en un Régimen jurídico público.

²¹ “Hasta el momento, el debate sobre las reformas de la gestión pública no ha tenido éxito en lo que debería ser su tarea central: delimitar las funciones esenciales del gobierno. El peligro es que un juicio global acerca del núcleo básico de

I.2.3 Dimensión jurídica y técnica de la gestión pública.

Es importante señalar cómo los conceptos jurídico y técnico poseen al menos dos acepciones que se interrelacionan y conviene mostrar, pues contribuyen a representar el objeto perseguido en esta investigación. Esto es así porque cada una de los términos significan planos transversales del Estado que se cruzan entre sí. Por otro lado, su doble consideración permite apreciar cómo la presencia de ambas dimensiones es ineludible en la gestión pública y presenta elementos de unicidad y disociación de naturaleza dialéctica.

Una primera acepción se refiere a los ámbitos del Estado que definen dos espacios: a) el político, basado en la juridicidad de sus órganos y procedimientos rectores político-legislativos; b) el organizativo-funcional, basado en los procedimientos técnicos necesarios para que el Estado actúe y ejecute sus funciones. Ambos espacios coexisten en los tres poderes o funciones clásicas cuya presencia y delimitación sustantiva pertenece al principio y ordenamiento constituyente del Estado liberal. También ambos se rigen por su juridicidad, pero es en ésta donde caben ya dos distinciones, mientras el primer ámbito se basa en la formalización del ordenamiento jurídico, el segundo lo hace en su aplicación práctica capaz de producir actuaciones públicas. Así se distinguen un ámbito jurídico que se refiere al sistema de normas de Derecho que asegura el cumplimiento de los principios públicos del Estado y un ámbito técnico que permite aplicarlos en sus actuaciones²².

La segunda acepción se basa en que ambos conceptos poseen dimensiones que se pueden disociar en cada uno de los ámbitos anteriores. Por un lado la dimensión jurídica, que hereda el sustrato del Estado liberal y expresa el principio de legalidad y de prevalencia del Derecho. Implica la ordenación en instituciones y competencias regidas por la racionalidad normativa reducible a la legitimidad jurídica de la organización y el funcionamiento del Estado y su Administración

competencias gubernamentales se formule sólo incrementalmente, a través de un proceso de residualización de soluciones externas aplicadas sin criterio fijo a diferentes ámbitos de trabajo. Esta forma de proceder comportó desastres en la industria americana de la manufactura de los ordenadores, donde durante los años ochenta se externalizó demasiado extensivamente y se perdió su posición en el mercado. Fácilmente, en ausencia de una presión contraria para identificar, proteger, mantener y desarrollar su propio núcleo de competencias, podría pasar lo mismo a los gobiernos nacionales. De este modo, lo que se está dilucidando con estas reformas no son simples asuntos operativos, de costes y respuestas a corto término (*bread-and-butter issues*). En última instancia el debate es por así decirlo constitucional, ya que afecta a los propios fundamentos y capacidades de la política". Tal vez, introduzco, se trata de los fundamentos del Estado de Derecho y el vaciamiento del Derecho público en el diseño organizativo de la Administración, tratado más en la tradición continental. (DUNLEAVY, Patrick y HOOD, Christopher. "De la Administración Pública..." Op. Cit. p.113).

²² En relación al principio o teoría de la delegación característica del modelo burocrático público Prats Catalá afirma "De este modo la actuación administrativa tiene una doble legitimidad:1) la democrática que deriva del ejercicio de poderes delegados por el Parlamento, representante de la soberanía popular, y 2) la legal y técnica, derivada del cumplimiento de las normas y procedimientos establecidos, tanto en la garantía de los derechos de los administrados como de la eficacia y eficiencia del actuar administrativo". Esta distinción podría dar lugar a una clasificación relacionada con los ámbitos citados desde la perspectiva de la legitimidad, pero en esta investigación interesa considerar el ámbito y dimensión que tiene el Estado como sujeto de la gestión pública a través de la Administración. (PRATS CATALÁ, Joan. "Las transformaciones de las administraciones públicas de nuestro tiempo" en *Estudios para la Reforma de la Administración Pública* (Dtor. Fernando Sainz Moreno). Madrid, INAP, 2000. p.60-61).

indistintamente. Por dimensión técnica pasan a entenderse todos aquellos medios y procedimientos de la gestión pública que no incluyen a los de naturaleza jurídica y se requieren como soporte para la prestación de servicios públicos en condiciones de garantizar la eficacia de su aprovisionamiento. Incluyen aquellos medios de gestión, organización, control y rendición de cuentas que se caracterizan por no precisar de instrumentos de legalidad, pero que sin embargo pueden solapar de forma concurrente las funciones de estos instrumentos e incluso sustituirlas produciendo distintos efectos en los actos de la Administración²³.

Por lo tanto, si los diferentes planos jurídicos y técnicos están presentes en la realidad orgánica y funcional del Estado es manifiesto que su disociación conceptual no se corresponde con la existencia de las mismas esferas separadas en la aplicación práctica de la acción pública²⁴. Es en ésta donde, debido a la concurrencia de los citados ámbitos en su aplicación a la gestión pública, la delimitación conceptual deriva en intereses contrapuestos como consecuencia de que cada uno de ellos se erige en elemento esencial de la finalidad del Estado a través de disciplinas diferentes que producen las siguientes situaciones: especialización funcional del ámbito jurídico y técnico y segregación por servicios públicos como solución a sus problemas de concurrencia; subordinación del ámbito técnico al jurídico a través de las normas de Derecho administrativo; subordinación del ámbito jurídico al técnico a través de la elevación a normas reglamentarias de procedimientos técnicos²⁵.

Se observa que todas ellas tratan de resolver sus contradicciones mediante la separación del ámbito jurídico y técnico, bien sea funcional o procedimental, en la que se impone un pragmatismo formal que puede ignorar la adecuada compaginación de los principios del Derecho y la capacidad de prestación de los servicios objeto de la acción y gestión pública²⁶.

²³. También Subirats reflexiona sobre las transformaciones que dentro de la relación entre Sociedad y Administración Pública han adquirido las formas de legitimidad. Su principal rasgo es que el nivel de interrelación ha llevado a modificar los medios de ejercicio impersonal del poder (a través de la racionalidad normativa y legal) a las relaciones personales que buscan la resolución de los problemas sociales planteados. Ante éste cambio se prima el resultado sobre la legalidad o conformidad procedimental con efectos en un tipo de normativa y legislación más específica. “Todo ello no quiere decir que se sustituyan un tipo de reglas por otras, o se «elimine» el control procedimental basado en criterios de racionalidad, sino que se solapan, se suman unos criterios y unas normas con otras, provocando una creciente complejidad y fragmentación de las tareas y organización de la Administración Pública contemporánea” (Vid. SUBIRATS, J. *Análisis de políticas...* Op. Cit. p. 25-26).

²⁴. “Sujetar la acción pública al Derecho, de suerte que se garanticen y respeten los derechos de los ciudadanos, y ordenarla en esquemas procedimentales que hagan posible la seguridad jurídica y le confieran legitimidad legal-racional, es algo imprescindible para una concepción democrática del Estado moderno. Pero encerrarla en un mundo autosuficiente de normas procedimentales cuya virtud se agota en su cumplimiento meramente formal, con olvido de la finalidad que las justifica, tienen como consecuencia privar a la acción pública de todo principio de realidad, ...” (Vid. BELTRÁN VILLALVA, Miguel. *La acción pública en el régimen democrático*. Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2000. p. 160).

²⁵ A cada una de estas medidas les corresponden los siguientes efectos críticos: 1. desplazamiento del Derecho, 2. exceso garantizador y 3. complejidad reglamentaria.

²⁶ “El inmediatismo formalista de la legitimación administrativa por la *potestas* da lugar a un pragmatismo preocupado de los soportes organizativos, las técnicas cualitativas para fundamentar las decisiones y del diseño de las acciones

I.2.4 Servicio público y Servicio administrativo.

En una primera aproximación el Servicio público podría definirse como el resultado de la acción y gestión pública, y en este sentido el fin material por el que se constituye el Estado. Para ello recibe las atribuciones potestativas y competencias necesarias en un acto de delegación de la soberanía y se dota de los medios jurídicos, técnicos, humanos y materiales necesarios que aseguren la prestación de los servicios públicos²⁷. Este concepto es anterior a las diferentes distinciones que se pueden realizar en el periodo modernizador, pues ya en los inicios del Estado liberal se reconoce que la actuación de la Administración tiene como finalidad prestar servicios que satisfagan las necesidades y exigencias de la colectividad. Resulta necesario señalar su origen anterior a cualquier uso relativamente actual, pues el servicio público se reconocía inicialmente vinculado no sólo al Derecho administrativo por la incumbencia del Estado y, con ello, al propio procedimiento administrativo, si no a las formas organizativas de descentralización administrativa, enajenación patrimonial y otorgamiento concesional²⁸. Posteriormente, la generalización del uso del término de Servicio público adopta la extensión de la sociedad de servicios en el Estado del bienestar, -liberal, democrático y social - que proclama nuevos derechos exentos de garantías jurídicas donde el concepto cobra el significado material por su efecto en la gestión pública que interesa delimitar. Como sucede con la mayoría de las nociones surgidas de la Administración pública este nuevo significado no pierde el valor del anterior, sin embargo, al modificarse cuantitativamente ante la variedad de servicios prestados por el nuevo Estado, lo hace también en términos cualitativos que su definición debe recoger con un contenido concreto más amplio²⁹.

Respecto al Servicio público, José Ortiz Díaz utiliza la siguiente definición, no exhaustiva y fundamentada en la base jurídica de su funcionamiento: “El servicio público, se rige por leyes o principios de la universalidad, generalidad y regularidad en su gestión y la ‘accesibilidad’ en sus

transformadoras de la realidad social: la formulación de las políticas públicas” Toda una definición del origen y fundamento de la división técnica y jurídica que tiene una raíz histórico-concreta. (BAÑÓN, Rafael. "Los enfoques para el estudio de la administración pública: orígenes y tendencias actuales" en *La nueva Administración Pública*, (eds. R. Bañón, R. Bañón Martínez y Ernesto Carrillo). Madrid, Alianza Universidad Textos, 1997. p. 36).

²⁷ El concepto de prestación es inherente al de servicio y esclarecedor de la definición que se busca al servicio público así en el *Diccionario de Términos Jurídicos* de Ricardo Villa-Real, la prestación se define como la “acción y efecto de prestar un servicio”. En la acepción que como servicio público se pretende se entiende al Estado como sujeto prestador a través de la Administración y al público, en tanto administrado, usuario o ciudadano, como sujeto receptor de la *acción y efecto*.

²⁸ Enciclopedia Universal Ilustrada... Op. Cit. v.55. p. 665. En la voz Servicio Público se destaca la siguiente definición “El servicio público puede definirse como aquella necesidad de carácter general que se satisface por el procedimiento propio y característico de la actividad del Estado, llamado *procedimiento administrativo*”.

²⁹ El autor delimita el contexto de la acepción al uso más estricto y común: “...el contexto en que hemos de hablar de los servicios públicos es, precisamente, el de una sociedad de servicios, esto es, un sociedad posindustrial [...] Comencemos, pues por destacar que vivimos en una sociedad de servicios, entre los que aquellos que podemos calificar de públicos ocupan un lugar de importancia crítica”. (Vid. BELTRÁN VILLALVA, Miguel. *La acción pública...* Op.cit. p. 67).

prestaciones, ofrecidas en condiciones de igualdad para todos sus usuarios”³⁰. Bajo la primacía del enfoque del Derecho, al servicio público lo motivan unos principios que sustentan la necesidad de satisfacer una determinada prestación y con ella someterla a regulación y garantía de ejecución por medio de la acción de la Administración pública a través de alguno de sus instrumentos de actuación. Así, desde que queda establecida por los cauces del Estado social y democrático de Derecho, cualquier forma de prestación de un servicio tiende a supeditarse al cumplimiento de tales principios.

Por su parte, al servicio administrativo, una vez cualificada y reducida a las prestaciones materiales la definición de servicio público, procede restringirlo a la satisfacción de las necesidades tradicionales del Estado liberal vinculadas a las garantías jurídicas, que la Administración, por el mero efecto de la aplicación del Derecho, debe sostener y asegurar. Comprende las funciones de policía, que persiguen entre otros el control de la legalidad, el otorgamiento, denegación y reconocimiento previo de derechos que precisan la acreditación del cumplimiento de las condiciones fijadas para su sujeto en la norma reguladora a través del procedimiento administrativo³¹. Se está tratando por lo tanto de una forma de servicio público –en la acepción primitiva- que por especialización conviene delimitar y diferenciar del resto, pues pasa a ser una forma de prestación no tan sólo regulada, si no emanada del Derecho administrativo.

Diferente cuestión es afrontar los servicios en la Administración en tanto que no constituyen una prestación sino que cooperan en su especialización para que el conjunto de servicios públicos puedan llevarse a cabo. Sólo se trata de extraerlos del sistema de acepciones de servicio que se pretende abordar aquí, pues no recae en ellos la prestación pública directa, aunque la hagan posible. Son en realidad los servicios de gestión, sin los cuales no es posible prestar servicios públicos, pues sobre ellos se disponen los medios que se exigen para hacerlos posible como tales, ya sean los que soportan la Administración de los recursos materiales necesarios para el aprovisionamiento de tales servicios o para garantizar la seguridad jurídica exigible por su condición de públicos.

³⁰ Vid. ORTIZ DÍAZ, José. “El horizonte de las administraciones públicas en el cambio de siglo” en SOSA WAGNER, Francisco. *El Derecho administrativo en el umbral del siglo XXI*. Tomo I. Valencia, Tirant lo Blanch, 2000. p.107. Sobre el origen y la pluralidad de acepciones que recibe el concepto de servicio público en la doctrina jurídico-administrativa Vid. MEILÁN GIL, José Luis. “El servicio público como categoría jurídica” en *Cuadernos de Derecho Público*, n. 2, septiembre-diciembre, 1997. p. 78-86.

³¹ Esta última propiedad se encuentra en conexión con el principio de vinculación positiva a la Ley por ser actuaciones de eficacia ablativa, limitadoras de derechos, y requieren para su ejecución administrativa la autorización previa por una Ley. Este sistema de contrapartidas y garantías preside la función de la norma jurídica en la Administración, especialmente en la actividad regulatoria, pues se presupone el principio de libertad de los ciudadanos, lo que requiere para su limitación las garantías de control constitucional que conlleva la reserva de Ley.

En este ámbito se encuentra la potestad reglamentaria³², que afecta al conjunto de los servicios públicos y administrativos remarcando la supremacía del Derecho en la prestación de los servicios públicos, ya sea desde su origen, como reconocimiento de la obligación por la Administración de prestarlos³³, o en su finalización, regulando la forma de otorgarlos con prestaciones materiales o inmateriales, o como se expone, servicios públicos o servicios administrativos del Estado.

I.2.5 Modernización administrativa.

La modernización administrativa se entiende en esta investigación como un proceso histórico concreto vinculado al conjunto de cambios que plantean el paso del sistema burocrático a otro posterior.

Manuel Villoria describe el término del siguiente modo:

El término modernización se utiliza en España y en algún otro país como paraguas conceptualizador bajo el que se acogen todo este conjunto de fenómenos de adaptación. Fenómenos que parecen intentar alumbrar un nuevo paradigma de gestión pública, una nueva forma de pensar sobre la acción de gobernar y cómo ha de materializarse ésta. El denominado paradigma burocrático parece estar llegando a la fase final de su existencia, aun cuando los rasgos nítidos del nuevo paradigma no parecen surgir con plena capacidad³⁴

Por una parte, la modernización administrativa no aparece como un fenómeno políticamente neutro, sino en un nuevo espacio donde la aplicación de la política se constriñe dentro de unos “valores, intereses ideológicos, e ideología ocultos tras la pretendida asepsia del modelo” según explica el propio Manuel Villoria³⁵. La modernización administrativa presenta una ya prolongada respuesta a las formas

³² Vid. ROSADO PACHECO, Santiago (coord.). *Derecho europeo comparado sobre Ley y reglamento*. Madrid. Centro de Estudios Ramón Areces. 2003. En estas ponencias celebradas en la Universidad Rey Juan Carlos por el Instituto de Estudios Jurídicos Internacionales se pone de manifiesto como los diferentes derechos constitucionales y administrativos nacionales representados interpretan las diferentes formas en las que la normativa puede penetrar en la regulación jurídica de la actividad de sus respectivos Estados y por ende como los servicios públicos son acreedores de ésta al necesitar ser reconocidos como derechos de los administrados y obligaciones de la Administración.

³³ En su conexión con la prestación “cosa o servicios que un contratante da o promete a otro”. La norma a través de la potestad reglamentaria de la Administración adopta la forma contractual que transformaría la prestación de un servicio en obligación de la propia Administración. Si se parte del principio o concepto de prestación del Derecho Civil cuyas propiedades debe compartir con el Derecho administrativo más allá y sin perjuicio de su especificación en la reserva de Ley y potestad reglamentaria o el privilegio de decisión ejecutoria que éste se otorga. “Toda obligación consiste en dar, hacer o no hacer una cosa” el art.1.088 C.C. y “Este afirma repetidamente (arts. 1.217, 1.272 y 1.273) que son objeto de contrato las cosas y los servicios. Esta prestación debe ser posible, lícita y determinada. La falta de cualquiera de estos requisitos provoca la inexistencia de la obligación por falta de objeto”. Las normas emanadas del principio de potestad reglamentaria son por lo tanto cruciales para la prestación de los servicios públicos, sean o no de los calificados como administrativos, pues sin necesidad de someterse al acuerdo de un contrato privado constituyen la base para que la prestación cumpla las condiciones de: posible, cuyo cumplimiento recae en la Administración una vez que la estipula; lícita, para lo que es imprescindible la existencia de dicha norma; y determinada, que obliga a la norma a cumplir los requisitos formales y técnicos necesarios para precisar el objeto de la prestación. (VILLA-REAL, Ricardo y DEL ARCO TORRES, Miguel Ángel. *Diccionario de Términos Jurídicos*. Granada, Comares, 2006. p. 414).

³⁴ Vid. VILLORIA, Manuel. “Modernización administrativa y gobierno postburocrático” en *La nueva Administración Pública*, (eds. R. Bañón, R. Bañón Martínez y Ernesto Carrillo). Madrid, Alianza Universidad Textos, 1997. p.77.

³⁵ *Ibid.* p. 78.

de organización burocráticas del Estado liberal, que se revelan insuficientes para gestionar aquellas funciones a que se ve abocado ante las necesidades que atiende el Estado del Bienestar³⁶.

Esta contradicción entre organización y necesidades públicas se trata de resolver cuando, como salida a esa limitación gestora, los intereses de amplios sectores privados propugnan su participación en las nuevas áreas de actividad económica surgidas en dicha forma de Estado y ya no basta con acudir a la neutralidad jurídica del antiguo Estado liberal. El Estado social se ve abocado a procurar garantías a los derechos sociales, que requieren a su Administración el desarrollo de nuevas técnicas que desplazan a los agentes públicos y los métodos burocráticos convencionales. Como efecto de fondo se produce la sustitución de la gestión de los servicios públicos por servicios privados, y en la forma, la profundización en la conexión entre la Administración pública y la sociedad ya establecida con la aparición del Estado social tras la crisis del Estado liberal aparecida en la década de los años treinta del siglo pasado³⁷.

En otro aspecto, la Administración burocrática produce una crisis democrática por su tendencia a resolver los problemas desde arriba. Este aspecto también afecta al marco jurídico del Estado Liberal, pues éste en principio contempla su legitimación por medio de los mecanismos jurídico-políticos consagrados en los ordenamientos de origen constitucional dentro de un régimen político de representación parlamentaria a los que se supedita el poder y capacidad de actuación de la Administración. Sin embargo, en el sistema liberal las formas de participación escapan a la regulación del marco jurídico tradicional de la Administración, basado en una intervención mínima en las actividades de policía, fomento y servicios públicos, cuyo desarrollo sobrepasa a la técnica jurídica con problemas difíciles de resolver en Derecho³⁸. En resumen, llamamos modernización al conjunto de

³⁶ Martín Mateo puntualiza la extensión doctrinal y la producción administrativa en su artículo de lectura obligada para introducirse en las conexiones que bajo el apelativo de modernización pueden encontrarse ya en el momento que fue escrito: “De la difusión y generalización de esta innovación en el arte de dirigir y gestionar da idea el gran número de estudios, análisis de experiencias y elaboraciones doctrinales o instrumentales que se han producido en estos últimos tiempos”. MARTÍN MATEO, Ramón. ““El sistema administrativo clásico y su permeabilidad a los nuevos paradigmas de la calidad total” en *Revista de Administración Pública*, 134, 1994. p.9.

³⁷ Entre algunas de las técnicas destacadas relacionadas con estas premisas surge la Evaluación de la Calidad. En este plano es interesante la aportación de J.A. Garde al argumentar la vinculación entre ambas en su conexión con las aquí citadas como impulsoras de la dinámica de modernización administrativa: “En la relación de los mercados con los gobiernos se da una situación muy curiosa: cada vez son más los mercados que teóricamente podría parecer que asumen un conjunto de cuestiones que hasta hace poco planteaban los propios gobiernos y sus administraciones, pero también se dan nuevas insuficiencias del mercado para responder a nuevas necesidades de la sociedad [...] En definitiva, la evaluación, en un mundo como el actual, responde a dos enormes necesidades: 1) racionalizar el uso de los recursos públicos haciéndolos más eficientes[;] 2) ser un elemento de transparencia y de calidad democrática [...] Cada vez más los ciudadanos consideran importante conocer los resultados de la acción de lo público y hasta qué punto esos resultados se adaptan a las necesidades que ellos sienten” (Vid. GARDE, Juan Antonio. “La evaluación de la calidad en la Administración” en *Administración Inteligente* (coord. Antonio Díaz Méndez y Eloy Cuéllar). Madrid, MAP, 2005. p. 204-206).

³⁸ Son “los procedimientos de participación de la sociedad civil” la respuesta que da Villoria al último interrogante: “Por estas y otras razones, la modernización de la Administración Pública debe contribuir a la profundización y mejora del servicio de ésta a la sociedad civil, pero, al tiempo, sin descuidar esta maquinaria y sus tentativas de institucionalización excesiva, por una parte, y sin destruir el papel de la democracia representativa y sus sistema de articulación de intereses,

reformas de la Administración que se propugnan de modo asimétrico en el tiempo y heterogéneo en los diferentes Estados. Los aspectos recogidos en este proceso son múltiples e insuficientes, para su análisis homogéneo, y difíciles de determinar las regularidades que encontramos en él. De hecho su ámbito de aplicación sigue basándose en los casos concretos, y sus generalizaciones, aunque convergentes en varias de sus líneas, resultan ambiguas, pues el análisis de la modernización en su conjunto admite interpretaciones diversas en su forma de ejecución y en el fondo de su finalidad.

Desde la perspectiva del marco jurídico, centrándonos en la tradición continental, las transformaciones son altamente contradictorias, pues éste representa el sustrato del Estado burocrático y por ello sufre con él cuestionamientos y revisiones continuas. Sin embargo, su presencia resulta imprescindible como residencia de los fundamentos del Estado de Derecho, por lo que sus rasgos esenciales se pueden considerar inalterables dentro del eje del funcionamiento de la Administración³⁹. Todo ello supone la adopción de un marco técnico en la gestión pública que evita el enfrentamiento mediante el vaciamiento funcional de la administración clásica en al menos los siguientes elementos destacados: desconcentración funcional, traspaso de la gestión al ámbito privado y amplio desarrollo reglamentario. Nace de ellos un entramado de técnicas de gestión cuya finalidad inicial es acceder a los servicios públicos que ha consolidado el llamado Estado del Bienestar, definido en el Derecho constitucional como Estado social de Derecho (*Sozialstaat*)⁴⁰. Estas técnicas producen un doble efecto, por un lado en la alteración del marco jurídico basado en el Derecho público, por otro en las técnicas de gestión utilizadas por los órganos heterogéneos en los que opera la desconcentración funcional. Como enlace entre ambos el desarrollo reglamentario, que al tiempo que especializa la aplicación del Derecho en el reflejo positivo de la acción transformadora, trata de legitimar ésta, fuera de la aplicación sustancial del Derecho administrativo, en la racionalidad de la legitimación social y la moralidad cívica⁴¹.

por otra ¿Cómo hacer posible esto?” (Vid. VILLORIA MENDIETA, Manuel. *La modernización de la Administración como instrumento al servicio de la democracia*. Madrid, MAP, 1996. p. 98).

³⁹ Entre los cuestionamientos destacan aquellos que desde la defensa del marco jurídico tradicional del Estado de Derecho no se dirigen tanto a su falta de esta cobertura por determinados servicios públicos, sino a la pertinencia de las prerrogativas que arrojan el ejercicio de determinados servicios, en este sentido se puede ver como muestra los comentarios de Carlos Lesmes: “[...] la Administración sujeta al rigor del Derecho público no poseía la capacidad necesaria para esa entrega de bienes al mercado de forma concurrente con la iniciativa privada por lo que las organizaciones públicas han tenido que adoptar un régimen de funcionamiento propio del Derecho privado”. (Vid. LESMES SERRANO, Carlos. "La externalización de los servicios públicos" en ORTEGA MARTÍN, Eduardo (Dtor.). *Derecho administrativo del siglo XXI*. Madrid, Consejo General del Poder Judicial, Cuadernos de Derecho Judicial, 12, 2007. p. 18.

⁴⁰ El término trata de reconocer que el Estado social es sin paliativos la aportación alemana al Estado liberal y al Estado liberal-democrático, con origen en la fundación del propio Estado alemán moderno por Bismarck.

⁴¹ Aunque nos centramos en estos fenómenos por su directa implicación en el marco jurídico el autor cita, además: “la preocupación por reducir el déficit.fiscal, con las consiguientes privatizaciones y desregulaciones, la búsqueda de calidad en la prestación de servicios públicos con la inevitable orientación al cliente” (Vid. VILLORIA, MANUEL. *Modernización administrativa...* Op. Cit. p. 79).

Respecto al marco jurídico, en la modernización se pone de manifiesto su incapacidad procedimental por garantizar los derechos sociales, y ante ello, de mantener los principios del Estado de Derecho en el marco jurídico propio de la Administración cuando ésta debe recurrir a nuevas formas de atención a las demandas sociales. Esta limitación causa al menos dos reacciones, la separación o huida del Derecho para ocupar el espacio vacío dejado, o la búsqueda de fórmulas que compaginen Derecho y aplicaciones técnicas como solución pragmática. Ante ello, perdida la capacidad del Estado liberal por aplicar sus principios con coherencia y eficacia, las demandas sociales que se producen y el fortalecimiento ejecutivo que muestra desde su formación la Administración pública en los sistemas continentales, el Estado liberal aumenta el riesgo de incurrir en la incapacidad de actuar de forma independiente ante determinados grupos de interés que intervienen en la sociedad, como propugnaba su ideario fundacional⁴².

En el marco técnico la limitación anterior no aparece del mismo modo, pues las técnicas y los órganos en que se apoyan las nuevas funciones dependen de dotaciones materiales que se aporten, pues de lo contrario no es posible su mera existencia. En este ámbito las innovaciones que se producen se basan en introducir la adaptación al entorno a través de cambios en la gestión interna. Sin embargo, ante la aparición de nuevos mecanismos de gestión que no siempre se subordinan a las prerrogativas de los poderes públicos, en dicho proceso técnico no se formula una orientación neutral del Estado eficaz, sino formas de asignación y reparto de los servicios públicos que pueden prescindir de los principios jurídicos de igualdad, interdicción de la arbitrariedad y control político en las actuaciones de la Administración.

En el Estado liberal clásico los grupos de interés económico y social preponderantes tenían asegurado el control político que fortalecía a una minoría frente al conjunto de la ciudadanía que incluso carecía de ciertos derechos políticos. Sin embargo el marco formal propiciaba el control político y la neutralidad de la Administración con reglas jurisdiccionales inequívocas. Con las transformaciones post burocráticas a las que venimos asociando el concepto de modernización, ante la aparición de nuevos servicios públicos vinculados a Derechos sin posibilidad de garantía jurídica, el esquema se quiebra y la Administración otorga capacidades de gestión, actuación y control político relacionados con ciertos grupos de interés. Se crean nuevos valores que buscan su legitimación en el compromiso con amplios

⁴² Aquí Villoria desarrolla su respuesta de la nota 33, que se ve forzada a ser extrajurídica: “La Administración, ante una sociedad sin centro y donde los procedimientos de articulación de las políticas y discursos sociales están cerrados para una parte importante de la sociedad –además de estar abierta a la manipulación–, se encuentra sirviendo a intereses parciales, con excesiva frecuencia” (Ibid. p.79).

sectores de la nueva sociedad demandante de servicios tratando de aplicar los principios de legalidad y control democrático, si no fuera de él, sí paralelamente al Estado de Derecho⁴³.

Como sucedía en los albores del sistema liberal el derecho al ejercicio político, restringido al sufragio censitario, el concepto de ciudadano como sujeto de derechos políticos carecía de universalidad y se aplicaba de forma jurídicamente vinculada al contribuyente. En cierto modo la Administración que nace de la modernización y que recibe el mayor poder de asignación de bienes y servicios heredados del Estado social del bienestar, redefine a su propio ciudadano en sentido también restrictivo de derechos políticos como cliente sustanciado en los grupos de interés, que presionan no ya sobre el sistema político, si no en el nuevo poder de una Administración debilitada por la aplicación de reglas jurídicas liberales en unas nuevas condiciones de funcionamiento y relación entre el ámbito público y privado.

I.2.6 Eficacia y eficiencia en el ámbito público.

La modernización administrativa funda sus valores en un nuevo postulado que reafirma la capacidad de prestar servicios como una necesidad esencial del Estado, pues se trata de la finalidad a la que es reducible toda su actividad, sin la cual, por así decirlo, carece de razón de ser. Un valor al menos un valor tan esencial como su ejecución en Derecho, debido a que sin éste carece de concreción el sujeto y el objeto de los servicios formalmente fundamentados en el interés público. En cualquier caso todo indica que epistemológicamente el estudio de esta actividad se contempla desde un mismo objeto: la Administración pública, que se aborda sobre diferentes ángulos en su interpretación y utilización, pero que requiere entenderse en su integridad⁴⁴. Por lo tanto, si se exigen respuestas en el ámbito jurídico,

⁴³ Vid. Ibid. p. 85. Citando a Eliassen y Kooiman menciona dos tipos de legitimación en este ámbito complementarias, una técnica por la aceptación de los productos o servicios ofertados, más propia de las administraciones funcionalmente descentralizadas y otra legitimación institucional característica los gobiernos centrales. Este último caso se puede deducir de la legitimación constitucional previa y no excluiría la necesidad de legitimación basada en el marco técnico que afecta a todas las administraciones por igual, independientemente de su cobertura de legitimación jurídica.

⁴⁴ Eduardo García de Enterría, con la fluida concisión y aproximación positivista bien pertrechada de la solvencia y claridad conceptual que caracteriza sus análisis del objeto tratado afirma lo siguiente: “Toda la gran polémica tradicional sobre esta famosa Ciencia de la Administración ha solido moverse en el mundo cultural del continente europeo prácticamente en el vacío. Sin duda, como un tributo a las posiciones epistemológicas kantianas que subyacen en la teoría científica dominante en la época, se acometió la vana empresa de edificar una ciencia nueva, dialécticamente contrapuesta al Derecho administrativo, desde su planteamiento puramente metódico-formal, discutido y depurado abstractamente hasta el infinito, y, no obstante, siempre en último extremo insatisfactorio y estéril. Hoy nos consta con certidumbre la falacia del famoso principio según el cual “el método crea el objeto”, y, antes bien, estamos propicios a aceptar precisamente lo contrario. [...] En otro términos no hay método aparte de una ciencia positiva y antes que ésta, si no que hay ciencia positiva, la cual a su vez se edifica desde una determinada tematización de la realidad que es su objeto, tematización que sólo en el acto científico mismo, y no por una teoría abstracta, puede demostrarnos su pertinencia y su fecundidad. [] Pasando a nuestro terreno, me parece claro que no hay en efecto, y contra lo que ha venido pretendiéndose, una teoría de la Ciencia de la Administración anterior a ésta condicionante de su posibilidad, sino que lo que únicamente puede haber es una Ciencia positiva y concreta de la Administración que, por el forzoso camino de las aplicaciones, nos pruebe la fecundidad de una tematización determinada de la Administración pública en cuanto realidad digna de una meditación científica”. Todo un manifiesto que ante tal generalidad expositiva –él la llama reiteradamente “obviedad aparente”- es difícil mostrar

también en el ámbito técnico, pues tal integridad no discute la separación de aspectos que pueda presentar en su análisis, pero sí la no consideración de cualquiera de ellos. En este sentido, previamente a resolver la cuestión de la integridad de la Administración pública como objeto de conocimiento, conviene identificar los principios que responden a la caracterización del ámbito técnico, para posteriormente poder realizar su conexión con el ámbito jurídico.

En este sentido destacan dos principios de gran aplicación en el ámbito técnico de la Administración: la eficacia y la eficiencia. No parece que a través de la teoría ni de la práctica general de su uso en la actuación pública hayan quedado debidamente delimitados dada su importancia, como se reconoce por gran parte de la literatura científica que ha tratado de abordarlos.

Debido a su aplicación al entorno público con la complejidad de su esencia organizativa y cambiante, entre otros aspectos que se irán resaltando, esta investigación no se propone establecer definiciones axiomáticas que resulta insatisfactorio especificar empíricamente o abarcar en su generalidad. Sin embargo, la necesidad de su identificación obliga a alcanzar una adecuada comprensión y delimitación, suficiente al menos para poder ubicar ambos principios en la propia acción pública.

La eficacia y la eficiencia, si bien son términos cualitativamente diferentes, son consecuentes solidarios del enfoque que persigue la modernización administrativa en el más alto nivel de su finalidad: facilitar la obtención de determinados resultados que se persiguen mediante el uso de recursos adecuados, generalmente innovadores, bien sean materiales, personales o de conocimientos⁴⁵. Es por ello que resulta aconsejable, dadas las restricciones expuestas para su definición, fijar ésta a través de la descomposición en ciertos factores cuyo cumplimiento incide en la consecución de cada uno de los dos principios. A efectos de esta investigación, con el único fin de identificarlos básicamente y sin ninguna pretensión de exhaustividad, se consideran los siguientes factores ampliamente aceptados por la literatura modernizadora de la gestión pública.

1.2.6.a La productividad.

El concepto de productividad se basa en la obtención de un índice que relaciona los bienes o servicios producidos con los recursos utilizados para su obtención, o desde un enfoque sistémico, la relación entre las salidas o productos/resultados y las entradas o insumos a través de un sistema de

indiferencia ni dejar de establecer fecundas conclusiones. (GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo. *La Administración Española*. Madrid, Alianza Editorial, primera edición, 1961. Cap. 1: “Sobre la Ciencia de la Administración...”).

⁴⁵ Para el DRAE, 22ª edición, las definiciones son, respecto a eficacia: “Capacidad de lograr el efecto que se desea o espera”; y de eficiencia: “Capacidad de disponer de alguien o de algo para conseguir un efecto determinado”. La relación entre ambos reside en la de los efectos que se persiguen. La eficacia se detiene en la mera obtención de los resultados (o efectos), mientras que la eficiencia considera los medios necesarios, de donde se deduce que los recursos utilizados, en la medida que se optimicen, se incorporan al valor obtenido en el efecto o resultado. Se puede concluir que las nuevas políticas de gestión pública agregan al principio tradicional de la eficacia jurídica y administrativa la reflexión sobre los recursos que son necesarios para alcanzarla, pues incorporan las acciones de eficiencia a los objetivos de eficacia.

procesos. La productividad y su medición suponen un indicador de la eficacia y la eficiencia, más allá de las limitaciones para realizar su cálculo, tanto en las actividades de servicios del sector privado como en su prestación por la Administración acompañada de sus especificidades⁴⁶. Así, la medida de la productividad básica se obtiene considerando los índices que permiten establecer la productividad total, la aparente del factor trabajo y la aparente del capital. Sin embargo, para poder evaluar los resultados de la medición de la productividad se deben considerar ciertas restricciones, como permitir la comparación en el tiempo o entre diferentes organizaciones y adecuar los factores de los indicadores a los resultados, que difieren en el sector público respecto al sector privado, donde la rentabilidad económica (beneficio) crea un criterio simplificador para establecer dicha evaluación⁴⁷.

En la actividad de la Administración la productividad adolece de un factor que limita su aplicación, al quedar condicionada por el factor trabajo que finalmente, bien se definan de forma fija o variable, se mide a través de las formas retributivas. Tanto por lo que respecta al régimen jurídico estatutario de la función pública, como a los instrumentos de la contabilidad presupuestaria, resultan de difícil aplicación los sistemas de incentivos y carreras profesionales que pueden y deben vincularse a los objetivos de productividad. Por otra parte la inexistencia de resultados que puedan cuantificar en un índice homogéneo la actividad, como sí sucede con los beneficios empresariales, impide traspasar el concepto de productividad del ámbito privado al público. En resumen, la ausencia de una aplicación práctica de la productividad a la gestión de la actividad y la propia resistencia a considerarla en el orden retributivo adquiere un papel determinante en la definición cualitativa de este concepto.

Finalmente todo ello ha llevado a planteamientos indirectos para delimitar los costes innecesarios no productivos de las actuaciones administrativas que determinan sus objetivos por las medidas regulatorias, por lo que es en su ejecución donde pueden quedar sujetas a dichos costes que extralimitan el rendimiento de esos objetivos. Así el concepto de productividad pública tiene más fácil acomodo en las regulaciones que inciden en la economía privada, verdadera depositaria del mismo, eliminando costes y trabas a su desarrollo, sin menoscabo de la necesaria tarea regulatoria. En este sentido se desarrolla el Documento de trabajo de la Comisión europea COM(2006) 691: “Medir los costes administrativos y reducir las cargas administrativas en la Unión Europea” en donde se llega a establecer que: “Si se redujeran los requisitos [administrativos] que resultan superfluos, el personal podría dedicar más tiempo a sus actividades económicas nucleares, lo que permitiría a su vez reducir los

⁴⁶ Vid. BELTRÁN VILLALVA, Miguel. *La productividad de la Administración española: un análisis comparativo*. Madrid, Instituto de Estudios de Prospectiva, MEH, 1991. El concepto de productividad se liga a las nociones de eficacia y eficiencia.

⁴⁷ Vid. *Ibid.* p.60-61. La productividad sólo puede aplicarse en términos comparados, bien en el tiempo, bien respecto a otros agentes que realizan el bien o el servicio que se mide (lugares o formas organización en un mismo lugar, p.ej., organizaciones públicas y privadas).

costes de producción y realizar nuevas inversiones e innovaciones, con la consiguiente mejora de la productividad y la competitividad en general”⁴⁸.

1.2.6.b La calidad.

Se debe exponer respecto al término de calidad su gran riqueza semántica, y cómo no, su entramado conceptual que no oculta un amplio campo de aplicación y utilización. El DRAE fija su primera acepción en el significado de “propiedad o conjunto de propiedades inherentes a algo, que permiten juzgar su valor”. Una vez más el dardo apunta a la simplicidad y concisión de la primera definición del término, en efecto, nos encontramos ante una categoría que se define por los factores capaces de otorgar el valor a una cosa. Destaca su profundo carácter intersubjetivo originado en la producción de bienes y servicios en un marco competitivo regido por el interés del mercado en medir el valor de dicha producción con el fin de conocer la capacidad de la aceptación y satisfacción de la demanda⁴⁹.

Por ello, tanto la selección de esas propiedades como la asignación de valor a las mismas ante un bien o un servicio singularmente considerados deberían depender finalmente de la elección de quien va utilizarlos. Por otro lado, objetivar ese valor corresponde a quien propone el conjunto de propiedades mensurables a través de indicadores cuantitativos y deduce un procedimiento para fijar los objetivos de calidad con cuyo cumplimiento se encontrará una conformidad por el sujeto que representa esta demanda. Si a este conjunto de propiedades nos referimos como sistema de calidad encontramos dos vertientes en su aplicación: las propiedades que se refieren al proceso de producción del bien o servicio o propiedades internas y las que se refieren a su resultado o propiedades externas; en ambos aspectos el valor se obtiene tras evaluar su cumplimiento, que desde esta perspectiva objetiva y mensurable se puede acometer con independencia el uno del otro, es decir, abstrayéndose en la valoración del proceso del resultado o valorando dicho resultado sin considerar el proceso que lleva a él. No obstante debería considerarse como fin último la respuesta del usuario o consumidor ante el producto o servicio resultante, cuyo éxito de utilización es lo que verdaderamente la calidad determina por medio de su control, aseguramiento y gestión.

⁴⁸ COM (2006) 691 final. *Medir los costes administrativos y reducir las cargas administrativas en la Unión Europea*. Bruselas, 14.11.2006. p. 2.

⁴⁹ Resulta pertinente en este sentido mencionar la figura de Phillip Crosby, uno de los grandes precursores de la aplicación del concepto de calidad. Los resultados obtenidos por él en grandes compañías industriales, y particularmente en el campo de la electrónica, permitió proyectar su obra en la década de los setenta, donde a partir de los resultados obtenidos por él mismo en la industria militar impulsó la idea del ahorro de costes vinculado al control de la calidad. Es sintomático como este concepto, con el que funda una empresa de consultoría, se impone ante la pérdida de competitividad de la industria norteamericana respecto a la pujanza japonesa en ese periodo, poniendo en conexión los conceptos de calidad y competencia. Vid. CROSBY, Philip B. *La calidad no cuesta: El arte de cerciorarse de la calidad*. Mexico, Compañía Editorial Continental, 1990. IVANCEVICH, John M.; LORENZI, Peter y SKINNER, Steven J. *Gestión: calidad y competitividad*. Barcelona, McGraw-Hill/Interamericana de España, S.A, Irwin, 1997.

La calidad en los servicios públicos se impone por lo tanto como consecuencia de la introducción de dos factores en la actuación de la Administración: su carácter prestacional, es decir, ante la proliferación de la prestación de servicios públicos por parte de ésta; y su entorno competitivo, esto es, la capacidad de permanencia de los servicios públicos que dejan de producirse con carácter de exclusividad en el Estado del bienestar clásico ante la condición de ser o bienes prescindibles o sustituibles por los servicios privados. En este último factor cabe señalar la afectación del concepto de calidad no sólo a los servicios públicos prestacionales, sino a los propios servicios administrativos ante la aparición de políticas de supresión de regulaciones jurídicas que empiezan a tomarse en el ámbito de la nueva gestión pública⁵⁰.

En esta asimilación del concepto de calidad, cuyo origen debe situarse en el contexto social y económico del mercado privado, se deben destacar también otras opiniones que ponen la calidad en conexión con factores propios del ámbito público. Para Beltrán Villalva la calidad de los servicios públicos se relaciona no sólo con factores objetivos y subjetivos, como las expectativas del ciudadano-usuario de los mismos, sino con los resultados de otros servicios indirectos que benefician a los sectores productivos basados en la regulación y la intervención en la economía. En este último caso la calidad se puede evaluar a través de la eficacia obtenida ante determinadas políticas y dentro de ellas a otros factores como la equidad, de forma que en la valoración de la calidad de los servicios públicos no sólo deban considerarse resultados económicos sino también las consecuencias sociales de los resultados⁵¹.

1.2.6.c *La descentralización.*

En este concepto encontramos una correlación en la aplicación de los principios de eficacia y eficiencia que es inherente a su propia dialéctica. En la gestión pública, es decir, en el ámbito del cumplimiento de las funciones y el ejercicio de la actividad de la Administración pública, la descentralización administrativa se ha basado en el principio de desconcentración como conjunto de técnicas que dotan a órganos administrativos de competencias funcionales o territoriales. El concepto de

⁵⁰ “Lo que sí sucede, en mi opinión, es que tal orientación ha ido cediendo terreno en favor de la calidad y cantidad de los bienes y servicios entregados a los ciudadanos por las Administraciones públicas. No es que se rechacen las medidas estructurales y procesales de las reformas clásicas, sino que se piensa que su única justificación radica en que están directa y explícitamente dirigidas a procurar a los ciudadanos más y mejores bienes y servicios. Se concibe así a los ciudadanos como «usuarios finales» del sistema político-administrativo, y son precisamente esas prestaciones finales las que justifican la existencia de la mayor parte de las organizaciones públicas, y las que se constituyen en eje del empeño reformista.” (Vid. BELTRÁN VILLALVA, Miguel. "De la reforma de la Administración al control de calidad de los servicios públicos". *Gestión y Análisis de Políticas Públicas*, 5-6, Enero-Agosto, 1956. p. 5-16).

⁵¹ Vid. BELTRÁN VILLALVA, Miguel. *La acción pública...* Op. Cit. p.88-92.

desconcentración, de premisas jurídico-administrativas, no se encuentra agotado y de hecho es de especial aplicación en los Estados continentales amparados por su Derecho público⁵².

También bajo el concepto de descentralización se han incorporado técnicas que van más allá de la organización administrativa interna, pues se trata de asignar funciones públicas a entidades administrativas que tienden a la especialización bajo el principio de responsabilidad y rendición de cuentas con diversas formas de personalidad jurídica. Con estas personificaciones se permite mantener un grado de autonomía capaz de optimizar los rendimientos presupuestarios y económicos al ejecutar sus actuaciones. La descentralización administrativa es un proceso que se profundiza bajo las nuevas políticas de gestión pública, que tratan de aumentar la eficiencia en la economía de costes y la eficacia en una programación estricta de las actuaciones que permita determinar de forma inequívoca los procesos de control y fiscalización en el entorno político donde actúan las entidades descentralizadas. Para ello reciben las atribuciones necesarias que les permitan una toma de decisiones independiente en sus procesos de gestión. Los principales efectos de la descentralización como política de gestión pública son, entre otras, la desburocratización del aparato administrativo del gobierno, la permeabilidad de las relaciones directas entre éste y el entorno social del ámbito en que actúa, la simplificación de los métodos de gestión dentro de cada entidad descentralizada, el impulso de las relaciones de colaboración entre entidades públicas y privadas y la flexibilización en la asignación de los recursos en la ejecución de las políticas públicas que tienen encomendadas las entidades descentralizadas para alcanzar los objetivos⁵³.

La descentralización, en esta perspectiva, se aleja del concepto o principio de desconcentración clásico en el que bajo estructuras burocráticas se delegan competencias ejecutivas desde los órganos centrales a otros órganos administrativos, con el fin de acercar territorialmente o especializar la gestión de sus áreas de actuación. Se trata de una reforma de la gestión de los servicios públicos que procura optimizar el objetivo de eficiencia y extender la eficacia en la prestación a la intervención de nuevos agentes sociales y privados, de diferenciar la prestación los servicios administrativos basados en la potestad pública exclusiva del Estado del resto de servicios públicos de provisión de “bienes divisibles”

⁵² Respecto a la voz desconcentración administrativa la edición del diccionario de Villa Real menciona lo siguiente: “Transmisión de competencias que los órganos jerárquicamente superiores de un ente administrativo hacen a los inferiores” (Vid. VILLA-REAL, Ricardo y DEL ARCO TORRES, Miguel Ángel. *Diccionario...* Op. Cit. p.160).

⁵³ Dentro de la caracterización que hace del Estado gerencial, como forma predominante que adopta la nueva gestión pública reformando el anterior Estado burocrático, esta forma competitiva emerge en la descentralización de las formas de control que establece la Administración: “Adopción acumulativa, para controlar las unidades descentralizadas, de los mecanismos: 1) de control social directo; 2) de contrato de gestión en que los indicadores de desempeño sean claramente definidos y los resultados medidos, y 3) de la formación de «cuasi-mercados» en que se da la competencia administrada”. (PRATS CATALÁ, JOAN. “Las transformaciones...” Op. Cit. p. 65).

sujetos a la concurrencia de prestadores, públicos y privados⁵⁴. Se facilita así la capacidad de elección del ciudadano dando prioridad a los prestadores privados y a los métodos de desconcentración en los servicios administrativos, incorporando en la gestión técnicas extrajurídicas cuando esto es posible. De este modo la descentralización se convierte en un proceso generalizado y replicable de transformación y reforma de la gestión pública.

1.2.6.d *La competitividad.*

En el propósito aclaratorio de estas definiciones preliminares, la competitividad en el sector público se pretende entender de acuerdo al sistema de relaciones que establece éste con su entorno de competencia respecto a los servicios públicos que ofrecen las administraciones y sus órganos dependientes, pudiendo así ser: Interna, entre administraciones u órganos de competencias delimitadas y exclusivas pero concurrentes como proveedores de servicios análogos o sustitutivos según las prioridades políticas que como se verá más adelante se materializan en la asignación presupuestaria y en el posicionamiento ante la demanda pública⁵⁵; Externa, globalmente considerada, que se manifiesta en la oferta de servicios públicos competitivos, en condiciones de calidad y precios, que tratan de atraer y fomentar la actividad económica mediante políticas públicas de estímulo al incremento de las rentas locales, regionales y nacionales⁵⁶. Por omisión o sustitución, en una forma más compleja dentro del tipo externo de competitividad pública, se podría entender como el entorno competitivo que ante la utilización de los servicios públicos, bien de forma pasiva por parte de los ciudadanos o de modo activo por las administraciones en la determinación de las políticas públicas, abre la posibilidad de elección de la opción privada o la simple renuncia a la prestación pública, este aspecto requiere una exploración más profunda debido a la problemática de su evaluación y cuantificación⁵⁷.

⁵⁴ “Distinción de dos tipos de unidades funcionalmente descentralizadas: 1) los organismos ejecutivos, que realizan actividades de autoridad exclusivas de Estado, por definición monopolistas, y 2) los servicios de provisión de bienes públicos divisibles, de posible carácter competitivo, en que el poder del Estado no está involucrado”. (Ibid. p. 65).

⁵⁵ Vid. BELTRÁN VILLALVA, Miguel. *La productividad...* Op. Cit. p. 137. La argumentación de este aspecto de competencia encontraría una sólida base en “la teoría económica de la competencia”.

⁵⁶ “Si bien el término competitividad se aplica fundamentalmente en el terreno de la empresa privada no por ello deja de existir en el ámbito de la Administración [...] En la futura Europa las personas y las empresas tenderán a residir en aquellos países donde exista una Administración y unos servicios públicos más competitivos en términos de calidad y precio” (Ibid. GALLEGO ARENILLA. J.A. “Prólogo”).

⁵⁷ Las condiciones de competencia se han utilizado como un atributo común a los servicios sean públicos y privados, y un parámetro tan aplicable a las prestaciones indivisibles como a los actos administrativos. Xavier Arellano muestra una interesante gráfica que establece la relación entre los costes de las demandas (reclamaciones, recursos,..) de los usuarios de un servicio dado y su grado de monopolio. Su aplicación sin distinción a servicios públicos y privados, si bien estos primeros pueden presentar una situación de monopolio ineludible por su prerrogativa, establece un comportamiento homogéneo de acuerdo al grado de los parámetros citados. Como consecuencia, a mayor nivel de monopolio mayor coste de demanda que incentiva ante los fallos la decisión de renuncia al servicio. Vid. ARELLANO, Xavier (Dtor. De Planeación y Desarrollo). "Documentos de trabajo de atención ciudadana: El enfoque actual de la atención ciudadana (Documento 1)". Mexico, Dirección General de Atención Ciudadana y Dirección General Adjunta de Políticas y Programas, marzo de 2005. p. 23 y 24.

Los principios de eficiencia y eficacia constituyen un medio para alcanzar las “ventajas competitivas” que, bien sea a través de sus gestores políticos o técnicos, los órganos de la Administración precisan desarrollar en cualquiera de los tipos que constituyen su entorno competitivo. Si se destaca el concepto de competitividad aplicado a la Administración pública es por su vinculación a valores que han sido incentivados en el conjunto de reformas incorporadas por la nueva gestión pública, entre los que se pueden destacar: La orientación al cliente, en la cual el ciudadano se transforma en un receptor de servicios que requiere disponer de una capacidad de elección bajo técnicas inspiradas en el mercado en las que se encuadran los servicios de la Administración. Las formas contractuales privadas de prestación y aprovisionamiento por parte de la Administración, que presiden tanto la relación entre los órganos administrativos a través de la constitución de entidades de responsabilidad pública y los órganos ejecutivos que fijan los objetivos públicos, como la de éstos y sus proveedores públicos o privados, de los que al final depende la eficacia de la actuación de la Administración. La privatización o desregulación del ámbito competencial que la propia Administración ejerce si el sector privado, bien sea a través de empresas mercantiles o entidades no gubernamentales de otra índole, alcanza mejor los objetivos superiores del interés general bajo las directrices de las políticas públicas. La competencia informal entre entidades públicas y organizaciones de carácter privado, que en el desarrollo desregulador y privatizador de los servicios públicos concurren tratando de obtener *cuotas de mercado*, en un caso por razones de justificación de la actividad pública y en el otro con el fin de obtener un aumento de beneficios.

Aparentemente esta situación de competencia sólo afecta a la actividad prestacional de los servicios públicos que deviene del Estado social, sin embargo es importante apreciar como los propios servicios administrativos, aquellos que corresponden al sustrato de las funciones bajo el dominio de las prerrogativas de autoridad, también vienen siendo susceptibles de desarrollar estos factores competitivos. Esto puede ocurrir, por ejemplo, cuando la propia potestad reglamentaria de la Administración, ante su posible inaplicabilidad o ineficacia, no es capaz de garantizar sus competencias de autoridad con procesos de inspección y sanción por elementos sustantivos como los altos costes o la falta de una adecuada simplificación de sus procedimientos, entre otras causas. Ante tal situación se plantea por parte del ciudadano o usuario de la Administración el factible incumplimiento de las normas ante el absentismo de una actuación administrativa, incluso la posibilidad de optar por la sanción administrativa como medio reparador que facilita el cálculo de su incumplimiento a priori. En este sentido, los medios externos de garantía, tutela o defensa ante las resoluciones limitativas de la Administración (más allá del derecho legítimo) son manifestaciones de una actividad competitiva frente a los servicios administrativos.

Ante la posible vulneración de la legalidad se plantea considerar la necesidad de facilitar también estos servicios administrativos mediante una adecuada y contractual atención a los ciudadanos, en condiciones análogas al resto de prestaciones, que permita el cumplimiento de cada norma concreta a través de los procedimientos preceptivos. En su conexión con el tipo de competencia por omisión y sustitución se propicia el uso de técnicas de orientación competitiva en la ejecución de estas funciones potestativas, tales como la comunicación y la publicidad, las campañas de concienciación, la atención personalizada, los incentivos económicos y otras medidas facilitadoras y persuasivas.

1.2.6.e La legalidad, equidad y legitimidad.

La juridicidad propia del Estado de Derecho reside de forma consustancial y preferente dentro del entramado de factores que definen la eficacia y la eficiencia en la actividad administrativa, como se quiere hacer presente en el conjunto de esta investigación. Se consideran premisas en la argumentación que se quiere sostener que: uno, sin legalidad no hay eficacia; dos, sin principios de Derecho basados en un ordenamiento jurídico no cabe una legalidad; y tres, sin normas constituyentes de las que emanan estos principios no es posible delimitar una finalidad que permita definir la eficacia de la actividad en los Estados liberal-democráticos. La reforma de la gestión pública introducida en el Estado prestacional burocrático propio del sistema político democrático y social, hubo de tener, al ir prescindiendo de las formas jurídico públicas, un especial cuidado en este aspecto, pues el transponer técnicas no jurídicas podía incurrir en contradicciones formales respecto al cumplimiento de los principios de legalidad, entre otros específicos del Derecho público que exige el funcionamiento de la Administración en las condiciones de los Estados de tradición continental. Incluso los sistemas anglosajones debieron establecer un marco de regulación pública previa que las nuevas normas privatizadoras requerían al extender la forma contractual para la realización de funciones administrativas⁵⁸.

En este sentido, el ordenamiento normativo es criterio de eficacia pública en la medida que, como se ha visto, una vez emancipado el Estado de la función de gestión de jurisdicciones y patrimonios privados opuesta al principio de libertad de la actividad social, constituye su legitimidad en la existencia de normas que garanticen el uso de esa libertad. Bastan para ello las medidas necesarias para asegurar que los ciudadanos pueden acceder en condiciones de igualdad a la protección por dicho Estado de los intereses generales y particulares ante posibles actividades antijurídicas de cualquier sujeto de Derecho, sean terceros o el propio Estado y sus poderes, entre los que destaca la Administración pública como gestora de todos ellos y ejecutora de su actividad.

⁵⁸ Vid. GONZÁLEZ-VARAS, Santiago. *El Derecho...* Op. Cit. p. 173.

En este sentido jurídico-administrativo conviene fijar a la eficacia como un valor subjetivo, que en el ejercicio del poder se pone en conexión con los ciudadanos y el conjunto de valores consagrados por el Estado liberal, entre los que en virtud de su propia evolución destacan los principios democráticos y sociales. Estos principios constitucionales ponen los poderes públicos al servicio del individuo y de la sociedad ampliando el concepto de ciudadanía a todas las personas sin distinción de ninguna de sus condiciones subjetivas. Además son consecuentes con el principio de legalidad liberal, pues sobre éste es posible el desarrollo de formas de gobierno autoritarias o aristocráticas que reservan su acceso práctico a unos minoritarios sectores sociales por razones de su poder económico, político o administrativo. En tal caso, nos enfrentamos a una forma de ejercicio del poder de la Administración que incurre *per se* en falta de eficacia, pues es sencillo deducir que incumple las condiciones que aseguren la capacidad de ejecución de garantías que el propio principio de legalidad impone para poder tutelar el interés general.

Bajo este enunciado sin embargo no se ocultan problemas derivados de la concordancia entre la elevada abstracción de estos principios inmateriales y los instrumentos jurídicos que sólo cuentan con normas que deben generalizar *a priori* las formas de aplicar las resoluciones en cuantas situaciones concretas la sociedad acude a la Administración o ésta actúa e interviene en la propia vida social. Esta contradicción se expresa entre la necesidad de fijar las bases de esta actuación con objetividad a través de normas que recojan esas situaciones concretas o la posibilidad de aplicar los principios y su interpretación a la actuación administrativa a través del criterio técnico y discrecional de los agentes de la Administración⁵⁹. En este último caso se puede incurrir en arbitrariedad o subjetividad, que incluso sujeta a criterios impuestos desde fuera de la Administración o a través de su nivel político, pueden favorecer de facto determinados grupos de interés frente a otros dando lugar al retorno de un régimen de privilegios. En el primero es fácil detectar empíricamente como las propias normas en su inexactitud e inadecuación son también objeto de interpretación, pero ya dentro de la exégesis que puede despreocuparse de la situación concreta a que se aplican y atender a su racionalidad formal, ajustando los hechos a los enunciados literales de la norma y prescindiendo de los principios cuya subsunción permita ajustar la legalidad al fondo concreto de la situación⁶⁰.

⁵⁹ Para la destacada jurista, a la que podemos considerar como pionera de una nueva escuela catalana de Derecho administrativo en España, “El Derecho administrativo se ha configurado mediante normas generales y abstractas, con independencia de los problemas planteados por la resolución de casos concretos (un ejemplo paradigmático lo suministran los preceptos relativos a la tipificación de los vicios de nulidad); lo que quizás ha podido ir en detrimento de la necesaria flexibilidad y adaptación a una realidad cambiante. La seguridad que ello supone, la certeza que induce a los operadores puede presentar algún déficit en momentos de cambio acelerado”. (MALARET I GARCÍA, Elisenda. “El Derecho de la Administración pública” en VV.AA. *Derecho público y Derecho privado en la actuación de la Administración Pública*. Barcelona, Generalitat de Catalunya, Institut d’Estudis Autònoms, Marcial Pons, 1999. p. 27).

⁶⁰ En relación a su propuesta sobre los principios generales del Derecho administrativo en su aplicación a la actividad de la Administración “Junto a estas bases constitucionales, a estos principios constitucionales que se imponen necesariamente al

Cabe en suma resolver esta contradicción otorgando prioridad a la eficacia que con la aplicación del Derecho normado a la acción administrativa se persigue, pues así las actuaciones quedan sometidas a un control externo y visible en las normas, mientras que su aplicación subjetiva, donde en cada caso concreto se pudieran aplicar en un orden conveniente diferentes principios, escaparía más fácilmente al control de los fines que la sociedad a través del legislador quiere establecer en las acciones de la Administración. La eficacia de la Administración no se concibe si en ella no se determina la voluntad de la sociedad respetando un conjunto de reglas que ésta misma se ha otorgado. Sin embargo, como se verá más adelante, esta división se encuentra doblemente matizada. Por un lado, sin salirnos de este marco de aplicación del Derecho basado en la legalidad como principio básico de eficacia de la actuación de la Administración aparece toda la variedad de interpretaciones que caben desde el campo jurídico: las relaciones entre el Derecho administrativo y el Derecho privado desde las formas que se manifiesta el Derecho público hasta el predominio del uno sobre el otro, y dentro de estas relaciones entre ambos marcos jurídicos, la aplicación en normas positivas por reserva de Ley y uso de la potestad reglamentaria, hasta la doctrina de interpretación de principios constitucionales como orientadores del propio desarrollo normativo o de su conveniente y contenida consideración en los actos y resoluciones que puedan evitar el exceso y la reiteración de las normas administrativas.

Dentro de la interpretación de los principios del Derecho en el ejercicio de las actuaciones administrativas, una vez se ha visto cómo de forma general inspira diferentes doctrinas en el ámbito jurídico, se quiere introducir su vertiente en una interpretación técnica por su presencia reiterada en el marco de la modernización administrativa, así, es de aplicación por esta vía el principio de la equidad, cuyo breve examen e identificación resultan de interés entre los conceptos de esta investigación. Si examinamos la definición que da el DRAE sobre este término encontramos varias acepciones entre las que resulta aplicable a este caso la siguiente: “Bondadosa templanza habitual. Propensión a dejarse guiar, o a fallar, por el sentimiento del deber o de la conciencia, más bien que por las prescripciones rigurosas de la justicia o por el texto terminante de la ley” o esta otra mucho más concisa y explícita “Justicia natural, por oposición a la letra de la Ley positiva”. Una vez más el Diccionario de la lengua ha dado en la clave del significado real con que se aplica un término que encontramos de forma reiterada en la trasposición de los principios del servicio público que se encuentra en gran parte de la literatura no jurídica, fundamentalmente la politológica. El principio de equidad en efecto se destaca como

legislador y limitan su discrecionalidad, me parece que sería interesante introducir en nuestro sistema una nueva perspectiva. Es lo que yo he denominado, no sé si correctamente, principios generales del Derecho administrativo. El sentido de las reflexiones siguientes pretende ser coherente con la llamada anterior a un cierto *self restraint* en la utilización directa de los preceptos constitucionales para responder problemas de legalidad ordinaria. La necesidad de apelar a la visión sistemática de nuestro Derecho administrativo, a ir más allá del texto literal para desmenuzar su fundamento, pretende suministrar herramientas al operador jurídico, al intérprete sin necesidad de apelar directamente a la norma fundamental”. (Ibid. p. 26).

imprescindible en las relaciones entre el agente de la Administración y el ciudadano porque sin él los actos de la Administración carecen de toda base para obrar, pues prescinden, entre otros, de su finalidad última, que es tener en presencia procurar el interés público, valor en el que la institución se ha fundado y para el que sirve.

Una formulación más ceñida al valor de la equidad como factor diferencial de la gestión pública, desde una perspectiva funcional que vincula a la condición de autoridad que lleva inherente, la encontramos en Mark H. Moore, cuando afirma que:

Hay que destacar que la equidad es una cualidad diferente de la actividad social, no necesariamente relacionada con la eficiencia y no necesariamente compensada y o reemplazable por la eficacia. Aunque una transacción individual puede ser más o menos justa, la justicia también es, y probablemente de un modo más esencial, una característica de la actuación global de una organización pública⁶¹.

El enfoque de la equidad resulta para esta perspectiva, una categoría política de lo público en la que se encuentra un valor diferencial respecto al ámbito privado en la elección ciudadana de formas de recibir y prestar los servicios con arreglo a valores colectivos de la sociedad en su conjunto, que implican no sólo el uso de su dinero, sino de su libertad al delegar a la autoridad su ejecución y su concepción política de lo que es “deseable para la sociedad en su conjunto”⁶². Ahora bien, puede traslucirse que dicho principio trata de ocupar un espacio al que se entiende que la legalidad no llega, pues la base objetiva de la juridicidad no puede establecer la justicia, como expresión de ese interés general, en la pluralidad de situaciones en que se desenvuelve la actividad pública, basada ahora en su carácter individual e intersubjetivo propio del nuevo ámbito prestacional, especialmente cuando queda desregulado, como sucede crecientemente ante la reforma de la gestión pública.

Todo ello sin ignorar que en un primer paso, la nueva gestión pública que trata de superar esa contradicción entre el entorno prestacional y el jurídico, propia del Estado del bienestar, sitúa la eficacia, la eficiencia y la economía por delante de los valores de equidad y legalidad. En esta situación el ciudadano es abstraído de su singularidad como sujeto de Derecho, para ser objeto de políticas que interpretan ese interés general mediante la ejecución de medidas que equiparan la Administración pública con la empresa privada⁶³. En realidad se promueve una especie de discrecionalidad basada en la aplicación de un indeterminado principio de equidad, como valor individual que se basa en la necesidad

⁶¹ MOORE, M.H. *Gestión estratégica y creación de valor en el sector público*. Barcelona, Paidós, 1999. p. 81.

⁶² *Ibid.* p. 83

⁶³ “Aunque gran parte de los procesos de modernización que se han llevado a cabo lo han hecho bajo la promesa de restituir y fortalecer el papel de la sociedad civil, y por ende del ciudadano, los instrumentos empleados para llevarlos a cabo dejan un amplio espacio para la duda. Así, se ha podido destacar que la creciente similitud entre la administración pública y la empresa privada, en términos de objetivos, actitudes y reglas, ha debilitado la posición del ciudadano y la identificación del servicio público como una institución especial, que representa y sirve el interés público”. (Vid. OLÍAS DE LIMA, Blanca. “La mejora de los servicios públicos y la revisión de las relaciones entre la administración y el ciudadano: las Cartas de Servicios”. Caracas, CLAD, Reforma y Democracia n. 25, 2003. p.1).

de potenciar el papel del gestor y del empleado público en la aplicación de criterios que prescinden de la necesidad de fundamentar las acciones públicas en principios de interés general. Pasan así de facto a ser de interés particular de los sectores, ciudadanos o usuarios de la Administración implicados en la relación con ella a través de las prestaciones que dichas acciones brindan. Es decir, ya no a través de un Derecho normado o su interpretación, si no de principios externos a él aplicados directamente a los actos en que se produce la gestión pública. Principios que, como se ha visto, se basan en obviar la propia Ley por unos códigos de conducta amparados en valores éticos, y por lo tanto individuales y discrecionales⁶⁴.

En este sentido, la superación de la ortodoxia privatizadora y económica inicial de la nueva gestión pública se va abordando desde su origen, como expone Olías de Lima: "...otros autores han observado que están convergiendo en las estrategias de modernización algunas políticas de mejoramiento de los servicios públicos y la potenciación de nuevas formas de democracia en la sociedad, como la participación", autores que a pesar de la actualidad del trabajo de Olías, ya surgen en la década de los noventa⁶⁵. Bajo esta perspectiva se puede considerar que los conceptos de equidad y participación, sustitutivos de las cláusulas jurídico administrativas de legalidad y social respecto al primero y democrática en el segundo, se ofrecen como solución de la cobertura que la Administración precisa bajo las premisas del nuevo ámbito técnico que ante su modernización se abre camino. Pero como se ha visto, lo hace desplazando parte del espacio que el Derecho ocupa en el ámbito jurídico de la Administración bajo la dinámica de un sistema ético basado en una nueva funcionalidad pública.

Es en este orden donde aflora la legitimidad como un concepto de índole práctica en el que el nuevo marco técnico también acomoda el principio de legalidad. Veamos una vez más como se pronuncian determinadas fuentes sobre este término. El concepto de legitimidad tiene, al menos, dos clasificaciones, por un lado la legitimidad política que acude a algunos autores clásicos de la sociología política, tal y como figura en el Diccionario de términos jurídicos de Comares:

En el aspecto político, legitimidad es la capacidad que tiene un poder para conseguir obediencia, sin tener que recurrir a la fuerza. Hay para Max Weber, tres tipos de legitimidad: la *carismática*, la *tradicional* y la *racional*, aunque hoy pierden importancia, ya que el Estado busca la legitimidad, sobre todo, en la eficacia⁶⁶.

⁶⁴ Acerca de la delimitación de los valores éticos en su dimensión política véase la interesante aportación de Desiderio Fernández. Si la moral exige un catálogo previo, sea cívico o religioso, de actos clasificados en lo que está bien o mal, en la ética prima el valor de la conducta humana: "Las escalas y los sistemas de valores éticos se los construye cada uno; por ello pueden existir infinitos sistemas de valores éticos" (FERNÁNDEZ MANJÓN, Desiderio. *La identidad europea. La aportación española*. Madrid, Vision Libros, 2009. p.34).

⁶⁵ Vid. OLÍAS DE LIMA, Blanca. "La mejora..." Op. Cit.p.1. Concretamente se hace referencia a POLLIT, Christopher y BOUCKAERT, Geert.(eds.) *Quality Improvement in European Public Services*. Londres, Sage, 1995.

⁶⁶ Vid. VILLA-REAL, Ricardo y DEL ARCO TORRES, Miguel Ángel. *Diccionario...* Op. Cit. p. 300.

En este último tipo basado en la eficacia, se abre un arco de tipologías técnicas, dentro de lo que serían, asumiendo la categorización de Weber, las racionales: 1) la democrática que deriva del ejercicio de poderes delegados por el Parlamento, representante de la soberanía popular, y 2) la legal y técnica, derivada del cumplimiento de las normas y procedimientos establecidos, tanto en la garantía de los derechos de los administrados como en el cumplimiento de la eficacia y eficiencia del actuar administrativo⁶⁷.

Dentro de la técnica no jurídica podemos adentrarnos en la distinción entre legitimidad institucional y la de rendimientos, señaladas por Olías de Lima⁶⁸. Se puede apreciar cómo el principio de legitimidad se muestra una vez más fundamentado en la eficacia de la Administración. En efecto, en sentido estricto el DRAE se pronuncia bajo el enunciado “Conforme a las leyes”, pero éste, más despreocupado por la investigación del uso del término, se basa en una conclusión idealizada del mismo, pues la legitimidad, en una aproximación más real y cercana a su uso, se define con mayor precisión que en la acepción jurídica dentro de la práctica del Estado prestacional en sus efectos sobre la adhesión del ciudadano al gobierno⁶⁹. La legitimidad conecta aquí con la eficacia política bajo una nueva cláusula democrática que en último término, más que en el pluralismo y la participación, podrá resolverse en la opinión pública y los medios de comunicación que la forman, entre otros nuevos factores subjetivos en los que se yuxtapone la legitimidad frente a la legalidad.

I.3 Relaciones entre los elementos transformadores en la modernización y reforma de la gestión pública.

I.3.1 Dialéctica entre modernización y reforma de la Administración pública.

Sobre las actuaciones reformistas de la modernización el enfoque histórico presenta modelos de Administración pública que podrían sintetizarse en cuatro grandes formaciones del Estado liberal-democrático que permiten entender en la perspectiva de su evolución los recientes procesos de reformas:

a) En primer término el Estado liberal, convertido en intérprete del interés general, se sostiene en las funciones de fundamentación jurídica, entendidas como competencias básicas de soberanía: relaciones exteriores, orden público, defensa, justicia, hacienda y obras públicas. Basa su actuación en la

⁶⁷ PRATS CATALÁ, Joan. "Las transformaciones..." Op. Cit. p.60-61.

⁶⁸ Vid. GARDE, Juan Antonio. "La evaluación de la calidad en la Administración" en *Administración Inteligente* (coord. Antonio Diaz Méndez y Eloy Cuéllar). Madrid, MAP, 2005. p.183.

⁶⁹ Respecto a los efectos prácticos, de la legitimación pueden ponerse de manifiesto en estos comentarios sobre el hecho prestacional que se realizan a raíz del análisis de las cartas de servicio “El cliente insatisfecho puede considerarse peor tratado y más alienado, y puede entender que su confianza ha sido defraudada. Su disconformidad no se dirigirá únicamente hacia el servicio o hacia los funcionarios que lo atienden, sino que alcanzará a su último responsable: el gobierno. El impacto de esta desilusión en la percepción de la acción de gobierno puede repercutir en la adhesión democrática y en la gobernabilidad”. (Ibid. p.1-2).

neutralidad sustentada por el control de la legalidad y la racionalización de los procesos sobre esta base. Prevalece en su regulación el Derecho administrativo, la seguridad jurídica, y la salvaguarda de los derechos y garantías de los ciudadanos.

b) El Estado liberal-democrático deviene tras un proceso socio-político dominado por los movimientos socio-laborales y la segunda revolución industrial, con el surgimiento de los monopolios y el auge del comercio internacional. Se amplía la base electoral con el sufragio universal, comienzan a reconocerse los derechos sociales y se establecen los seguros sociales públicos. Se produce el incremento de la intervención del Estado en la actividad económica con carácter supletorio del sector privado, mediante el desarrollo de actividades de fomento de las obras públicas y las primeras políticas monetarias con la adopción del patrón oro y el control presupuestario, por último, para gestionar la nueva maquinaria administrativa nace el Estado burocrático.

c) En tercer lugar el Estado del Bienestar, sobre la base del anterior amplifica sus competencias en la prestación directa de servicios a los ciudadanos en campos tales como la educación, sanidad y política social dándoles un carácter de prestación universal, lo que transforma la maquinaria de la Administración en una gran empresa de servicios. Se produce la fragmentación organizativa en múltiples entidades, descentralización funcional y territorial, así como la integración de la actividad pública en organizaciones supranacionales con la participación del sector privado. Se diluye la función del interés general y se amplifica la pluralidad de intereses en múltiples actores públicos y privados.

d) Por último, el Estado Actual, que representa la evolución a partir de las premisas anteriores. En este sentido aparece una diversificación de la demanda a partir de la quiebra del esquema estandarizado anterior que absorbía un extenso consumo de recursos públicos, y obliga a establecer instrumentos más flexibles y eficientes. Ante este reto la Administración aparece como el sistema de toma de decisiones en las materias que deben ser objeto de regulación pública, por lo tanto concentrando su acción en tareas de planificación y ejecución, fortaleciendo las funciones de análisis, control y evaluación y traspasando la ejecución a otras organizaciones.

El término de reforma administrativa recibe en la literatura científica una extensa mención a sus categorías internas y a su delimitación respecto al concepto de Modernización. Como tantas otras categorías de Historia, Teoría administrativa o Teoría política, este concepto no es pacífico, de hecho confluyen en su utilización muy diferentes pretensiones, muchas de ellas imbuidas de cierto

voluntarismo⁷⁰. Ya en la década de los noventa autores como Caiden proclaman que este concepto alcanza “su mayoría de edad”⁷¹. Sobre la reforma administrativa Koldo Etxebarria manifiesta:

“El problema de la adaptación del Estado a las nuevas realidades políticas, económicas y sociales puede contemplarse desde muchas perspectivas y con los más variados objetos de análisis. El propósito de esta contribución es reivindicar la relevancia y utilidad de la vieja categoría de la reforma administrativa como marco de referencia conceptual para abordar una parte importante de las transformaciones necesarias en los poderes del Estado”⁷².

El concepto de reforma administrativa lleva por lo tanto una serie de interpretaciones que se deben mencionar, para Etxebarria se pueden distinguir dos caracteres sobre él: su discontinuidad, es decir las reformas “buscan la alteración del modo de razonamiento [...] aportando un nuevo orden de valores y principios llamados a modificar significativamente el comportamiento de sus actores” frente al resto de cambios adaptativos o cambios continuos que no cuestionan la lógica dominante o la identidad del Estado en sus formas o actuaciones”⁷³. Por su objeto cabría distinguir entre reformas institucionales, que afectan al diseño y funcionamiento de las instituciones, y por lo tanto van al proceso; y por otro lado las reformas sustanciales que actúan sobre el contenido de la acción pública redefiniendo su finalidad, objetivos y alcance. Son estas primeras las que merecen más atención pues en ellas se conjugan en profundidad y de forma estructural las transformaciones administrativas mediante la introducción de cambios que afectan al propio sistema político y administrativo también en la perspectiva del propio Estado liberal y por ende del conjunto de relaciones reguladas en Derecho⁷⁴.

Por lo tanto la reforma sea institucional o sustancial según la clasificación de Etxebarria, se presenta como discontinua, pues se acomete de forma discreta y profunda para establecer un cambio observable en la Administración, es discutible si merecen la misma denominación de reforma en sentido restringido, como cambio organizativo, o amplio, como cambio institucional, debido a que puede resultar difícil deslindar ambas transformaciones e incluso la relevancia en éstas de los cambios que se operan. Tal vez por ello el concepto de modernización se vincula a los cambios continuos que reflejan un proceso evolutivo a largo plazo objeto de profundas transformaciones cuyos efectos y regularidades se pueden analizar con mayor objetividad. Por esta razón en esta investigación se sitúa este término y no otro para tratar de obtener conclusiones estables a partir de la observación de los fenómenos de transformación de la Administración en una amplia perspectiva, que sin duda ya se puede tratar con

⁷⁰ ECHEBARRIA ARIZNABARRETA, Koldo. “Reivindicación..”. Op.cit.p.6. “Es evidente que el factor que más ha contribuido al desplazamiento de la expresión reforma administrativa ha sido la memoria de fracaso que inmediatamente se le asocia, derivada de su disociación de otras reformas y de una metodología arrogante e ingenua de transformación de la realidad”.

⁷¹ CAIDEN, G. *Administrative Reform Comes of Age*. Berlin, de Gruyter, 1991.

⁷² ECHEBARRIA ARIZNABARRETA, Koldo. “Reivindicación...” Op.cit.p.5.

⁷³ Vid. Ibid. p.7.

⁷⁴ Vid. Ibid. p.21.

caracteres históricos. Pero volviendo al concepto de reforma, no sólo tiene cabida sino interés en las definiciones propuestas en su ligamen con la modernización, pues durante todo este proceso, a la postre evolutivo por desencadenar la transformación de una misma forma de Estado liberal democrático, se pueden apreciar precisos puntos de inflexión cuyo análisis político y jurídico-administrativo permiten la ordenación y proyección temporal de estas transformaciones y la observación de los resultados de las mismas. Se proponen por Etxeberría cuatro modelos conceptuales inspiradores de reformas a partir de su visión de los componentes fundamentales de las instituciones administrativas: el servicio civil (función pública en nuestra más común acepción), las estructuras administrativas (ordenamiento funcional y orgánico), los procedimientos decisionales (régimen jurídico y técnicas de gestión pública) y las relaciones con los ciudadanos⁷⁵. Sobre estos cuatro elementos o factores se califican los cuatro modelos de reforma propuestos: el modelo garantista, donde predomina el Estado de Derecho y la organización burocrática; el modelo eficientista, marcado por las directrices gestoras (“*management científico*”) bajo la racionalidad económica y la orientación a los resultados; el modelo contractualista, de perfil antiburocrático, inspirado en la organización empresarial y orientado a la capacidad de elección (*public choice*) del ciudadano-usuario de la Administración; y el modelo servicial, basado en las teorías de las relaciones humanas en la gestión que incluyen la cultura organizativa, la calidad, la sociología de las organizaciones de raíz antiburocrática y las teorías de la participación en la acción pública⁷⁶.

El rigor conceptual que presenta esta propuesta no está exento de una rigidez formal y descriptiva, tal vez condicionada por la concisión expositiva con la que se trata de formular el reconocimiento de complementariedad de estos modelos del que se deduce una cierta visión ecléctica de las reformas administrativas con una conclusión heterogénea de difícil aplicación. En este sentido puede sorprender como el modelo garantista, siendo uno más, resulta el menos complementario con el resto en una institución u organización dada, pues en cierto modo sus principios contradicen al resto de modelos. El marco jurídico que incorpora el modelo garantista queda desplazado al convertirse en una opción más, a pesar de ser el único que asume una forma ineludible de las actuaciones públicas. No obstante, lejos de su imperfección esta clasificación muestra el ámbito teórico y práctico en el que se desenvuelven las reformas administrativas y por ende, una visión de los elementos transformadores del proceso de modernización de la gestión pública.

Otros autores desde la politología administrativa trazan clasificaciones descriptivas con esquemas metodológicos de carácter analítico, más cercanos a las materias de la Administración, donde las reformas se sitúan en líneas de cambio estratégico frente a ciertos cambios tácticos por programas de

⁷⁵ Los términos en paréntesis son puntualizaciones mías.

⁷⁶ ECHEBARRIA ARIZNABARRETA, Koldo. “Reivindicación...” Op. Cit. p. 14-25.

gestión y otras prácticas propias del sector privado. Se distingue en ellas entre reformas presupuestarias, estructurales, privatizadoras, técnicas y relacionales⁷⁷. En los términos empleados por Ballart y Ramió serían⁷⁸: las reformas presupuestarias a partir de los años setenta y ante la crisis económica-financiera se dirigieron a la planificación, programación y gestión, introduciéndose técnicas de gestión basadas en el control económico como la dirección por objetivos y el presupuesto por programas; las reformas estructurales que se refieren a los cambios en organización interna, descentralización funcional y territorial y la creación de organismos, agencias o entidades empresariales que disocian titularidad y gestión; las reformas privatizadoras, que ponen en manos privadas funciones y servicios que están bajo control público con el traspaso total de la gestión hacia el sector privado, el mantenimiento de la regulación en la contratación y la ejecución, o la corporativización por la que el sector público crea grandes empresas sometidas al derecho mercantil en régimen de capital público o mixto; las reformas técnicas en la gestión de personal que afectan a la selección, la formación, la promoción y la retribución; los cambios en la relación con los usuarios que trata de transformar el carácter burocrático de éstas por otro más “clientelar” basado en el modelo privado de prestación de servicios cuyo objeto es transformar la relación entre la Administración y el administrado haciéndola más abierta, flexible y receptiva a las necesidades de los usuarios introduciendo sistemas de calidad; por último, aparecen las reformas democratizadoras, que intentan organizar la participación y la representación de grupos de interés en los procesos de toma de decisiones, así como de los trabajadores a través de fórmulas de cogestión, trabajo en equipo y círculos de calidad⁷⁹.

El conjunto de reformas que amalgama la modernización administrativa no se limita a propuestas estructurales, tales como autonomía en la gestión, descentralización y flexibilidad. Aplica un conjunto de principios cuyo trasfondo trata de equiparar las reglas del ámbito público al privado con propuestas del tipo: separación entre la decisión política y la ejecución, orientada a una autonomía en la toma de decisiones de los gestores, la creación de agencias, el poder de los proveedores y los controles a posteriori de los contratos; énfasis en los resultados y en la eficacia en la resolución de los problemas de la sociedad basados en la gestión por objetivos definidos por contrato con un despliegue de indicadores de actividad y coste; diseño de mecanismos que incentiven el rendimiento organizativo a partir de la revisión del estatuto de la función pública y la equiparación progresiva de la gestión de personal al mundo laboral privado; principio de eficiencia y competitividad entre unidades internas, que busca añadir valor en la eficiencia económica y la orientación al cliente desde la cultura empresarial de

⁷⁷ Vid. IGRAHAM, P.W. “The reform agenda for national civil service systems” en *Civil service systems*, (ed. H., J. Perry Bekke y T. Toonen). Bloomington, Indiana University Press, 1996. p. 247-267

⁷⁸ Vid. Sistematización de las reformas recogida en BALLART, Xavier y Carles Ramió. *Ciencia de la administración*. Valencia, Tirant lo Blanc, 2000. p. 68-80.

⁷⁹ Vid. *Ibid.* p. 70 y s.

servicios frente al modelo garantista (legalista) y centralista; delegación en la Administración de capacidad estratégica para la toma de decisiones y de garantía a los usuarios en la prestación de servicios.

En definitiva, cobra protagonismo de forma creciente la sociedad civil y el mercado, así como el llamado Tercer sector. El mercado puede aumentar la eficiencia favoreciendo la capacidad de elección a los usuarios finales y la desconcentración de servicios en la Administración local buscando la flexibilidad y adaptación a la demanda de la oferta pública. Afloran así nuevas figuras público-privadas como el *partenariado* que permite conciliar los objetivos de cohesión, justicia social, flexibilidad y eficiencia⁸⁰. Según Christopher Hood los cambios irían en las siguientes líneas: control de las organizaciones públicas por directivos profesionales sujetos a contratos similares a los del sector privado; uso de estándares de rendimiento verificables en cobertura, contenido y calidad de los servicios; control por indicadores de producto y resultados, el personal se sujeta a retribución por rendimiento; descentralización y desagregación del sector público orientando la organización a los resultados y servicios; fomento de la competencia en el sector público modificando los procedimientos de contratación y oferta pública; combinación de prácticas de gestión análogas o diferenciadas del sector privado en función de la naturaleza de los servicios; uso de criterios de disciplina y austeridad en la utilización de recursos públicos⁸¹. Haciéndose eco de la crítica a los conceptos de la NGP del propio

⁸⁰ El concepto de partenariado se vincula al más usual de *public-private partnerships* (PPP). Kernaghan ilustra sobre el origen de este concepto “*In both developed and developing countries, the use of public-private partnerships has become a pervasive phenomenon in public administration and management. While partnerships have been around for a long time, it was not until the late 1980s that scholars paid serious attention to defining, classifying and analyzing the rapidly growing number of partnerships among public, private and not-for-profit organizations. During the 1990s and the early years of this century, public servants have devoted considerable effort to the creation and operation of partnerships and academic scholars have begun to examine the many dimensions of the partnership phenomenon, including its political, managerial, organizational, legal and ethical dimensions.*” Por último introduce en una interesante relación de modalidades a las que se asocia su aplicación, como puede verse el partenariado o en su versión anglosajona, PPP, forma parte esencial de la transición entre las nuevas técnicas de gestión pública y la tendencia apuntada como Gobernanza que se verá en mayor detalle más adelante en esta investigación: “*The authors whose papers take the form of a country study or include a country study were asked to examine such sub-themes as these: 1 the meanings and interpretations of the concept of partnership and types of partnerships (e.g. collaborative, power-sharing partnerships versus so-called consultative partnerships and traditional contractual arrangements); 2 the objectives of partnerships — e.g. promoting economic productivity, empowering clients and the disadvantaged, doing more or better with less; 3 the range of partners — e.g. business, third sector, other governments; 4 learning points from experience with creating, operating and terminating partnerships — best practices and obstacles to successful partnering; and 5 implications for future governance arrangements — IT partnerships, implications for values and ethics (e.g. accountability, integrity, trust)*”. (KERNAGHAN, Kenneth. "Symposium on Public-Private Partnerships Revisited: Implications for Future Governance: Introduction" en *International Review of Administrative Sciences*, v.70, n.2, 2004. p. 195-198).

⁸¹ HOOD, Christopher. “A public management for all seasons?” *Public Administration*, 69, 1991. p.5. Este importante texto constituye un primer análisis crítico de un concepto nunca asentado científicamente y por lo tanto formulado de manera pragmática, la NGP, que sin embargo es asimilado cuando en la década de los noventa hace visibles sus contradicciones. Bajo los principios que sistematiza Hood que se sintetizan en este importante artículo se evidencia que son la base de la gran transformación de la Administración y la gestión pública. Esta se constituye por medio de este proceso en sujeto de la reforma del Estado sin que el marco político se vea afectado e impulsando el proceso de modernización. “Different commentators and advocates of the NPM have stressed different aspects of doctrine. But the seven overlapping precepts summarized [...] appear in most discussions of NPM. Over the last decade delivery unit in the UK, Australia, New

Hood, Carles Ramió considera que la complejidad en la organización de la Administración pública determina que los indicadores de gestión y la evaluación de objetivos no son reducibles a valores económicos, si no de impacto social con todas sus posibles dimensiones, y de aplicación de principios de equidad a la racionalidad gestora que introduce diversos valores cualitativos, y subjetivos. Además estos indicadores deben afectar a toda la estructura de gestión y de control de la actividad pública⁸².

En esta dinámica los instrumentos técnicos de gestión van constituyendo un sustrato donde la modernización se va forjando con procesos de reforma haciéndose indisociables ambos aspectos, pues la Administración, al transformar sus mecanismos de gestión, adopta políticas que modifican los objetivos del Estado. Procesos y objetivos en los que quedan al margen las transformaciones jurídicas, produciéndose así un déficit no sólo de legitimidad política, sino presumiblemente, de control funcional, organizativo y en suma de eficacia en las citadas actuaciones de modernización y reforma.

I.3.2 Dialéctica entre la gestión y las políticas públicas.

Es constatable en la diversidad de cada uno de los Estados considerados singularmente, que transcurridas las primeras reformas de la gestión pública, el objetivo de las políticas basadas en los principios de eficacia y eficiencia abre camino a nuevos escenarios. Se trata de una tendencia a retornar a las políticas públicas que nacen de la expresión de voluntad por parte del Estado para la finalidad de los servicios que presta, y utilizar la acción pública con repercusiones directas en la sociedad, asumiendo que los instrumentos de la Administración ya se han transformado⁸³. Una vez madurada la reforma en la gestión de la Administración las miradas vuelven a las políticas en las que se sustancia el Estado democrático más allá de lo que significa el Estado social: la satisfacción de las necesidades de los ciudadanos como sujetos fundamentales del sistema económico, político y social. Las políticas públicas sirven por ello a la finalidad de fijar la función directiva del Gobierno y la propia Administración en los cargos designados por los responsables electos como principal instrumento del cumplimiento de los objetivos del Estado. Quedan sustituidos así lo anteriores fines en el Estado liberal y social de garantizar el orden jurídico y controlar los resultados de la acción pública por la evaluación de las repercusiones en la sociedad de los servicios que recibe tras la reforma de su gestión, asumiendo como premisa que éstos se prestan, directa o indirectamente, con eficacia y sin perjuicio de la cambiante

Zealand, and many other OECD countries would be likely to have had some exposure to most of these doctrines. But not all of the seven elements were equally present in all cases; nor are they necessarily fully consistent, partly because they do not have a single intellectual provenance”.

⁸² RAMIÓ, Carles. *Teoría de la organización...* Op. Cit. p. 79 y s.

⁸³ Ya no se trata, interpretando lo que Miguel Beltrán trata de exponer, de analizar con técnicas no jurídicas la gestión interna de la Administración, si no de aplicar tales técnicas al contenido de las acciones públicas más que a sus meros resultados. “En todo caso el *policy análisis* no se limita a la mera cuantificación de la eficacia y la eficiencia logradas en la consecución de un determinado objetivo, sino que examina y evalúa la **equidad en la distribución del bien o servicio** de que se trate, entendiendo en cada caso por equidad **el propósito** distributivo o redistributivo que se desprenda del propio objetivo propuesto” (BELTRÁN VILLALVA, Miguel. *La acción pública...* Op. Cit., p.23).

estructura pública⁸⁴. Se produce así una vuelta desde las políticas de gestión a las políticas públicas, que significa el reconocimiento del Estado social bajo nuevas formas no burocráticas, no jurídicamente formalizadas y si es preciso, no públicas, pero tomando en consideración el papel de los ciudadanos en un Estado democrático y las demandas de cohesión en el acceso a los bienes y servicios que la sociedad ofrece. En esta evolución y transformación de la Administración gestora a la política, el ciudadano va cobrando una figura central, no sólo en el concepto abstracto invocado para reformar las instituciones que bloquean la acción pública, sino reconociendo su concreto papel evaluador de esa acción⁸⁵.

Este cambio interno sobre las nuevas premisas de gestión no elude el cuestionamiento de los resultados de la nueva gestión pública, y los principios y métodos desarrollados en ella y presentados por la ciencia de la Administración: programas de reforma que se presentan como inadecuados e ignoran alternativas; abuso de los medios de rectificación a través del retorno que propician propuestas irrealizables e incluso medidas contraproducentes; imposiciones externas a organizaciones resistentes al cambio que son tratadas como elementos mecánicos para mejorar su rendimiento. Ante este planteamiento crítico aparecen formulaciones de “autorreforma” de las organizaciones proponiendo la información, la negociación, el compromiso con los funcionarios y el estímulo permanente de los usuarios de la Administración a través de los sistemas de reclamación, quejas y sugerencias. Nuevas corrientes que vuelven a invocar principios que prescinden de pasados métodos burocráticos, pero recuperando bajo nuevas formas valores, funciones y misiones que la Administración no puede perder⁸⁶.

La Administración sustituye la prioridad de los cambios internos de estructura y funcionamiento por la satisfacción de las demandas y requerimientos del entorno social, económico y político. La protección de los derechos de los ciudadanos, la reestructuración organizativa y el control económico y presupuestario, entre otras acciones públicas, siguen siendo necesarias, aunque se asume su asentamiento y evolución institucionalizada que permite trasladar los objetivos de la transformación a recomponer las relaciones que separan a las administraciones de su entorno social bajo una nueva perspectiva⁸⁷. La doctrina técnica administrativa proclama la necesidad de una reforma dentro de la

⁸⁴ “Cuanto mayor es la distancia organizacional entre el Ministerio y la prestación del servicio, mayores los límites impuestos a su antigua posición hegemónica”. (Ibid. p. 28).

⁸⁵ “Se ha desplazado el centro de gravedad de la ‘alta política’ característica del viejo Estado liberal (relaciones internacionales, guerra y paz, Ley y orden, finanzas públicas) a la ‘baja política’ consistente en ofrecer bienes y servicios a los ciudadanos donde quiera que se encuentren” (Ibid. p. 27).

⁸⁶ “Las administraciones públicas que prestan servicios han de respetar y tutelar los derechos de los usuarios y los de terceros, han de procurar la equidad en la distribución de los servicios que tengan encomendado prestar, han de velar por la legalidad del procedimiento, han de sujetar su actividad a trámites de mayor o menor rigidez que tienen por objeto hacer posible el control de sus actuaciones”. (Ibid. p.29).

⁸⁷ “El buen diseño y racionalidad interna del aparato no constituye ya el objetivo primordial de la reforma, y ni siquiera la mejora de su productividad”. (BELTRÁN VILLALVA, Miguel. *La acción pública...* Op. Cit. p.55).

reforma y una defensa que prime la función de las políticas públicas como fin último del gobierno y su brazo ejecutor, tal y como lo define Beltrán Villalva⁸⁸:

“La reforma de la administración es actualmente bastante más que reorganización administrativa o mejora de procedimientos, medidas que han causado en todas partes resultados decepcionantes a causa de que dichos cambios de estructuras y procesos se trataban como fines en sí mismos, con independencia de sus contenidos y de los objetivos a que servían”.

Esta demanda de reforma entronca con la orientación al ciudadano (innovación en la prestación) que es quien demanda de la Administración la prestación de bienes y servicios como fin último, y percibe la estructura interna como alienación, impotencia y fuente de deficiencias. No se trata de rechazar las medidas estructurales y procesales, si no que éstas se justifican sólo para proporcionar al ciudadano mejores bienes y servicios, convirtiendo a los ciudadanos en “usuarios finales” del sistema político-administrativo cuyo misión sigue siendo garantizarles la prestación de bienes y servicios, eje del nuevo objetivo reformista.

Entre el enfoque de gestión pública y el tradicional del liberalismo absentista no hay una dicotomía insalvable, como muestran los fracasos del *street level bureaucracy*⁸⁹. Así, la aplicación a todos los casos de métodos basados exclusivamente en la implementación de programas y análisis de resultados, con instrumentos como el presupuesto por programas, dejaban sin resolver los problemas organizativos y de gestión presupuestaria o de personal, entre otros, y consumían recursos que han impedido una gestión orientada al logro, a la eficacia material: “La opción por la *modernización*, o proliferación de cambios de alcance limitado, frente a la *reforma* simultánea y más o menos radical del conjunto de las administraciones públicas es, sin duda un signo de los tiempos”⁹⁰.

En las políticas de gestión pública no se toman en consideración los resultados o efectos externos de la acción pública, sino los medios de que esta acción dispone en dicha gestión pública. Para estas políticas de gestión el impacto externo se deduce del cumplimiento o no de los resultados y del cumplimiento de las reglas del Estado de Derecho a través de las cláusulas de legalidad, social y democrática en cuanto a legitimadoras de sus actuaciones dando lugar a una eficacia formal. Sin

⁸⁸ Ibid.

⁸⁹ Principio *bottom-up* en la aplicación de las políticas públicas, que otorga mayor peso en la aplicación de las políticas a su ejecución dentro del nivel más bajo de la estructura que realiza el contacto con la sociedad, y que haría prevalecer al nivel de gestión sobre la función política. Vid. LIPSKY, Michael. *Street Level Bureaucracy: dilemmas of the individual in public services*. Nueva York, Rusell Sage, 1980.

⁹⁰ Vid. BELTRÁN VILLALVA, Miguel. *La acción pública...* Op. Cit. p 57 y s. “Una última dificultad para que las Administraciones públicas se desempeñen como instrumentos para el logro de los objetivos de la acción pública establecidos por el Gobierno reside en lo que podríamos llamar la politización de la administración...Esta era la tradición seguida el siglo pasado por los sistemas político-administrativos anglosajones (no por el francés), y también en España hasta 1914: el sistema de cesantías era análogo al *spoils system* norteamericano, y en cierto modo al *patronage* británico: los cambios del partido en el Gobierno provocaban que los empleados públicos, o muchos de ellos, fuesen declarados cesantes”. (Vid. BELTRÁN VILLALVA, Miguel. “El futuro de la Acción Pública” en *Perfil de la sociología española*, (ed. Salustiano del Campo). Madrid, Los libros de la Catarata, 2001. p. 236).

embargo, en la propuesta superadora de este modelo la gestión es un medio que permite la formulación y ejecución de políticas públicas que garanticen su adecuada implementación, y éstas el verdadero fin de la acción pública que persigue una eficacia material⁹¹.

La periodización de las formas de gobierno permite establecer una correlación entre el papel de las políticas públicas y la gestión pública. En el sistema democrático la Administración muestra un papel instrumental supeditado a la política, lo que equivale a afirmar la supremacía de las políticas públicas en la acción del gobierno a través de la Administración. La negación de este modelo es característica del Estado social, que llevó a considerar la necesidad de ejercer un papel político por parte de la burocracia: la tecnocracia, “el poder de los sabios”, en este escenario predomina la consideración del ciudadano como súbdito y no como dueño o propietario colectivo de la Administración, en un fenómeno de “burocratización de la política” que puede llevar a la instauración del autoritarismo. En el otro extremo, propia del liberalismo tradicional, la pérdida del papel instrumental de la Administración corresponde a la “politización de la burocracia”, con ejemplos como el *spoils system* americano, el *patronage* británico o hasta 1918 las “cesantías” en España, por los que se instituyó la inmovilidad de los funcionarios públicos (1855 en Inglaterra, 1883 en Estados Unidos a través del Acta de Pendleton⁹²) y la profesionalización de los *civil servants* a través de la creación de una relación estatutaria y no contractual⁹³. De alguna manera, cuando irrumpe, la nueva gestión pública participa de ambas posibilidades ante su distanciamiento de las políticas públicas y el marco jurídico público, que aparece inaplicable en las antiguas formas liberales de supremacía de la legalidad.

I.3.3 Dialéctica entre el marco jurídico y técnico en la transformación de la gestión pública.

Se va constatando que el elemento diferencial de las etapas anteriores del Estado liberal respecto a la modernización de la Administración pública aparece en las expresas políticas dedicadas a la gestión. Éstas se pueden considerar programas de gobierno en los que la transformación de los métodos y procesos de la organización y la actividad interna de la Administración modifican su forma de relacionarse con la sociedad y los resultados obtenidos por la acción pública. La introducción de

⁹¹ Respecto al papel de las políticas públicas en la reforma administrativa merece la pena considerar la aportación de Subirats: “Lo peor de las reformas administrativas es cuando las mismas se convierten en procesos estrictamente de ingeniería organizacional o procedimental, o en un buen bocado para consultores y expertos de todo tipo. En muchos de esos casos, los problemas derivan de que seguimos manteniendo una visión jerárquica y especializada de la acción de gobierno y por ende, de la labor de gestión y administración. Mientras, la falta de funcionalidad de algunas políticas públicas, sus desajustes y la falta de información fiable sobre los resultados que consiguen, hace seguir creciendo la erosión que sufren los poderes públicos en algo tan importante para su actuación como es la legitimidad”. (Resaltado en negrita mío). (SUBIRATS, Joan. “Poder y Buen Gobierno” en *El País*, 29.3.2008).

⁹² Respecto a la introducción del Régimen de función pública en España véase el trabajo de PÉREZ Marcos, Regina M^a. “En torno a un planteamiento histórico-jurídico de la Función Pública” en *Anuario de Historia del Derecho Español*. LXVII, v. II. Madrid, 1998. p. 1057-1077.

⁹³ Vid. BELTRÁN VILLALVA, Miguel. *La acción pública...* Op. Cit. p.96-98.

políticas de gestión pública, que en el pasado aparecían de forma embrionaria, constituyen en este periodo una innovación de primer orden respecto a cualquiera de sus manifestaciones anteriores.

En los Estados liberal-democráticos, las políticas de gestión pública requieren un origen institucionalmente sólido, para ello resulta imprescindible su elaboración desde el adecuado nivel de decisión política, esto es, desde los más altos órganos del poder legislativo y el gobierno, por lo tanto es *conditio sine qua non* su regulación jurídica. Bajo esta premisa las técnicas de gestión persiguen cumplir los fines de eficacia y eficiencia adecuándose al cumplimiento del marco jurídico público en los principios del Derecho administrativo fundamentados en el bloque de constitucionalidad⁹⁴.

En este sentido, las políticas de gestión pública suponen fijar y reforzar el carácter instrumental de la Administración pública mediante la intervención del poder político en las decisiones sobre como ésta se gestiona, y el medio de definición y especificación de estas políticas no puede ser otro que el ordenamiento jurídico, como garante entre otros de los principios de neutralidad y no arbitrariedad de la Administración, que acreditan esencialmente ese carácter instrumental. En otras palabras, fundamentación jurídica y aplicación de técnicas son aspectos inseparables pero inconfundibles en el objeto de la gestión pública y el objetivo de su transformación. La adecuación legislativa a los objetivos de la modernización administrativa es un aspecto fundamental en las condiciones que este proceso se produce o encuentra limitaciones a su desarrollo, con varios factores que definen la importancia del marco jurídico y normativo para los procesos de modernización:

En primer lugar el sistema político en su conjunto se incardina en un ámbito de Derecho público en cuya cúspide se encuentra el bloque de constitucionalidad, pero paralelamente el desarrollo normativo que regula y articula el ámbito competencial, funcional y procedimental de las instituciones. Este principio dispositivo del funcionamiento de la Administración, propio de la tradición continental, presenta el régimen jurídico administrativo con la producción normativa de regulación y dirección de la Administración pública. La preeminencia del ordenamiento jurídico vincula el resto de instrucciones, procedimientos técnicos y normas, que siempre resultan apelables al primero, lo que representa que la interpretación jurídica funcione no sólo como un marco definitorio de las funciones administrativas, sino también articulando los contenidos y las formas en que se ejecutan y dirigen las acciones de la Administración⁹⁵.

⁹⁴ Vid. Ibid. p.99. Acerca de la concepción instrumental de la Administración, extendiendo este punto, Beltrán Villalva fundamenta la disociación necesaria entre el nivel político y administrativo, así como las vías para el ejercicio del poder político democrático.

⁹⁵ Sobre la importancia actual de la producción normativa y la elaboración de planes y programas en la Administración Schmidt-Assmann afirma: “tales fenómenos pasarían desapercibidos y no se entenderían en toda su dimensión, si toda la temática de la dirección de la Administración se concentra o agotara en la Ley parlamentaria, como ha sucedido habitualmente en el marco del modelo tradicional del Derecho administrativo.” (SCHMIDT-ASSMANN, Eberhard.

Las fuentes jurídicas, en su adaptación a nuevas formas de funcionamiento de la Administración, precisan la organización, gestión, estructura, funciones, competencias y prerrogativas de las Administraciones, como también los procesos de prestación de servicios públicos, que quedan sujetos a la interpretación jurídica de las normas ordenadoras bajo tutela pública. Sin embargo, la participación jurídica en la definición y dirección de la ejecutoria administrativa puede ver debilitada su función garantizadora basada en la sujeción a una norma propia de la Administración que sirve a los intereses públicos y auto limita la propia actividad administrativa. Ante ello, la utilización de la norma como factor de transformación, parece adquirir una nueva función en el asentamiento de las reformas que puede mostrarse como formalismo de las categorías técnicas de muy difícil conciliación con la aplicación del Derecho administrativo⁹⁶.

I.4 Dinámica entre el ámbito público y privado en la evolución y gestión de los poderes públicos.

I.4.1 Aspectos históricos y doctrinales de las relaciones publico-privadas.

Una aproximación a los conceptos público y privado desvela la importancia de estas categorías en la evolución del Estado y sus formas de gobierno. En realidad la modernización administrativa en los estados liberal-democráticos hereda una civilización europea heterogénea en sus identidades nacionales, pero profundamente interrelacionada en la compartición de la historia, el territorio y por ende las manifestaciones culturales que se extienden e influyen entre sí⁹⁷. Sin intención de profundizar en el concepto cultural que subyace, la semilla común de estos legados no ha evitado la especialización en ciertas misiones impelida por la diversidad de sus realidades geopolíticas para la construcción de un acervo común. Asimismo, si se destaca el legado europeo es porque de él emana una expansión al resto del mundo capaz de hacerlo evolucionar como modelo histórico de adaptación del Estado a la sociedad, y por esta difusión, a otras sociedades que fijaban antes y mantienen posteriormente a este contacto su propio camino.

Esta evolución presenta una correlación entre lo público y lo privado que se manifiesta en las fuentes clásicas grecorromanas rescatadas en la Edad Moderna. La reposición del legado clásico entre la

"Cuestiones fundamentales sobre la reforma de la teoría general del Derecho administrativo. Necesidad de la innovación y presupuestos metodológicos" en BARNES VÁZQUEZ, Javier (ed.). *Innovación y reforma en el Derecho administrativo*. Global Law Press. Sevilla. 2003. p.35).

⁹⁶ Vid BELTRÁN VILLALVA, Miguel. *La élite burocrática española*. Madrid, Fundación Juan March, Editorial Ariel, 1977. p 148.

⁹⁷ Al referirse al concepto de espacio étnico Fernández Manjón lo define como "...aquellas configuraciones geográficas en las que se asienta un determinado pueblo, que puede compartir el espacio con algún otro pero en el que él es el mayoritario, que posee conciencia de constituir una etnia diferenciada en virtud de alguna característica esencial, principalmente la lengua específica, respecto de la de su entorno estatal, religión, historia, cultura entre otros". (FERNÁNDEZ MANJÓN, Desiderio. *Viejos pueblos, nuevas perspectivas*. Oñati, IVAP, 2006. p. 33).

Antigüedad y el Renacimiento que da paso a la Historia Moderna, reitera en la transformación del Estado liberal en un plazo mucho más corto una sucesión de etapas que también se caracterizan por las diferentes relaciones que se establecen en los poderes públicos entre el ámbito público y privado. Así, si el ciclo Antigüedad-Renacimiento recupera los valores individualistas y laicos, en este ciclo corto del Estado liberal la dinámica entre lo público y lo privado reaparece en la organización el orden social y político en cada una de sus etapas.

El ámbito público y privado resultan categorías vinculadas por su origen y finalidad. Bien conocidas en la antigüedad, ya sea en la tradición del pensamiento político de la filosofía clásica o en sus continuadores romanos, con la aportación del Derecho como sistema ordenador de la vida política y social⁹⁸. Son ámbitos que quedan explícitamente reconocidos mediante la institución de las leyes, los ordenamientos normativos y su codificación en un sistema de Derecho que estipula como se debe establecer el dominio sobre los bienes como resultado de una convención que se sitúa en el marco jurídico-político⁹⁹. En este periodo de formación de sociedades organizadas aparece la necesidad de una instancia ordenadora del dominio de lo público en la que los hombres libres se presentan en condiciones de igualdad formal como condición para la existencia delimitada de lo privado. Las garantías formales y materiales que permiten el dominio de los bienes y el ejercicio por particulares de derechos sobre ellos, precisan de la existencia de otro orden basado en el poder político que regule y haga posible ese reconocimiento. A la inversa, el mantenimiento de un exclusivo dominio público no debe confundirse con la existencia de formas colectivas de organización social que ignoran la apropiación fáctica de esos bienes sin darle carta de naturaleza formal con una mera regulación intersubjetiva que da seguridad a su asignación. Por ello, se precisa dicho dominio público para atender funciones generales definidas en un ordenamiento político independiente del libre desarrollo social que procura los medios de protección del dominio privado. De tal forma que un ámbito sin el otro se diría que no pueden completar su existencia.

Pueden considerarse por lo tanto los dos ámbitos desde un punto de vista meramente dialéctico, pues es su interrelación la que permite interpretar en gran medida los fenómenos que en la acción de los Estados y gobiernos proceden del principio de cierto equilibrio inestable en las relaciones entre lo

⁹⁸ “En cuanto al régimen más perfecto, quien se disponga a investigarlo adecuadamente, deberá definir, ante todo, que tipo de vida es el más deseable; pues si se ignora esto se ignorará también el régimen más perfecto, ya que es de esperar que les vaya mejor a quienes mejor se gobiernen, salvo que suceda algo ilógico. Por consiguiente, primero habrá que determinar cuál es, por así decirlo, el tipo de vida más deseable para todos; y luego si tanto a nivel público como privado deber ser el mismo o distinto.” (Resaltado en negrita mío). (ARISTÓTELES. *Política*. Madrid, Alianza, edición de 2000, versión del griego de Carlos García Gual y Aurelio Pérez Jiménez. Libro VII. p. 263).

⁹⁹. “En verdad, respecto a cierta clasificación, nadie podría discutir que, de las tres clases de bienes que hay, los externos, los del cuerpo y los del alma, no han de tenerlos todos las personas felices” Todos son objeto de utilidad, y orientan el propósito del gobierno en crear una “ciudad feliz” que brinde a todos estos bienes protección, si bien se inclina por la superioridad en su utilidad de los últimos para los que el resto son un medio en el que la mejor forma de ser de todos ellos será su proporcionalidad. (Ibid. p. 263).

público y lo privado. Principio que se ampara en la duda de si uno se encuentra al servicio o es mero medio del otro debido a que cualquier prelación tendería a negar uno de ellos y en tal negación perdería el otro su condición. Aristóteles establece en su *Política*:

Por lo tanto, es necesario que el territorio esté dividido en dos partes, que una sea propiedad pública y la otra particular; y que de ellas, cada una esté a su vez dividida en dos, destinándose una parte de la pública al servicio de los dioses y la otra al gasto de los banquetes comunitarios, y de la particular, una parte a las fronteras y otra a la ciudad, para que asignándose dos lotes a cada persona, todos tengan parte en ambos lugares; pues así se consigue la igualdad, la justicia y la concordia en las guerras con los vecinos¹⁰⁰.

En el comentario del macedonio, dentro de ese *desiderátum* de su *Política* que representa el Libro VII, el Estado aparece como el instrumento de ordenación social, cuyo fin es procurar la felicidad de sus ciudadanos individualmente considerados, esa aspiración a la civilización estable supone tanto la búsqueda de una armonía colectiva como de la cohesión interna, y si es necesario, que lo es en el mundo antiguo, el recurso a la guerra para la protección respecto a las amenazas externas. Por otro lado, si la guerra es la expresión superior de la defensa de los intereses generales, es fin del Estado el obligar a que los bienes privados se pongan a este servicio, y que la provisión que de ellos recibe se haga procurando la cohesión de la sociedad, haciéndose el Estado garante de la cobertura de tal necesidad. En este empeño la distinción entre la propiedad pública y la particular aparece como esencial al permitir que los *banquetes comunitarios* no sean una injusta aportación establecida sin considerar la apropiación desigual previa de la riqueza o del territorio por los miembros de esa comunidad: "...no es justo que los pobres aporten de lo suyo la cantidad establecida y al mismo tiempo atiendan al resto de su casa", pues sin duda la tasación igualitaria de tal aportación procede de una situación anterior de sociedad comunitaria, pero tampoco "somos de la opinión de que deba ser común la propiedad como algunos han defendido [...] ni de que pueda faltarle a ningún ciudadano el sustento"¹⁰¹. La propiedad es el instrumento que sustancia el dominio particular y público, siendo este último el único que puede soportar los gastos comunitarios y la necesidad de atenderlos considerando las diferencias entre particulares mediante el convenio de los repartos para sostener la cohesión social que precisa la ciudad para su sostenimiento. Convenios en los que la regulación de la propiedad y la contribución a fin de procurar la felicidad de la ciudad y sus habitantes, se establecerá en los diferentes grados de relación entre lo público y lo privado.

En la época bajomedieval, tras un largo periodo de tiempo de la historia europea, aparece la reposición del legado clásico. El ejemplo más relevante de sus orígenes lo constituye con pocas reservas el pensamiento de Tomás de Aquino, quien en el *artículo 2* de la *Cuestión 103, Sobre el gobierno del mundo*, afirma:

¹⁰⁰ Vid. *Ibid.* p. 285.

¹⁰¹ Vid. *Ibid.* p. 284.

El bien particular es aquel que es bien por participación. Por lo demás es evidente que, en todo el conjunto de las criaturas, ninguna es buena a no ser que lo sea por participación. Por lo tanto, el bien que es fin de todo el universo, por necesidad ha de estar fuera del mismo universo¹⁰².

Una aproximación doctrinal al pensamiento tomista lleva a la importancia que éste da en la cita al vínculo entre el bien particular y, a través de la participación¹⁰³, el bien universal, que desprendido de su clave teológica puede entenderse como bien general. Ambos, particular y universal, encuentran su fin en algo externo al bien, que en el caso del bien universal es un rector independiente del objeto de ese bien. En la concordancia entre lo particular o privado y lo universal, esencial en aquel, se produce una finalidad que conduce en la sustancia de un gobierno externo a lo particular-individual que participa de él (como gobierno divino para Santo Tomás). En la epistemología escolástica y la traducción de su significación teológica parece expresarse lo público y lo privado en su relación con el gobierno como nexo de la unidad entre ambos:

Siendo el fin del gobierno del mundo lo que es esencialmente bueno, que es lo mejor, necesariamente el gobierno del mundo ha de ser también el mejor. Y el mejor gobierno es el de uno solo, pues gobernar es dirigir los gobernados al fin, que es un bien¹⁰⁴.

A continuación, en esta evolución del pensamiento político europeo que arrastra la reposición del legado clásico, es de gran importancia la pugna larvada entre la legitimidad política religiosa y el poder laico, que encuentra un máximo exponente en *La Monarchia* de Dante Alighieri¹⁰⁵. Como continuación de la doctrina de un poder emanado de la divinidad que conecta teología y filosofía política se desarrolla la lucha entre el poder temporal, que se consagra en una autoridad laica, y el poder espiritual, cuya autoridad religiosa unió Constantino bajo el empuje de la doctrina cristiana fusionando el poder civil romano y la Iglesia bajo una sola autoridad imperial. En este contexto importa mencionar cómo tal cuestión doctrinal en los albores de la Edad Media, emerge en las disputas entre el Imperio y el poder eclesiástico de Roma en su final. Esta disociación aparece como una primera propuesta de legitimación jerárquica de los estados encabezados por los príncipes cuya concreción desarrolla Dante en la obra citada. Puede entenderse que, para la formación del concepto de Estado en el apogeo feudal de la

¹⁰² TOMÁS DE AQUINO. Suma de Teología. Madrid, Biblioteca de Autores Cristianos, 2001. Recogido en <http://www.dominicos.org/publi.asp> (25 de julio de 2009), p. 884.

¹⁰³ Vid. Ibid., p. 874. En la introducción de José María Artola Barrenechea se comenta en lo referente a este artículo como la causalidad intrínseca del individuo se encuentra conectada con la participación en la finalidad del bien (“bondad divina”) esencial en él. Dicho de otra manera, en su expresión metafísica la esencia individual participa de un bien universal al que se dirige a través de causalidades propias del individuo que concuerdan con las causalidades de un fin universal que se dirige a la búsqueda del bien (la vida buena aristotélica) material y esencial o formal cuya extensión participativa provoca el gobierno (gobierno divino).

¹⁰⁴ Vid. Ibid., p. 885.

¹⁰⁵ En el estudio preliminar de los traductores se afirma lo siguiente: “Tomás de Aquino, como eclesiástico en primer lugar y como teórico político luego, no puede imaginarse una Iglesia sin Papa, pero sí un mundo sin Emperador. Es, si se quiere, gibelino por herencia familiar, pero güelfo como eclesiástico que debe obediencia al Papa [...] Dante, en cambio, cristiano al fin y al cabo, cree en una Iglesia, en un mundo religioso bajo la obediencia de una cabeza, el Papa, que lo gobierna espiritualmente, pero no precisamente en el orden político.” (ALIGHIERI, Dante. *Monarquía*. (Trad. Laureano Robles Carcedo y Luis Frayle Delgado). Madrid, Tecnos, 2009).

potestad civil privada, se postula un poder, que aún de legitimación religiosa, constituye un Estado soberano y federalizante cuyo objeto es la sociedad civil, entendida como partícipe del orden temporal. En su libro primero II el florentino lanza la siguiente cuestión o premisa de su aportación al pensamiento político:

*Maxime autem de hac tria dubitata queruntur: primo nanque dubitatur et queritur an ad bene esse mundi necessaria sit; secundo an romanus populus de iure Monarche offitium sibi asciverit; et tertio an auctoritas Monarche dependeat a Deo inmediate vel ab alio, Dei ministro seu vicario*¹⁰⁶.

Se aprecia por lo tanto que si el pensamiento teocrático de Tomás de Aquino ya introduce la bondad de un gobierno al que se supeditan los intereses privados por el bien general de un fin superior, Dante plantea en estas premisas de su *Monarquía* nuevos valores que representan la vuelta al legado clásico al que recurre para apoyar en él su propia superación: En primer lugar su legitimidad teleológica laica “*queritur an ad bene esse mundi necessaria sit*”; en segundo término, de gran trascendencia como premisa de gobierno público, su legitimidad política planteada en la pregunta “*romanus populus de iure Monarche offitium sibi asciverit*” cuestión que trasciende al Estado del Imperio Romano “*Cumque, inter alias veritates occultas et utiles, temporalis Monarchie notitia utilissima sit et maxime latens et, propter non se habere inmediate ad lucrum*”¹⁰⁷ y fija un entronque entre la nueva Monarquía que se dilucida entre la aportación de Dante y la República romana sepultada por el Imperio; por último su carácter laico, que no aconfesional: “*et tertio an auctoritas Monarche dependeat a Deo inmediate vel ab alio, Dei ministro seu vicario*”. Este último aspecto de laicidad primitiva es posiblemente el más relevante si se considera que hasta entonces la Iglesia ya ejercía la *autoritas* mientras que la *potestas* correspondía al ámbito fusionado público-privado feudal. Lo que en ese momento se cuestiona, en la querrela de las investiduras, es la superación de este ámbito fusionado por una *potestas* que empieza a ser definida como fuente del servicio público, lo que lleva a un vaciado formal de la anterior *autoritas* que amparada en la voluntad directa de Dios se arroga la Iglesia¹⁰⁸. En este conflicto autoridad y potestad son reclamadas por ambas instituciones, y por ello se puede inferir que la inclinación a la monarquía de Dante es un paso importante en la formulación del Estado que se rescata de la herencia clásica, y con

¹⁰⁶ Vid. ALIGHIERI, Dante. *De Monarchia*. (Liber I, ii, 3). Princeton Dante Project, en <http://etcweb.princeton.edu/dante/pdp/monarchia.html> (consulta del 25 de julio de 2009). En la traducción realizada por Laureano Robles se dice: “Tres cuestiones principales se plantean al respecto. En primer lugar se pregunta si la Monarquía es necesaria para el bien del mundo; en segundo lugar, si el pueblo romano se atribuyó *de iure* a sí mismo el gobierno monárquico; y, en tercer lugar si la autoridad del monarca depende de Dios directamente o de un tercero, ministro o vicario suyo.” (Ibid. p. 5).

¹⁰⁷ Vid. Versión latina en <http://etcweb.princeton.edu/dante/pdp/monarchia.html>. (Edizione Nazionale; Firenze: Società Dantesca Italiana, 1965. Edited by Pier Giorgio Ricci.) “Y siendo la *Monarquía temporal* tan desconocida, y su conocimiento el más útil entre todas las verdades ocultas, habiendo sido su enseñanza postergada por todos, por no ser un tema de inmediata posibilidad de lucro” (Ibid. p.4).

¹⁰⁸. “En efecto, no son los ciudadanos para los cónsules, ni los pueblos para el rey, sino al contrario, los cónsules para los ciudadanos y el rey para su pueblo [...]. Con esto queda claro también que, aunque el cónsul y el rey sean señores de los demás en razón de los medios, son sus servidores en razón del fin; y sobre todo el Monarca, que sin lugar a duda, ha de ser tenido por servidor de todos.” (Ibid. p.27).

ella el avance en el ámbito público al que se añade la nueva dimensión que supone la estructura de estados privados característica del periodo feudal.

En esta construcción histórico-doctrinal, el siguiente gran avance en la relación entre el ámbito privado, el público y el gobierno puede encontrarse con John Locke en una de las más innovadoras exposiciones doctrinales políticas modernas. El pensador inglés establece, en el *Capítulo V De la Propiedad*, los límites naturales de ésta en la distinción histórica entre la propiedad comunal y la privada que nace históricamente dentro de aquellos límites de la apropiación del resultado del trabajo del hombre¹⁰⁹. Tal apropiación resulta en un primer momento para el disfrute de los bienes que satisfacen sus necesidades pero, en un paso ulterior, para la reserva de la tierra y con ella la apropiación de los medios en la que su trabajo alcanza y se procura dichos bienes¹¹⁰. Podría decirse que a partir de aquí la doctrina moderna aporta una nueva distinción al ámbito privado que supera al legado clásico. El uso del dinero aparece en Locke para determinar la medida de la causa de la apropiación: el trabajo, que da valor a las cosas no por su estado natural, si no por la asignación a ellas de la actividad del hombre para obtenerlas¹¹¹. Resulta así que la protección de la propiedad o, dicho de otro modo, el ámbito privado, requiere un nuevo desarrollo jurídico pues más que por su unidad de medida, el dinero, son los bienes los que adquieren una nueva dimensión al entrar en su valor el trabajo y sus resultados como verdadero sujeto de apropiación. Ya no es lo público lo que atribuye el dominio de las cosas sino, aplicando la precedencia natural que argumenta Locke, el trabajo, que a través del dinero permite la posesión y el desarrollo legítimo del ámbito privado, pues el dinero permite nuevas formas de acumular bienes que el trabajo procura sin que se pierdan los que la naturaleza proporciona para satisfacer las necesidades comunes¹¹².

No puede ignorarse en esta perspectiva fundacional de los principios del liberalismo de Locke, que el ámbito privado, aún en el estado natural de la sociedad, prevalece como sustentador de todo

¹⁰⁹ Vid. LOCKE, John. *Segundo tratado sobre el gobierno civil*. (Trad. Carlos Mellizo). Madrid, Tecnos, 1990. (Cap.5. La propiedad). En realidad se puede distinguir en esta delimitación entre una especie de disfrute común universal, la propiedad común o comunal, ya restringida a un grupo de personas y la propiedad privada.

¹¹⁰ Tomado como principio del estado natural y Ley de naturaleza, Locke afirma: “Todo lo que uno pueda usar para ventaja de su vida antes de que se eche a perder será aquello de lo que le esté permitido apropiarse mediante su trabajo. Más todo aquello que excede lo utilizable será de otros”. (Ibid. p.37).

¹¹¹ “45. Así el trabajo, en los comienzos, confirió un derecho de propiedad a quienquiera que gustara de valerse de él sobre el bien común; y éste siguió siendo por largo tiempo la parte muchísimo mayor, y es todavía más vasta que aquella de que se sirve la humanidad. Los hombres, al principio, en su mayor copia, contentábanse con aquello que la no ayudada naturaleza ofrecía a sus necesidades; pero después, en algunos parajes del mundo, donde el aumento de gentes y existencias, con el uso del dinero, había hecho que la tierra escaseara y consiguiera por ello algún valor, las diversas comunidades establecieron los límites de sus distintos territorios, y mediante leyes regularon entre ellas las propiedades de los miembros particulares de su sociedad, y así, por convenio y acuerdo, establecieron la propiedad que el trabajo y la industria empezaron.” (Ibid. p.50).

¹¹² “46 [...]Asimismo, si quería ceder sus nueces por una pieza de metal, porque el color le gustare, o cambiar sus ovejas por cáscaras, o su lana por una guiija centelleante o diamante, y guardar esto toda su vida, no invadía el derecho ajeno; podía amontonar todo el acervo que quisiera de esas cosas perpetuas; pues lo que sobrepasaba los límites de su propiedad cabal no era la extensión de sus bienes, sino la pérdida inútil de cualquier parte de ellos.” (Ibid. p.52).

derecho, sólo limitado por lo común o público en la obligación de permitir la satisfacción de las necesidades particulares básicas que se alcanzan por la acción individual. Es consecuente que la fundación de la sociedad civil y con ella la conformación de la sociedad política (Estado o gobierno) se sujeta a la necesaria protección del ámbito privado cuando las relaciones que se establecen en la sociedad favorecen el desarrollo que permite superar los límites naturales. El ámbito público pasa por ello a delimitarse del privado por medio del gobierno actuando de acuerdo con leyes que aplican un nuevo Derecho convenido que supere al derecho natural que antecede¹¹³. Para Locke la monarquía absoluta en su contemporaneidad representa ese “estado de naturaleza”, pues se caracteriza por no remediar sus inconvenientes y además, a través de su gobierno, limitar los derechos que permiten al individuo gozar de la libertad de acción de ese estado de naturaleza anterior. Dicho de otro modo, si en el Estado natural el ámbito público no precisa de normas convenidas para el ámbito privado, en el Estado absoluto, ante la necesidad de constituir una sociedad civil con normas que garanticen la protección de la detentación particular de los bienes, vuelve a confluir todo en el ámbito privado, pero el sujeto detentador de los bienes coincide con el legislador, ejecutor y juez de estas normas, por lo que priva a los hombres de aquella capacidad de ser sujeto de su “propio juicio” que pasa a un único príncipe¹¹⁴.

Así, el gobierno civil se hace precursor del Estado liberal que retorna a la separación entre el ámbito público, como garante del dominio general, y el ámbito privado, y supera el Estado absoluto que en realidad prolonga la soberanía privada del mundo feudal¹¹⁵. Retorno que se opone al “estado

¹¹³ “87. El hombre, por cuanto nacido, como se demostró, con título a la perfecta libertad y no sofrenado goce de todos los derechos y privilegios de la Ley de naturaleza, al igual que otro cualquier semejante suyo o número de ellos en el haz de la tierra, posee por naturaleza el poder no sólo de preservar su propiedad, esto es, su vida, libertad y hacienda, contra los agravios y pretensiones de los demás hombres, sino también de juzgar y castigar en los demás las infracciones de dicha ley, según estimare que el agravio merece, y aun con la misma muerte, en crímenes en que la odiosidad del hecho, en su opinión, lo requiriere. Mas no pudiendo sociedad política alguna existir ni subsistir como no contenga el poder de preservar la propiedad; y en orden a ello castigue los delitos de cuantos a tal sociedad pertenecieren, en este punto, y en él sólo, será sociedad política aquella en que cada uno de los miembros haya abandonado su poder natural, abdicando de él en manos de la comunidad para todos los casos que no excluyan el llamamiento a la protección legal que la sociedad estableciera.” Locke indica claramente que la constitución de la sociedad y el gobierno sirven a la defensa de las libertades individuales y la protección de los derechos particulares, en la convicción de que es el ámbito privado el sujeto de la tutela de la sociedad política. (Vid LOCKE, John. *Segundo tratado sobre el gobierno civil* en <http://www.paginasobrefilosofia.com/html/Locke2/capitu7.html> -consulta el 24 de octubre de 2010-).

¹¹⁴. “90. Y es por ello evidente que la monarquía absoluta, que algunos tienen por único gobierno en el mundo, es en realidad incompatible con la sociedad civil, y así no puede ser forma de gobierno civil alguno. Porque siendo el fin de la sociedad civil educar y remediar los inconvenientes del estado de naturaleza (que necesariamente se siguen de que cada hombre sea juez en su propio caso), mediante el establecimiento de una autoridad conocida, a quien cualquiera de dicha sociedad pueda apelar a propósito de todo agravio recibido o contienda surgida, y a la que todos en tal sociedad deban obedecer, cualesquiera personas sin autoridad de dicho tipo a quien apelar, y capaz de decidir las diferencias que entre ellos se produjeran, se hallarán todavía en el estado de naturaleza: y en él se halla todo príncipe absoluto con relación a quienes se encontraran bajo su dominio.” (Ibid).

¹¹⁵ “123. [...] Ello le hace desear el abandono de una condición que, aunque libre, llena está de temores y continuados peligros; y no sin razón busca y se une en sociedad con otros ya reunidos, o afanosos de hacerlo para esa mutua preservación de sus vidas, libertades y haciendas, a que doy el nombre general de propiedad.” (Ibid).

natural” y permite en la sustanciación de lo público y lo privado el desarrollo de la sociedad que adquiere en lo público una misión “[...] sin otra mira que la paz, seguridad y bien público de los habitantes”¹¹⁶.

I.4.2 Dinámica del Estado en la correlación entre el ámbito público y privado.

Lo público y lo privado son indisociables en tanto el Estado los delimita poniéndolos al servicio del interés general. Éste se identifica con los ciudadanos libres, así considerados en una sociedad y momento histórico concreto con independencia de constituir una parte o su totalidad. Para esta delimitación se puede considerar que el Estado utiliza dos instrumentos: el Derecho aplicado a la protección de los bienes y las relaciones privadas y la intervención material en el uso de recursos de su propio patrimonio, basada en la posesión de bienes sujetos al control político y jurídico especial, que dedica entre otras actuaciones a la guerra, al culto a los símbolos de cohesión social como los dioses, a los “banquetes comunitarios”, y a ordenar el cumplimiento de las normas que fija en sus relaciones con la polis. De tal forma que el Estado en su actuación no debe alejarse del fin de mantener la cohesión del pueblo al que sirve, ni de la satisfacción de los bienes en los que los ciudadanos encuentran su felicidad y fortuna como ideal individual de vida. De lo contrario el Estado deja de tener sentido o sencillamente quiebra en su legitimidad o apoyo social.

Así, la primera gran quiebra institucional y funcional del Estado, siguiendo en la tradición europea occidental en su devenir desde la antigüedad, se produce cuando el poder público pasa a ejercerse como patrimonio privado en la figura de familias que lo heredan por Derecho propio, o cuando sobre el patrimonio privado previo recaen derechos de ejercicio del poder público por imposición de la *autoritas* al resto de la sociedad. Esta situación se puede considerar iniciada con la caída de la República romana, y tras el fin del Imperio por la fuerza de ocupación militar de los pueblos invasores, por los linajes militares y el reparto entre ellos del patrimonio territorial conquistado que se acompaña de un control jurisdiccional omnímodo sobre las personas que lo ocupan. En efecto, en el desarrollo feudal, prevalece el ámbito privado, siendo el público un correlato o extensión al servicio de aquel¹¹⁷.

¹¹⁶ Ibid. 131.

¹¹⁷ García de Cortázar ilustra este periodo en la Historia de España: “Desde un punto de vista global, la evolución política del Estado hispanogodo entre el 476, en que, por extinción del Imperio Romano de Occidente, se constituye un poder de hecho en un amplio espacio geográfico de las Galias e Hispania, y el 711, en que a causa de la penetración victoriosa de árabes y bereberes, desaparece, incluye el desarrollo de tres procesos simultáneos: una identificación del pueblo visigodo con el espacio territorial de la península; una escalada de la nobleza territorial hacia la conquista del control del poder, una vez conseguida la igualación de las condiciones socioeconómicas de godos y provinciales que hace desaparecer la inicial diferencia étnica entre ambos grupos, y consagra, en cambio, otra de carácter social; y una feudalización progresiva de la sociedad, basada en la degradación paulatina de los mecanismos del sistema de poder romano, que favorecer –en todos los órdenes de la administración de la comunidad peninsular- una privatización de los recursos antiguamente públicos y una sustitución de la vieja norma jurídica general por las costumbres de gobierno y administración que, en cada una de las células en que se rompe el espacio socio-político, crea el poder inmediato”. (Resaltado en negrita mío).(GARCÍA DE

Corresponderá ver en el capítulo siguiente los avatares históricos que conducen a la formación de la Administración pública en el Estado liberal, prestando especial atención a las consecuencias que se producen en las diferentes formas políticas y jurídicas de Gobierno y Administración. Ahora conviene detenerse en cómo los diferentes modos de conjugación del ámbito público y privado caracterizan dichas formas utilizando las técnicas de administración del uno desde el otro. Se trata con ello de destacar que la correlación entre el ámbito público y privado resulta una de las principales claves para entender la evolución del Estado liberal en sus políticas públicas y el reflejo de éstas en su forma de organizarse a través de la gestión pública. En efecto, durante la Baja Edad Media y el Renacimiento se produce la recuperación del Estado de los ciudadanos, perdido desde la antigüedad clásica, y la delimitación del Derecho público y privado en el ordenamiento jurídico y administrativo, con el auge político de las monarquías y las repúblicas urbanas renacentistas y con la rehabilitación del Derecho Romano y las fuentes del pensamiento clásico y humanista acogidas en toda la Europa occidental. Sin embargo, sólo en primer término en la revolución inglesa y posteriormente en la francesa, se retorna a un Estado cuya exigencia de neutralidad nace de disociar formalmente con el Derecho el ámbito público y el privado y permitir así una misión generalizadora para la sociedad.

Aunque la aparición del Estado liberal durante la Edad Moderna se vislumbra en una transición social y doctrinal paulatina, el surgimiento de su regulación política-administrativa se sustancia en circunstancias de ruptura política y reforma radical. Tras ella se abre un nuevo periodo de dominio de ese Estado liberal basado en la interrelación de las dimensiones pública y privada. Una vez surgido, este nuevo ordenamiento que garantice la disociación pública y privada asegurando su neutralidad ante el ámbito privado con normas que aseguren el desarrollo privado sin condicionamientos jurisdiccionales más allá de la resolución de conflictos intersubjetivos. En segundo término, donde ya existía un fuerte y consolidado poder político, jurisdiccional y administrativo de carácter patrimonial privado, dotar al nuevo gobierno de garantías jurídicas que aseguren su neutralidad y permitan el ejercicio de una autoridad pública fuerte frente a las autoridades privadas previas.

Una vez consolidado el Estado liberal se van desarrollando nuevas actividades en su seno. El fomento de las infraestructuras de uso público requiere para su realización de una actividad coordinada con el desarrollo industrial del sector privado. El Estado, amplía la presencia del ámbito público, su gestión patrimonial y la función burocrática al aumentar las necesidades regulatorias que ordenen el crecimiento y la diversificación de las actividades del sector privado. El constructo que requiere la diversificación y creciente complejidad de dicho ámbito privado precisa respuestas cada vez más

CORTÁZAR, José Ángel. "La época Medieval". *Historia de España dirigida por Miguel Artola*. Madrid, Alianza Editorial, 1998).

elaboradas, complejas y extensas en un ámbito público que debe crecer al menos en la misma medida que el privado.

También el Estado social es consecuente con los principios originales del Estado liberal que la propia salvaguarda del ámbito privado hace necesaria con la gestión pública de aquellos ámbitos no atendidos por él. En la interrelación entre el ámbito público y privado no es la cláusula social la que rompe el equilibrio a favor del ejercicio del poder público ni fija la preeminencia del Derecho público sobre el privado, como muestra la necesaria introducción de nuevas técnicas de gestión de los servicios públicos sobre la planta del Estado liberal. No obstante, no es obligatoria ni tampoco contradictoria para el Estado la disociación sustancial con la disociación formal entre el ámbito público y privado que procede de la más genuina tradición liberal ante las obligaciones que crea el propio desarrollo de la sociedad¹¹⁸. Tal y como se ha visto, también en los principios del Estado liberal el ámbito privado se oponía a la enajenación del poder para asegurar que éste no actuara contra la comunidad política formada por una burguesía que se trataba de emancipar políticamente. Cuando la base social de esa comunidad se ensancha con los grupos sociales que se incorporan al Estado democrático, tales principios siguen funcionando con las políticas del Estado social, liberales en el orden jurídico-político y reformistas en el económico-administrativo¹¹⁹.

I.4.3 Perspectivas de la dinámica entre lo público y lo privado en la modernización administrativa.

Cuando el Estado social quiebra como consecuencia del déficit de eficacia que supone la prestación de los servicios públicos por la Administración burocrática, los ciudadanos y sus proponentes políticos no dan prioridad al mantenimiento de los servicios públicos desde la Administración, más bien, apoyan la renovación de la gestión para que éstos puedan ser prestados sin que importe en exceso si lo son desde el ámbito público o el privado y, sobre todo, si deben ser técnicas administrativas públicas o formas de gestión privada las que externamente o desde dentro del propio funcionamiento administrativo propicien esta garantía de acceso a los servicios. Tampoco importó cuando el Estado

¹¹⁸ “Desde esta óptica, cabe interpretar el sentido de una política económica más racional como el conjunto de medidas necesarias para incrementar la eficacia y la rentabilidad social de un sistema, partiendo de criterios técnicos, bien es cierto, pero sin olvidar los criterios sociales que precisa la comunidad. Esto último es especialmente relevante si tenemos en cuenta que dismantelar, sin más el Estado del bienestar cuestionaría tanto la capacidad de los Estados democráticos para resolver los problemas de crecimiento como los de integración social”. (GONZÁLEZ HERNÁNDEZ, Juan Carlos. “La Constitución y la Ciencia de la Administración” en *Administraciones Públicas y Constitución. Reflexiones sobre el XX Aniversario de la Constitución Española de 1978*, (Coord. Álvarez Conde). Madrid, MAP, 1998. Madrid, MAP, 1998. p. 321).

¹¹⁹ “Y en esta evolución, [en el periodo de entreguerras tras la crisis de 1929] las naciones europeas, no sólo las occidentales, sino a nivel de todo el continente, diseñan tres tipos de regímenes socio-políticos, que se extienden y acaban por enfrentarse entre sí: las democracias liberales, los sistemas comunistas y los fascismos totalitarios” (MARTINEZ CARRERAS, José U. *Introducción a la Historia Contemporánea. El siglo XX. Desde 1917 (v. II)*. Madrid, Ed. Istmo, 1985. 2ª edición. p.101).

social se inmiscuía o no en el ámbito privado como consecuencia de la crisis económica y las carencias del ámbito privado ante ella¹²⁰. Más bien resulta que es la parte activa de la ciudadanía, aquella que forma parte del sistema político, pues participa de él a través de su actividad económica y social, la que fuera del tráfico administrativo público apoya y propicia el surgimiento del ámbito privado. En resumen, la ciudadanía demanda al Estado el retorno al ámbito estrictamente público de su actividad¹²¹.

En esta transformación tal retorno es aparente, pues son diversos los puntos de desencuentro con el liberalismo clásico que surgieron ante el fracaso que motivó en la intervención del ámbito público el Estado social. Forzadamente se invocó en cierto modo algún paralelismo con el liberalismo político tradicional por la privatización del poder público, que en realidad se produce ante la doble quiebra acumulada del principio liberal de la función de la Administración y la cláusula social del Estado. No era ya, como en las revoluciones liberales, la emancipación de lo privado respecto a lo público privatista lo que primaba, sino sencillamente lo público privatizado sin las especiales garantías de neutralidad que puede exigir el Estado de Derecho.

La modernización del Estado no se detiene en una nueva gestión pública que traspasa el ámbito privado al público, pues las técnicas mecánicamente trasladadas que lleva implícitas tal modernización incumplen los objetivos propuestos por causas que se deben analizar detenidamente. Pero, si debe seleccionarse una causa conceptual profunda de tales contradicciones, ésta se sitúa probablemente en que cualquier intento de sustituir un ámbito por el otro parece abocado a su inevitable ineficacia: como si quedara en evidencia la tautología de que el interés general y el bien de cada ciudadano que se persigue por un lado, no puede alcanzarse con métodos agregados cuyo fin, de naturaleza individual, es obtener el beneficio particular; ni tampoco ese interés general puede ser una entidad abstracta que discurre externamente a la procura particular de la buena vida, pasando a ser gestionado por un sujeto público al margen de los intereses y acciones particulares (individuales o colectivos).

En cierto modo la crisis del Estado del Bienestar supone la recuperación del ámbito privado, pero bajo nuevas premisas, pues la labor del Estado ya no es subsidiaria como garante del desarrollo de aquel, sino que éste, desde los principios en que fue creado, por un lado no puede obviarse y por otro tampoco se ve capaz de impulsar por sí mismo el ámbito público. El Estado ya ha desvelado las

¹²⁰ F. Roosevelt, a pesar de la fuerte oposición a sus políticas económicas y sociales por la “gran industria de los hombres de negocios republicanos”, que controlan la Corte Suprema desde donde se viene anulando leyes del programa económico y social del “New Deal”, vence con amplitud las elecciones de 1936. (MARTINEZ CARRERAS, José U. *Introducción a la Historia Contemporánea. El siglo XX. Desde 1917 [v. II]* Madrid, Ed. Istmo, 1985. 2ª edición. p. 165).

¹²¹ Esta demanda social al ámbito público no excluye los derechos sociales adquiridos, que siguen exigiéndose al Estado, sino que cuestiona su materialización por éste: “Aquí, las relaciones entre los ámbitos público –Estado- y privado –sociedad- se materializan en la estructura de un sistema de derechos que los sectores sociales reivindican, reclaman y exigen frente al Estado, a veces de forma reactiva y/o compulsiva. Esto ocurre cuando el bienestar trasciende su naturaleza abstracta de proyecto social colectivo y se identifica con la generalidad de los derechos subjetivos”. (GONZÁLEZ HERNÁNDEZ, “La constitución...” Op. Cit. p. 324).

condiciones del equilibrio inestable en el que deben convivir ambos ámbitos, pues sin resolver las necesidades de cohesión social, sin satisfacer las demandas de la ciudadanía que el propio desarrollo económico bajo el sistema liberal ha estimulado, es posible mantener la misión de los poderes públicos ni el campo de actuación necesario para propiciar la protección de los intereses particulares y las iniciativas privadas¹²².

Se aprecia por lo tanto el avance de un peldaño cuya contradicción debe ser resuelta sin retornar a las premisas de partida, parece que puede aflorar para ello un principio nuevo y sostenible en la relación entre lo público y lo privado: La correlación entre el ámbito público y privado puede conjugarse de múltiples formas si cada uno es capaz de mantener sus fines y respetar los del otro en un entorno de colaboración entre ambos, por lo tanto, renunciando recíprocamente a suplantarse, si bien dichas formas de colaboración podrían ser tan flexibles y diversas como la respuesta a las demandas sociales requieran. De esta manera se constata el desarrollo de una nueva Administración que reinventa la función de fomento atendiendo a sus propios fines por medio de redes de colaboración y nuevas formas de gobernanza, control y participación que impulsan la colaboración con el sector privado sin renunciar a su regulación y promoviendo iniciativas que rompan el marco de referencia sugerido por la acción del Gobierno y la Administración.

I.5 Premisas político-doctrinales en la reforma de la gestión pública.

I.5.1 Ámbito político-administrativo de la reforma.

I.5.1.a Antecedentes político-administrativos de la reforma en el contexto angloamericano.

Los cambios en el desarrollo institucional del Estado liberal-democrático tiene sus antecedentes entre la década de los cincuenta hasta finales de la década de los setenta del siglo XX, en el periodo conocido como Estado del Bienestar que abarca desde la posguerra de la Segunda Guerra Mundial hasta la aparición de la crisis económica que vincula el estancamiento con la inflación. En este periodo la gestión pública se tecnifica y aborda ámbitos de actuación esbozados durante el periodo de entreguerras en el Estado Social surgido de la crisis del liberalismo económico y político en las naciones más industrializadas, especialmente en la Europa continental¹²³.

¹²² “El Estado y la Sociedad han dejado de ser sistemas autónomos autorregulados y se han transformado en dos sistemas fuertemente relacionados entre sí mediante relaciones complejas con factores que están fuera de los respectivos sistemas, y con un conjunto de sistemas interrelacionados que hacen que el sistema estatal y el sistema social tengan que ser considerados como parte de un *metasistema*; esto es, desde la perspectiva de un sistema más amplio en que cada uno de los términos sirve a finalidades complementarias y posee cualidades y principios estructurales igualmente complementarios” (GARCÍA PELAYO, M. *Las transformaciones del Estado contemporáneo*. 2ª ed. Madrid, Alianza, 1980, p.114).

¹²³ La extensión de la aplicación de los principios del Estado social encuentra su contexto político-económico durante el periodo de entreguerras. Como reacción a la gran crisis de 1929, los Estados se dividen en el bloque de políticas deflacionistas y monetarias (Bélgica, Holanda y Francia); políticas de depreciación (EE.UU., Gran Bretaña y su bloque) y

Se considera que dichos ámbitos fueron sistematizados para la gestión directa de los servicios públicos, como la educación, la sanidad o la seguridad social, asimismo por la intervención estatal de los sectores económicos estratégicos, tales como la industria básica, los transportes, las infraestructuras de comunicación y aquellos donde la limitada capacidad del sector empresarial privado propició la intervención estatal y la participación del patrimonio público. En general, dicha tecnificación impulsa métodos organizativos y presupuestarios de la gestión pública que no abandonan el modelo institucional y burocrático encuadrado dentro del paradigma weberiano. En este periodo entre los métodos organizativos se desarrolla la pluralidad institucional con diferentes regímenes jurídicos y en los métodos presupuestarios una diversificación de las técnicas de gestión económica pública como la planificación y la programación con formas de gestión empresariales¹²⁴. Así, en la década de los 60 del siglo XX, el ámbito de la gestión del sector privado en la industria y los servicios ya se caracterizaba por la creciente tecnificación de los procesos productivos, comerciales y financieros.

Durante la década de los setenta se produce en el bloque de los países industrializados una solución de continuidad hacia el periodo de reformas que se inicia en la siguiente década con el estallido de la gran crisis de inflación y estancamiento en la estructura económica. En el ámbito británico en particular, durante ese periodo, se producen políticas que trataron de contrarrestar ambos fenómenos macroeconómicos alternando programas eclécticos de inspiración keynesiana, representados por los gobiernos del conservador Edward Head hasta 1974 y el laborista Harold Wilson, en el periodo 1974-1976, hasta que se produce el inicio de medidas fiscales restrictivas que dan prioridad al control de la inflación del también laborista James Callaghan, desde 1976 a 1979, verdadero impulsor del monetarismo y el fin del keynesianismo que abordará más tarde el Gobierno de Margaret Thatcher¹²⁵.

En ese contexto, durante la década de los ochenta emerge un movimiento teórico y práctico conocido como Nueva Gestión Pública (NGP) encabezado por los Estados del ámbito angloamericano que difunden organizaciones de derecho internacional público y privado entre las que destacan, entre otras, el Banco Mundial, el Fondo Monetario Internacional (FMI), la Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económico (OCDE), incluso otros departamentos menos divulgados, como la *Division*

políticas fiscales expansivas e intervencionismo de reactivación industrial (Alemania con, parcialmente, América Latina, Europa oriental y meridional) todas ellas dominadas por el proteccionismo económico y. Vid. TAFUNELL, Xavier. "La economía internacional en los años de entreguerras (1914-1945)" en en *Historia Económica...* Op. Cit. p. 327-331.

¹²⁴ La principal transformación de las técnicas presupuestarias se da a finales de este periodo transformando el paradigma contable por otro analítico que apoye la toma de decisiones y abonando el terreno de las reformas administrativas. SMITHIES, Arthur. "Conceptual Framework for the Program Budgets" en *Program Budgeting*, (ed. D. Novick). Harvard University Press, 1965. p. 29-32.

¹²⁵ RODRÍGUEZ VARGAS, J.J. *La Nueva Fase de Desarrollo Económico y Social del Capitalismo Mundial*. UNAM, Tesis doctoral, 2005. p. 1-5, (recogido el 1 de junio de 2012 en <http://www.eumed.net/tesis/jjrv/>).

for *Public Economics and Public Administration* (DPADM) del Departamento de Asuntos Económicos y Sociales de las Naciones Unidas¹²⁶.

Una primera sistematización de estos nuevos principios amalgaman una nueva doctrina de la función del Estado y de los métodos que deben subordinar su acción no a las necesidades de la sociedad objetivamente consideradas, sino a la expresión subjetiva de su voluntad política ejecutada a través de técnicas de gestión que apliquen ésta con la mayor eficacia y eficiencia prácticas, relegando las formas jurídicas como principio rector de las actuaciones públicas. Así, ya en 1978 Selma J. Muskin define en el estudio “*Current Status of Public Management Research*” los siguientes elementos centrales de la gestión pública: Gestión de las Políticas (*Policy Management*), en la identificación del análisis de necesidades, opciones, programas y asignación de recursos; Gestión de Recursos (*Resource Management*), que establece una función básica de soporte a través de funciones administrativas, presupuestarias, financieras, de aprovisionamiento y gestión del personal; Gestión de programas (*Program Management*), con la implementación de las políticas por medio de operaciones y agencias que producen los resultados a través de líneas funcionales de actuación¹²⁷.

La principal aportación organizativa de este enfoque es considerar la organización pública de la Administración de un modo decididamente convergente con las estructuras privadas o empresariales, de carácter competitivo, donde las organizaciones se comportan como sistemas relacionales con el entorno exterior y con diferentes procesos interdependientes en su estructura interna: un sustrato de toma de decisión que define y ordena las objetivos, otra capa de soporte que brinda los medios de gestión necesarios para el funcionamiento general, y por último, un nivel operativo en el que se producen los bienes y servicios para los que tal organización subsiste de acuerdo con los objetivos definidos¹²⁸.

En la perspectiva político-administrativa aparece el concepto de políticas de gestión pública, que se considera que nace en el ámbito liberal-democrático anglosajón, cuyo estudio y sistematización aborda Michael Barzelay con carácter abierto, como líneas de actuación que definen un concepto de

¹²⁶ El análisis comparado de las experiencias de estadounidense y británica en las reformas administrativas son abordadas por Pollit que establece premisas de la unidad y diferencias entre ambas. POLLIT, Christopher. *Managerialism and the Public Service: The Anglo-American Experience*. Oxford, Blackwell, 1990. p. 181. Entre los documentos de la DPADM, Vid. UNITED NATIONS PUBLIC ADMINISTRATION NETWORK. *Rethinking Public Administration: An Overview*. 1997. UN Symbol: ST/TCD/ SER.E/27. Pertenece, como se indica en su introducción, a una antigua serie sobre administración pública internacional iniciada en 1951, 1961 y 1971, dirigida a países en desarrollo.

¹²⁷Vid. MUSHKIN, Selma J.; SANDIFER, Frank H.; FAMILTON, Sally. *Current Status of Public Management Research Conducted by Or Supported by Federal Agencies*. Public Services Laboratory, Georgetown University, 1978. Vid. ALLISON, Graham, T. “Public and private management; Are they fundamentally Alike in All Unimportant Respects” en TILLMAN, Richard J. *Public Administration. Concepts and Cases*. University of Colorado, 1996. 6ª ed.

¹²⁸ Con arreglo a este esquema conceptual se definen los mapas de procesos de las organizaciones, técnica basada en la cadena valor de las actividades en el planteamiento competitivo del entorno empresarial propuesto Michael Porter de la Escuela de Harvard. Vid. PORTER, Michael. *Competitive Strategy. Techniques for Analyzing Industries and Competitors*. Nueva York, Free Press, 1980. p. 88-106.

difícil elaboración. Esto se debe en gran medida a que la literatura de la NGP constituye para este autor un “campo interdisciplinario orientado a las políticas de acción”, lo que sin duda dificulta su objetivación, apenas delimitable por su caracterización funcional¹²⁹:

Se relaciona con cambiar un amplio espectro de las reglas institucionales de gobierno a través del cual se guían, controlan y motivan las organizaciones de la función pública. Estas reglas institucionales pueden subdividirse en las categorías tradicionales de planeamiento de gastos y gestión financiera, función pública y relaciones laborales, contratación, organización y métodos, y auditoría y evaluación.

La creación de un discurso definido sobre nueva gestión pública implica considerar: el pensamiento constitucional; las “propiedades empíricas” del gobierno ejecutivo; la teoría sobre el mandante y el mandatario (nivel político y función pública - *public service* -)¹³⁰; los efectos de las políticas administrativas pasadas; el panorama de los cambios recientes en políticas de gestión pública en muchos países; y, por último, la evaluación de políticas de gestión pública. Como principio general se subraya su importancia política, “la gestión es la fuente primaria de ideas sobre los verdaderos pormenores del ejercicio del poder: la gestión interna de los departamentos de gobierno”. Barzelay trata de desarrollar un paradigma de análisis que ayude a construir una Teoría de la Gestión Pública, mediante el estudio comparado de casos en Reino Unido, Australia y Nueva Zelanda para lo que se sirve de los principales programas de introducción de esas políticas en los distintos países del ámbito anglosajón: WPO.- *Well performint organizations*; NIE.- *New institucional Economics*; PPA.- *Progresive Public Adminsitration* (“gobierno responsable”); MAN- Escuelas de pensamiento sobre gestión; MAC- *Management Accounting and Control*; SM- *Strategic Management* (gestión estratégica); PPG- Filosofía pública de ejercicio de gobierno, entre otras¹³¹. Se pueden así inferir los principales rasgos de estas políticas en los países del área anglosajona analizados:

a) En el modelo australiano, tras la crisis de los setenta se ensaya bajo la administración laborista moderada un enfoque economicista de la administración que genera una descentralización entre departamentos y agencias, el diseño presupuestario por programas, el uso de la planeación corporativa, y una extensa delegación de las responsabilidades de gestión presupuestaria y financiera. Su base sociológica la forman jóvenes reclutados de la universidad con una mentalidad gerencial que rompen la cultura tradicional, adoptando una teoría de gestión basada en la ideación permanente de medios y procedimientos para alcanzar los fines propuestos por el nivel político. Renuncian al compromiso con

¹²⁹ Vid. BARZELAY, Michael. *La nueva gestión pública. Un acercamiento a la investigación y debate*. México, FCE, 2003, p. 10-17.

¹³⁰ Una variante de esta teoría reside en el “contrato” entre el ministro y el ejecutivo, desarrollado en estas páginas bajo la autoría de Acouin. Cabe reseñar por su pertinencia a esta argumentación, en sentido opuesto, la teoría cultural de Hood: “La función pública está motivada para satisfacer las aspiraciones de autoridad en una estructura jerárquica, también mencionado como la satisfacción de las expectativas de sus roles”. Vid. MARCH, James G y Johan P. Olsen. *Rediscovering institutions*. Nueva York, Free Press, 1989.

¹³¹ BARZELAY, Michael. *La nueva gestión pública... Op. Cit.* p.89-98

los valores de la gestión pública como la equidad, la transparencia o con los fines de las funciones promovidas por el Estado del Bienestar¹³².

b) El caso británico se ha basado en la adopción de varios instrumentos a lo largo de los periodos Thatcher y Major, como la Unidad de Eficiencia (*Efficiency Unit*) bajo cuyos auspicios se lleva a cabo la *Financial Management Initiative* y el consejero de Eficiencia (*Efficiency Adviser*) dependientes respectivamente de la Oficina del Gabinete y la Oficina del Primer Ministro. Esta iniciativa se basa en el acceso a la información de los ministros para incrementar la eficacia y la eficiencia y facilitar el traspaso de responsabilidad para la ejecución presupuestaria, pero dejaba el desempeño organizativo y de programas para una evaluación gubernamental más sistemática. Según Gray y Jenkins el Tesoro impidió su extensión a los recursos humanos y la gestión financiera, aplicando el principio de “gestión responsable” a la responsabilidad gerencial y los procesos de ejecución presupuestaria. Otras actuaciones fueron las Iniciativas de Próximos Pasos (creación de organismos y agencias), que quedó desacreditada cuando se trató de orientar a la privatización de la Administración; la Carta Ciudadana (énfasis en la Calidad de los servicios); la Competencia por la Calidad (pruebas de mercado,...) y el Financiamiento Privado. Tras 1992 se crea la *Office for Public Administration and Science* OPSS que asciende a cartera ministerial a partir de pequeñas unidades de la Oficina del Gabinete que se ocupaban de la Reforma de la Gestión Pública. El establecimiento de un sistema de gastos de mantenimiento llegó en 1986 cuando el interés y entusiasmo habían decaído y la *Financial Management Initiative* era un recurso agotado, hasta entonces había prevalecido el objetivo de contener la incentivación de los funcionarios públicos y mantener los gastos bajo control¹³³.

c) Referido a Nueva Zelanda la Instrucción del Tesoro acerca de la Gestión de Gobierno contempla las siguientes áreas: Planeación de gastos y gestión financiera; Función Pública y relaciones laborales en relación a los puestos directivos; Organización, con la separación entre consejo sobre políticas y provisión de servicio; Contratación orientada a facilitar decisiones de contratación de servicios externos; Auditoría y evaluación plasmada en el acuerdo de desempeño entre ministros y la Comisión de Servicios del Estado y directivos. En el plano jurídico destaca, por su carácter central y cuasi-constituyente, la legislación neozelandesa de la *State Sector Act 1988*, aunque Pat Walsh opina que el gobierno la vio más como instrumento de reforma de la gestión que como medida constitucional. Se basa para ello en la contradicción entre los fundamentos privatistas en la presentación del proyecto del Ministro de los Servicios del Estado Stan Rodger, como la regulación del personal público, y las pretensiones de la norma. Para Walsh, aunque pueden existir elementos equiparables, tales como las

¹³² Vid.Ibid. p. 31

¹³³ Esta iniciativa supone un cambio de reglas en auditoría y evaluación así como la introducción de ideas y prácticas del proceso de gestión de negocios. Vid. BARZELAY, Michael. *La nueva gestión pública...* Op. Cit. p 69-71

consideraciones de eficiencia en el gasto público y ciertas categorías analíticas aplicables a los problemas de gestión del sector público, existe el límite para su legitimidad del ejercicio democrático de la autoridad pública, aspecto que no preocupa al sector privado: “*Complex and often intangible constitutional relationships, governed by conventions developed over time, are not easily moulded to management practices. At a more routine level, the intensely political nature of many issues makes the straightforward transfer of private principles problematic*”¹³⁴.

d) La Reforma de la gestión pública en EE.UU llevada a cabo en la era Clinton se desarrolló en el programa de la Revisión de Desempeño Nacional (*Nacional Performance Review*, NPR). A diferencia de lo ocurrido durante las presidencias de Reagan y Bush, el concepto de “trabajar mejor” pasó de estar centrado en las dimensiones del gobierno a hacerlo en su eficiencia recurriéndose para ello a la separación de la Oficina de Gestión y Presupuesto¹³⁵. La NPR, fue desarrollado Al Gore en una serie de informes y publicaciones que transcurren desde septiembre de 1993 a agosto de 2000, cuyo contenido queda sintetizado en los siguientes puntos principales: simplificación del papeleo y los trámites innecesarios mediante la reducción de regulaciones y controles; descentralización de la autoridad tolerando más discrecionalidad a los empleados que trabajan de cara al público, trabajar mejor a menor coste eliminando ineficiencias y mejorando la productividad mediante la inversión en tecnología; buscar la satisfacción del cliente escuchándolo, reestructurando los servicios, incentivando la competitividad interna de los empleados y la capacidad de elección de los clientes¹³⁶.

1.5.1.b Caracterización del contexto político-administrativo en España.

Los rasgos de la modernización administrativa en el ámbito continental y particularmente en España son recogidos por José Ignacio Criado en una perspectiva crítica de la NGP que identifica una serie de patrones comunes en los procesos de innovación de sus aparatos públicos con otros Estados del sur de Europa, tales como: uno, la politización de la función pública directiva, acentuada por los cambios constitucionales y los primeros traspasos de gobierno entre las fuerzas políticas de representación en el nuevo sistema por partidos entre el PSOE y el PP (1982 y 1996), que han supuesto sustituciones completas en los niveles directivos públicos tras los cambios de gobierno; dos, el clientelismo político con el acceso a puestos públicos y funcionarización de personas de confianza política en todos los puestos de la Administración, muy presente en las administraciones autonómicas,

¹³⁴ WALSH, Pat. "The State Sector Act" en *Reshaping the State. New Zealand's Bureaucratic Revolution*, (Eds. BOSTON, Jonathan; MARTIN, John; PALLOT, June; WALSH, Pat). Auckland, Oxford University Press, 1991. p. 73-74.

¹³⁵ Vid. BARZELAY, Michael. *La nueva gestión pública...* Op. Cit. p. 81-82

¹³⁶ VILLORIA, Manuel. Op. Cit. p.92-93. Ante la formulación de la N.P.R. Villoria establece su visión crítica fundamentada en la pérdida de mecanismos de rendición de cuentas, introducción de valores de desprecio a las normas y al Derecho con falsos supuestos de posibilidad de mayor tolerancia a errores sin consecuencias políticas y vaciedad de contenido de la regulación (y el papeleo) en la acción política.

denominado fenómeno de titularización; tres, la distribución desigual del personal en los organismos del sector público. Estos patrones, ponen de manifiesto las rigideces en las políticas y gestión del personal, donde el formalismo y legalismo generalizado como justificación casi exclusiva de la acción pública con una alta producción de normas aumentan la rigidez y propician, paradójicamente, el incremento de arreglos informales¹³⁷.

La penetración a partir de los años noventa de las doctrinas de la NGP se amplía por las labores de difusión de organismos como la OCDE o impulso de políticas públicas por parte de la UE, con conceptos como la orientación al cliente y la calidad de los servicios o las reformas sectoriales de sectores productivos vinculados a la Administración que se considera afectan al grupo de países meridionales de la UE (Grecia, Italia, España y Portugal fundamentalmente)¹³⁸. En este grupo de países la penetración limitada de la NGP presenta tres grandes tendencias en las actuaciones públicas: primero, la reducción del tamaño del Estado por la privatización de parte del sector público, principalmente en Telecomunicaciones y Energía; segundo, la dinámica de europeización de las administraciones y políticas públicas mediante procesos de penetración y difusión de las instituciones de la UE a las políticas públicas de los Estados miembros; y tercero, la descentralización política-administrativa en pleno apogeo del interés por el estudio de las regiones y gobiernos regionales que recupera la aceptación de su beneficio en la prestación de los servicios públicos y procesos de toma de decisiones por las instituciones administrativas regionales¹³⁹.

Respecto al primer punto en España se consideran dos oleadas privatizadoras con Felipe González en su última legislatura (1993-1996) y José María Aznar en la primera (1996-2000). En el segundo se crea un proceso de institucionalización en los departamentos y órganos directivos que forman departamentos especializados en las relaciones con la UE, comisiones de actividades relacionadas con la integración, nuevas agencias y organismos. Respecto a la última actuación la dinámica política descentralizadora en el caso de España coincide con la modernización administrativa, lo que da lugar a una mayor exposición al discurso de la NGP por las administraciones territoriales.

I.5.2 Ámbito doctrinal de la modernización de la gestión pública en el paradigma de la NGP.

I.5.2.a Aspectos definatorios del paradigma.

¹³⁷ Vid. CRIADO, José Ignacio. *Entre sueños utópicos y visiones pesimistas. Internet y las tecnologías de la información y la comunicación en la modernización de las Administraciones Públicas*. Madrid, INAP, 2009. p. 122-124.

¹³⁸ Es relevante que en el estudio comparado de los Estados del sur europeo tratados, Gunther y Diamandouros disocian las semejanzas políticas en la evolución democrática de sus regímenes respecto a sus trayectorias divergentes como Estados. GUNTHER, Richard, DIAMANDOUROS, P. Nikiforos and SOTIROPOULOS, Dimitri A. (Eds.). *Democracy and the State in the New Southern Europe*. Nueva York, Oxford University Press, 2006. p. 359.

¹³⁹ Vid. CRIADO, José Ignacio. *Entre...Op. Cit.* p.125-127.

Los complejos antecedentes doctrinales de la modernización administrativa encuentran en la NGP la exposición de su paradigma clásico. Existen dos razones para tomarla como referencia: en primer lugar la precedencia y amplia literatura científica desarrollada en el espacio anglosajón, en cuyo ámbito se producen las principales investigaciones que establecen la solución de continuidad entre las reformas administrativas formuladas doctrinalmente y la Administración Electrónica o e-government, como dos fases separadas e interdependientes en el proceso de modernización administrativa¹⁴⁰. Además, aparecen formas diferenciadas de recepción y asimilación de esos principios doctrinales que les dotan de universalidad y carácter directriz tanto por áreas geopolíticas como en Estados específicos,.

De acuerdo a la exposición de José Ignacio Criado sobre las propuestas y resultados generales de la NGP se trata de un concepto que asimila un fenómeno cuya existencia es aceptada con un término objeto de controversia¹⁴¹. La NGP nace a finales de la década de los setenta del siglo pasado como un movimiento doctrinal sobre la reforma y modernización del sistema administrativo burocrático que se empieza a extender a través de la ejecución de diversas políticas públicas en el ámbito de la mayoría de los países de la OCDE. La doctrina se desarrolla en dos direcciones: debido a la base empirista de la metodología de investigación anglosajona la práctica y experiencia política precede a la sistematización teórica, a menudo basada en casos prácticos o situaciones políticas reales; en su difusión política la OCDE, por el contrario, sintetiza sus trabajos en forma de recomendaciones heurísticas que extienden la aplicación de la NGP a través de metodologías y procedimientos más técnicos y orientados a programas de acción¹⁴².

Entre sus más conocidos iniciadores doctrinales se encuentran Christopher Hood, que acuñó el término. En un trabajo ya maduro tras la efervescencia reformista de la década de los ochenta Hood sitúa cronológicamente este proceso desde mediados de los años setenta y vinculado a cuatro grandes tendencias: disminución del tamaño del gobierno en gasto público y de personal; descentralización en el sentido de privatización y subsidiariedad en la prestación de servicios; desarrollo de las TIC en la producción y prestación de servicios; internacionalización de las tendencias, estilos de decisión, diseño y cooperación en políticas y gestión pública¹⁴³.

¹⁴⁰ En este trabajo reciente en la extensa aportación de Helen Margetts, realiza un estudio empírico de las transformaciones suscitadas por las TIC en el paradigma de la e-administración y e-gobierno que introduce nuevas características en la dinámica de la actividad administrativa. Vid. MARGETTS, Helen. "Public management change and e-government: the emergence of digital-era governance" en *the Routledge Handbook of Internet Politics*, (eds. CHADWICK, Andrew y HOWARD, Philip. N.). Nueva York, Routledge, 2010. p. 114-128.

¹⁴¹ Vid. HUGHES, Owen. *Public Management and Administration*. (3ª ed.) Londres, Palgrave Macmillan, 2003. (1ª ed. 1994). p. 4-5.

¹⁴² Vid. CRIADO, José Ignacio. *Entre sueños...* Op. Cit. p. 76-85.

¹⁴³ Vid. HOOD, Christopher. "A public management ...". Op. Cit. p. 3-19. Para una versión traducida al castellano Vid. CEJUDO, Guillermo M (ed.). *La nueva gestión pública. Una introducción al concepto y a la práctica*. Nueva gestión pública. México, Siglo XXI, 2011. p. 49-74.

Cristopher Pollit denomina al movimiento *managerialism*: “*Managerialism is a set of beliefs and practices, at a core of which burns the seldom-tested assumption that better management will prove an effective solvent for a wide range of economic and social ills*”¹⁴⁴. Existen sin embargo numerosos antecedentes del pensamiento gerencialista que con el objetivo de reducir el gasto público sitúan su clave conceptual en la disociación entre el modelo de gestión privada y los problemas públicos a los que aquella se debe aplicar por ser capaz de asignar objetivos claros al empleo de los recursos para los que no sirve el modelo administrativo¹⁴⁵.

Michael Barzelay, se refiere a la NGP bajo la denominación de *post-bureaucratic paradigm* como el término más apropiado para una nueva generación de la familia extensa de ideas sobre cómo hacer productivas y con resultados responsables las operaciones del Gobierno¹⁴⁶. Finalmente y dentro del desarrollo de variantes nominales del mismo concepto Osborne y Gaebler introducen en el ámbito norteamericano el término *Reinventing Government* que ratifica el concepto de gobierno empresarial como aplicación a la Administración del uso de recursos en nuevas vías para maximizar la productividad y la eficacia, con la declarada particularidad de no renunciar a la intervención pública en la economía pero haciéndolo al menor coste y con la mayor eficacia y eficiencia¹⁴⁷.

1.5.2.b Presupuestos empíricos y teóricos.

Al movimiento doctrinal politológico le precede la acción política reformadora en la elaboración y ejecución de políticas realizadas desde los gobiernos. El gobierno de Margaret Thatcher comienza a aplicar políticas de gestión transformadoras en las funciones administrativas de organización y métodos, función pública, planificación del gasto, gestión financiera, auditoría y evaluación y contratación pública, si bien Pollit establece la mitad de la década de los setenta en Reino Unido y Estados Unidos, antes por lo tanto, como ya se ha mencionado, de la era Thatcher, para introducir, por el *Financial Management Initiative* y el *Grace Comission Report* respectivamente, la idea de que lo bueno para la

¹⁴⁴ Pollit comienza su libro definiendo el concepto, Noción que con cierta ironía autocalifica de obvia y tautológica. POLLIT, Christopher. *Managerialism*...Op. Cit. 1990. p.1

¹⁴⁵ Pollit se remonta para ello a la formulación PODSCORP, clásica en la ciencia de la Administración de Gullit y Urwicks realizada en 1937. En ella sólo encuentra factores del énfasis en los ochenta en el control sobre la planificación y la financiación en el establecimiento de estructuras organizativas formales. Vid. Ibid. p.4. El trabajo coordinado por ambos autores recibe la contribución casi fundacional de management de Luther Gulick, L. Urwick, James D. Mooney, Henri Fayol, Henry S. Dennison, L. J. Henderson

T. N. Whitehead, Elton Mayo, Mary P. Follett, John Lee y v. A. Graicunas. Vid. GULICK, L., URWICK, L. (eds). “Papers on the Science of Administration” en *Institute of Public Administration*. Nueva York, 1937.

¹⁴⁶Vid. BARZELAY, Michael. *Breaking through Bureaucracy: a New Vision for Managing in Government*. Berkeley, University of California Press, 1992. (Edición en español: FCE, 1998). p. 117.

¹⁴⁷ Vid. OSBORNE, David y GAEBLER, Ted. *Reinventing Government: How the Entrepreneurial Spirit is Transforming the Public Sector*. New York, Addison Wesley, 1992. p. XIX. (ed. español Paidós, 1994).

producción de bienes con beneficios en el sector privado también lo debe ser para la provisión de servicios en el sector público¹⁴⁸.

También en los Estados Unidos se vincula al movimiento académico el paquete de reformas *National Performance Review* (NPR) propuesto por Al Gore desde 1992 y aplicado en la Administración de Clinton. Por la particularidad del sistema constitucional estadounidense los trabajos de el comité técnico para la reforma del gobierno (*The House Committee on Government Reform and Oversight*) arrojan interesantes conclusiones sobre ese proceso, que oponen las reformas administrativas y su racionalidad técnica a los intereses legislativos del Congreso y tal y como muestra el trabajo de Carroll y Lynn, donde se equiparan las primeras al nuevo modelo de gestión y el burocrático a los segundos.

The NPR, particularly the basic document initiating it (Gore, 1993), generally portrays Congress as a negative force in administration. It argues that Congress, for political reasons, imposes dysfunctional rules and restrictions on programs and budgets. As a result of these rules and requirements, as well as restrictions imposed by political executives and others, the discretion of managers to manage effectively is constrained. Congressional actions force the executive to establish bureaucracies, adopt procedures, and employ staff to process "red tape." The symbiotic relationship between Congress and bureaucracies (Congress creates rules which require bureaucracies to administer) contributes to a rulebased, hierarchical form of administration¹⁴⁹.

Cada uno de estos campos de reforma adoptados en el poder ejecutivo fue progresivamente objeto de interés investigador y político en el Reino Unido, Australia y Nueva Zelanda¹⁵⁰. Por otra parte

¹⁴⁸ Vid. POLLIT, Christopher. *Managerialism...* Op. Cit. 1990. p.3-7.

¹⁴⁹ Es de de especial interés a efectos de esta investigación que la discusión sobre la NPR deja el marco jurídico en terreno de nadie, pues extrapolando el marco jurídico administrativo del modelo continental puede considerarse, en una pretensión comparada, tanto ostentado por las pretensiones técnicas del poder ejecutivo, en tanto norma jurídica propia, como de algún modo por las potestades legislativas de las Cámaras representativas. Vid. CARROLL, James D. y LYNN, Dahlia B. "The future of Federal Reinvention: Congressional Perspectives" en *Public Administration Review*, v.56, n.3, 1996. p. 299-304. GORE, Albert. "The New Job of the Federal Executive" en *Public Administration Review*. v. 54, n.4, 1994. p. 317-321. Ronald Moe emprende una potente crítica a la ruptura con los principios convencionales y constitucionales del gobierno del programa NPR, apuntando a la inconsistencia de los principios enunciados. MOE, Ronald C. "The 'Reinventing Government' Exercise: Misinterpreting the Problem, Misjudging the Consequencies" en *Public Administration*, v. 54, n.2, 1994. p. 111-122. Natham también exhibe una vision crítica del NPR no exenta de ironía, la pregunta de su artículo cuestiona los límites institucionales y políticos de la tradición de gestión y gobierno, la reflexión sobre los mecanismos y prioridades en la ejecución de las políticas y la propia concepción de cajón de sastre de la NPR. Propone para ello, entre otras medidas, la necesidad de moderar el pluralismo y aislar la política en la toma de decisiones con el concurso de expertos (algo contrario en realidad a las propuestas improvisadas del la NPR). NATHAM, Richard P. "Reinventing Government: what does it mean?" en *Public Administration Review*, v. 55, n.2, 1995. p. 213-215. Con el mismo espíritu crítico Thompson e Igraham estudian los objetivos de la NPR en la estrategia política de control de la rama ejecutiva frente al poder legislativo y la obtención de resultados en de las conductas individuales, al tiempo que descubren el valor los modelos políticos para entender los cambios organizativos. THOMPSON, James R. e INGRAHAM, Patricia W. "The Reinvention Game" en *Public Administration Review*, v. 56, n. 3, 1996. p. 291-298.

¹⁵⁰ Entre las referencias de otros autores significados en el ámbito británico destacan Colin Campbell y Graham Wilson que realizan una exposición del modelo británico administrativo en lo que denominan *Whitehall model*, trasposición del conocido en el plano político como *Westminster model*. su principal elemento de análisis es la relación entre el nivel político y funcional dentro del modelo burocrático weberiano, cuya solución constituye el eje de las reformas en la administración clásica, que presenta importantes hechos diferenciales de partida con el norteamericano (EE.UU., Canadá) y es exportado al resto del ámbito anglosajón de influencia británica (Nueva Zelanda y Australia). Vid. CAMPBELL, Colin y WILSON, Graham K. *The End of Whitehall: Death of a Paradigm?* Oxford, Blackwell, 1995. p.19-20. POLLIT, Christopher

la OCDE, centrada en la difusión de los nuevos conceptos en el resto de países desarrollados, otorga en 1990 un tratamiento específico a la gestión pública y crea el *Public Management Committee* que establece el programa *Public Management* (PUMA) aplicado por su Secretaría en colaboración con un grupo especializado de altos ejecutivos fiscales de los países miembros¹⁵¹.

A ese carácter empírico de los presupuestos doctrinales de la NGP, se añaden una serie de antecedentes aplicados en cada caso o Estado a la sustitución de algún aspecto de la Administración pública progresiva (APP)¹⁵². Este sustrato teórico que alimenta la doctrina de la NGP se considera elevado sobre las siguientes teorías¹⁵³:

a) Teoría de la Elección Pública (*Public Choice Theory*), cuyos trabajos iniciales fueron desarrollados a partir de la teoría de la elección racional y desarrollada por James Buchanan y Gordon Tullock¹⁵⁴. Buchanan expone el principio de que la conducta humana es dominada por el interés propio y los individuos maximizan racionalmente la utilidad con todas sus capacidades de conducta. Así, aplicando este principio de maximización de beneficios, los responsables de la Administración tratan de elevar sus presupuestos departamentales como los políticos maximizan sus votos, lo que a diferencia de su aplicación al sector privado, arrastra dañinas consecuencias al captar recursos improductivos a la renta nacional, bien por los gestores públicos o por los grupos de interés asociados a los políticos. La recomendación consecuente es la reducción del Estado cuyas funciones de asesoramiento, regulación y prestación deben quedar separadas y divididas en diferentes agencias y las últimas preferentemente privatizadas o contratadas al sector privado.

y HARRISON, Stephen (eds.). *Handbook of Public Services Management*. Oxford, Blackwell, 1992. POLLIT, Cristopher. "The Citizen's Charter. A Preliminary Analysis" *Public Money & Management Reform*. v.14, n.2, 1994. p. 9-14. Australia aporta, entre sus destacadas obras académicas: Pusey, presenta una causalidad económica en la concepción política de los cambios administrativos y de gestión pública en Australia. PUSEY, Michael. *Economic Rationalism in Canberra*. Nueva York, Cambridge University Press, 1991. YEATMAN, Anna. "The Concept of Public Management and the Australian State in the 1980s" en *Australian Journal of Public Administration*, v. 46, n.4, 1987. p. 339-353. ZIFCAK, Spencer. *New Managerialism Administrative Reform in Whitehall and Canberra*. Buckingham, Open University Press, 1994. En el acervo de Nueva Zelanda se destaca en primer término una profunda reflexión y balance de Joathan Boston sobre el modelo neozelandés, tal vez el que más genuinamente ha traspasado al funcionamiento de la gestión pública los paradigmas de la NGP, que apuesta por las medidas de gobernanza que impliquen en el gobierno las nuevas fuerzas e intereses en presencia del proceso privatizador.: BOSTON, Jonathan; MARTIN, John; PALLOT, June y WALSH, Pat. (eds.). *Reshaping the State: New Zealand Model*. Auckland, Oxford University Press, 1991. BOSTON, Jonathan. *Public Management: The New Zealand Model*. Auckland, Oxford University Press, 1996.

¹⁵¹ Vid. PAL, Leslie A. *The OECD and Global Public Management Reform*. NISPAcee 17th Annual Conference. Budva, Montenegro, 2009. (consultado el 4-10-2013 en <http://www.nispa.org/files/conferences/2009/papers/200904052128410>).

¹⁵² Término como se conoce a la Administración científica, si bien nace a finales del siglo XIX con las reformas de la Administración de Wilson y las bases sentadas en la obra de Max Weber, se reconoce con este término la Administración burocrática tradicional. Como noción del concepto Vid. Barzelay, M. *La nueva gestión pública. Un acercamiento a la investigación y al debate*. México, FCE, 2003. p.132-133.

¹⁵³ Recoge la clara exposición de Jonathan Boston en su introducción al modelo de Nueva Zelanda. Vid. BOSTON, Jonathan. "The Theoretical Underpinnings..." Op. Cit.p. 1-26.

¹⁵⁴ Vid. BUCHANAN, Ian y TULLOCK, Gordon. *The Calculus of Consent: Logical Foundations of Constitutional Democracy*. Ann Arbor, Michigan University Press, 1962.

b) Teoría de la Agencia (*Agency Theory*). Stephen Ross, que formula esta teoría en 1973 como una manifestación del pensamiento empresarial, parte de la noción de que la vida social y política debe ser entendida como una serie de contratos o relaciones de acuerdo en los que cada parte tiene sus propios intereses y trata de maximizar la utilidad. Se trata por lo tanto de un modelo general en cuyo funcionamiento ideal se maximiza la eficiencia y la eficacia de la actividad económica¹⁵⁵. Bajo estos acuerdos se reconoce la figura de una parte principal y el agente que realiza una serie de tareas especializadas y recibe una contraprestación a cambio de sus servicios mutuamente aceptable. El problema de este modelo reside en la veracidad de la información que suministra el agente y permite llegar al acuerdo o comprobar el cumplimiento de los compromisos¹⁵⁶. Para paliarlo se hace necesario controlar a la agencia a través de otras agencias públicas o contrataciones externas con rigurosos programas que disminuyan los riesgos.

c) Teoría del Análisis de los Costos de la Transacción (*Transaction-Cost Analysis Theory*). Como las dos anteriores queda contestada posteriormente a su formulación¹⁵⁷. Contribuye a establecer el entendimiento de las diferentes estructuras de gobierno y entre la naturaleza externa de las relaciones de mercado e internas dentro de las empresas. Como las anteriores teorías es atacada por economista y despreocupada por el análisis de las relaciones sociales y humanas, por otra parte la débil definición de coste de transacción impide probarla¹⁵⁸. Las transacciones llevan aparejadas unos costes de gestión y vigilancia, lo que lleva a integrar las actividades suscitando estructuras jerárquicas, aunque en ciertos casos los costes internos de coordinación y control de las actividades del negocio superan los costes externos de la transacción de los mercados. La búsqueda del equilibrio o la optimización invita a la búsqueda de alianzas, el establecimiento de acuerdos entre los agentes o la contratación externa. Las consideraciones suscitadas por los costes de transacción cuestionan las medidas organizativas tomadas por los problemas del sector público, que deben observarse cuidadosamente.

En torno a estas teorías fundamentales y sin perjuicio de las contradicciones entre los diferentes autores, se aprecian dos grandes presupuestos doctrinales que agrupan, dan coherencia interna y

¹⁵⁵ Se produce aquí la interesante controversia por el origen de la teoría entre Ross, con un enfoque económico, y Mitnick, con un enfoque politológico. Mientras Ross cierra con gran simplificación y elegancia la esencia de las relaciones de la agencia y las variables clave, que finalmente fueron rebatidas, Mitnick contempla los costes de observación y vigilancia del agente centrandolo la teoría de la agencia en el control en lugar de en el intercambio. Vid. ROSS, Stephen A. "The economic theory of agency: The principal's problem" en *American Economic Review* v. 62 n. 2, 1973. p. 134-139. MITNICK, Barry M. "Fiduciary rationality and public policy: The theory of agency and some consequences" Ponencia presentada en el *Annual Meeting of the American Political Science Association*. New OrleansLA, 1973. En Actas de la APSA, 1973 (anteriormente disponible de Xerox University Microfilms y, más tarde, Serials UMI).

¹⁵⁶ Mitnick ve por fin publicado su trabajo dos años después de Ross. Vid. MITNICK, Barry M. "The theory of agency: The policing "paradox" and regulatory behavior". *Public Choice* (Winter), n. 24, 1975. p. 27-42.

¹⁵⁷ La teoría se considera formulada por WILLIAMSON, Oliver E. "Transaction Cost Economics: The Governance of Contractual Relations" en *Journal of Law and Economics*, October, n. 22, 1979. p 233-261.

¹⁵⁸ BOSTON, Jonathan. "The Theoretical ...Op. Cit. p. 19.

consistencia analítica a la NGP¹⁵⁹: en primer lugar, la Nueva Economía Institucional (NEI) formada por las Teorías de la elección pública, de los costes de transacción y de la agencia, junto a la Teoría de la burocracia de Niskanen de 1971, todas ellas habrían permitido crear un grupo de doctrinas de reforma administrativa sobre las ideas de elección del usuario, transparencia y estructuras de incentivos¹⁶⁰; el segundo presupuesto lo conforma el gerencialismo neotaylorista, sobre el que se desarrollan doctrinas de reforma basadas en la profesionalización gestora, experiencia esencial sobre la técnica y poder discrecional para lograr resultados mejorando el rendimiento con medidas de ajuste sobre los productos de las organizaciones¹⁶¹.

1.5.2.c Términos de aplicación contradictorios.

Una vez sintetizadas las corrientes se detecta la contradicción fundamental de la NGP, si en el primer presupuesto, según recoge Criado, se recurre a paradigmas de reforzamiento del poder del gobierno sobre la Administración ya formulados en el siglo XIX y la posguerra, respecto al segundo, a la literatura del management empresarial privado. La contradicción por consiguiente reside en la incoherencia entre ambos presupuestos establecidos sobre premisas opuestas, tal y como señala Aucoin, si en el enfoque de la NEI primaba la intervención de las políticas que propiciaban principios de coordinación, centralización y control, en el gerencialismo se daba prioridad a la gestión que fomentaba la descentralización, desregulación y delegación¹⁶². La difícil integración supuso el dominio del presupuesto gerencial en Reino Unido y Australia con reformas de corte empresarial neotaylorista, más pragmáticas y de inferior elegancia intelectual. Mientras en Nueva Zelanda, a lo largo de la década de los ochenta, la síntesis entre las teorías de la elección pública, la agencia y los costes de transacción impulsaron el movimiento de la NGP de gran coherencia analítica. Esta contradicción ya fue mostrada por Cristopher Pollit:

In sum, then, the public-sector managerialism of the 1980s and late 1970s lacked coherence in a number of important respects. It was characterized by several omissions and contradictions. Its motivational model of the public servant was crude and incomplete; its stance on wider social inequalities (which the

¹⁵⁹ Ya a mediados de la década de los noventa Dunleavy se hace eco de las críticas a la NGP y plantea su recepción en una revisión que incluya algunas de ellas en su planteamiento, menciona en este sentido la preferencia por los resultados eludiendo la distinción entre estilos tradicionales y modernos, los riesgos de la copia indiscriminada del modelo y cuestiones constitucionales que inciden en las competencias de las agencias del sector público. Vid. DUNLEAVY, Patrick y HOOD, Christopher. "From Old Public Administration to New Public Management" en *Public Money & Management*, v. 14, n.3, 1994. p. 9-16. Para Christopher Hood la nueva gestión pública es un término inexacto que sirve para englobar las diferentes doctrinas de la reforma burocrática en muchos países de la OCDE a finales de los 70. Vid. HOOD, Christopher. "A public management Op. Cit. p. 3-19. Hugues formula las diferentes formas en que la nueva gestión pública es considerada o no como un paradigma de cambio en la gestión del sector público. Vid. HUGHES, Owen. *Public Management...* Op. Cit. p. 2-4.

¹⁶⁰ Vid. NISKANEN, William A. *Bureaucracy and Representative Government*. Chicago, Aldine Atherton, 1971.

¹⁶¹ Vid. HOOD, Christopher. "A public management ..." Op. Cit. p. 3-19.

¹⁶² Vid. AUCOIN, Peter. "Administrative Reform in Public Management: Paradigms, Principles, Paradoxes and Penduloms" en *Governance: An International Journal of Policy and Administration*, 80, 2, 1990. p. 115-137.

public services themselves often exemplified) was evasive and its position on decentralization was riven with contradictions¹⁶³.

En el análisis de los resultados de la NGP, de acuerdo con Criado, se han ido realizando diferentes estudios clasificados en dos grupos¹⁶⁴. En el primero figuran aquellos que parten de un modelo único con sólo una posible respuesta a las formulaciones clásicas, presentan una visión sesgada sin alternativas a las reformas de la gestión pública¹⁶⁵. En un segundo grupo aparecen evaluaciones más independientes, como las realizadas por Pollit, que reconocen las limitaciones conceptuales y metodológicas de la NGP para evaluar sus resultados¹⁶⁶. Entre estas restricciones se encuentra la dificultad de obtención de indicadores adecuados y aplicables para realizar mediciones que expliquen los resultados de la gestión pública en dimensiones como el ahorro de costes, mejora de procesos, mejora de eficiencia, mayor eficacia, flexibilidad, capacidad y resistencia de los sistemas administrativos¹⁶⁷. Otro cuestionamiento que se hace presente es la valoración de la homogeneidad de un movimiento tan establecido bajo premisas globalizadoras como la NGP, más aun considerando la fuerte afinidad cultural del concepto en Oceanía, Norteamérica y Reino Unido bajo el ámbito anglosajón, en cuyas innovaciones, sin embargo, se produce una divergencia creciente según aumenta la profundidad que de menor a mayor se dan en el análisis de las políticas, las materias del discurso, las decisiones, las prácticas y los resultados, como también se producen aceptaciones parciales y condicionadas de técnicas y de estos métodos en los Países Bajos y escandinavos¹⁶⁸.

¹⁶³ Vid. POLLIT, Christopher. Managerialism... Op. Cit. p. 112-118. Vid. CRIADO, José Ignacio. *Entre sueños...* Op. Cit. 118.

¹⁶⁴ Vid. CRIADO, José Ignacio. *Entre sueños...* Op. Cit. p. 118-122. POLLIT, Christopher. Managerialism... Op. Cit. p. 13-15

¹⁶⁵ Vid. BARZELAY, Michael. *Breaking through ...* Op. Cit. Para Osborne y Gaebler, la introducción de técnicas privadas que combatan la burocracia se plantea desde la mejora en la eficacia y eficiencia del servicio público antes que desde la privatización externa, para ello se matizan las medidas de estímulo a los empleados públicos, de competencia en el caso de Phoenix, o de incentivos a grupos, caso de Visalia, que eviten la competencia y acaparamiento de información individual. Vid. OSBORNE, David y GAEBLER, Ted. *Reinventing...* Op. Cit.

¹⁶⁶ Vid. POLLIT, Christopher y BOUCKAERT, Geert. "Evaluating Public Management Reforms: An International Perspective" en *Evaluating in Public Sector Reform. Concepts and Practice in International Perspective*, (ed. H. Wollmann). Cheltenham, Edward Elgar, 2003. p. 12-25.

¹⁶⁷ A cada tipo de resultado se oponen problemas variados para realizar dicha evaluación tales como serían respectivamente con las citadas áreas de explicación: correlaciones macroeconómicas imposibles con las variables disponibles; utilización de diferentes técnicas en cada proceso aislado para evaluar servicios complejos e interdependientes; redefinición continua de indicadores para adecuarlos a los resultados, que impiden el análisis comparado; objetivos vagos que no permiten evaluar operativas de transformación con indicadores específicos. Cfr. CRIADO, José Ignacio. *Entre sueños...* Op. Cit. 120. Ante estos inconvenientes Osborne y Plastrik formulan cinco estrategias: claridad de objetivos (desagregar objetivos a cada organización, transferir actividades a los niveles bajos de la Administración, fomentar la competencia en las licitaciones, fijar presupuestos por resultados); creación de incentivos; estrategia del cliente y rendición de cuentas; desplazamiento del control centralizado y jerárquico hacia las organizaciones, empleados y la comunidad; y creación de una cultura empresarial en el sector público Vid. OSBORNE, David y PLASTRIK, Peter. *Banishing Bureaucracy. The Five Strategies for Reinventing Government*. Nueva York, Addison Wesley, 1997. (ed. español Paidós, 1998).

¹⁶⁸ Vid. POLLIT, Christopher. "Convergence: the Useful Myth?" *Public Administration*, v. 79, n.4, 2001. p. 933-947.

Capítulo II. Rasgos históricos de la formación del marco jurídico de la Administración en el Estado liberal y democrático.

II.1 Premisas generales.

Resulta imprescindible la comprensión de los mecanismos de innovación del Estado liberal en su dimensión histórica, pues el análisis de su génesis y evolución permite conocer los sustratos en que se fundamenta la modernización de la Administración pública del Estado liberal democrático y las causas de su diversidad. Con el término liberal se hace referencia a la característica de la subordinación de todas las actuaciones y los sujetos de los poderes públicos al imperio de la Ley, en este sentido se considera que la primera tarea reformadora que inicia el nuevo Estado respecto al régimen absolutista que le precede es garantizar la igualdad ante la Ley y la supeditación del poder ejecutivo a un ordenamiento jurídico previo¹⁶⁹. La siguiente tarea política que dicho Estado acomete y se encuentra implícita en su doctrina fundacional, es la representación del pueblo o nación en los órganos rectores que detentan los poderes públicos, que le permite, en teoría, alcanzar gradualmente la condición de democrático. Esta condición se adquiere con la extensión de la base representativa del Estado liberal hasta obtener los medios del sufragio universal que sirven al pluralismo político en el sistema electivo de representación de los intereses públicos, pero siempre supeditado a unas normas que lo conforman debido a que en todo momento prevalece sobre el principio democrático el principio de legalidad, verdadera característica conformadora del Estado. Así, tanto la prevalencia de un principio constitutivo del Estado sobre el otro, como la secuencia histórica en la que ambos atributos se conforman, aconsejan referirse al Estado actual con ambas condiciones y en dicho orden: liberal-democrático.

¹⁶⁹ El “partido” liberal fue impulsado en las Cortes de Cádiz por los partidarios, en su seno, de la creación de un nuevo orden constitucional basado en la proclamación de los derechos y libertades del hombre. Las citadas Cortes de Cádiz asumen en estado de guerra la soberanía nacional por cooptación y elección representativa ante la ausencia del poder de la monarquía absolutista de España. En este sentido los cuatro primeros artículos de la Constitución de 1812 consagran los principios de nación, como reunión de españoles, libertad, independencia, inalienabilidad, soberanía, como exclusivo derecho a establecer leyes que obliguen a tutelar los derechos y libertades de los individuos que componen la nación. Finalmente, como queda recogido en el *Diario de las discusiones y actas de las Cortes del día 28 de agosto de 1811*, el artículo 3 se ciñe al núcleo irreductible de la soberanía como la facultad de establecer las leyes fundamentales de la nación, tras descartarse, por la intervención del diputado Felipe Anér de Estévez, la adopción de la forma de gobierno que figuraba en el proyecto de la Comisión, con la intención expresa de sustraerle el principio democrático “No demos, pues, ocasión a que los enemigos interpreten [...] lo presenten como un principio de novedad, y como un paso de la democracia”. La intervención de Ferrero, en el sentido de añadir a las leyes fundamentales “todas las demás convenientes y necesarias para el buen régimen de su gobierno”, que no fue considerada, lo que reforzaba las potestades del poder ejecutivo. Como última y significativa de las posiciones en la votación final de este artículo, el cuestionamiento del mismo principio de soberanía nacional defendido por el diputado Borrull, al anteponer al monarca en la soberanía y el régimen de gobierno, que quedó rechazada. Finalmente, la posición política liberal se dirime, por consiguiente, en un régimen de legalidad y soberanía nacional, moderada en el régimen de gobierno por la figura del monarca, que ostenta el poder ejecutivo, lo que otorgaría al término liberal ese sentido originario que vincula el poder a la legalidad y un gobierno con amplias facultades de decisión. Vid. MARTÍNEZ PÉREZ, Fernando (ed.). *Constitución en Cortes. El debate constituyente. 1810-1812*. Madrid, UAM, 2011. p. 40-54.

Por lo tanto la expresión liberal democrático aplicada al Estado se utiliza como término que engloba todo el proceso histórico con el que se nombra al tipo de Estado que se forma a partir del siglo XIX en el hemisferio occidental europeo y norteamericano, cuya comprensión posee al menos tres dimensiones que se deben clarificar:

En primer lugar su ámbito geopolítico, que distingue dos grandes espacios así considerados: el anglosajón y el europeo continental. Ambos se diferencian de forma sustancial por un importante primer criterio de temporalidad en el acceso a la creación de un régimen político liberal, siendo más temprano en el primer caso y más tardío en el segundo. Sin embargo no suceden de forma aislada, las diferencias en la formación de los sistemas jurídico-políticos no excluyen las interrelaciones recíprocas, especialmente debidas a la conformación competitiva de los Estados nacionales en Inglaterra y Francia como se verá más adelante. Por otro lado se debe hacer una mención especial, que extiende este ámbito, a la Independencia Americana, cuyos territorios colonizados por población procedente de los Estados europeos y en dependencia política de sus respectivas metrópolis, asimilan estas tradiciones políticas a las existentes en Europa occidental, tanto en el proceso de secesión como posteriormente. Entre estos nuevos Estados destaca la tradición más próxima al ámbito anglosajón, por ser su metrópoli de procedencia, en el caso de los Estados Unidos de América que es la primera de las independencias impulsada por la población de origen europeo en territorios colonizados; se lleva a cabo mediante un proceso de revolución política fruto del pensamiento liberal europeo y especialmente el inglés de John Locke y Francis Bacon¹⁷⁰; por último promueve la primera revolución política liberal, lo que supone su anticipación al resto de ciclos de revolución burguesa y fundación de un régimen constitucional, incluido el francés.

En segundo lugar el alcance histórico donde se considerarán todos los ámbitos (continental, anglosajón y norteamericano), para extraer conclusiones generales sobre los fundamentos organizativos y funcionales de la Administración pública y su contexto jurídico político. A partir de aquí el interés de la investigación se sitúa en el ordenamiento jurídico administrativo propio del sistema continental, cuyas particularidades afectan singularmente a los procesos de transformación y modernización de la Administración pública dentro del Estado liberal. Será, por último, dentro de este ámbito continental, el

¹⁷⁰ Conviene precisar que el constitucionalismo de Estados Unidos representa más la continuidad del republicanismo inglés y un antecedente del constitucionalismo continental posterior que un fenómeno aislado o deudor del pensamiento ilustrado como a veces se ha presentado. En este sentido, Thomas Jefferson fue por su talla intelectual y papel político un crucial referente de esta influencia anglosajona, autor material de la Declaración de Independencia y Presidente a partir de 1801. Entre los autores más influyentes en Jefferson destaca John Locke, como se aprecia la literalidad de obra de Locke en la Constitución de 1787 junto a la aplicación de la experiencia de gobierno autónomo en las colonias y la recepción del conocimiento de los grandes doctrinarios del pensamiento empírico, liberal y científico británico. Respecto a la influencia de Locke en la Declaración de independencia. Vid. MAPP, Alf. J. *Thomas Jefferson. Passionate Pilgrim*. Lanham, Madison, 1991. p. 364.

caso español el que ocupe un análisis concreto en el que detenerse para su conocimiento más en detalle y su uso como campo de verificación de los argumentos de la investigación.

Como tercer y último eje caracterizador del Estado liberal y democrático aparece la dimensión conceptual y científica de la doctrina política y jurídico-administrativa que se formula en la Historia Moderna y Contemporánea dentro del ámbito europeo occidental, sustanciado en la evolución y transformación de los sujetos de ciudadanía, la organización pública y las entidades privadas. También conectados con la dimensión histórica, los sujetos de la doctrina y las formulaciones que sirven a la conformación del Estado encuentran su definición en ese contexto histórico y entre ellos se entiende a la organización pública como sustrato de ese sistema de relaciones.

Este enfoque histórico en su perspectiva administrativa, gestora y jurídica, se plantea como un medio que facilite la comprensión y evolución de la Administración desde el Estado liberal al Estado liberal-democrático actual. Para ello, en primer término, esta investigación se propone recurrir a una periodización desde la transición del Estado Moderno hasta el Estado Contemporáneo partiendo de las formas de concentración y división de poderes que se producen en los sistemas políticos más consolidados en Europa durante la edad moderna. Se recurre para ello a un análisis comparado de la formación de los poderes públicos en la sociedad europea desde la Alta Edad Media hasta la Edad Moderna que permita establecer los principios de diversidad y unidad de las vías de desarrollo de la Administración en cada ámbito geopolítico; el estudio de la formación del Estado liberal y sus grandes tradiciones jurídico-administrativas, cuyas variantes se sitúan en los instrumentos políticos y jurídicos para ejercer las potestades y el control del poder ejecutivo, tales como el político parlamentario en la variante anglosajona o jurisdiccional y ejecutivo en la tradición continental.

De este análisis aflora un principio de diversidad en el origen del sistema liberal. Por un lado, en el caso continental, los poderes exorbitantes concentrados en la institución monárquica van adquiriendo, sin perder su carácter privatista, una gran complejidad y capacidad de intervención en la realidad política y social. Por otro, en el modelo anglosajón, la temprana fijación institucional de los grupos privados de interés en la actividad pública, que evita dicha concentración y delimita el funcionamiento autónomo del ámbito político y económico privado. Todo ello sin perjuicio de presentarse un único expediente garantizador del Estado de Derecho resultado de ambos procesos, que dan lugar al principio de unidad del sistema político y jurídico, cuyas causas pueden verse en el influjo recíproco, que se hace persistente, entre ambas tradiciones o vías de desarrollo. En la Historia Moderna se evidencia en el tráfico dinástico anglo-francés del régimen feudal, la formación del poder monárquico y la expansión de las reformas religiosas con sus trazos nacionales. En el inicio de la época contemporánea la relación entre las formas de Estado comienza con la asimilación norteamericana de la revolución liberal confrontada al régimen liberal-parlamentario británico; después con la aportación alemana e italiana que

decantan el factor de competencia política y territorial en el proyecto liberal de los constructos nacionales; más adelante en el intervencionismo propio del Estado social dentro de un hemisferio de países política y económicamente interdependientes. Por último, ya dentro de un mundo global, el flujo entre ambas tendencias de las reformas en la gestión pública a través de organizaciones supraestatales y transnacionales en un modelo de Estado liberal democrático que se hace hegemónico y globalizado, sin perder las notas de diversidad jurídico-públicas.

Llegados a la dinámica reciente de la Administración, se tratará de analizar y esclarecer el impacto interno y externo del desarrollo industrial y los movimientos sociales en la maduración de los sistemas burocráticos y democráticos del Estado liberal y con ellos los supuestos de evolución de la Administración pública. Finalmente, la crisis del sistema liberal, causada por factores de diversa índole que más adelante se analizarán, propicia el establecimiento del Estado del Bienestar, de acusado carácter asimétrico según el grado de desarrollo socioeconómico de los Estados y cuya principal innovación es el impulso de las políticas públicas prestacionales de servicios a través de la estructura administrativa. Todo ello antecede al escenario en el que se sitúa esta investigación, cuando la madurez de dicho Estado y Administración de servicios deviene en acciones de gobierno dirigidas a transformar la gestión pública.

II.2 Orígenes del marco jurídico público en el Antiguo Régimen.

II.2.1 Fundamentos históricos en la delimitación del marco jurídico de la Administración pública.

En las premisas introductorias conviene centrar el concepto de marco jurídico aplicado al Estado en general y a la Administración pública en particular, que precisa de una definición preliminar concretada en su origen y evolución. En su generalidad se puede considerar que el marco jurídico se refiere el conjunto de normas que regulan la actividad social desde los poderes públicos, mientras que el marco jurídico propio de la Administración resulta del proceso que surge en los orígenes del Estado liberal y que termina madurando con la formación de un sistema de regulación de la actividad pública en su relación con el resto de la actividad social.

La formación de un marco jurídico propio precede a la consolidación de una rama del Derecho a partir de las diferentes tradiciones no sólo jurídicas, sino doctrinales de filosofía moral y política,

recogidas finalmente por el Derecho administrativo como disciplina jurídica autónoma de las relaciones normadas que ordenan la actividad de los poderes públicos¹⁷¹.

Hablamos de marco jurídico en tanto: “[...] que Europa llevaba siglos construyendo sus distintos sistemas jurídicos: el Derecho Romano, el Derecho Germánico, el *ius commune* medieval o moderno, el *common law*, el Derecho Natural y de Gentes –con la salvedad de la construcción de Locke-¹⁷². Sin embargo, como se ha apuntado con anterioridad, no sólo surge de Locke, como señala García de Enterría, si no de otros autores de la citada doctrina moral, política, social, económica, el pensamiento científico, lógico y matemático recopilado en las aportaciones de la filosofía del humanismo moderno europeo. Conocimiento finalmente sustanciado en la técnica jurídico, que en su origen, anterior a la conformación gradual del propio cuerpo del Derecho administrativo, participa de todas estas contribuciones del pensamiento científico y social¹⁷³.

Más allá de su aclaración ontológica, el marco jurídico de la Administración aparece como una necesidad instrumental cuya finalidad es fijar la aplicación de la legalidad al ámbito privado y una norma específica al ámbito público de la Administración¹⁷⁴. Así, al partir la doctrina liberal de una realidad institucional y jurídica de privilegios aristocráticos, el poder público debe conformarse como sujeto garante del Derecho aun a costa de sacrificar el principio de libertad originario. Quizá se debería delimitar lo instrumental del marco jurídico propio, de lo sustancial del marco jurídico, como se distingue lo accidental de lo necesario. En lo primero tenemos los medios jurídicos para establecer las relaciones entre la Administración y la sociedad formada por sujetos particulares o privados, en lo segundo el conjunto de normas de Derecho privado que invoca al Estado como garante del cumplimiento general de la legalidad. Desde el segundo se constituye el Estado de Derecho, rasgo externo y diferencial del Estado liberal sobre cualquier sistema jurídico-político anterior, mientras que desde el primero, como particularización jurídica, se articula un proceso diferencial interno en tanto una vez optado por este tipo no cabe reconsideración alguna, pues su cumplimiento condiciona la eficacia en

¹⁷¹ Aunque no es objeto de esta investigación la definición explícita del Derecho administrativo es sin duda uno de los temas más recurrentes impelido por su reivindicación científica - causa de múltiples formulaciones - y fines docentes en los tratados y manuales que la convierten en una cuestión obligatoria. Las dos grandes variantes ontológicas parten de un sistema contrapuesto de argumentaciones que sostienen una doctrina objetiva o subjetiva. Es por esta razón que se evita aquí su profundización y citación que en cierto modo se extiende de manera implícita bajo el enfoque particular de esta investigación.

¹⁷² Vid. GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo. “Prólogo” en ALLI ARANGUREN, J. C. *La construcción del concepto de Derecho administrativo español*. Navarra, Thomson-Civitas, 2006. p. 24.

¹⁷³ Es paradigmática la ya citada influencia de Jefferson, entre la que destaca la profunda incidencia de Bacon, Adam Smith, Newton y Locke. El caso de Estados Unidos parece propiciar la confluencia del pensamiento ilustrado y la acción política en una figura, aunque no la única, del calado de Thomas Jefferson. Vid. MAPP, Alf. J. *Thomas Jefferson...Op.Cit.* p. 321.

¹⁷⁴ “Fue esa súbita irrupción el resultado de la gran novedad histórica que supuso la Revolución Francesa, que acertó a imponer no sólo en Francia, sino en Europa entera el nuevo mito del gobierno y del ‘reino de la Ley’” (GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo. “Prólogo”...Op.Cit. p. 24).

el funcionamiento de los poderes públicos. Para la eficacia del funcionamiento de ambos marcos como principios de Derecho se presentará la teoría de la división de poderes, cuyas variantes prácticas permiten entender el proceso de diversificación en las formas de regulación del Estado Liberal y las características del marco jurídico propio en el que se detendrá esta investigación.

II.2.1.a Rasgos socioeconómicos de la unidad y diversidad jurídica administrativa europea occidental.

Entre las premisas básicas en la formación del Estado liberal es preciso contemplar el plano histórico y material de las nuevas relaciones sociales y económicas del periodo que transcurre de mediados del siglo XVI a final del siglo XVIII¹⁷⁵. De este modo se trata de asentar cualquier abstracción doctrinal en el sustrato al que las nuevas formas de pensamiento pretenden ofrecer propuestas concretas de organización política y fundamentación jurídica del Estado y la autoridad pública. Las causas de la diversidad y unidad de principios de estas doctrinas pueden entenderse en el contexto de adaptación a diferentes realidades sociales, económicas y territoriales, a partir de la constatación de ciertos fenómenos socio-económicos que se producen en este periodo. En primer lugar, el desarrollo de nuevas actividades económicas ligadas al comercio, las manufacturas y el incremento de sus escalas productivas, junto a los nuevos instrumentos financieros y fiduciarios que simplifican las relaciones económicas y provocan la aparición de nuevos grupos sociales de interés económico. En segundo término La diversificación geopolítica ante las nuevas actividades económicas que da lugar a diferentes procesos de regulación administrativa, de protección del intercambio y producción de bienes, impulsados por las necesidades fiscales de los poderes adscritos a entidades políticas territoriales. Por último, La especialización e interdependencia de cada entidad territorial dentro del mercado europeo, dando lugar a diferentes marcos de desarrollo jurídico-público que buscan su adaptación al entorno socio-económico.

Puede observarse así que el desarrollo económico y la consolidación de nuevos sectores productivos comienzan a desvincular la prosperidad de la monarquía y sus reinos del poder patrimonial de las rentas de la tierra, la apropiación del territorio y el ejercicio en él de potestades públicas con formas jurisdiccionales privadas. También favorecerá la contradictoria alianza entre la burguesía mercantil y financiera y la monarquía, que busca en estos sectores recursos para alcanzar sus objetivos

¹⁷⁵ La transformación entre el Estado Moderno (absolutista) y el Estado contemporáneo (liberal) es objeto de un interesante análisis de la historiografía jurídica por Garriga, que establece las consecuencias en la aplicación de los paradigmas “estatalistas” y “jurisdiccionales”. En ese sentido, la perspectiva historiográfica material expuesta en este epígrafe trata de caracterizar las causas de las variantes del nuevo Estado liberal dentro de la formación del Estado moderno en su diversidad territorial, aumiendo, no obstante, los cambios sustanciales y radicales entre ambos Estados. Vid. GARRIGA, Carlos y LORENTE, Marta. “Orden jurídico y poder político en el Antiguo Régimen” en *Cádiz, 1812. La constitución jurisdiccional*, (ed. Carlos Garriga y Marta Lorente). Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2007. p. 51-58.

de consolidación patrimonial, política y jurisdiccional, mediante la aplicación de medidas proteccionistas e interventoras sobre ellos¹⁷⁶. En este marco debe de considerarse el factor de fortalecimiento de los Estados absolutistas, verdadero precedente de la adopción de políticas económicas en los incipientes Estados-nación¹⁷⁷.

De este modo, las primeras políticas mercantilistas, impulsadas por las diferentes monarquías en sus respectivos reinos, ejercían de fuerzas centrípetas en la formación de los Estados. Durante todo este periodo se impusieron las normas proteccionistas del comercio interior respecto al exterior, las medidas obstruccionistas de las importaciones de manufacturas, las exportaciones de materias primas y metales preciosos, cuya función monetaria era constitutiva de un bien de mercado y objeto de su acumulación. Bajo tales normas se protegía la manufactura y el comercio interior frente a la importación de productos de las otras naciones, tenido por causante del empobrecimiento interno en una dinámica socio-política necesitada de nuevas fuentes de rentas:

La monarquía francesa conservaba alguna prudencia, ya que se veía obligada a cuidar de las clases privilegiadas y de su nobleza en particular. Ensalzaba al mercader, pero no podía derrocar la constitución social del reino. El propio Colbert repudiaba su procedencia de comerciante; alababa los méritos del comercio, pero desconfiaba del egoísmo de los mercaderes y no quería desarrollar sus asuntos más que después de haberlos sometido a severos reglamentos y controles¹⁷⁸.

Es en este punto donde la crítica al mercantilismo arranca una concepción de la que emergerá el liberalismo económico, se trata de una doctrina profundamente conectada con el liberalismo político por el sustrato socio-económico común que lo sostiene, pero no obstante conviene dissociar, si en la doctrina del liberalismo político prevalece un principio de igualdad y libertad dirigido a la sociedad, el liberalismo económico encuentra en las fuerzas productivas y la asignación de bienes y servicios su principal objeto¹⁷⁹. En ambos concurren subjetivamente los diferentes sectores sociales en presencia, pero sus objetivos difieren hasta el punto que una vez cumplido el programa político y administrativo liberal, la ejecución del programa del liberalismo económico se rige con cierta independencia. De forma que en realidad la existencia de los principios de libertad económica no presupone un régimen público

¹⁷⁶ Vid. UBALDO BERNARDOS, José y HERNÁNDEZ, Mauro "Europa se abre al mundo" en *Historia Económica Mundial. Siglos X-XX* (eds. Francisco Comín, Mauro Hernández y Enrique Llopis). Madrid, Crítica, 2010. p. 94-98.

¹⁷⁷ Más allá de las valoraciones económicas del mercantilismo, como sistema de construcción del poder recoge Bernal: "Otros, en cambio, enfatizan la faceta política del sistema y consideran el mercantilismo como la dimensión económica del absolutismo estatal. Es decir el sistema que desde la economía coadyuvó a la construcción del Estado moderno [...] En suma, un sistema que se asimilaría al nacionalismo económico" (Vid. BERNAL, Antonio Miguel. *España proyecto inacabado. Costes y beneficios del Imperio*. Madrid. Marcial Pons Historia. 2005. p.166).

¹⁷⁸ Vid. DEYON, Pierre. *Los orígenes de la Europa moderna: el mercantilismo*. Ediciones Península, Barcelona, 1976.

¹⁷⁹ Considerado el creador de la economía política y gran teorizador del liberalismo económico en su acerada crítica al mercantilismo, Adam Smith recibió la influencia decisiva de otros iniciadores del liberalismo político y la filosofía moral como Hobbes y Hume. SMITH, Adam. *Investigación sobre la naturaleza y causas de la riqueza de las naciones*. Mexico, Fondo de Cultura Económica, 1979.

garante de libertades e igualdad jurídica, a sensu contrario, la conformación de un Estado de Derecho no prohíbe la intervención pública mediante el uso de la regulación legal¹⁸⁰.

Se considera sí, que en la adaptación a este proceso de cada territorio históricamente conformado se va creando una diversificación de las entidades políticas sujetas a un entramado de interrelaciones entre ellas que explica las diferentes formas de ordenamiento jurídico-administrativo. Así, sobre el desarrollo socioeconómico territorial y nacional europeo destaca la repercusión de las primeras normativas económicas y fiscales nacionales ejercidas por los poderes públicos de este periodo, como el mercantilismo. Normas que manifiestan los intereses privados emergentes con los institucionales privatistas de cada territorio, dentro de un proceso de diversificación de las entidades político-territoriales que conduce, por su dinámica de complementariedad, a fijar estrategias de regulación jurídico-públicas conectadas entre sí¹⁸¹.

Esta especialización e interdependencia de los territorios europeos occidentales en su desarrollo económico durante el Antiguo Régimen permite explicar la diversidad de los poderes públicos y privados, que forma parte de la esencia misma de las particularidades del marco jurídico de cada Estado en formación. Ello es debido a que en la generalidad de los territorios se han asentado organizaciones políticas cuyos poderes sostienen una economía basada en la vinculación entre la titularidad de los recursos productivos y el ordenamiento jurídico que emana de dicha titularidad. No obstante, junto a estas estructuras de poder emergen nuevos recursos económicos basados principalmente en el comercio, la incipiente industria manufacturera y los medios fiduciarios, que no se sujetan a aquel ordenamiento jurídico privatista. Un caso particular en esta dinámica de especialización e interdependencia de los territorios lo constituye el proceso de la expansión territorial europea, que se lleva a cabo con autonomía de sus agentes políticos y sin embargo resulta trascendental como factor de interrelación de todos los Estados. Su surgimiento en Castilla y Portugal, reinos con un escaso y embrionario desarrollo mercantil,

¹⁸⁰ Bartolomé Clavero descubre al indagar los orígenes de la codificación civil en las fuentes constitucionales, que la Constitución de Cádiz, al desarrollar los principios de libertad civil y propiedad proclamados en el artículo 4, incurre en atribuir a las administraciones locales (arts. 321-9, 325 y 335-5) “unas competencias de fomento que parecen responder a un concepto más bien ilustrado, preliberal, de intervención económica”. Vid. CLAVERO, Bartolomé. “Origen constitucional de la codificación civil en España. (Entre Francia y Norteamérica)” en *Derecho privado y Revolución burguesa. II Seminario de Historia del Derecho privado. Gerona, 25-27 de mayo de 1988*. (coord. PETIT, Carlos.). Madrid, Marcial Pons, 1990. p. 67-68.

¹⁸¹. Al respecto cabe mostrar la exposición de Deyon: “En materia económica, como en materia política, la situación de Inglaterra parece intermediaria entre la de las Provincias Unidas y la de Francia: Las Provincias Unidas en las que la impotencia del poder federal dejaba con frecuencia curso libre a los intereses particulares, es decir, antinacionales, y Francia, en donde el celo de un ministro suplía mal la mediocridad de los cuerpos intermediarios y la intervención del Estado tomaba un carácter autoritario o represivo. El mercantilismo inglés se benefició de la precocidad de las instituciones políticas y sociales, de la calidad de la información y de la reflexión teórica en el país, evolucionó, se adaptó, se perfeccionó y ayudó a Inglaterra a adquirir, en Europa, una verdadera supremacía marítima y comercial y hasta quizá la supremacía industrial”. (Vid. DEYON, Pierre. *Los orígenes...* Op.Cit. p. 40-41).

se realiza sobre las condiciones bajomedievales de conquista territorial, y no obstante encuentran en ésta la especialización y el acomodo dentro del conjunto del desarrollo económico europeo moderno¹⁸².

Es en este marco donde se van configurando territorios cuyas formas de poder político adoptan mecanismos jurídico-administrativos que se adaptan a la presencia de unos u otros tipos de recursos productivos y sus grupos de interés asociados, tratando de dotar a dichos territorios de estabilidad política interna y encaje en un entorno competitivo y militar sobre el sustrato de la formación de los Estados¹⁸³. Se detecta así que el origen de un marco jurídico público delimitado del régimen jurídico común obliga a considerar los diferentes casos que surgen en la formación de los Estados europeos, cuyas diferencias pueden establecerse en dos aspectos: en primer lugar la particularización territorial que responde a una adaptación concreta de las soluciones jurídicas e institucionales a las relaciones *inter* privadas en las entidades político-territoriales del Antiguo Régimen¹⁸⁴; en segundo lugar, conectado con el anterior, la evolución histórica de las comunidades políticas, formadas en el periodo bajomedieval, que se adaptan a una tradición institucional y política propia¹⁸⁵.

II.2.1.b Caracteres institucionales de los territorios: reinos y monarquías.

¹⁸² Vid. BERNAL, Antonio Miguel. Op. Cit. p.162-166. En esta investigación se pone de manifiesto como el Imperio Español es un sujeto activo no sólo de su fundamental capacidad de aprovisionamiento al sistema fiduciario europeo, sino de su capacidad de innovación y creación de estructuras administrativas y políticas que fueron ampliamente utilizadas posteriormente en la política monetaria y la organización de las administraciones coloniales y elevado a la categoría de paradigma.

¹⁸³ “Desde el siglo XVI en adelante, afianzado en las dos centurias siguientes, el mercantilismo decide a favor de la ‘nación-Estado’ la pugna mantenida contra los ‘centros regionales de poder’ característicos de la época feudal europea y busca [...] el engrandecimiento en cada caso, de la nación-Estado en detrimento y contraposición de las restantes naciones-Estado” (Ibid, p.166).

¹⁸⁴ Muestra la relación entre la formación jurídica del Derecho común y el Derecho romano como factor del más dinámico desarrollo mercantil y económico en Inglaterra, visto de otra forma, las condiciones económicas y sociales que llevaron a la formación de ese Derecho y la industrialización. HARTWELL, R.M. “Cambio jurídico, reforma jurídica y crecimiento económico en Inglaterra antes de la Revolución industrial y durante ella” en *Historia económica. Nuevos enfoques y nuevos problemas. Comunicaciones al VII Congreso Internacional de Historia Económica*. Barcelona, Crítica, 1981. p.184-195.

¹⁸⁵ Anabitarte se inclina en su análisis del origen del Derecho administrativo español por remarcar sus antecedentes históricos y propios y negar la noción generalizada de una recepción mecánica del Derecho administrativo francés y particularmente bonapartista para establecer la continuidad que se da en España entre los antecedentes del Antiguo Régimen y el Estado Liberal: “En resumen, a la pregunta sobre los ‘orígenes’ o la ‘creación del Derecho administrativo español’, parece razonable contestar que este saber jurídico no tiene fecha de nacimiento, no se creó en un momento, sino que el conjunto de normas, principios y técnicas que regula la actuación de las Autoridades públicas con los súbditos o ciudadanos, se ha ido formando en España desde por lo menos el siglo XV-XVI hasta nuestros días”. (GALLEGO ANABITARTE, Alfredo. "Influencias nacionales y foráneas en la creación del Derecho administrativo español" en *La construcción del Estado y del Derecho administrativo. Ideario-jurídico político de Posada Herrera*, (coord. Francisco Sosa Wagner,). Madrid, Marcial Pons, 2001. p. 43.). Sobre el concepto de revolución liberal, término cuya acuñación de origen español nunca ha quedado suficientemente reconocida. Miguel Artola inscribe el concepto historiográfico español y sus nuevos principios políticos en el periodo 1808-1837. Vid. ARTOLA, Miguel. *La burguesía revolucionaria. Historia de España dirigida por Miguel Artola*. Madrid, Alianza Editorial, 1990. p. 75-125

En la transición entre el periodo bajomedieval y la edad moderna comienza a dibujarse el Estado territorial a partir de la distinción entre Reino y Monarquía¹⁸⁶. Para Miguel Artola el Reino corresponde a una entidad territorial que posee instituciones propias tales como los parlamentos y las leyes, generalmente formados en la Baja Edad Media a partir de la hegemonía política del Rey; la Monarquía, sería el resultado de la agregación de varios Reinos con órganos legislativos propios. En esta dinámica se inscribe el caso de la monarquía de España ejemplificado en Felipe II y su posterior evolución en la dinastía hispana de los Habsburgo. En opinión de Miguel Bernal este modelo se incumple en el caso de los reinos de España, pues en los dominios del soberano bajo la Monarquía de Felipe II no se dio “la universalidad de la Ley para la totalidad de los territorios gobernados, ni éstos, a su vez, eran equiparables entre sí en cuanto formaciones jurídico-políticas semejantes”¹⁸⁷. Este hecho no impide considerar el paradigma conceptual de Artola, en la medida que el cumplimiento de universalidad y uniformidad que se exige a los reinos no es *conditio* de la Monarquía pues ejerce la gestión política en las diferentes instituciones políticas y administrativas que ocupa o utiliza. Por ello, que no se cumpla la pretendida homogeneidad en los vastos territorios de la Monarquía hispana no impide considerar las características administrativas de su formación política, que explica la distinción establecida entre ésta y sus reinos con la subordinación de poderes diversos a través del gobierno privatista de dicha Monarquía¹⁸⁸. Así, bajo la Monarquía Universal de Felipe II, se establece una forma de burocracia en la que el sistema de reinos bajo su tutela adopta los órganos ya existentes en el más poderoso de ellos: Castilla.

El Consejo de Castilla, Las Chancillerías y Audiencias y el ordenamiento de los poderes locales bajo la figura de los Corregidores constituyen un sistema de instituciones que, en convivencia con el complejo entramado jurisdiccional señorial y bajo la impronta del ordenamiento fiscal de la Real Hacienda, forman el reino de procedencia bajomedieval más evolucionado para albergar la figura de un Monarca, dotándole de amplios instrumentos de gobierno y concentración de poderes dentro de los ordenamientos jurídicos vigentes hasta entonces en Europa. Esta estructura administrativa, tras la herencia carolina de los Habsburgo, es ocupada en su partición española por Felipe II, y en el mismo

¹⁸⁶ “Las formas de Estado anteriores a la revolución liberal pertenecen a una de dos opciones: se trata de *reinos* o de *monarquías*. El *reino* se caracterizaba, Habida cuenta de las diferencias estamentales, por la existencia de un parlamento y la universalidad de la ley, condiciones que no se encuentran sino en Estados de corta extensión, ninguna de los cuales escapó a la incorporación en uno u otro momento a una construcción política más compleja. La *monarquía* era la forma de Estado que resultaba de la incorporación de dos o más reinos, con órganos legislativos propios y, en un caso, el de Francia, con uno común, los *Estados Generales*, y con una limitación territorial en la vigencia de las normas” (Vid. ARTOLA, Miguel. *La Monarquía de España*. Madrid, Alianza Editorial, 1999. p. 28).

¹⁸⁷ Cfr. BERNAL, Antonio Miguel. *España...* Op. Cit. p. 69-70.

¹⁸⁸ “La distinta constitución del Reino y la Monarquía determina la naturaleza de la gobernación. La acción de la corte se extiende a todo el Reino a través de un gobierno y administración común; la unidad fundamental del derecho, apenas mediatizada por los fueros locales, se manifiesta en una jurisdicción común, y lo mismo sucede con la fiscalidad” (Vid. ARTOLA, Miguel. *La Monarquía...* Op. Cit. p. 138).

reino de Castilla le suma una estructura administrativa innovadora en la organización de territorios coloniales, cuyo modelo de gestión quedará exportado al resto del continente europeo¹⁸⁹. Se incorporan así instituciones como el Consejo de Indias, los Virreinos y la Casa de Contratación, que formaban un edificio construido bajo la solidez jurídica y política neoescolástica de la Escuela de Salamanca¹⁹⁰. Ambas organizaciones: interna bajomedieval y colonial, fruto de la expansión, inciden en la influencia de Castilla en todo el periodo de dominación monárquica de la dinastía de los Austrias y el resto de la Edad Moderna en España hasta la Revolución Liberal¹⁹¹.

Este primer sistema administrativo supone un paso previo a las administraciones absolutistas posteriores, mucho más homogéneas, y antecede al absolutismo pre-ilustrado. Existe una solución de continuidad entre esta monarquía respecto a las posteriores, que remarca el sentido jurisdiccional, la introducción del poder monárquico como solución del sistema feudal y señorial, y la formación de una administración dentro de un Estado privatista. Lo ilustra en el caso que vemos el sistema de Consejos, en cuya cúspide se sitúa el Consejo de Castilla, que ejerce competencias reformadas por los Reyes Católicos ya claramente administrativas y judiciales superpuestas a las tradicionales gubernativas con la introducción de hasta nueve letrados (Cortes de Madrigal, 1476, y de Toledo, 1480) y el conocimiento de suplicaciones, recursos extraordinarios y los asuntos tratados antes por el Tribunal especial del rey¹⁹². En tiempo de Felipe II se incrementa el número de letrados y sus funciones judiciales para pasar a desarrollar verdaderas funciones de gobierno inspiradas en la Instrucción de 1582 que invocaba su ocupación en negocios de Estado. Así, se forma una sala para los asuntos de gobierno que reúne entre otras competencias el cumplimiento del Concilio de Trento, Hospitales, Seminarios, universidades, agricultura, comercio, montes,..., asuntos de materia administrativa y de gobierno extremadamente delimitados y ejercidos por consejeros especialmente designados para ello¹⁹³. Junto a éstas, se crean tres salas adicionales que daban cuenta de la unidad de poderes gubernativos y jurisdiccionales encarnados por la Monarquía y delegados en instancias de una misma institución claramente gestora, como son: una sala para negocios públicos urgentes (generalmente jurisdiccionales), dos salas adicionales de justicia y dos jueces para asuntos civiles inferiores a 1.000 ducados. A su vez, el reino de Castilla, unificado

¹⁸⁹ “A diferencia de los precedentes, fue el hispano un imperio colonial marítimo, no continental al uso de la Antigüedad y el Medioevo, conquistado, subyugado y explotado según los criterios con que se han identificado a los Imperios coloniales forjados por las potencias occidentales desde entonces hasta el siglo XX” (BERNAL, Miguel. *España...Op. Cit.*) p. 107.

¹⁹⁰ Vid. DOMÍNGUEZ ORTIZ, Antonio. *El Antiguo Régimen: Los Reyes Católicos y los Austrias. Historia de España dirigida por Miguel Artola*. Madrid, Alianza Editorial, 1988. p. 100.

¹⁹¹ Vid. “La castellanización de España” en BERNAL, Miguel. *España...Op. Cit.* p. 91 y s.

¹⁹² Vid. DÍAZ DE MONTALVO, Alfonso. *Compilación de Leyes del Reino. Ordenamiento de Montalvo*. Edición facsimilar de la edición de 1484. Valladolid, Lex Nova, 1986. Leyes 23 y 4, tit. 3, lib.2º de las Reales Ordenanzas de Castilla.

¹⁹³ En la Real Cédula expedida en el Pardo de 30 de enero de 1608, de Felipe III se regulan procesalmente las disposiciones para la Sala de Justicia otorgadas en las Cortes de 1560 con Felipe II. Vid. ESCOLANO DE ARRIETA, Pedro. *Práctica del Consejo Real en el Despacho de los negocios consultivos, instructivos y contenciosos*. 2 tomos. Madrid, 1796. Tomo II. p.161.

políticamente a través de la unión de reinos con Aragón, quedaba engranado con la Monarquía de los Habsburgo con intereses que afectaban a las principales entidades políticas emergentes y plazas de los mercados europeos en territorios como Flandes, Italia e Inglaterra, por la política de confrontación territorial con el reino de Francia. Dotado de una maquinaria administrativa formada por la participación de la nobleza, los procuradores de las ciudades y la autonomía profesional de los letrados del Consejo, y conectada con los recursos coloniales de materias primas monetarias de América, parecía constituir una pieza integradora en el origen de las profundas transformaciones a las que estaban asistiendo los territorios y Estados europeos en los albores de la Historia Moderna.

Por consiguiente, se produce el desarrollo de un sistema político que se basa en un modelo supranacional de reinos independientes, dominados por intereses dinásticos de naturaleza patrimonial¹⁹⁴. Confrontadas estas monarquías patrimoniales en conflictos religiosos, con reinos que desarrollan el embrión de los estados nacionales, impulsarán su desarrollo administrativo a través de una fuerte fiscalidad dirigida a sostener la competencia territorial y desarrollar un marco jurídico que administre los poderes públicos de una amplia comunidad de intereses, sectores políticos y económicos.

II.2.2 Formación en la unidad y diversidad del marco jurídico público en el Antiguo Régimen.

II.2.2.a La convergencia en la diversidad del marco jurídico público.

Desde una perspectiva histórica la gestación del Estado liberal se entiende con dificultad como una mera ruptura con el pasado al tratar de analizar la realidad objetiva en la que nace¹⁹⁵. De hecho, las raíces de la doctrina política de dicho Estado se muestran relacionadas entre sí y conectadas a un proceso histórico y asimétrico en el conjunto europeo que establece su diversidad, pero también una unidad relacional de principios de organización política. En las características de esa unidad, sujeta a diversos matices que irán apareciendo, se pueden considerar como principios básicos del nuevo constructo estatal, entre otros, la división de poderes, la preeminencia de la Ley y, ante su cumplimiento, la igualdad de los individuos como sujetos de derechos. Principios desarrollados en un bloque doctrinal diverso pero convergente en el surgimiento del nuevo Estado, aflorado en Inglaterra en 1688 y después en la Europa continental en 1789, por algunos de los autores más significativos, entre otros del

¹⁹⁴ En palabras de Domínguez Ortiz: “El examen de los testamentos reales revela que los monarcas [*los Austrias*] concebían el conjunto de sus dominios como un mayorazgo que debían conservar y transmitir íntegros a sus sucesores” -anotación en cursiva mía- (Vid. DOMÍNGUEZ ORTIZ, Antonio. *El Antiguo Régimen...* Op. Cit.p. 101).

¹⁹⁵ La discusión entre los orígenes en España del Derecho administrativo como posrevolucionario de influjo francés o como continuador del Antiguo Régimen español es foco de una discusión historiográfica en la que se introducen Carlos Garriga y Marta Lorente. El debate, en mi opinión, encierra una discusión historiográfica con enfoques funcionales y culturales complementarios del mismo objeto. Vid. GARRIGA, Carlos y LORENTE, Marta. “Responsabilidad de los empleados públicos y contenciosos de la Administración (1812-1845). Una propuesta de revisión” en *Cádiz, 1812. La constitución jurisdiccional*, (ed. Carlos Garriga y Marta Lorente). Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2007. p. 313-316.

pensamiento jurídico, filosófico, social y político: Hobbes, que explora la delimitación de las leyes naturales de las civiles y la costumbre, elevadas a Ley y el Derecho por la voluntad soberana; Locke, que sienta las bases de la división de los poderes ejecutivo y legislativo y establece los principios de subordinación entre ellos; y finalmente Montesquieu, que en un marcado enfoque historicista, identifica aquellas leyes que dan origen a las libertades y la constitución de los Estados¹⁹⁶.

La disociación entre los dos grandes espacios europeos no tiene fines excluyentes, pues las dos visiones, situadas en vías diferentes, se complementan y establecen paralelismos que se realimentan en el desarrollo de un modelo común de sistema político europeo occidental. Dicha convergencia se ilustra en la exposición inicial del principio de soberanía formulado por Bodino, que apela a la Ley natural con sustantividad propia abstraída del sujeto de atribución en la soberanía, “el poder absoluto y perpetuo de una República”¹⁹⁷. Posteriormente Hobbes personifica ese poder en el sujeto que dirige el Estado, “ciudad perfecta”, en la que

[...] allí donde ningún ciudadano tiene derecho a usar sus facultades como mejor le parezca para preservarse a sí mismo, o donde se ha excluido su derecho a la espada, hay un poder supremo encarnado en alguna persona; y este poder es mayor que ningún otro que pueda ser concedido por los hombres, o que el que ningún mortal pueda tener sobre sí mismo. A ese poder mayor que ningún otro que pueda concederse a los hombres le llamamos absoluto¹⁹⁸.

Los principios de esa Ley y de ese Estado o poder quedan perfilados en la prerrogativa de Locke, que se asienta en un racionalismo y moralidad de carácter laico y democrático. En esa confluencia Bodino y Hobbes definen, sea axiomática o racionalmente, la sustancia del mismo poder estatal o gubernativo con casi un siglo de diferencia e introducen el principio de legalidad como instrumento garante del ejercicio del poder, que establece los límites de la prerrogativa de acuerdo a las proposiciones de Locke:

¹⁹⁶ Vid. LOCKE, John. Segundo tratado sobre el gobierno civil. (Trad. Carlos Mellizo). Madrid, Tecnos, 1990. p. 147-157. Vid. HOBBS, Thomas. *Elementos del Derecho Natural y Político*. Madrid, Alianza Editorial, 2005. p. 305-312. Vid. MONTESQUIEU, Charles de Secondat. *Del Espíritu de las Leyes*. Madrid, Alianza, 2003. p.203-239. El profesor Negro Pavón analiza las consecuencias del importante episodio fundacional de la doctrina política y con ella del Estado liberal europeo con esta sintética exposición: “El liberalismo democrático, estatista, producto de la filosofía científica, teórica, apareció aquí, tras la Revolución francesa, armado con el modelo de política geométrica con que Hobbes –asimismo el gran mentor del despotismo ilustrado que socavó el absolutismo- había diseñado su gran mito, y en el que predominaba necesariamente en este ambiente y con esta historia la consideración de las libertades formales junto a un manifiesto desinterés por las reales, relativas a la efectiva capacidad de acción. En el continente es Hobbes y no Locke el verdadero precursor del liberalismo, mientras Hume, inspirado también por él, estableció los fundamentos teóricos del liberalismo de tipo anglosajón, que continúa la tradición europea de la política y la filosofía práctica. Así pues, aunque el formalismo del Estado de Derecho burgués con su división de poderes no es imputable a Hobbes, sin embargo corresponde enteramente a su espíritu” Vid. NEGRO PAVÓN, Dalmacio. “Prólogo” en LOCKE, John. Segundo tratado sobre el gobierno civil. (Trad. Carlos Mellizo). Madrid, Tecnos, 1990. p. 14.

¹⁹⁷ Si bien trata de legitimarlo, la soberanía es referida como un concepto abstracto e independiente de la figura del monarca. Vid. BODIN, Jean. *Los seis libros de la República*. Madrid, Tecnos, 1997. p. 47 (Libro I, Cap.VIII.)

¹⁹⁸ HOBBS, Thomas. *De Cive. Elementos filosóficos sobre el ciudadano*. Madrid, Alianza Editorial, 2000. p. 129.

Pero cuando el error o el favoritismo prevalecieron entre príncipes débiles que hacían uso de su poder para lograr su propio beneficio y no el del pueblo, las gentes sintieron la necesidad de determinar con leyes expresas aquellos puntos en los que el sistema de prerrogativa había resultado dañino; y así el pueblo señaló límites a la prerrogativa, en casos en los que ante todo se había confiado a la prudencia de los príncipes cuando éstos hacían recto uso de dicha prerrogativa y la empleaban para el bien de los súbditos¹⁹⁹.

Aparece también la convergencia doctrinal en la formación del principio de legalidad al que se sujeta el poder, para el que ya encontramos en Bodino la formulación de sus límites, en la que no es difícil observar una dimensión teológica, de clara inspiración calvinista, que supera cualquier doctrina teocrática o escolástica, pues marcando distancias con el origen divino, al poder terreno ostentado por el príncipe lo anteceden principios naturales y humanos del común:

Si decimos que tiene poder absoluto quien no está sujeto a leyes, no se hallará en el mundo príncipe soberano, puesto que todos los príncipes de la tierra están sujetos a las leyes de Dios y de la naturaleza y a ciertas leyes humanas comunes a todos los pueblos [...] puede llamarse monarca soberano, ya que el pueblo se ha despojado de su poder soberano para darle posesión e investirlo, poniendo en él todo su poder, prerrogativas y soberanías...²⁰⁰.

En este sentido el pensamiento de Bodino se inspira en el pragmatismo político y la eficacia del ejercicio del poder a través del principio de legalidad y reconoce que el origen de la soberanía como principio natural y en última instancia divino, es depositado en el pueblo. Matiza que una vez transferida por éste al príncipe, el pueblo pierde su control, pues de algún modo prevalece la efectividad de su aplicación sobre la legitimidad de su origen. En las diferencias respecto a la doctrina netamente liberal de Locke intervienen sin duda elementos sociales, como la preeminencia aristocrática del ámbito privado en Francia frente a los intereses de los nuevos sectores mercantiles británicos, no obstante, enfrentados ambos a la necesidad de un ordenamiento del poder público que conjuntamente se va profundizando.

Por último, la conformación en su unidad y diversidad del marco jurídico del Estado liberal obliga a detenerse en la doctrina de división de poderes que enuncian Locke y Montesquieu, por este orden cronológico y por ende de originalidad en su concepción. La observación de algunas de sus sensibles diferencias permite introducirse en el marco jurídico propio de la Administración en el contexto continental. John Locke define la separación de los tres poderes desde su expresión ideal, que parte de una delimitación completa de ellos en la conformación del Estado y una jerarquía definida por el principio de la soberanía, fuente suprema del poder público, que reside formalmente en el poder legislativo encarnado en el Parlamento. Esta superioridad se asienta en su elaboración de las leyes, lo que sitúa al marco jurídico en la cúspide de la autoridad y el poder del Estado:

¹⁹⁹ Vid. LOCKE, John. *Segundo tratado...* Op. Cit. p.160-161 (Cap. 13.)

²⁰⁰ Vid. BODIN, Jean. *Los seis libros...* Op. Cit. p. 52.

150. En todos los casos, mientras el gobierno subsista, el poder supremo será el legislativo; pues aquel que dicta leyes a otro debe ser necesariamente superior a éste. Y como el poder legislativo no lo es tal sino por el derecho que tiene de hacer leyes para todas las secciones de la sociedad y para cada miembro de ésta, prescribiendo reglas para sus acciones y dando poder de ejecución cuando esas reglas no son respetadas, el poder legislativo ha de ser el supremo; y todos los demás poderes que residan en cualquier parte o miembro de la sociedad derivan de él y están subordinados a él²⁰¹.

Montesquieu sustantiva los poderes del Estado en funciones de la organización política que abordan la separación de poderes con un mecanismo de equilibrio y corrector de la maquinaria del poder soberano ejercido por la Monarquía Absoluta. En su modelo, los poderes legislativo, ejecutivo y judicial deben responder a la estricta separación tanto funcional como orgánica de las competencias políticas y administrativas.

Pero el mal reside en que estos tribunales diferentes están formados por magistrados que pertenecen al mismo cuerpo, lo que quiere decir que forman un solo poder²⁰².

En esta delimitación cada poder constituye la parte de un todo, carente en forma aislada de capacidad suficiente para ejercer el poder público, en una idealización de la doctrina de Montesquieu que se enfrentará posteriormente a una difícil puesta en práctica cuando deba asumir potestades ya ejercidas por instituciones jurisdiccionales²⁰³.

II.2.2.b Línea anglosajona de conformación del marco jurídico del Estado.

La concordancia doctrinal recoge, no obstante, la delimitación geopolítica y división cronológica del ámbito europeo occidental, que permite establecer dos grandes líneas de conformación del ordenamiento jurídico y político del Estado. En la primera línea se parte de tradiciones parlamentarias bajomedievales comunes de la organización política y jurídica²⁰⁴. Esta organización, vinculada a los

²⁰¹ Vid. LOCKE, John. Segundo Tratado...Op. Cit. p. 148-149. En la misma obra se hacen dos matizaciones destacadas sobre la superioridad de este poder: el principio de prerrogativa del gobierno y el inequívoco origen de la soberanía en el pueblo y la consecución del bien público como principio rector del todos los poderes: "Por lo tanto, tienen una noción equivocada del gobierno quienes dicen que el pueblo ha interferido en el derecho de prerrogativa al hacer que una parte ésta fuese definida mediante leyes positivas; porque al hacer esto, el pueblo no le quitó al príncipe nada que le perteneciese a éste por derecho, sino que se limitó a declarar que aquel poder [...] fuese ejercido para el bien público" Ibid. p. 161.

²⁰² Vid. MONTESQUIEU, ...Op.Cit. p.208.

²⁰³ Dentro de la separación liberal clásica de poderes seguida por la primera Constitución de 1812, se aborda la separación material del plano orgánico y funcional en la delimitación de las competencias entre el ejecutivo y el judicial que evite las incongruencias en la formación de ambos poderes, destacando en el plano orgánico tres principios: Separación absoluta entre órganos administrativos y judiciales; principio de independencia judicial como garante mismo de la libertad política y civil; principio de la unidad de jurisdicción como principal criterio de la nueva organización judicial. Sin embargo los decretos correspondientes al poder judicial de las Cortes debieron asumir la ratificación de los órganos preexistentes, con interinidad, y esperar un futuro ordenamiento reformado como se verá más adelante. Vid. SANTAMARÍA PASTOR, Juan Alfonso. *Sobre la génesis del Derecho administrativo Español en el siglo XIX (1812-1845)*. Madrid, Iustel, Portal Derecho, S.A., (reed.) 2006. p. 50.

²⁰⁴ Pérez Marcos abunda en el papel precursor de Castilla para la formación de los parlamentos que quedan datados en las primeras convocatorias de las Cortes: "El proceso de participación de los ciudadanos en las curias convocadas por los reyes se consolidó en los diferentes países de Europa a lo largo de los siglos XIII y XIV. Sin embargo en España ya en 1188 el Rey de León Alfonso XI convocó una asamblea a la que ya asistieron nobles, prelados y ciudadanos, lo que asigna a España un papel precursor en la convocatoria de las Cortes" (Vid. PÉREZ MARCOS, Regina. "Las Cortes medievales" en *Historia del Derecho Español. Tomo I*. Madrid, Sanz y Torres-UNED, 2010).

órganos políticos asentados sobre el desarrollo de las instituciones preexistentes delimitan sus poderes y funciones entre ellas en un proceso histórico cuyo apogeo se sustancia en la revolución inglesa, culminada en la Gloriosa de 1688, que culmina la formación del sistema político anglosajón.

La formulación de John Locke asimila la experiencia histórica de Inglaterra, cuyo poder legislativo hunde sus raíces en los orígenes bajomedievales del sistema institucional inglés. Debemos remontarnos al siglo XIII, en el reinado de Juan II, cuando la corona debe apoyarse en la institución parlamentaria a través de un pacto político. En un momento tan temprano frente a las pretensiones de la monarquía la nobleza y la incipiente burguesía encuentran en esta institución el acomodo a sus planteamientos con tal perseverancia y continuidad histórica, que se considera que la Carta Magna de 1215 representa el único texto constituyente con vigencia política ulterior al resto de intentos de formación de una monarquía absoluta en Inglaterra. Las amenazas externas de ese reinado en las guerras con Francia, la injerencia política de la aristocracia normanda, francesa y el poder del papado, propiciaron una alianza de intereses feudales capaces de hacer confluír a la nobleza rural y los grupos urbanos ligados al comercio y las manufacturas, en una institución y principios jurídico-políticos que resistirían los embates del absolutismo y acabarían imponiéndose en forma de pacto cuasi civil entre dos partes que representan a los poderes públicos y los intereses privados que la propia Carta Magna consagra²⁰⁵.

El posterior desarrollo de la separación de poderes transcurre desde la concentración inicial en la monarquía hasta la escisión posterior con la personificación separada de cada uno en sucesivas etapas, pero siempre dentro de una continuidad de los fundamentos institucionales originarios del reino entre Monarquía y Parlamento. En el siglo XVI el periodo absolutista de los Tudor es culminado durante el reinado de Enrique VIII, que finalmente vuelve a recurrir al Parlamento para enfrentarse a los necesarios cambios legislativos de la Reforma religiosa con el refuerzo del poder administrativo de la monarquía por el control del aparato eclesiástico y la designación de los *Justices of the Peace* hasta entonces franquicias señoriales²⁰⁶. Finalmente, a lo largo de la segunda mitad del siglo XVII se producen los ciclos revolucionarios sustanciados en guerras civiles que enfrentan a las fuerzas políticas de la monarquía absoluta de los Estuardo con el Parlamento, que si bien adquieren gran complejidad por

²⁰⁵ Acerca de la continuidad histórica de la Carta Magna y para todos los puntos relacionados con las reediciones en sus periodos iniciales desde 1215 a 1307. Vid. THOMPSON, Faith. *The first century of Magna Carta: why it persisted as a document*. Nueva York, Russell & Russell, 1967. (1ªed. 1925). p.1-23. Entre las ediciones clásicas comentadas sobre la Carta Magna se puede destacar SHARP McKECHNIE, William. *Magna Carta: A Commentary on the Great Charter of King John, with an Historical Introduction*. Glasgow, J. Maclehose and Sons, 1905.

²⁰⁶ El resultado viene a ser una monarquía absoluta equiparable a la de Francia y España, pero por su propia consolidación política interna, que acumula el patrimonio religioso enajenado a la gentry, unida a la insularidad, sin utilizar los mismos recursos militares centralizados, y sobretodo, durante el periodo de los Tudor, en coexistencia con la institución parlamentaria bajomedieval, que va incorporando los nuevos sectores de la nobleza terrateniente y mercantil ajena a la actividad militar. Vid. ANDERSON, Perry. *El Estado absolutista*. Madrid, Siglo XXI, 1984. p.117-118.

las implicaciones religiosas de la aristocracia central y periférica de Escocia e Irlanda, culminan en la revolución de 1688 con el triunfo del Parlamento. Tras la Gloriosa, en la oportunidad transformadora brindada por el cambio dinástico con el advenimiento de los Hannover, la Administración junto a los demás poderes, queda materialmente escindida de la corona. El control recíproco y el equilibrio de dichos poderes resultantes (*check and balances*) permiten la continuidad del Derecho común, en cuyo seno se han formado como instituciones que son capaces de desarrollar en ese marco jurídico los nuevos contenidos que mantienen el gran principio del pacto político, fijado en la Carta Magna, de igualdad ante la Ley de los poderes soberanos y los intereses privados.

II.2.2.c *Línea continental de conformación del marco jurídico del Estado.*

En la segunda línea se explicita la plasmación fundacional de un nuevo Estado que persigue el intento de transformación de las estructuras políticas previas ante la necesidad de establecer su organización, a cuyo desarrollo contribuyen el pensamiento político de Hobbes y Bodino cuyo concepto de soberanía se concentra en un poder absoluto y personificado. En el régimen absolutista se plantea una profunda reforma de control de instituciones ampliamente implantadas, que permite una representación de intereses sociales y poderes económicos formados al margen del sistema de privilegios. Reforma que se puede vincular al asentamiento del nuevo sistema político y administrativo continental en la creación de las instituciones de consejos jurisdiccionales, órganos consultivos y ejecutivos en los que se desarrolla una burocracia profesional cuya formación universitaria permite, por la vía del mérito y la capacidad económica, la permeabilidad social.

Desde una perspectiva político-administrativa encontramos el paradigma de la línea continental de formación del Estado en la Monarquía absoluta en Francia, que recorre las principales etapas de esta forma de gobierno, cuyo proceso constituye un profundo desarrollo institucional. Inicialmente La pugna entre Francisco I y Carlos V por la hegemonía monárquica europea bajo la aún vigente noción imperial - con rasgos similares al absolutismo primitivo de Felipe II prolongado por la dinastía de los Austrias hasta el siglo XVIII-, constituye un periodo que da paso a una lucha más abierta con la nobleza y un progresivo proceso de centralización política²⁰⁷. En una segunda etapa se toma un rumbo decididamente nacional y de separación de la Iglesia en la formación de un único reino que busca la ampliación de sus fronteras con el objetivo de alcanzar una consolidación del espacio territorial de Francia y se forma el absolutismo como sistema de poder que presenta a su vez dos estadios. En el primero el absolutismo maduro al que se llega con Sully, Richelieu y Colbert, que construyen una maquinaria administrativa capaz de controlar las instituciones regionales francesas sostenidas por la aristocracia en un abierto

²⁰⁷ Vid. DOMÍNGUEZ ORTIZ, Antonio. *El Antiguo Régimen...* Op. Cit. p. 71.

aplastamiento de las noblezas locales y sus instituciones, a través de los *intendants de justice*, de *pólíce et de finances*.

Al siguiente estadio Perry Anderson lo denomina la “apoteosis institucional” de finales del siglo XVII, una vez que con Luis XIV se consolida la concentración y el control político de la aristocracia, consecuencia en parte de la liquidación de los parlamentos e instituciones regionales que amparaban los poderes de la nobleza local. Se alcanza un Estado que consolida los privilegios de la alta nobleza por medio de su adhesión al absolutismo, sometimiento de sus poderes territoriales y políticos a un orden institucional en cuya cúspide aparece un único poder soberano ostentado por el Rey. Se servirá de una organización conciliar mucho más estructurada, que supera el aparato castellano vigente aún con los Habsburgo: el *Conseil d'en Haut*, o Consejo Real, verdadero órgano de gobierno profesionalizado por personas de confianza para realizar funciones que preceden a los Consejos de Ministros en la deliberación y resolución de los asuntos públicos; El *Conseil de Dépeches*, se encarga de los asuntos provinciales y de interior; y de última creación el *Conseil des Finances*, órgano de gestión económica de la monarquía. Respecto a la organización territorial se distribuye para la ejecución de las actividades tributarias encarnadas por los *Intendants*, mediante la creación de treinta y dos *Généralités* o circunscripciones provinciales en las que la gestión y ejecución fiscal era directamente ejercida por el monarca a través de los gobernadores provinciales. Este aparato administrativo iba a suponer una institucionalización de los poderes privatistas de la aristocracia que evitara las ineficiencias de los *parlements*, poderes municipales y la intrincada red de ordenamientos jurisdiccionales y feudales, de la que ya había salido el régimen patrimonial monárquico, tras la Guerra de los Cien años, con una nueva visión organizativa y política del dominio territorial sujeta a una regulación dinástica unificada. Al mismo tiempo suponía la asimilación de la burguesía, cuya aspiración tras su enriquecimiento era acceder al privilegio de las exenciones fiscales mediante la compra de cargos y el ennoblecimiento, con el mantenimiento de “una tensión entre la renta feudal ‘centralizada’ y la ‘local’” que pudiera “llevar a vía muerta la evolución política de la burguesía francesa durante 150 años”²⁰⁸. Sin embargo, esos objetivos eran causa de un entramado jurisdiccional privatista bajo la autoridad monárquica que dificultaba la conciliación de los intereses en presencia de la burguesía y la nobleza y, sensu contrario, precisaba de un régimen jurídico público.

²⁰⁸ Por una parte, este sometimiento tiene como conflicto singular y transversal los levantamientos de la Fronda con la intervención de la nobleza y el campesinado. Una vez superado es relativo pues “...la propia clase noble, que se adaptó gradualmente al nuevo molde centralizado, sujeto al control público de los *intendants*, mientras todavía ocupaba a título privado posiciones dentro del sistema de *officiers* y gozaba de la autonomía local en los *parlements* provinciales” sometidos pero no eliminados. Un primer foco de esta reglamentación, según P. Anderson, continuadora de la bajomedieval, fue la de Hacienda, que intervenía en cuantos ingresos tributarios podían repartirse a través de los derechos fiscales de la corona, sólo a través de esta figura se entiende la subsistencia patrimonial de la nobleza ante la gran diversificación de las rentas. . ANDERSON, Perry. *El Estado...*Op.Ct. p. 93-99.

II.2.3 Premisas doctrinales del Estado de Derecho en el Estado moderno.

El ejercicio de los poderes públicos cobra su pleno significado con el advenimiento del Estado liberal, cuya condición diferencial con el Estado absolutista y el orden feudal que le precede es, entre otras, la delimitación formal entre el poder político y los intereses privados. Esta distinción se significa, más allá de un sistema de normas que caracteriza al ejercicio de las potestades reconocidas, por una jerarquía de derechos cuya salvaguarda prevalece a toda norma. Así, el Estado liberal encuentra su carácter fundamental en la institución del Estado de Derecho, cuyo sistema de poderes públicos asegura a todos los sujetos amparados por dicho Estado el cumplimiento de las normas que desarrollan los derechos y obligaciones en condiciones de igualdad. Por otra parte el significado de poder público se completa en la sujeción de éste a las propias normas comunes que los intereses privados pueden apelar, sin que la arbitrariedad o ilimitación potestativa libre al ejercicio de este poder de la aplicación del Derecho. A partir de aquí las formas de regular el funcionamiento de tal Estado de Derecho no son homogéneas, pues obedecen a premisas de desarrollo histórico, y entre ellas esta investigación se va a detener en aquellas que devienen en la creación de un marco jurídico propio para el funcionamiento de los poderes públicos que conforman el Estado.

El factor de heterogeneidad en la regulación del Estado de Derecho puede encontrarse en las bases jurisdiccionales del marco jurídico anterior, diferente en la tradición anglosajona y continental. Así, donde la evolución histórica, como fue el caso británico, permitió instrumentos de control político en los que todos los sectores privados se encuentran representados mediante acuerdos entre partes que crean instituciones y mecanismos a los que se someten el conjunto de potestades normativas y jurisdiccionales, dichos pactos políticos se hacen suficientes para delimitar la protección de los derechos privados respecto al ejercicio del poder público y garantizar su servicio a los intereses generales. Estos acuerdos se materializan en el reconocimiento de la soberanía parlamentaria que obliga a la monarquía a ceder o compartir su soberanía con órganos que representan los intereses particulares y garantizan, en el ejercicio de las competencias de poder, el gobierno de lo común o público. Añadirle jurisdicciones especiales a ese pacto privado que regula al gobierno y su administración, para reforzar los poderes públicos respecto a otros posibles poderes privados, se hace innecesario, pues éstos han quedado encauzados en los parlamentos. Por consiguiente, el Estado de Derecho surge, bajo la tradición anglosajona, de ese pacto impuesto al poder vigente, que permite aplicar normas comunes y externas que limitan en igualdad jurídica las prerrogativas y potestades que el gobierno del Estado tiene atribuidas.

Por otra parte, en la tradición continental se crea dentro del proceso histórico del Antiguo Régimen un poder político de carácter jurisdiccional, que es detentado por sujetos privados y se

sustancia en la facultad de elaborar y ejecutar las normas bajo el instituto de administración de la justicia. De este modo, sin perjuicio de las codificaciones del Derecho de origen romano, germano y canónico, y con ellas el desarrollo del Derecho común, el establecimiento de normas se ampara en la resolución de casos singulares de acuerdo a disposiciones discrecionales, respaldada, si acaso, por la elaboración fundamentada en aquellos códigos y el desarrollo jurídico de los derechos locales establecidos durante el periodo medieval en las diferentes demarcaciones territoriales²⁰⁹.

Esta característica explicaría en gran medida la necesidad en el nuevo Estado liberal de ejercer un control jurisdiccional público como modo de mediatizar las formas absolutistas de ejecución del poder político. De modo que en el seno del Estado absoluto, al ampararse los poderes en regímenes jurisdiccionales privatistas inherentes a las formas de detención de la propiedad, se hacía imprescindible para el nuevo Estado liberal delimitar el poder público de los poderes privados por medio de instrumentos jurídicos ex novo²¹⁰. Así, el modo de regulación jurídico-público se presenta, anclado en la evolución de las Instituciones del Estado Moderno, como el principal rasgo diferencial de la tradición política continental.

Para perfilar la relación de los elementos de diversificación de los Estados del Antiguo Régimen, citados en el epígrafe 2.1, con la formación del Estado liberal, conviene aplicar el análisis de las regularidades bajo el principio de diversidad y unidad en la formación de los Estados, ya enunciado en el punto 2.2, en el que se pueden establecer dos factores. En primer lugar el factor geopolítico, que domina el periodo del Antiguo Régimen entre los siglos XVII y XVIII, en el que se encuadran las dos grandes tendencias en diferentes espacios de desarrollo territorial, cuya identificación más aceptada se corresponde con el sistema anglosajón y el sistema continental. En segundo lugar el factor histórico, del que cabe subrayar la dimensión cronológica relacionada con la dinámica de la formación de los estados continentales bajo el impulso e influjo recíproco de las revoluciones liberales, que abarcan desde fines

²⁰⁹ MONTES SALGUERO, Jorge J. "La recepción del Derecho Común" en *Historia del Derecho Español. Tomo 1*. Madrid, Sanz y Torres-UNED, 2010. p. 353-360. Otro aspecto importante y consecuente del establecimiento de un derecho común de las fuentes del Derecho en la edad moderna son las recopilaciones, que al tiempo que recogen y reconocen las fuentes normativas transmitidas las adaptan a un ordenamiento nuevo bajo la tutela de la monarquía que concentra los poderes. Vid. ARTOLA, Miguel. *La Monarquía...* Op. Cit. p. 361-369. Una vez realizados los cambios constitucionales en el régimen liberal, persistirá el problema de fondo de la motivación jurídica, como sucede hasta la Instrucción del Marqués de Gerona de 1853 que prescribe la motivación de las resoluciones judiciales y da lugar a la reivindicación de acometer las codificaciones precisas ante los defectos y dispersión legislativa, como ilustra Carlos Torno con un informe de la Audiencia de Valencia de 1854. Vid. TORMO CAMALLONGA, Carlos. "El Derecho es la justicia de los hechos. A propósito de la Instrucción del Marqués de Gerona" en *Anuario de Historia del Derecho Español*. LXXXI, Madrid, 2011. p. 893-894.

²¹⁰ "Y es concretamente reducir el dominio de los señores a la propiedad, lo que hoy entendemos como propiedad, propiedad civil, pero separando la propiedad civil de la propiedad administrativa que pudiéramos llamar, la propiedad del poder, distinción que hoy nos parece absolutamente evidente. Esta idea (que la propiedad no tiene nada que ver con el poder) no fue tan clara a lo largo de mil años de historia de España" (Vid. VILLAR PALASÍ, José Luis. "El fin del Antiguo Régimen y los orígenes del Estado constitucional en España. La aparición del Derecho administrativo" en *VV.AA. Posada Herrera y los orígenes del Derecho administrativo en España. I Seminario de Historia de la Administración*. Madrid, INAP, 2001. p. 24).

del siglo XVIII a la totalidad del siglo XIX. Dentro del factor histórico en el ámbito continental se pueden identificar tres hitos temporales en la formación y diferenciación del marco jurídico administrativo: el origen de los ciclos de revolución, revisión y reforma política en Francia; la difusión mediante la penetración directa de este nuevo orden en España y Piamonte, entre otras, en el seno de los reinos-estados en formación; y ya adquiriendo su plena consolidación y diversidad, tras la unificación de Italia y Alemania²¹¹.

Desde una perspectiva comparatista del factor geopolítico se podría considerar que ambos sistemas, anglosajón y continental, parten de una diferencia no pacífica sobre como delimitar en ellos el régimen jurídico administrativo. Ante dicha consideración es preciso resaltar la sustancia de los principios que rigen la edificación del Estado liberal en la organización administrativa de los poderes públicos. A lo largo del periodo que abarca toda la Edad Moderna hasta fines del siglo XVIII, estos poderes han tenido precedencia de poderes jurisdiccionales y administrativos ejercidos desde el ámbito privado, o dicho de otro modo, el poder privatista se ha basado en la iuspublificación de atribuciones jurisdiccionales vinculadas a dominios patrimoniales privados, que ha incubado a lo largo del siglo XVIII la doctrina de desarrollo del ordenamiento público y su segregación del privado²¹². En el caso anglosajón opuesto, el sistema jurídico político previo no ha llegado a presentar este conflicto ni precisa una especial protección jurisdiccional del poder público sobre el poder privado, cuyo escaso desarrollo fue facilitado por la temprana transformación política incubada a lo largo del siglo XVII permitiendo organizar el ordenamiento político y administrativo de los poderes públicos en un régimen jurídico único²¹³. En suma, la divergencia de ambos sistemas en las formas de regulación pública, cuyo único fin

²¹¹ No se profundiza aquí en las causas que someten en la evolución en el Antiguo Régimen de procedencia bajomedieval a la diversificación jurídica de los diferentes territorios. Se podría destacar la recepción del Derecho romano y la capacidad de adaptación del Derecho anterior de los territorios a los nuevos principios jurídicos y de organización política. En la explicación del origen del Derecho administrativo en el caso de España, Villar Palasí afirma: "Todavía hoy vivimos de terminología, expresiones, técnicas y categorías jurídicas que proceden no de las ideas de la Revolución francesa sino de mucho antes, de los siglos XII y XIII. En el origen del Derecho administrativo no está sólo el Derecho francés, sus ideas y sus técnicas, sino las técnicas de nuestro propio Derecho medieval" (Ibid. p. 27). En cierto modo se trata, en el sentido amplio de su categorización, de una diversificación formal, pues todos participan de un contenido material e institucional homogéneo en la concepción del Estado liberal, del que se destaca, entre otras: la residencia de la soberanía en el poder legislativo como órgano representativo de los grupos de interés en el libre ejercicio político; la subordinación política a éste del gobierno en su elección y disposiciones de la mayor jerarquía reservadas; la independencia de los órganos judiciales en la aplicación del Derecho en condiciones formales de igualdad.

²¹² Aunque no se ha pretendido abusar de este término, pues se suele referir a la trasposición del Derecho privado a una norma de Derecho público con un sentido muy actual de la contraposición del ámbito público y privado (utilizado como ejemplo típico en las normas de contratos públicos), también se presenta sustancialmente este fenómeno en el antecedente del Derecho público, cuando el régimen de privilegios se hace garante de autoridad y potestad pública a través de la institución de la monarquía o el resto de los poderes vinculados a derechos patrimoniales que en este sentido "iuspublifican" sus fueros, extendiendo la relación privada a otras materias jurisdiccionales de afectación pública.

²¹³ Vid. ANDERSON, Perry. *El Estado...* Op. Cit. p. 136-137. En este caso la evolución del absolutismo facilita esta anticipación de la transformación política, en gran medida, por el avance subjetivo de las posiciones socio-económicas de aristocracia a través de la gentry, sector formado en un nuevo régimen de apropiación mediante la enajenación de bienes de la monarquía previamente expropiados a la Iglesia durante el reinado de Enrique VIII. Junto a la gran expansión de las

es la preeminencia del Derecho, no parece relevante la fórmula jurídica de funcionamiento del Estado y la Administración, pues resulta una apreciación puramente formal respecto a los principios jurídicos que persigue la transformación política y administrativa. Este hecho se pone de manifiesto mucho más adelante, cuando se plantea a fines del siglo XX el objeto de la modernización de la Administración al conjunto de Estados liberal-democráticos, sin que preocupe en exceso a sus principios políticos globalizadores la diferente forma de regulación constitucional y jurídico-administrativa²¹⁴.

Desde un punto de vista teleológico, el nuevo ordenamiento público pretende desvincular los privilegios de origen formalmente jurídico que permiten ejercer un poder privatista y arbitrario de los bienes públicos²¹⁵. De esta forma cuanto más se extendía la intervención de ese Estado privatista, como sucedía en el periodo mercantilista, más aumentaba la necesidad de crear y reforzar un nuevo Estado público, sin que bastara la devolución de la soberanía a los parlamentos y su separación de la función jurisdiccional, pues en la práctica se imponía una gran tarea reformadora por el nuevo poder ejecutivo una vez quedara desvinculado del control privatista. Se trataba de hacer posible, entre otras transformaciones, que las grandes instituciones políticas y administrativas heredadas del pasado se subordinaran a los nuevos poderes públicos. Por el contrario, donde el sistema político no requería las mismas garantías para controlar la neutralidad del poder ejecutivo, no fue precisa su sujeción a ninguna norma especial, pues era el propio Parlamento o las instituciones de control de la legalidad las que permitían una regulación pública sin intrusiones del negocio jurídico privado²¹⁶.

La construcción del Estado liberal tras la Revolución Francesa se articula en el principio rector de la creación del Estado de Derecho, basada en el establecimiento de relaciones jurídicas en la Administración bajo la premisa de someter los actos de las instituciones y el ejercicio de sus potestades

manufacturas y el comercio en Londres, en cuya actividad lucrativa participa, la nobleza cambia de contenido político, en sentido inverso a lo que pretende inicialmente la burguesía en Francia.

²¹⁴ Esta apreciación de la distinción formal y material en la aplicación del Derecho público entre ambos sistemas jurídicos continental y anglosajón se pondrá de manifiesto más adelante al mostrarse como ambas tradiciones jurídicas adoptan formas inversas de adaptación, justo cuando aparece, en el proceso de modernización administrativa que trae la nueva gestión pública, problemas de adaptación en ambos modelos que suscitan la adopción de principios de regulación administrativa en el caso anglosajón y de aplicación del derecho privado a los servicios públicos en el sistema continental. Vid. GONZÁLEZ-VARAS, Santiago. *El Derecho...* Op. Cit. p. 163-173.

²¹⁵ “El derecho señorial tuvo también sus tratadistas, por cierto bastante desconocidos y respecto de los cuales en los libros de historia apenas si se mencionan. Éstos defendían las curias de los señores, los derechos señoriales como derechos en fin, casi de origen divino exactamente igual que la soberanía del monarca, que era prácticamente un *primus inter pares*”. (VILLAR PALASÍ, José Luis. “El fin del Antiguo Régimen...” Op. Cit. p. 23).

²¹⁶ Vid. HOLDSWORTH, William, S. *History of English Law*. London, Methuen & Co., Ltd. and Sweet & Maxwell, v.VI, Chap 6, 1964-2004. Reproduzco por su sintética claridad parte de la exposición dada al origen de Derecho administrativo británico en una de sus obras de referencia: “After the abolition of the Star Chamber in 1642, and the destruction of most of the Privy Council’s executive power by the revolution of 1688, a new situation arose. The old machinery of central political control had been broken, and was put in its place. Instead, the Court of King- s Bench made its writs of mandamus, certiorari and prohibition, as well as its ordinary remedy or damages, available to anyone who wished to dispute the legality of administrative acts of the justices and of such other authorities as there were.” (Cfr. WADE, H.W.R Y C.F. Forsyth. *Administrative Law*. Oxford University Press, Oxford, 2000, 8ª ed. p.14).

públicas a la legalidad de un Derecho previo: la legalidad de la actividad administrativa con instrumentos de seguridad jurídica que moderen los poderes exorbitantes privatistas en el Antiguo Régimen y el principio de libertad política y económica que se opone a ellos; la delimitación jurídica del desarrollo institucional que permita sustentar las medidas de la Administración por medio de competencias normativas atribuidas a sujetos de la organización administrativa, regulando la división de poderes en su concepción más radical; el principio de preeminencia de la potestad pública en sus relaciones con los sujetos particulares o privados, dirigido a socavar los poderes jurisdiccionales privados propios del Antiguo Régimen en defensa de la titularidad del interés general que el Estado ejerce. Ese conjunto normativo necesariamente debe adquirir forma jurídica, más allá de una definición en la que “Al enunciar el concepto del Derecho administrativo basta tomar, pues, como base, situar en primer término, que es, simplemente, una rama, un sector del Derecho, sin que sea menester, ni convenga desarrollar la esencia genérica de lo jurídico”²¹⁷.

II.3 La formación del marco jurídico administrativo en el Estado liberal.

II.3.1 Causas de la conformación jurídico-administrativa en el Estado liberal.

Llamaremos marco jurídico administrativo a aquel que en la formación del Estado liberal precede al Derecho administrativo, por el que dicho marco pasa a definirse dogmáticamente en una rama especial del Derecho. La instauración del Estado liberal dentro del ámbito continental representa una ruptura constitucional con el Estado del Antiguo Régimen a través una doble acción normativa de carácter jurídico-público: por un lado las normas constitucionales que formalizan los pactos políticos y las instituciones que personifican su cumplimiento; por otra parte, las leyes de reorganización del poder judicial, tarea urgente en la sustitución del régimen absolutista, pues el ejercicio de los poderes públicos se llevaba en aquel por vías jurisdiccionales emanadas de su personificación en la monarquía absoluta y las delegaciones privadas de poder, cuyo legado se había acumulado durante el Antiguo Régimen.

II.3.1.a Causas políticas en el origen del marco jurídico administrativo.

Esta concentración de poderes en órganos jurisdiccionales obliga, como medida eficaz para asegurar las transformaciones políticas en curso, a la creación de un marco jurídico que unifique la jurisdicción pública en el poder ejecutivo. Tal unificación supone un elemento clave para entender la dimensión jurídica como instrumento de conformación del Estado liberal, como muestra la secuencia de las normas promulgadas en los dos primeros y significativos pasos legislativos de la revolución

²¹⁷ En el origen no hay Derecho administrativo, si no la necesidad de dar forma jurídica a la creación de un sistema de normas que sirva para transformar el Estado en el ejercicio de su gobierno, para autores contemporáneos como Ballbé, que enuncia esta cita al exponer el concepto del Derecho administrativo, ese origen puede seguir vigente en su concepción actual, a la que el Derecho aporta una elaboración de principios y doctrinas que lo ordenan más allá de la legislación. Vid. BALLBÉ, Manuel. *Derecho administrativo...* Op. Cit. p. 60.

francesa: la Ley de organización del poder judicial de 27 de noviembre - 1 de diciembre de 1790 y la Constitución de 3 de septiembre de 1791.

La división de poderes es matizada por las primeras disposiciones de la Asamblea Constituyente francesa en la citada Ley de organización del poder judicial de 1790, con treinta años de antelación respecto al modelo constitucional liberal español proclamado en la Constitución de Cádiz y el Gobierno liberal de 1820, que trata de ponerlo en práctica²¹⁸. El rastro de múltiples jurisdicciones que dejó el *Ancient Regime* abrió paso al refuerzo del principio de unidad jurisdiccional como elemento diferenciador del nuevo régimen político y administrativo liberal. Esa diversidad jurisdiccional había sido empleada por la monarquía para hacer frente a los Parlamentos, y sin duda había quedado dotada de capacidad ejecutiva, pues sus resoluciones no se limitaban a las funciones contenciosas, sino a otras revocatorias y de naturaleza política sobre las disposiciones del Parlamento. El peso político de los Tribunales creaba una gran desconfianza en el otorgamiento a ellos de los litigios en que el Gobierno y la Administración eran parte. Ante esta incertidumbre, la aplicación de la división de poderes se matiza por la necesidad de reforzar al poder administrativo frente a la intrusión por parte de los Parlamentos tradicionales, aspecto que se pone de manifiesto en los debates que dan lugar al artículo 13 de la citada Ley de organización del poder judicial de 27 de noviembre de 1790.

Por lo tanto, el ordenamiento jurisdiccional del Antiguo Régimen, verdadero instrumento de ejecución de su poder político privado, resulta incompatible con los intereses emergentes de la burguesía que demandan un principio de soberanía garante de la neutralidad en la aplicación del Derecho. Ante ello el Estado debe obligarse al establecimiento de normas garantizadoras en ausencia de una jurisdicción independiente y ejercer las prerrogativas necesarias para proteger los intereses generales y públicos por medio de un poder ejecutivo que actúa bajo el imperio de la Ley y el principio de igualdad ante ella. Al final, el sometimiento de la soberanía ejercida por el monarca a ese imperio de igualdad jurídica constituye el instrumento de delegación de la soberanía originaria de la nación, como puede verse en la Constitución de 1791²¹⁹:

²¹⁸ Sobre las iniciativas legislativas francesas de este año en el ámbito de las reformas judiciales véase la categorización y sus correspondientes normas en PAREJO ALFONSO, Luciano. *Derecho administrativo. Instituciones generales: Bases, Fuentes, Organización y Sujetos, Actividad y Control*. Madrid, Ariel, 2003. p. 20-21. No obstante en los documentos de la actividad consultiva de la Junta Central y las Cortes puestas a disposición de la Comisión constitucional de Cádiz, Martínez Pérez evidencia la pervivencia de un esquema foral y corporativo sobre cualquier principio de unidad de jurisdicción, que incluye el arreglo de la jurisdicción de Hacienda en un reparto competencial antes que un modelo de justicia contencioso-administrativo. Vid. MARTÍNEZ PÉREZ, Fernando. "Constitución de la Justicia en Cádiz. Jurisdicción y Consultas en el proceso constituyente de la potestad judicial" en *Anuario de Historia del Derecho Español*. LXXXI, Madrid, 2011. p. 393-394.

²¹⁹ La figura del Rey queda matizada respecto a sus antecedentes del Despotismo ilustrado por el nuevo ordenamiento que proclama el principio de legalidad o preeminencia de la Ley. Los textos de la Constitución de 1791 pueden encontrarse <<http://www.conseil-constitutionnel.fr/conseil-constitutionnel/francais/la-constitution/les-constitutions-de-la-france/constitution-de-1791.5082.html>> (consultado el 22 de abril de 2010).

TITRE III - Des pouvoirs publics. CHAPITRE II- DE LA ROYAUTÉ, DE LA RÉGENCE ET DES MINISTRES, SECTION PREMIÈRE. - DE LA ROYAUTÉ ET DU ROI. article 3: “Il n’y a point en France d’autorité supérieure à celle de la loi. Le roi ne règne que par elle, et ce n’est qu’au nom de la loi qu’il peut exiger l’obéissance”.

TITRE III - Des pouvoirs publics. CHAPITRE IV - DE L’EXERCICE DU POUVOIR EXÉCUTIF Article 1. - Le Pouvoir exécutif suprême réside exclusivement dans la main du roi. - Le roi est le chef suprême de l’administration générale du royaume: le soin de veiller au maintien de l’ordre et de la tranquillité publique lui est confiée. - Le roi est le chef suprême de l’armée de terre et de l’armée navale. - Au roi est délégué le soin de veiller à la sûreté extérieure du royaume, d’en maintenir les droits et les possessions.

De esta manera, tanto el mantenimiento de un poder ejecutivo fuerte y concentrado, como la desactivación de las poderosas vías jurisdiccionales del Antiguo Régimen y su Estado absolutista señalan el camino a emprender por el nuevo Estado de Derecho ante tales resortes heredados. Recorrido realizado en el marco jurídico de la Administración, cuyo concepto abarca la evolución histórica del proceso que en la tradición continental europea culmina sin ambages con la introducción del Derecho administrativo. A partir de aquí es posible abrir un debate sobre cuándo y cómo se inicia éste, y para ello se recurre frecuentemente al enfoque de autoridad – sobre qué autores de la doctrina jurídica y la organización pública lo introducen-, y al enfoque histórico –en qué circunstancias políticas y con qué desarrollo normativo se produce-. Este último permite sistematizar diversas perspectivas histórico-jurídicas sobre el origen, que inicialmente se destacarán agrupadas en dos²²⁰.

II.3.1.b Perspectiva jurisdiccional en la interpretación de las causas del marco jurídico administrativo.

La perspectiva jurisdiccional basa las causas de la delimitación jurídica de la potestad administrativa, ante el programa constitucional de división de poderes, en el enfrentamiento fáctico entre ellos allí donde el régimen absolutista ha alcanzado su completa consolidación. El poder ejecutivo se somete en un proceso gradual a un régimen jurídico que le permita mantener su independencia frente a las jurisdicciones de otros órganos procedentes del Antiguo Régimen²²¹. Así, ante el marco jurisdiccional privatista del Antiguo Régimen se hará preciso a la postre un Estado que asuma poderes

²²⁰ También, en una interesante contribución al objeto de la investigación sobre las causas, Garriga y Lorente proponen los términos básicos que se descubren como pacíficos para el estudio del control de la Administración en la indagación de las causas en la formación de sus mecanismos jurídicos. Así estarían: el desarrollo de interpretaciones del principio de división de poderes; el análisis de las relaciones entre justicia y administración por sus efectos en la protección de los sujetos individuales; la objetivación basada en el acto de la actividad administrativa; la consideración accidental de Cádiz en la formación de la cuestión contenciosa, como pieza de una evolución. GARRIGA, Carlos y LORENTE, Marta. “Responsabilidad...” Op.Cit. p. 317-318.

²²¹ Interpretación de Santamaría Pastor basada en los decretos y Texto constitucional de las Cortes de Cádiz. SANTAMARÍA PASTOR, Juan Alfonso. *Sobre la génesis...* Op. Cit. p. 43 a 58. Carlos Garriga y Marta Lorente consideran las dificultades para definir la historia de la jurisdicción administrativa que se inscribe en la Historia de la Administración y mencionan este trabajo de Juan Alfonso Santamaría como la primera formulación del carácter judicialista del constitucionalismo de Cadiz al que se hará reiterada referencia en los siguientes apartados. GARRIGA, Carlos y LORENTE, Marta. “Responsabilidad...” Op.Cit. p. 314. No obstante el interés historiográfico en esta línea de investigación se pone de manifiesto en la siguiente obra colectiva. Vid. LORENTE SARIÑENA, Marta (Dir.). *La jurisdicción contencioso-administrativa en España: "una" historia de sus orígenes. Cuadernos de Derecho Judicial, n. 7.* Madrid, Consejo General del Poder Judicial, 2009.

exorbitantes amparados jurídicamente al margen del Derecho común. Dicho en otras palabras, la sustitución de un Estado privatista por otro público fundado en los principios de legalidad e igualdad precisa, para reformar el anterior marco jurídico, crear otro ex-novo fundado en la separación de funciones desde una personificación preexistente que provoca el conflicto entre los poderes ejecutivo y judicial ante la inevitable pervivencia de las antiguas instituciones y la imposición de la nueva legalidad pública del Estado Liberal²²². Si bien esta nueva legalidad se sustenta en la prevalencia formal del poder legislativo, se permite explorar las posibilidades prácticas que suscita la relación entre los poderes ejecutivo y judicial, con un programa de transformación funcional e institucional que conduzca a la superación de la pluralidad de jurisdicciones²²³.

Bajo esta perspectiva el establecimiento de un marco jurídico administrativo se explica, en parte, por el principio unidad de jurisdicción que garantiza la superación del solapamiento de los Parlamentos y la ejecutoria del Rey durante el Antiguo Régimen. En el orden absolutista concurrían los derechos reales de revocación del Parlamento y de advocación de las decisiones judiciales con la ejecución de la disposición administrativa por los órganos jurisdiccionales. Esta particularidad de las monarquías absolutas continentales aplicó la doctrina de la división de poderes a reordenar las instituciones preexistentes caracterizadas por la concentración formal y la diversificación material de jurisdicciones privatistas que propiciaban competencias concurrentes.

La reordenación del Estado liberal se lleva a cabo a través de dos tipos de disposiciones jurídicas: por una parte, ante la diversificación de las instituciones privatistas, mediante la interposición de amplias prerrogativas de naturaleza pública en el poder ejecutivo, y por otra, reafirmando el principio de división de poderes frente a la concentración formal de la soberanía en la monarquía absoluta, con una jurisdicción nueva en el orden civil sometida al principio de legalidad frente a la persistencia de las normas y la jurisprudencia del Antiguo Régimen²²⁴. Sin embargo, la aplicación al Derecho Civil exigía medidas urgentes para la eficacia del funcionamiento del poder ejecutivo en una jurisdicción especial. Más allá de la propia discusión doctrinal sobre las razones que impulsaron a sustraer la legalidad

²²² La naturaleza jurisdiccional del poder en el Antiguo Régimen, Carlos Garriga la sitúa en la transición entre la edad media y la edad moderna, donde “las nuevas formaciones políticas se articulan mediante el conjunto de dispositivos institucionales propio de la cultura jurisdiccional”. (GARRIGA, Carlos y LORENTE, Marta. “Orden ...” Op.Cit. p. 61).

²²³ El Decreto de 24 de septiembre de 1810 se considera “un hito normativo fundacional del constitucionalismo español y de la justicia como poder constituido” en el que tras reconocerse la soberanía nacional y separación de poderes se confirma la magistratura y planta de los tribunales vigentes, dándoles un carácter de interinidad, lo que marca la necesaria continuidad del ordenamiento jurisdiccional de España en sus orígenes liberales, sujeto a cambios parciales en una idea de acomodar la judicatura al sistema político evitando interrupciones, condicionado en mi opinión, por unas circunstancias de invasión y suplantación exterior del Estado que irrumpen en las prioridades del conjunto de las fuerzas políticas en presencia. Vid. MARTÍNEZ PÉREZ, Fernando. “Constitución...” Op.Cit. p. 384-385.

²²⁴ HALPERIN, Jean-Louis. “Orígenes de la noción moderna de jurisprudencia. Una obra jurídica del Tribunal de Casación bajo la Revolución Francesa” en *Derecho privado y Revolución burguesa. II Seminario de Historia del Derecho privado. Gerona, 25-27 de mayo de 1988.* (coord. PETIT, Carlos). Madrid, Marcial Pons, 1990. p.133-134.

administrativa del poder judicial, el hecho es que se acaba formando esta jurisdicción especial del poder ejecutivo cuya evolución lleva a la maduración del Derecho administrativo²²⁵.

En esta perspectiva jurisdiccional, el origen del Derecho administrativo, en el caso de España, se sitúa dentro del periodo iniciado con el Decreto de las Cortes de Cádiz de 24 de septiembre de 1810, que implanta la división de poderes por primera vez, hasta las Leyes de 1845, que instauran la jurisdicción contenciosa-administrativa²²⁶. Perspectiva que se instala en “la creencia de que el Derecho administrativo español surge en el siglo XIX como consecuencia de la dinámica del principio de división de poderes; concretamente y de manera fundamental, como producto de los conflictos y relaciones posicionales recíprocas entre el poder ejecutivo y el poder judicial”²²⁷.

No obstante, aplicado el mismo criterio el caso francés debería posponer el origen del Derecho administrativo a la creación de la jurisdicción contenciosa tras pasada la mitad del siglo XIX con la Ley de 24 de mayo de 1872, en la que se reconoce al Consejo de Estado carácter jurisdiccional y se constituye el sistema de justicia delegada que lo adopta como un órgano de administración de justicia, lo que determina para la doctrina jurisdiccional el desencadenante formal del origen del Derecho administrativo²²⁸. En todo caso, dentro de la investigación causal, el análisis comparado con el caso británico muestra que la jurisdicción administrativa representa un caso particular de la regulación jurídica del Estado liberal. Así, en la tradición anglosajona se aprecia cómo la división de poderes la Administración prescinde del régimen jurídico administrativo al tiempo que el nuevo Estado emerge en

²²⁵ Santamaría Pastor distingue al menos cuatro tesis acerca de la discusión sobre la aparición de la jurisdicción contenciosa fuera de la ordinaria, todas ellas siguiendo a Chevallier: la heterodoxia revolucionaria (Duguít y Esmein) según la cual ya se propugnaba en Montesquieu la sustracción del contencioso-administrativo a los Tribunales ordinarios para confiarlo a la administración activa, tesis desmentida por el propio Chevallier; la desconfianza de los revolucionarios hacia los Tribunales (Dareste y K.Laferrière) como consecuencia de los obstáculos de los Parlamentos al Rey que empujaron a la Asamblea a restringir sus competencias a litigios particulares, ahora bien, existiendo esta idea, tampoco parece que fuera determinante; los deseos de disponer de una libertad de acción para la autoridad administrativa y mantener la tradición del Antiguo Régimen de disociar los litigios entre los individuos y el poder real como distintos de los conflictos *inter privados*. Más allá de esta interpretación, en general da la impresión que situar en el centro de la génesis del Derecho administrativo la discusión sobre la jurisdicción contenciosa y su carácter “administrativista” o “judicialista” que rompe el principio de unidad jurisdiccional, puede ir más a la forma que al fondo de la explicación de su origen. Vid. SANTAMARÍA PASTOR, Juan Alfonso. *Sobre la...* Op. Cit. p. 64-68.

²²⁶ Cronología de esta jurisdicción establecida por Villar Palasí. Vid. VILLAR PALASÍ, José Luis. “El fin del Antiguo Régimen...”.

²²⁷ Op. Cit. Vid. SANTAMARÍA PASTOR. *Sobre la génesis...* Op. Cit. p. 39.

²²⁸ Martín-Retortillo cuestiona la vinculación entre la jurisdicción formal dependiente de la Administración de Justicia o de la Administración pública con la eficacia jurídica del control jurisdiccional y del Derecho administrativo: “El control realizado por un Tribunal organizativamente encuadrado en la Administración, como es el Consejo de Estado francés ha resultado más penetrante e intenso que en el que en el sistema español han llevado a cabo los Tribunales del orden jurisdiccional correspondiente” Parece difícil dilucidar la delimitación entre lo sustancial y lo formal del Derecho administrativo en su eficacia o en su organización (Vid. MARTÍN-RETORTILLO BAQUER, Sebastián. *Instituciones de Derecho Administrativo*. Cizur Menor, Thomson-Civitas Aranzadi, 2007. p. 451). Otro aspecto a considerar en la emergencia de la jurisdicción contenciosa como causa del régimen jurídico administrativo es la responsabilidad de los empleados públicos, tal y como señalan Garriga y Lorente en una sentencia contra el Alcalde de Guadix de 1814. Vid. GARRIGA, Carlos y LORENTE, Marta. “Responsabilidad...” Op. Cit. p. 356-357.

ausencia de un régimen absolutista fuertemente institucionalizado y sin un gran desarrollo de la concentración de poderes.

II.3.1.c *Perspectiva ejecutiva en el origen del marco jurídico administrativo y su aplicación al caso de España.*

Sobre otro enfoque en la investigación de las causas, la perspectiva ejecutiva pone el énfasis del origen del marco jurídico administrativo en el intento de reforzar al poder ejecutivo, que se sirve de una jurisdicción especial para garantizar la capacidad ejecutoria de su funcionamiento en el ejercicio pleno de sus potestades y evite las intromisiones de la jurisdicción ordinaria desviando para ello hacia la propia Administración el tráfico administrativo de recursos²²⁹. De acuerdo a este enfoque la aparición del marco jurídico administrativo como régimen propio del poder ejecutivo en el principio de fortalecerlo respecto al resto de poderes divisibles, que por herencia del pasado, no aseguran la debida confianza en la gestión de los intereses en presencia de los nuevos grupos sociales emergentes²³⁰. Tales intereses eran tan diversos como los grupos de la burguesía emergente, incluso sectores de la pequeña nobleza, cuyo comportamiento era heterogéneo y dinámico, tal y como Manfred Kossok expresa en relación con las revoluciones de la Edad Moderna cuando afirma que “El error clave [...] resulta por haber identificado la categoría ‘Burguesía’ exclusivamente con la burguesía industrial, negando de manera total las etapas preindustriales de esta clase en forma de la burguesía comercial, financiero-bancaria y agraria”²³¹.

En la perspectiva ejecutiva, la conformación jurídica del Estado liberal se realiza en el cumplimiento de dos condiciones: una subjetiva de adquisición de potestades públicas, que permita ejecutar su programa político transformador desde el poder ejecutivo y relegar los mecanismos jurisdiccionales que facultaban al poder soberano anterior de potestad ejecutiva, normativa y coercitiva; otra condición objetiva de Derecho, con la creación de un marco jurídico propio que otorgue seguridad

²²⁹ Se significa la idea concreta de que el desvío del tráfico administrativo a la jurisdicción ordinaria creó un conflicto de saturación en ésta de recursos y reclamaciones y una dificultad de distinción entre los recursos administrativos competencia de la Administración y contenciosos de los tribunales, que añadía al desbordamiento material una gran inseguridad jurídica en los litigios económicos y patrimoniales con ésta. Vid. GALLEGO ANABITARTE, Alfredo. "Influencias nacionales..." Op. Cit. p. 64-65.

²³⁰ Vid. MARTÍNEZ PÉREZ, Fernando. “Constitución...” Op.Cit. p. 367-370. La formación embrionaria de esta causa se vislumbra ya en la Constitución de Cádiz, que reviste el antiguo ordenamiento absolutista de nuevas formas jurídico-políticas sin llegar a los firmes enunciados del constitucionalismo revolucionario francés, el poder ejecutivo se reviste de las facultades de la monarquía condicionadas por las Cortes, pero ya define en el aparato gubernamental, que forman los Secretarios, unas funciones instrumentales, profundamente jurídicas y controladas por el poder judicial donde se crea un espacio de responsabilidad en el cumplimiento constitucional y de la legalidad, arts. 226 y 172.11, que a instancia de las Cortes termina en enjuiciamiento, todo ello sin que haya quedado resuelta la reforma judicial del Antiguo Régimen.

²³¹ Este dinamismo se caracteriza por su forma evolutiva acompañando las transformaciones económicas y sociales de la Edad Moderna, del sustrato de esta evolución emergen las revoluciones políticas o las revueltas sociales a las que acompañan reformas políticas y administrativas con diversos grados de intensidad y consistencia. Vid. KOSSOK, Manfred. "El ciclo de las revoluciones españolas en el siglo XIX" en GIL NOVALES, Alberto (ed.). *La revolución burguesa en España*. Madrid, Universidad Complutense, 1985. p. 21. El error imputado hace referencia a Immanuel Geiss, Cfr. GEISS, Immanuel. *Condiciones históricas previas a los conflictos contemporáneos*, en "Historia Universal", Tomo 36 alemán, México, Siglo XXI, 1982.

jurídica en las actuaciones para ejercer el poder ejecutivo con la aplicación de una norma única de funcionamiento y organización²³².

Bajo esta perspectiva la primera etapa de conformación del marco jurídico administrativo surge en España por la incapacidad de gobernación durante el periodo del Trienio Liberal. El primer y más acuciante caso se presenta ante la carencia de un poder coercitivo en la Hacienda pública que propicia la creación de una jurisdicción contenciosa especial por parte de la Administración y el gobierno²³³. José Canga-Arguelles, Ministro de Hacienda, se hace eco de la necesidad de dotar a la Administración de capacidad para obtener una jurisdicción coactiva para la función recaudatoria a través de los empleados de la Hacienda²³⁴. En el Decreto de 12 de mayo de 1821 se proclama el desapoderamiento de los Jueces y Tribunales comunes en materia de Hacienda, y sin que importe su carácter involucionista, llega a rescatar la Instrucción de 1725 originaria de Felipe v. Aunque dicha solución se presenta como provisional, es consolidada en el Decreto de 25 de junio de 1821, que aprueba el sistema administrativo de la Hacienda Pública y establece la potestad administrativa en el procedimiento de reclamación y cobranza de créditos. Este decreto se transforma no sólo en el germen de la jurisdicción económica-administrativa, sino en el precedente de las materias administrativas *per se* y queda definitivamente resuelto en el Decreto de 27 de junio de 1822 que consagra el privilegio de *solve et repete* que impide la suspensión de las cobranzas por interposición de demandas judiciales²³⁵. Las normas y fórmulas jurídicas descubiertas bajo el poder absoluto y privatista resultan útiles para el nuevo poder público.

El reforzamiento de la competencia administrativa, también de clara motivación tributaria en los asuntos gubernativos, se pone de manifiesto en la que puede ser considerada primera Ley de Régimen Local promulgada en el Decreto XLV, de 3 de febrero de 1823, que aprueba la instrucción para el gobierno económico político de las provincias. De acuerdo con Santamaría Pastor aparecen cuatro aspectos relevantes que afectan a las relaciones del gobierno local con el sistema judicial: el reconocimiento pleno de potestades sancionadoras a los órganos locales (Ayuntamientos, Diputaciones Provinciales, Alcaldes y jefes políticos); el otorgamiento de amplias facultades ejecutivas a los órganos

²³² “La conquista del poder autoritario se hace a costa de la aplicación de la Ley inicialmente atribuido al Juez. Por de pronto, la expulsión del Juez del ámbito del ejecutivo lleva a la adjudicación progresiva a la Administración de poderes de supremacía y de coerción autónoma frente a los ciudadanos”. (Vid. PAREJO ALFONSO, Luciano. *Derecho administrativo...* Op. Cit. p.20).

²³³ Al menos establece tres causas de la inestabilidad gubernativa durante este periodo: una política por la presencia de logias y sociedades patrióticas que socavaban la unidad interna de los sectores liberales y fuerzas realistas que sumen al país en una guerra civil embrionaria; la económica como consecuencia de la quiebra de la hacienda ante el vertiginoso descenso de su capacidad recaudatoria; la insumisión de los jueces organizados durante el sexenio de 1814 a 1820 por Fernando VII. Vid. SANTAMARÍA PASTOR, *Sobre la génesis...* Op. Cit. p. 104-106.

²³⁴ CANGA-ARGÜELLES, José. *Elementos de la Ciencia de Hacienda*. Londres, 1825. p. 96-98.

²³⁵ Sobre este principio y las implicaciones del Derecho tributario en los orígenes de la jurisdicción contenciosa y por ende del Derecho administrativo en España véase MENDIZÁBAL ALLENDE, Rafael de. "Significado actual del principio *Solve et Repete*" en *Revista de Administración Pública*, n. 43, Enero – Abril, 1964. p.107-160.

administrativos reforzando la vía de apremio en la cobranza de contribuciones hasta la ejecución del embargo que satisfaga el pago; el establecimiento de un sistema de recursos gubernativo independiente, generalmente ante la Diputación Provincial; la creación de una vía de recursos puramente interna que en buena parte son “sin ulterior recurso” (arts. 90 a 92 de la citada instrucción)²³⁶. Todo ello consume el giro anti-judicial que obvia la competencia de los Tribunales Ordinarios y que después de iniciarse con la jurisdicción de Hacienda se extiende por el resto las competencias de las administraciones municipales.

II.3.1.d Interrelación de las perspectivas jurisdiccional y ejecutiva en las causas del marco jurídico-administrativo.

El reforzamiento del poder ejecutivo, prosiguiendo con el caso de España, se ha basado en la huida de las ineficiencias del sistema judicial por su lentitud frente a la premura necesaria en los asuntos administrativos, acentuada tras un periodo de grandes necesidades ante el descenso en la recaudación de la Hacienda Pública²³⁷. Se distingue de este modo de las razones políticas que caracterizaron la exclusión judicial por parte de los revolucionarios franceses en 1790. Parece obvio que existe una relación entre unas motivaciones recaudatorias aparentemente prácticas, conectadas con la perspectiva ejecutiva, y las razones políticas que sustentan la desconfianza en un sistema judicial reforzado durante el periodo absolutista pos constitucional del reinado de Fernando VII, que sostiene la perspectiva jurisdiccional. La observación de este proceso en su amplitud indica que la atribución jurisdiccional por el poder ejecutivo se produce ante la necesidad de reforzar la ejecutoriedad de la nueva forma de gobierno emanada de las Cortes, evidencia empírica que interrelaciona las perspectivas jurisdiccional y ejecutiva sobre la conformación del marco jurídico administrativo²³⁸.

²³⁶ Vid. SANTAMARÍA PASTOR. *Sobre la génesis...* Op. Cit. p.110-111.

²³⁷ “A pesar de la contradicción tanto unos autores (los judicislistas) como otros (los amministrativistas) coinciden, bien que desde diferentes perspectivas, en que los asuntos contenciosos de Hacienda, considerándolos materia gubernativa, se sustrajeron de unos tribunales inhibidos en virtud de una serie de disposiciones dictadas a los largo del Trienio”. (GARRIGA, Carlos y LORENTE, Marta. “Responsabilidad...” Op. Cit. p. 320-357).

²³⁸ Inicialmente, y posteriormente no totalmente desprendido de ello, Colmeiro considera el poder administrativo dividido en activo y contencioso, relacionado con actos de imperio y de jurisdicción, como ámbitos de actuación del mismo sujeto. Vid. COLMEIRO, Manuel. *Elementos del derecho político y administrativo de España*. p.158. Alejandro Nieto trata de sumarse a la controversia entre Ramón Parada y Garrido Falla que recoge esta noción, bajo las categorías de Administración activa y contenciosa, siempre tomando como referencia de inicio del sistema de jurisdicción contenciosa el año 1845. La discusión política entre el papel judicialista o gubernativo del contencioso y el uso del privilegio ejecutorio por la Administración marcan la naturaleza garantizadora de derechos particulares o instrumental en el fortalecimiento del poder ejecutivo, caminos opuestos en el origen del Derecho Administrativo. En esta polémica histórico-doctrinal es imprescindible el debate entre los clásicos con el trasfondo de la Ley de la Jurisdicción contenciosa de 27 de diciembre de 1956. Vid. GARRIDO FALLA, Fernando. “La evolución del recurso contencioso administrativo en España” en *Revista de Administración Pública*, n. 55, 1968. p. 9-26. Vid. PARADA, Ramón. “Privilegio de decisión ejecutoria y proceso contencioso” en *Revista de Administración Pública*, n. 55, 1968. p. 65-112. Vid. NIETO, Alejandro. “Sobre la tesis de Parada en relación con los orígenes de lo contencioso-administrativo” en *Revista de Administración Pública*, n. 57, 1968. p. 11-14.

El nuevo poder ejecutivo debía sustituir la estructura de un Estado lo bastante desarrollado para que su dimensión funcional y orgánica no fuera fácilmente suplantable. En primer lugar el régimen absolutista basaba el ejercicio de su autoridad en un amplio entramado jurisdiccional, lo que dificultaba cualquier intento de transformar ese poder político sin interpretar jurídicamente las disposiciones administrativas, pues era a través de este instrumento como actuaba el ámbito público-privado que representaba la monarquía²³⁹. En segundo término la jurisdicción del Antiguo Régimen gozaba de una facultad de decisión ejecutoria que le permitía disponer de resoluciones y medidas *ex novo* sin necesidad de basarlas en una norma, recurso o resolución anterior, esto quiere decir que existían órganos en forma de Consejos, Parlamentos, Tribunales, Audiencias (y otros que refundían funciones políticas y judiciales), cuya desaparición podía crear un vacío en la capacidad ejecutiva de los poderes públicos. Por lo tanto, la aparición de nuevos órganos de administración y gobierno debía investirse de una forma jurisdiccional previamente establecida, pues de lo contrario se dificultaba la ejecutoriedad de las potestades públicas y el ejercicio del gobierno. En tercer lugar, la existencia de un entramado de normas funcionando en ese Estado del Antiguo Régimen limitaba legislar con eficacia desde la generalidad de los principios constitucionales, pues éstos no eran lo bastante específicos para evitar anteriores normas de funcionamiento que no quedaban expresamente anuladas y escapaban a su control, por lo que podían ser reinterpretadas en los órganos judiciales permitiendo una anulación continua de las actuaciones del gobierno²⁴⁰. Todo ello llevaba a la necesidad de acotar el poder ejecutivo definiendo un ámbito competencial separado del poder legislativo y emanado del nuevo ordenamiento constitucional, que precisaba de todos los instrumentos necesarios para garantizar su ejecutoriedad²⁴¹. Ámbito competencial cuyo desarrollo sólo podría tener su sede en un marco jurídico administrativo.

²³⁹ Miguel Artola divide la naturaleza del contenido de la legislación, sujeta al proceso legislativo con iniciativa en las asambleas o cortes, cuya decisión siempre culminaba el rey, en medidas de gobierno y normas. Por otro lado, el resto de decisiones reales fueron desviándose a los consejos, donde se manifestaba un mayor control sobre aquellas, aunque en su origen se especializaron en el gobierno y desgajaron de la curia junto a las audiencias con funciones más jurisdiccionales y las asambleas legislativas. “No había un nombre único para la ley, en realidad nunca se dio ninguna ley, al tratarse de un nombre añadido por los recopiladores en sus obras. Parece conveniente en cambio, prevenirse frente a la confusión que supones habla de leyes del rey y leyes de reino para referirse a leyes con consejo y a leyes con consentimiento [de la asamblea]” (ARTOLA, Miguel. *La Monarquía...* Op. Cit. p.66-70).

²⁴⁰ Ante la débil doctrina los resquicios de litigio contra la Administración aparecían por todas partes: “Como ya he dicho, en este sistema los conflictos entre los ciudadanos y la Administración Pública se tenían que solventar por medio de recursos administrativos ante las Diputaciones, y los Jueces sólo conocían cuando el asunto se hacía contencioso (cuestión de derecho, propiedad, etc.) pero no cuando era un asunto económico y político-gubernativo. La dificultad de encontrar un criterio sólido de distinción entre lo contencioso y lo gubernativo quebró el sistema” (GALLEGO ANABITARTE, Alfredo. “Influencias nacionales...” Op. Cit. p.64).

²⁴¹ Sólo la Constitución de 1868, culminación revolucionaria del siglo XIX pronto retrocedida – aunque asimilada en parte – por la obra de la Restauración, establece nítidamente el Poder judicial dando sede orgánica e independiente a la hasta entonces considerada más una función administrativa como sucede en los anteriores textos constitucionales. Vid. SERVÁN, Carmen. *Laboratorio constitucional en España: El individuo y el ordenamiento*. Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2005. p. 80-81. Tal vez deba considerarse una prueba de la sustancia jurisdiccional en el origen del régimen jurídico de la Administración, que une en los fines de asegurar la eficacia del gobierno el enfoque jurisdiccional y ejecutivo.

II.3.2 Ejes de la consolidación del marco jurídico administrativo del Estado liberal.

La edificación del Estado liberal como reforma sin solución de continuidad con el régimen absolutista precisaba ante todo construir el Estado de Derecho, entendido como garante de la supremacía de la legalidad sometida a unos principios político-jurídicos y emprender con él la transformación de las estructuras de organización y funcionamiento de las instituciones y la actividad administrativa. Desde una perspectiva histórica puede deducirse que no era tanto el ordenamiento jurídico el que moldeaba el nuevo Estado, sino más bien eran las necesidades para su edificación las que precisaban la técnica jurídica como criterio rector de su modelación. Sirve como ejemplo la construcción histórica del ordenamiento jurídico administrativo en España, que pasa a describirse analíticamente en el eje histórico-político, doctrinal y jurídico positivo.

II.3.2.a Eje histórico-político de la consolidación del marco jurídico administrativo.

En la consolidación del marco jurídico administrativo destaca el periodo de la década ominosa (1823-1833) que permite mostrar las características singulares de la formación del Estado Liberal por la presencia del Estado Ilustrado, que constituía el antecedente inmediato del Antiguo Régimen. Durante este periodo, de la mano del ala moderada que se acaba imponiendo a los apostólicos, se retoma la ideología del Despotismo Ilustrado con una base programática situada en el impulso de la vida económica y el estricto propósito de reforma administrativa de la Real Hacienda²⁴². Se trata de introducir reformas inspiradas en las bases del sistema francés que implanten el modelo de la Administración napoleónica sin alterar el sustrato económico y social que forman la nobleza y el clero ni modificar la organización política procedente del Estado absolutista. Por una parte, prevalece el fin de suplantar la vieja Administración por la nueva tratando de hacer viables las propuestas administrativas del Estado Liberal sin considerar sus premisas constitucionales, por otro lado, resolver las limitaciones para formar una Administración eficaz que impidiera el cumplimiento literal de los preceptos constitucionales inspirados en la Constitución de Cádiz. Por consiguiente, en el periodo de Fernando VII, más allá de los alineamientos inmovilistas, se puede observar una dinámica de separación entre los objetivos reformistas de la Administración y la transformación política que introduce en el continente la Revolución Francesa. Para los primeros priman las medidas de reforma administrativa inspiradas en una nueva racionalidad jurídica y política que supere el ordenamiento y la organización estamentales pero

²⁴² El programa de reformas se inicia con una ronda de consultas de Fernando VII a personalidades moderadas que aportan una ideología afrancesada en el ejemplo de la Administración napoleónica y de origen ilustrado que continúan las propuestas del Despotismo Ilustrado de Olavide, Campomanes, Floridablanca o Gándara. En el caso primero se encuentran entre los consultados Javier de Burgos y Pedro Sainz de Andino y se suman a ellos el marqués de la Almenara, el conde de Ofalía, Joaquín Abarca (obispo de León), Mariano Carnerero y José Manuel de Rigaro. Vid. SANTAMARÍA PASTOR. *Sobre la génesis...* Op. Cit. p.120-121. Vid. ARTOLA, Miguel. *La España de Fernando VII*. Madrid, Espasa Calpe, 1999. v. XXXII de la Historia de Menéndez Pidal.

acomodándose a la tradición institucional previa; para los segundos es prioritario el desarrollo político a través de constituciones que consagren los principios del liberalismo político y aseguren la neutralidad de la acción pública del Estado y su Administración, ampliando la participación en el gobierno de los grupos de interés en presencia a través de un principio democrático basado en la extensión del sufragio²⁴³.

Esta dualidad es consecuencia de la Restauración en Europa, que llevaba a la creación de nuevas bases en el Estado fundadas en doctrinas como el liberalismo doctrinario, atemperadas en el largo periodo fernandino por las premisas políticas del Estado Absoluto, que dejaron sin aplicar estos principios en la involución política de 1830 ante las revueltas liberales que el entorno político de Fernando VII no estaba dispuesto a aceptar. Más adelante, impulsados por el conflicto autónomo de la cuestión dinástica, tras los sucesos de La Granja todavía en la última etapa de su reinado, fueron aplicados los términos del liberalismo moderado junto con otras medidas de liberalización política por el Decreto de 6 de octubre de 1832. Durante el periodo de la Regencia, bajo el gobierno de Cea Bermúdez, se abre camino el Estado liberal al conciliar un profundo programa de reformas administrativas promovido por Javier de Burgos, Ministro de Fomento, con un poder ejecutivo influenciado claramente por el modelo de organización francés napoleónico y un orden político de herencia ilustrada y, por ende, pre-liberal²⁴⁴.

A la larga se demostraba que la conjugación de la Administración liberal y el Estado ilustrado no satisfacían a realistas ni a liberales, pues las reformas exigen relacionar el ámbito administrativo y político en un único sistema coherente. El fin, entre otros, consiste en favorecer a los sectores de nueva pujanza como salida a la supervivencia financiera del propio Estado por la vía del desarrollo económico. Se pone de manifiesto que existían formas de convivencia de ambos sistemas, por lo que el nuevo Estado requería de una consolidación específica que impulsara su fortaleza frente a los residuos del

²⁴³ Para entender el proceso jurídico político y sus consecuencias en la organización administrativa parece aconsejable partir de un análisis histórico de los ciclos revolucionarios liberales que permita entender su sustrato socio-político. Las variantes así encontradas en los diferentes análisis comparatistas, generalmente historiográficos, tratan de trazar las claves sociales de esos grupos de interés y el trasfondo de sus reformas políticas durante el proceso de asentamiento del régimen liberal-democrático en Europa. como en este ambicioso propósito intenta plasmar el historiador alemán Manfred Kossok, discípulo y deudor en esta línea de Walter Markov. Vid. KOSSOK, Manfred. "El ciclo..." Op. Cit. p. 11-44. En este intento de tipificación, centrada en el ámbito continental, destaca el carácter cíclico y nacional de los procesos de introducción de la nueva organización liberal, la primacía reformista sobre los principios democráticos en el asentamiento del Estado y la tendencia a impulsar tales principios ante la entrada de nuevas fuerzas sociales en el desarrollo económico. También Gil Novales, en una visión centrada en el caso de España, trata de caracterizar la incidencia de las peculiaridades sociales y políticas de los antecedentes históricos, como se muestra en la misma edición, GIL NOVALES, Alberto. "Las contradicciones de la revolución burguesa española" en *La revolución burguesa en España*, (ed. Alberto Gil Novales). Madrid, Universidad Complutense, 1985. p. 45-79.

²⁴⁴ Cifr. SANTAMARÍA PASTOR. *Sobre la génesis...* Op. Cit. Decretos de 6 de octubre para el despacho de los asuntos de gobierno, 7 de octubre de indulto y 15 de octubre de amnistía, dirigidos al ala moderada el Decreto de 7 de octubre de 1832 de reapertura de universidades literarias y por encima de todas el Real Decreto de 5 de noviembre de 1832 de creación del Ministerio de Fomento.

anterior. En realidad la introducción de un Estado de legalidad que desmontara el sistema de privilegios requería en primer lugar la construcción de un Estado fuerte fundado en una Administración organizada, eficaz y capaz de cumplir el programa de los nuevos grupos de interés económico desplazando del poder político a las clases privilegiadas del Antiguo Régimen. Una vez cumplida esta misión, encarnada en Cea Bermúdez y Javier de Burgos, que impidiera el retorno a una nueva organización fundada sobre las bases del poder absoluto, era factible establecer el principio de legalidad que asegurara el control y la garantía de neutralidad en el funcionamiento de la maquinaria administrativa a través del advenimiento del Derecho administrativo.

II.3.2.c Eje doctrinal de la consolidación del marco jurídico administrativo.

En segundo término, el eje doctrinal del ordenamiento jurídico-administrativo en España encuentra diversos autores que unen su obra política y legislativa desvelando el carácter instrumental del marco jurídico en la realización material del Estado liberal, que junto a otros antecedentes continentales, confirman la preeminencia práctica del instrumento jurídico en cuanto a método para modelar el Estado y la Administración post-absolutista²⁴⁵. En los tratadistas del incipiente Derecho administrativo prevalece su obra conformadora de la Administración pública sobre la doctrinal-jurídica, dando por ello muestra de su carácter de técnica creadora de las instituciones liberales frente a un mero propósito garantizador de la legalidad²⁴⁶. La tarea organizativa se realiza sin perjuicio de la necesidad posterior de establecer un sentido unitario que se acaba asentando en principios jurídicos, pues la racionalidad que prima en esa obra reformadora o creadora se basa en reglas jurídicas que permiten supeditar las relaciones entre los sujetos a normas de Derecho antes que a normas de funcionamiento efectivo meramente técnicas²⁴⁷.

²⁴⁵ Alli Aranguren postula que “El entendimiento de la Administración pública como un todo orgánico surge en nuestro país en el siglo XIX, de la mano de Sainz De Andino, Oliván y Javier de Burgos”. ALLI ARANGUREN, J. C. *La construcción...Op. Cit.* p.44. Respecto a otros autores se hace especial referencia al cameralismo alemán del siglo XVIII aunque cabría incluir otras corrientes europeas del periodo del Despotismo Ilustrado, cuyo reformismo tenía una clara orientación técnica a falta de posibilidades de desarrollo jurídico político.

²⁴⁶ “Una y otra vía caracterizan las formas normativas del Derecho administrativo, pero se comienza por la necesidad práctica de conformación jurídica de problemas concretos, como en este caso resulta la organización del Estado, el fortalecimiento de sus funciones y el ordenamiento de su actividad en instituciones que lo conformen “las llamadas por la doctrina alemana *Massnahmegesetze* o leyes de medida (57) [Cit. Carl SCHMITT], que se distinguen de las leyes propiamente normativas en que éstas se dictan para regular situaciones típicas y generales y las primeras para atender situaciones singulares y concretas” De aquí se derivan las necesidades (Vid. GARCÍA DE ENTERRÍA. "Reflexiones sobre la Ley y los principios generales del Derecho administrativo". *Revista de Administración Pública*, n. 40, 1963. p. 203-204). Sobre Carl Schmitt que origina esta importante distinción ley-medida y leyes propiamente normativas en SCHMITT, C. *Legalität und Legitimität*. Madrid, Aguilar, 1971 ([1932] versión española, traducción de la edición de 1968). y Vid. GÓMEZ ORFANEL, G. *Excepción y normalidad en el pensamiento de Carl Schmitt*, Madrid, CEC, 1986.

²⁴⁷ “Hay además otra razón definitiva para que el Derecho administrativo postule de suyo enérgicamente la técnica de los principios generales del Derecho, y es la insuficiencia de la sumisión de la Administración a la simple legalidad formal, para que su enfrentamiento con los administrados, supuesta su formidable potenciación actual, pueda discurrir por cauces de justicia. Como ha dicho certeramente FORSTHOFF, la técnica de la garantía de la libertad legada por el siglo pasado, como una garantía conseguida a través del respeto a formas jurídicas, «funciona únicamente bajo la presuposición de que la

Entre los más preclaros ejemplos de esta concepción constructiva, considerado por algunos autores el precursor del propio Derecho administrativo, se encuentra Javier de Burgos, que proclama, sin embargo, la preeminencia de la ciencia de la administración, pues para él la labor organizativa y la búsqueda de fórmulas eficaces se antepone a la búsqueda del papel de la justicia²⁴⁸. La trascendencia de los autores de este periodo inicial es que permiten delimitar cómo el marco jurídico se basa en el tipo normativo, es decir, la juridicidad como sustancia de la construcción material del Estado y su Administración, sistema de reglas o régimen jurídico, pero no como doctrina o cuerpo científico de Derecho que desarrolla su propio sistema interpretativo en una formulación teórica independiente²⁴⁹. Dentro de esta línea pragmática en su aplicación y descriptiva en la formulación del marco jurídico administrativo, se pueden señalar algunas de las autoridades más relevantes del *administrativismo* liberal fundacional en España. Francisco Agustín Silvela constituye en su obra un ejemplo en el que prima la construcción de la Administración con tareas tales como la preparación de los empleados públicos, la urgencia, previa a cualquier formulación doctrinaria, del estudio legislativo comparado, el análisis de los dictámenes, y la práctica gubernativa de los poderes provinciales. Para Silvela el modelo de la administración francesa resulta un referente centrado en un sistema organizativo jerárquico y centralizado, compuesto por órganos especializados e interdependientes, sin perjuicio de su apoyo a “atender a lo que pueda haber de singular en nuestra necesidades, usos y costumbres”²⁵⁰. No se trata en su obra ni en su época de acoger una doctrina fuertemente teorizada, sino de acomodar las fórmulas necesarias para la construcción de la Administración liberal en España. En similar línea, Alejandro Oliván se sitúa asimismo entre los pioneros del Derecho administrativo. En Oliván se marcan los caracteres más acentuados del primitivo marco jurídico que deviene en Derecho administrativo, entre los que destacan el principio ordenador y el principio ejecutor de la Administración siempre a través de su sistema normativo; el carácter intervencionista del Estado que abarca, contradiciendo la atribución a las primeras corrientes liberales de postulados exclusivamente absentistas, no sólo el cumplimiento de

vida social es fundamentalmente autónoma, pero fracasa frente a una Administración que interviene en todos los ámbitos de la vida social»”. (Vid. GARCÍA DE ENTERRÍA. "Reflexiones..."Op.cit. p. 204).

²⁴⁸ Vid. MESA SEGURA, A. "De Javier de Burgos a Ortiz de Zúñiga" en *REVL*, n. 13, 1944. p.18-30. GAY ARMENTEROS, Juan. *Política y administración en Javier de Burgos*. Granada, CEMCI, 1993.

²⁴⁹ Como se verá más adelante corresponde esta situación al Estado censitario o inicial, Estado liberal tal y como lo clasifica M.S. Giannini en su tipología histórica: “Se puede, incluso observar que la cronología del Derecho administrativo ha visto en todas partes un salto entre el antes y el después de alcanzarse el ‘umbral de consistencia’ por parte de la jurisdicción administrativa. Antes la normativa está altamente desorganizada y la ciencia está en su fase divulgativa, según la opinión de M. Hauriou, o quizás, mejor, descriptiva” (Vid. GIANNINI, Massimo. *Derecho administrativo*. Madrid, MAP, 1991. v. I. p.68).

²⁵⁰ Vid. SILVELA, A. *Colección de proyectos dictámenes y leyes orgánicas o Estudios Prácticos de Administración*. Madrid, 1893. p. XXXVI. Su preocupación por el modelo administrativo profundamente centralizado le conduce a precisar por primera vez el concepto de “excentralización” (descentralización) administrativa para referir el precedente de regulación del Régimen Local del Trienio en el decreto de febrero de 1823, dato recogido por Regina M^a Polo en su análisis de la evolución del concepto de descentralización en la doctrina administrativa del periodo liberal. Vid. POLO MARTÍN, Regina M^a. “La génesis de las nociones de centralización, descentralización y autonomía en la España decimonónica (1808-1868)” en *Anuario de Historia del Derecho Español*. LXXXIII, Madrid, 2013. p. 606-607.

las leyes sino aquellas disposiciones auxiliares que penetran en las acciones de la Administración, acciones que requieren la preparación de medios para la realización de los amplios propósitos de gobierno a través de la Administración. En tercer lugar, Posada Herrera, como el conjunto de tratadistas del marco jurídico de la Administración, se ubica en las circunstancias de construcción institucional de la Administración que extiende al Derecho comparado continental, particularmente de los autores franceses e italianos²⁵¹. En suma, se observa en estos tres autores pioneros lo que ya recoge en su reflexión general sobre todos ellos García Oviedo: “Sin embargo, y aquí de la paradoja, aquellos espíritus [políticos y tratadistas del periodo clásico 1841-1850, nota mía] sienten ansias de reformas para el país, y con muy sutil ingenio alían sus: convicciones liberales con aquellos deseos; más para dejar a salvo los principios piden que el mejoramiento social se realice no tanto por la acción positiva del Estado cuanto por una obra depuradora ó, a lo sumo, de estímulo del Poder público a la iniciativa individual”²⁵².

Nos detenemos, por estar entre las obras más tratadas e interpretadas de los precursores del marco jurídico administrativo español, en la figura José de Posada Herrera. Su repercusión se ha podido ver beneficiada por una especie de búsqueda del introductor del Derecho administrativo, sembrada por lo demás de la imprecisión para delimitar éste. Interesa destacar su conjugación del ámbito de la acción política, que en este momento es de construcción institucional y funcional del Estado, con la actividad académica y docente, en cuyo conocido legado de las *Lecciones de Administración* incardina su obra doctrinal. Esta dualidad proyecta un contenido de su trabajo con “pocas valoraciones de orden doctrinal y de debate científico, aunque algunas veces hace referencia a posiciones o escuelas, sin mayores precisiones ni apoyos doctrinales o jurisprudenciales. Estudia la materia administrativa con abundante referencia al Derecho positivo y a los debates parlamentarios sobre los mismos”²⁵³. Posada, conocedor del desarrollo y la aplicación contradictoria y fallida en la Administración y el Gobierno del marco jurídico existente, antepone la crítica al exceso normativo falto de estructuración y por ende mal conocido e incumplido. Sobre esta premisa aborda el plano doctrinal elaborando un estudio crítico fundado en las necesidades prácticas de su comprensión e interpretación. En el análisis de Posada el marco jurídico resulta el instrumento ineludible para definir a la Administración como sujeto ya bien

²⁵¹ POSADA HERRERA, José. *Lecciones...Op.Cit.* La obra clásica de Oliván, OLIVÁN, A. *De la Administración Pública con relación a España*. Madrid, 1843. Respecto a este autor comenta Alli Aranguren que “Ofrece una visión de conjunto, constructiva y no sistematizadora de la Administración de su época y de sus principios rectores”. (ALLI ARANGUREN, J. C. *La construcción...Op. Cit.* p. 159-174)

²⁵² GARCÍA OVIEDO, Carlos. *El intervencionismo del Estado en los administrativistas clásicos españoles*. REVL, 13, 1944. p. 2.

²⁵³ SOSA WAGNER, Francisco (coord.). *La construcción del Estado y del Derecho administrativo. Ideario-jurídico político de Posada Herrera*. Madrid, Marcial Pons, 2001. p.256.

delimitado, pero asumiendo los fines concretos a los que dicho marco jurídico sirve, tales como definir la organización, funciones y actividad del gobierno:

Hemos dicho que el Derecho administrativo era el conjunto de todas las leyes administrativas y bajo esta palabra comprendemos no sólo aquellas que marcan las atribuciones de las diferentes autoridades y las relaciones de estas con los demás ciudadanos [funciones], sino todas las leyes, que como veremos después, entran dentro de la esfera de la administración propiamente dicha [organización]²⁵⁴.

Sin embargo, encuentra estos fines de la Administración orientados a las normas cuyo control debe suponer una sistematización y generalización de los principios que las ordenan, no bastando para ello la disposición positiva ni la práctica de su aplicación para obtener fines concretos. En opinión de Posada todo su entramado debe regirse por leyes administrativas cuyo conocimiento en extensión y profundidad sirve para facilitar la coherencia de las múltiples actividades que emprende el gobierno y la capacitación amplia de quienes las ejercen:

El conocimiento del cúmulo inmenso de leyes administrativas, los principios necesarios para poderla aplicar con tino y discernimiento no se pueden adquirir a la ventura con sólo resolver el polvo de los expedientes [sic] debidos muchas veces a la ignorancia misma, y aumentados y complicados por desconocer las leyes que se deben aplicar. En los expedientes [sic] si bien se adquiere la útil práctica de los negocios cuando están bien dirigidos también se aprende la práctica de los abusos y hasta se les toma cariño defendiendo por hábito o por ignorancia lo que su misma razón, menos preocupada y más ilustrada hubiera condenado sin duda²⁵⁵.

Así, se va conformando la idea de que el profuso objeto jurídico del sistema normativo es el que define los medios y la finalidad del gobierno y la Administración, por lo que, en su ordenación, son los derechos normados el objeto de la ciencia administrativa que adquiere un sentido más amplio al establecer “los principios y relaciones que hay entre la sociedad [personificada en la Administración] y los miembros que la componen”. Por un lado la Administración, los principios y relaciones que la forman quedan abiertos a otros campos, pero su expresión jurídica es principio rector de la misma y por lo tanto criterio de la sistematización para buscar la eficacia de los fines de la Administración ante tal profusión de normas. Por todo ello se debe recurrir al Derecho en una especificidad propia que debe distinguirse en lo formal:

De este modo los derechos que el individuo adquiere por medio de la administración se distinguen de los derechos civiles que están fundados en la justicia estricta y que no tienen raíz en el principio de asociación, sino que unas veces anteriores a ésta y otras incidentales en el mismo principio²⁵⁶.

²⁵⁴ Funciones y organización no quedan delimitadas de forma precisa pues aquí quedan unidas y a continuación menciona de otros autores la delimitación entre las atribuciones de las autoridades y la relación con los administrados. Se puede interpretar que al Derecho administrativo corresponde tanto su ordenación normativa interna como la externa que afecta directamente a su actividad respecto a los ciudadanos. Vid. POSADA DE HERRERA, José de. *Lecciones de administración. Tomo I*. Madrid, INAP, 1978. p. 36.

²⁵⁵ Se hace una clara y anticipada referencia al paradigma de la inercia institucional y otros aspectos organizativos que se verán en el epígrafe 7.5.2. a propósito de la innovación tecnológica. Ibid. p. 12.

²⁵⁶ Ibid. p. 36.

Pero no es este marco jurídico propio de la Administración el fin último de la ciencia que debe conocerlo, sino más bien el medio para ejecutar sus fines a través de la actuación del ejecutivo que se fragua en la unidad entre el Gobierno y la Administración:

Las leyes por sí mismas son inertes, son palabras escritas en el papel; si no hubiese más que escribir las leyes para que ellas se ejecutasen, sin duda alguna no habría nación en el mundo que fuese más feliz que la nación española; porque no nos faltan leyes ni nos han faltado nunca, lo que ha faltado es quien las ejecutase²⁵⁷.

Posada pone de manifiesto que el desarrollo del Derecho administrativo requiere crear un cuerpo sistematizado que en la tradición continental parte de las necesidades de construcción del Estado y la Administración y la disposición para ello del marco jurídico y el Derecho como herramienta científica y práctica, cuyos caracteres extralimitan la técnica de las disciplinas jurídicas, por lo que su misión concurre con un objeto reiteradamente mencionado por otros autores coetáneos como *ciencia de la administración*. La necesidad de sistematizar el conocimiento de la Administración de Posada y los tratadistas de liberalismo temprano se inspira en un sentido práctico de consolidación del Estado liberal todavía en una perspectiva holística, donde Gobierno y Administración, y aún, poder legislativo y judicial, se encuentran profundamente interrelacionados en su finalidad de aplicar en las leyes la voluntad de la sociedad con eficacia jurídica.

Pero al mismo tiempo, que comprendemos en la ciencia de la administración, las leyes administrativas que es necesario considerar, para tener una verdadera idea de la administración, no puede existir esta, sin magistrados encargados de la ejecución de estas leyes[...] Cuando el pensamiento de las leyes no proviene del gobierno, o cuando este no se entera bien de la idea que se propone el legislador, la ejecución tiene que ser manca y defectuosa, y nunca puede corresponder a las ideas y a la tendencia que el legislador se hubiese propuesto al discutir las y aprobarlas²⁵⁸.

Finalmente, para formar una Administración acorde con las necesidades prácticas y los principios del Estado de Derecho, el incipiente marco jurídico irá imponiendo un enfoque teórico y un cuerpo doctrinal que resuelva la falta de unidad en la profusión de normas apenas conectadas a principios constitucionales etéreos para la labor de la nueva gestión administrativa. A partir de aquí la teoría del sometimiento del Estado y por ende de sus Administraciones públicas al Derecho, se traslada en gran medida a un constructo idealizado y dogmático de la aplicación del Derecho público a las actuaciones y la organización administrativa. Una mirada al origen y desarrollo del marco jurídico administrativo constata como se trata en parte de un proceso histórico del Estado liberal que antecede a la creación del Derecho administrativo, en el que la existencia previa de una normativa que regula la actuación de la Administración del Antiguo Régimen entronca con la aparición de un Derecho público especial.

²⁵⁷ Su ironía revela ese quehacer autocrítico tan arraigado en la identidad de España. Ibid. p. 39.

²⁵⁸ Ibid. p. 39.

II.3.2.d Eje jurídico-positivo de la consolidación del marco jurídico administrativo.

Este Derecho queda recogido en el eje jurídico-positivo, y a diferencia de la normativa precedente, supone un sustrato de fuerte racionalidad de la técnica jurídica edificada sobre principios altamente formales y generalizables. Su introducción en el caso de España resulta cíclica y paulatina con sucesivos periodos, en concordancia con el desarrollo político del régimen liberal. Estas etapas se delimitan por la evolución del ordenamiento jurisdiccional de la Administración en dos aspectos. En conexión con la perspectiva jurisdiccional, la necesidad de definir una jurisdicción propia y la relación de ésta con el poder judicial estipuló la regulación jurídica de sus actividades y la concreción de sus sedes orgánicas de potestades y competencias administrativas. En conexión con la perspectiva doctrinal, la pugna entre el liberalismo original y el doctrinario caracterizó la evolución y maduración del marco jurídico público en el Derecho positivo a través de la legislación y reglamentación del ámbito jurisdiccional contencioso. La aplicación de estos criterios en el análisis legislativo de Fernández Torres permite establecer las siguientes etapas²⁵⁹:

a) La premisa de las insuficiencias en la organización efectiva de los poderes públicos por la nueva institución parlamentaria frente a la tradición instrumental de los parlamentos y consejos del Antiguo Régimen y el intento de la restauración, previa reforma, de las instituciones absolutistas.

b) La costosa delimitación práctica entre los poderes ejecutivo y judicial, históricamente fusionados durante el periodo absolutista en las jurisdicciones privadas del Antiguo Régimen y el poder monárquico: RO de 8 de mayo de 1839 acerca de los límites de las administraciones; RO de 15 de marzo de 1843 para que no pueda abusarse de la vía contenciosa sin haber intentado antes la gubernativa.

c) El desarrollo del marco jurídico público garantizador de la autoridad del Gobierno, llevado a cabo en su amplia legislación y desarrollo reglamentario con la recreación de los órganos jurisdiccionales de la Administración a través de los Consejos territoriales y el Consejo Real durante el primer periodo moderado: Ley de 2 de abril de 1845, de organización y atribuciones de los Consejos Provinciales; Ley de 6 de julio de 1845, de organización y atribuciones del Consejo Real.

d) La culminación de la división de poderes en el régimen jurídico público durante el corto bienio progresista con la creación de la jurisdicción contenciosa administrativa, que resuelve el compromiso de la delimitación material entre los poderes ejecutivo y judicial: RD de 7 de agosto de

²⁵⁹ Fernández Torres realiza una profunda recopilación legislativa y reglamentaria periodificada en sus principales fases de desarrollo. Vid. FERNÁNDEZ TORRES, Juan Ramón. *Historia legal de la jurisdicción contencioso-administrativa (1845-1998)*. Madrid, Iustel, 2007. p. 31-541

1854, suprimiendo los Consejos Provinciales, y dictando al efecto las disposiciones convenientes; RD de 10 de enero de 1855, dando nueva organización al Tribunal Contencioso administrativo.

e) El restablecimiento de la Organización Administrativa del Estado mediante el desarrollo jurídico de la planta jurisdiccional liberal en el segundo periodo moderado, exponente de la maduración del sistema en la vertiente doctrinaria. Reglamentación de la organización administrativa territorial, creación del Consejo de Estado que sustituye al Consejo real y normativa procesal en los recursos contenciosos. En este periodo se desarrolla asimismo el régimen competencial de la organización del Estado en sus administraciones centrales y territoriales: RD de 16 de octubre de 1856 restableciendo en toda su fuerza y vigor las leyes sobre organización y atribuciones de los Ayuntamientos, Diputaciones Provinciales, Consejos Provinciales y Consejo Real, Ley del Consejo de Estado de 17 de agosto de 1860; RD de 21 de octubre de 1866, reformando las leyes sobre organización y atribuciones de los Ayuntamientos y para el gobierno y administración de las provincias.

f) Nuevo restablecimiento ordinario de la jurisdicción contenciosa en los órganos judiciales durante el sexenio revolucionario a través del Tribunal Supremo y los Juzgados de Hacienda: Decreto de 13 de octubre de 1868, suprimiendo la Jurisdicción contencioso administrativa, los Consejos Provinciales y la Sección de lo Contencioso administrativo del Consejo de Estado; Decreto de 16 de octubre de 1868, creando en el Tribunal Supremo de Justicia y en todas las Audiencias una Sala que decida sobre las cuestiones contencioso administrativas.

g) Reposición de los Consejos en el primer periodo de la Restauración y establecimiento final de los procedimientos jurisdiccionales contenciosos y el régimen jurídico administrativo a partir del periodo reformista del Gobierno largo de Sagasta: Ley de 13 de septiembre de 1888, sobre el ejercicio de la jurisdicción contenciosa administrativa (Ley de Santamaría Paredes); Ley de 19 de octubre de 1889 de Bases de Procedimiento Administrativo; Ley de 19 de octubre de 1890 disponiendo que cada Ministerio se haga y publique un Reglamento de procedimiento administrativo para las dependencias centrales, provinciales y locales del mismo.

La estratificación cronológica en el eje jurídico-positivo muestra cómo la dinámica en España del sistema liberal refleja la pugna entre las corrientes políticas en presencia que se alternan sucesivamente en el gobierno hasta su final institucionalización en el periodo de la Restauración borbónica. En el punto de partida de esta dinámica se impone como forma de control del poder ejecutivo la premisa moderada de aceptación del sistema contencioso tutelado por un régimen jurídico propio que ampara las amplias funciones potestativas del gobierno. La sucesiva elección para su ejercicio entre órganos del Estado dependientes de la Administración y judiciales ordinarios se incorpora al cuestionamiento de las bases constitucionales en el programa de los grupos políticos. En este proceso de

acción-reacción, en el escenario de construcción del Estado entre las fuerzas liberal-progresistas y moderadas, se desarrolla un aparato jurídico en las relaciones de la Administración que subordina la técnica de diseño de la organización pública a reglas jurídicas de índole cuasi jurisdiccional. Final y globalmente considerado, este proceso desarrolla el Estado de Derecho al que se confía un ejercicio de poderes exento de jurisdicciones privadas, que es garante de la delimitación entre el sujeto público y el sujeto privado en sus actuaciones y el ámbito jurídico que las rige.

II.3.2.e Conciencia modernizadora del Estado en la consolidación del marco jurídico administrativo.

Estas reformas se perciben por sus propios autores políticos y tratadistas doctrinales, cuyas personalidades confluyen en la mayoría de los casos, con una conciencia de la modernización del Estado y de la creación de una Administración pública que por primera vez en la historia otorga una libertad de acción efectiva al sujeto y ámbito privado desligado del ejercicio del poder público. Modernización porque se asume la continuidad con el pasado y con ella el posible reconocimiento de otras estructuras sociales y políticas previas, pero que ahora se caracteriza, y eso es lo sustancial, por los principios del Derecho, donde queda reconocido el sujeto público en una Administración que constituye el verdadero elemento diferencial del nuevo tipo de Estado y hace desaparecer respecto al pasado la confusa esfera de lo público bajo una autoridad con intereses patrimoniales privados²⁶⁰. La superación de los privilegios o excepciones jurídicas privatistas que el Antiguo Régimen amparaba en sus regulaciones supone un salto cualitativo que conlleva ciclos revolucionarios, reactivos y compromisos reformistas. Todos ellos confluyen en el Derecho administrativo sin solución de continuidad de una Administración cuyos instrumentos potestativos creados en las instituciones precedentes se deben redefinir. En sentido contrario, el Estado liberal en su marco jurídico-político se debe a la obligación de desarrollar los principios constitucionales, como sostiene Giannini, “en particular el principio de la jurisdicción y el reconocimiento de las libertades y los derechos fundamentales, los cuales no podían sino que actuar en sentido *antiautoritario*”. En esta dinámica se emprende la descentralización del Estado con la autonomía de las entidades locales y sobretodo el cumplimiento del principio de legalidad que debe dilucidar las controversias administrativas en una vía jurisdiccional independiente. Sin embargo en la capacidad representativa del sistema estas libertades y garantías particulares se siguen restringiendo a

²⁶⁰ Destaco respecto a la verdadera misión modernizadora que envuelve la percepción histórica de la tarea fundacional del Estado por sus protagonistas doctrinales las palabras de José Posada: “La unidad es el hecho más importante de las sociedades modernas. Yo no he querido entrar en el examen histórico de nuestra sociedad en la época de los godos, ni en el examen de la edad media, ni en el de la época más floreciente de la monarquía, pero es indudable que a poco que Vds. hojeen la historia, encontrarán que nunca como hoy han estado los pueblos sujetos á unas mismas leyes y nunca estas mismas leyes se han extendido desde la más pequeña municipalidad hasta las más grandes capitales “ Debe resaltarse como el concepto de unidad se hace equivalente al principio de igualdad de la tradición liberal. (Vid. POSADA DE HERRERA, José de. *Lecciones...* Op. Cit. p. 21).

sectores sociales heterogéneos de una burguesía en continua transformación, que limitan el acceso a los mecanismos del sistema administrativo en una norma jurídica que garantice su efectiva neutralidad dentro de una organización racional y previsible. De este modo las reglas formales del juego permiten incorporar restrictivamente a nuevos sujetos privados que acceden a posiciones de poder en el ámbito público. Esta situación, que también forma parte del sistema liberal, se traduce en una mayor libertad de acción frente a los poderes públicos, pero una minoritaria participación en sus órganos a través de la representación política que lleva a dos fenómenos que cierran el primer periodo de formación del Estado liberal en el continente. Por una parte la cesión de la elaboración de los principios del Derecho administrativo a la jurisprudencia, dado su marcado carácter jurisdiccional, que impregna tanto a los órganos judiciales independientes en los que reside como garantía la resolución última, como a los órganos administrativos que van aplicando esos principios a las normas y actos que emanan de ellos. En segundo término la elevación del Estado a figura de dirección política al que se sujetarán los intereses privados limitados en número por un ordenamiento muy restrictivo de los cuerpos electorales, que bajo principios formales de igualdad permite transferir la potestad a los órganos administrativos a los que sólo acceden materialmente aquellos grupos con capacidad social de obrar y política de actuar, aspecto frecuentemente ignorado por la doctrina administrativa²⁶¹.

“El carácter censitario del Estado liberal ha sido siempre conocido, pero hasta autores como Kelsen y S. Romano no advierten su importancia: en otras palabras, casi todos los juristas que han escrito antes de que se introdujera y se adaptase la noción de constitución material, no se han apercibido de que el Estado censitario tiene una lógica poco afín a aquella del Estado democrático, esto es del Estado en el que todos los ciudadanos tienen realmente derechos políticos”.

II.3.3 La culminación del marco jurídico liberal en la fijación doctrinal del Derecho administrativo.

En el modelo continental la Administración liberal forma su identidad como sujeto de Derecho separado de entes privados y administrados particulares, que debe asumir un marco jurídico formal y

²⁶¹ Por parte de la doctrina administrativa se propugna, en diferentes formas, la indiscutible continuidad de la organización administrativa y sus bases jurídicas con los precedentes del Antiguo Régimen. En el caso de Gallego Anabitarte bajo una perspectiva de índole positiva en su investigación de las fuentes jurídicas que confirman la presencia en aquel periodo del *legibus alligatus* del príncipe y la plena distinción entre los asuntos gubernativos y contenciosos. Incide en ideas análogas Giannini, que desde una óptica más categórica y comparatista sugiere “La actividad de la administración está regulada o por un derecho común (estructura estatal inglesa) o por un derecho público general (estructura estatal del absolutismo puro) o por una rama especial del derecho público (estructura estatal del absolutismo ilustrado) [...] La revolución francesa introdujo una nueva estructura, que fue llamada desde sus comienzos de ‘Derecho administrativo’, esto es lo fundamental de dicho acontecimiento, que cobró importancia porque introdujo un nuevo tipo de Estado que, si bien ha sufrido sucesivos cambios constitucionales, ha conservado el tipo estructural adquirido entonces, si bien siempre perfeccionándolo”. En el desarrollo del mismo tema afirma como “En Francia y en otros Estados continentales, el polo autoritario prevaleció en el periodo de la Restauración, la cual conservó del Derecho administrativo el centralismo, la uniformidad de las estructuras y la simplificación de los procedimientos. Así, tras la afirmación del Estado propiamente liberal se produjo una oscilación hacia el polo opuesto por la que antes o después se introdujeron en la normativa administrativa dos innovaciones importantes: el poder municipal y el contencioso con relación a las controversias administrativas (GIANNINI, Massimo. *Derecho administrativo...* Op. Cit. p. 58-68).

especializado capaz de sustituir un Estado jurídicamente indiferenciado de los intereses privados. Sin embargo, lo sustancial de la Administración liberal en esa importante disociación jurídica es la delimitación de las obligaciones y derechos de los poderes públicos, que también se puede obtener dentro de un Derecho regulador común, tal y como muestra el caso anglosajón, se trata por consiguiente de “La distinción entre los dos tipos estructurales de administración pública, aquel regulado por normas de derecho común (más brevemente de normativa común), y aquel regulado por normas de derecho público (más brevemente de normativa pública), es teóricamente válida e, históricamente, ha existido y aún existe” . Se conforma así la conclusión de que el establecimiento o no de normas propias de Derecho de la Administración no define el sometimiento de ésta al Estado de Derecho, sino que caracteriza dos tipos estructurales de aplicación normativa, siendo lo sustantivo de la Administración en el Estado liberal la caracterización de lo público como sujeto en el sistema normativo. La normativa pública “consiste en que la administración pública, usando para regular su propia acción y su propia organización normativa de naturaleza publicista, viene a tener un *carácter fuertemente autoritario*: son, en efecto, públicas las normas que regulan las manifestaciones más importantes”, aunque también donde se constituye como forma jurídica dominante, convive con normativa de Derecho privado. Es, de acuerdo con Giannini, en un Estado de vocación autoritaria donde mejor se acomoda el origen del Derecho administrativo, pues éste propugna como principios el orden y las normas que permitan un gobierno eficaz, lo que lleva a la necesidad imperiosa de fundar las potestades públicas en ordenamientos jurídicos. El concepto de soberanía como herencia del poder supremo y absoluto requiere situar al gobierno por encima de los demás poderes –afirmación que se conecta con la perspectiva ejecutiva del origen del marco jurídico administrativo-²⁶².

En este contexto se produce una segunda oleada de culminación del marco jurídico liberal y el Derecho administrativo, que encuentra su fijación doctrinal especialmente en la formación de los Estados continentales más tardíos. Para ciertos autores esta eclosión de finales de siglo constituye la verdadera consolidación del Derecho administrativo como enfoque jurídico científico superador de unos inicios más empíricos, didácticos y generalizadores de la reconfiguración jurídica y organizativa de la Administración en la formación del Estado liberal²⁶³. Aparecen en ella dos corrientes, una jurisprudencial desarrollada en Francia, y otra, dentro del grupo de las nuevas Naciones-Estado

²⁶² Vid Ibid. p. 50-54. Vid. GUIZOT, François. *De la democracia en Francia*. Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1981.

²⁶³ Obsérvese la siguiente apreciación sobre el origen de la ciencia del Derecho administrativo realizada por Manuel M. Díaz: “Comienza con la obra de Eduardo Lafarrière intitulada *Traité de la jurisprudence administrative et des recours contentieux*, cuya primera edición vio la luz en el año 1886. Antes de Lafarrière, el Derecho administrativo estaba compuesto de un conjunto de soluciones incoherentes y prácticas empíricas, por lo que se podría decir que era una rama del derecho oscura, cuyo conocimiento suponía más memoria que inteligencia.” (Vid. DÍEZ, Manuel María. *Derecho administrativo*. Buenos Aires, Editorial Bibliográfica Argentina, 1963. T.I., p.3).

encabezado por Alemania, “predominantemente teórica y dogmática”²⁶⁴. En la primera, que sigue paralelamente España, como se ha visto en la categorización periodizada del sub epígrafe anterior, destaca la escuela Batbie y Édouard Laferrière, que consagra la consolidación de la vía jurisdiccional y alimenta a partir de ella una sistematización doctrinaria del Derecho administrativo de la que despega una definitiva heurística jurídica²⁶⁵. En la segunda se desarrolla la corriente Pandectística en la que, dentro de las escuelas alemana e italiana, nos vamos a fijar en dos autores de gran significación en la tradición administrativista de España, como son las figuras de Otto Mayer y V.E. Orlando²⁶⁶. Esta última doctrina, aún vigente en nuestros días, se caracteriza por su reafirmación autoritaria, que consagra el concepto de Estado como sujeto de Derecho y la construcción teórica sobre el Derecho público de carácter universal que unifica el Derecho constitucional y el Derecho administrativo con el orden ontológico del Derecho privado, a fin de darle un cuerpo de ciencia jurídica capaz de delimitar ambos tipos de forma precisa. Tal objetivación se asemeja a la tendencia jurisprudencial francesa, pero es en la versión alemana donde el Derecho administrativo a través de Otto Mayer, entre otros, trata de alcanzar su máxima sustantivación de ciencia jurídica con pretensiones atemporales y generalizadoras, al introducir conceptos que forman una teoría general del Derecho válida para cualquier periodo histórico, lo que permite su uso en las formas posteriores que adquiere el Estado posliberal.

Comienza Orlando sus Principios de Derecho administrativo corroborando el punto de partida de esta importante reconfiguración que se sitúa ya en la doble influencia del Derecho francés reformado y alemán emergente. La confusión de criterios sistemáticos, tan grande en el campo de las ciencias del Derecho público, ha ejercido su influencia también con respecto a la determinación del concepto y de los fines esenciales del Derecho administrativo. Esta influencia ha sido tan grave que el propio Orlando ha llegado a afirmar:

‘Nos falta todavía el concepto del Derecho administrativo’, [aquí se cita a Stein en su *Verwaltungslehre*²⁶⁷ constatándose el fuerte influjo con el Derecho alemán]. En efecto, existen

²⁶⁴ Vid. GIANNINI, Massimo. *Derecho administrativo...* Op. Cit. p. 69.

²⁶⁵ Vid. BATBIE, A. *Introduction générale au droit public et administratif, Traité théorique et pratique de droit public et administratif*. Paris, Cotillon, 1861. Aunque con Barbie se inicia esta corriente su gran publicista fue Laferrière, comenzando por su obra magna, LAFERRIÈRE, Édouard. *Traité de la juridiction administrative et des recours contentieux*. 1a ed, 1888. Junto a ella se mencionan otras reseñas destabables donde estudia el origen de la doctrina de exceso de poder en la Ley Orgánica del Consejo de Estado de 24 de mayo de 1872. Vid. LAFERRIÈRE, Édouard. “Origine et développement historique du recours pouexcès de pouvoir” en *Revue critique de législation*, reproducida por GONOD, P. *Edouard Laferrière*. PUF, 1999. p. 143. También se debe mencionar como antecesor intelectual de Edouard a su padre Firmin. Vid. LAFERRIÈRE, Firmin. *Introduction à l’Histoire des institutions administratives: discours prononcé à l’ouverture du cours de droit administratif le 30 avril 1838*. Paris, ed. Bureau de la revue de législation et de jurisprudence, 1838.

²⁶⁶ MAYER, Otto. *Derecho administrativo alemán*. 4 vols. Buenos Aires, Depalma, 1982. ORLANDO, V.E. *Principios de Derecho administrativo*. Madrid, INAP, Tomo I, 1978. (Trad. Ed. Firenze, 1892).

²⁶⁷ Vid. STEIN, L.V. *Die Verwaltungslehre*. Stuttgart, Hauptgebiet, 1868.

divergencias gravísimas, tanto formales como materiales, es decir tanto respecto a la mera posición lógica de los temas como al estudio intrínseco de ellos”²⁶⁸(la cursiva es mía).

Orlando hace una exposición taxativa en la que se pretende diferenciar entre el orden anterior y el rigor científico, que se persigue ahora y sustituye aquella heurística jurídica positiva que da lugar a la sistematización de la “escuela francesa” con un sistema general cuyo fuerte anclaje doctrinal antepone los principios racionalmente contruidos como fuente de la ley: ““El derecho precede a la ley: y las ciencias jurídicas son sistemas de principios de derecho y no comentarios de legislaciones positivas”. La consistencia del Derecho administrativo en la ciencia jurídica, para el pensamiento de Orlando, lleva a dos efectos inmediatos e intencionadamente provocados: la abstracción de sus fundamentos en una racionalización idealista de las principios como criterio básico de su construcción, y la sublimación del poder del Estado, consecuencia de la indagación de sus fuentes primarias racionales, que delimitan la consideración instrumental de una razón previa que se objetive en la interpretación de su fin de facilitación de la convivencia social. Por esta delimitación se justifica la separación en el Derecho público entre el Derecho constitucional y el Derecho administrativo, cuya autonomía queda ligada por el leve hilo conductor que la teoría de las libertades establece en las relaciones entre los ciudadanos y el Estado. Previamente se ha tratado de negar la identificación del Derecho administrativo en el sujeto del poder ejecutivo reducido a la teoría de sus actos, pues el principio o teoría de la división de poderes es de materia constitucional, lo que lleva a negar su ligamen administrativo que al deducirse de otra ciencia impediría su plena autonomía. Sin negar su existencia, la división de poderes se diluye cuando la ciencia del Derecho administrativo encuentra su objeto en la actividad del Estado de cuya esencia unitaria emana el poder. Surge así el Estado entendido de dos formas, constituido y organizado previamente con unas funciones relacionadas entre sí, y sujeto cuyos fines se alcanzan mediante su propia actividad, ámbitos respectivos del Derecho constitucional y el Derecho administrativo en el que ambos se ordenan por un conjunto de principios jurídicos cuyos diferentes objetos permiten separarlos nítidamente²⁶⁹.

La dificultad estriba en que la ciencia independiente del Derecho administrativo aparece como una premisa que condiciona su propia definición, pues su formulación autónoma resulta necesaria para nutrir el fin último de sistematizar el conocimiento sobre la ordenación del propio Estado como medio para satisfacer la necesidad de fortalecerlo más allá de las premisas políticas que lo constituyen y definen. No parece casual que esta reconfiguración del Derecho administrativo se realice en Estados cuya imperiosa creación aconseja superar cualquier contradicción formal y, en este sentido, procurar que prevalezca su funcionamiento sobre cualquier otro factor de índole política y social. Se podría afirmar que esta conceptualización sistemática del Derecho administrativo sobre premisas de racionalización

²⁶⁸ Vid. ORLANDO, V.E. *Principios...* Op. Cit. p. 5.

²⁶⁹ Vid. *Ibid.* p. 7-10.

apriorística persigue su plena incorporación a una concepción jurídica capaz de estabilizar la ordenación y actividad de la Administración como eje de la organización del Estado, con independencia de la forma política que adquiere dentro de un sistema liberal, es decir, regido por el Derecho y el cumplimiento de la legalidad, fortaleciéndolo en realidad más allá de los avatares de quién detenta el poder político. También se resuelve así el problema práctico del recurso a los cambios constitucionales como soporte a los programas de gobierno que había caracterizado la evolución del régimen liberal. En este sentido el Derecho administrativo en su formulación científico-jurídica y dogmática propia de la pandectística, contribuye a culminar el proceso de construcción del Estado mediante un control jurídico general de las instituciones, más que en el ejercicio de un poder omnímodo sobre la sociedad, dotándole de personalidad plena para organizarse racionalmente, realizar su actividad y cumplir sus fines de cohesión social y política.

En el seno de la obra doctrinal en España de esta fase de culminación se puede destacar, dentro de los publicistas del pandectismo, la tendencia a vincular el Derecho político al régimen estatutario administrativo en autores como Adolfo Posada y Vicente Santamaría²⁷⁰. En ambos destaca, recogiendo la doctrina alemana, la crítica al carácter empirista del Derecho administrativo anterior, mero sintetizador y recopilatorio de la normativa y legislación aplicada. Por un lado el método jurídico se presenta como superador de la incoherencia dispositiva omnipotente y arbitraria que renuncia a toda definición²⁷¹. Cabe destacar en España, especialmente en el caso de Adolfo Posada, cómo esta recepción del dogmatismo formal queda revestida del peculiar sentimiento crítico regeneracionista, precursor del liberalismo democrático que culminará en la Segunda República. Esta visión, quizá por su inevitable orientación holística, presenta una intencionada interrelación entre el Derecho constitucional y el administrativo, una conexión entre el régimen jurídico del Estado, propio de sus fuentes constitucionales, y su materialización en el sistema administrativo. En este aspecto Santamaría Paredes se decanta, por medio de su síntesis didáctica, hacia la subordinación del Derecho administrativo al Derecho constitucional. Argumentación que sirve de enunciado conclusivo de la culminación doctrinal del marco jurídico liberal donde los fines del Estado moldean en su normativa constituyente los principios que rigen al Derecho administrativo, que desarrolla de la norma constitucional la especialidad

²⁷⁰ POSADA, Adolfo. "La codificación del Derecho administrativo" en *Revista General de Legislación y Jurisprudencia*, 89, 1896. POSADA, Adolfo. "Estudio preliminar a J. Mayer" en *La Administración y la organización administrativa (Inglaterra, Francia, Alemania)*, Madrid, 1892. POSADA, Adolfo. "Proceso lógico del Derecho administrativo" en *Escritos municipalistas y de la vida local*, IEAL, Madrid, 1979, p. 220-236. POSADA, Adolfo. *Tratado de Derecho administrativo*. Madrid, 1897. SANTAMARÍA DE PAREDES, Vicente. *Curso de Derecho administrativo*. Madrid, 1894.

²⁷¹ Vid. ALLI ARANGUREN, J. C. *La construcción...* Op. Cit. p.193.

de la regulación jurídica de la organización y funciones del poder ejecutivo en la “aplicación del concepto y fin del Estado”²⁷².

II.4 La adaptación de la Administración pública a las nuevas formas de organización y gestión ante las transformaciones socio-económicas.

II.4.1 Influencia de la maduración del proceso científico-industrial en la dinámica técnica del sistema administrativo.

En el periodo de la segunda revolución industrial, a finales del siglo XIX y principios del XX, la sociedad se somete a profundas transformaciones en el sustrato de la actividad económica, los instrumentos financieros y el surgimiento de las grandes corporaciones. La Administración se enfrenta también al progresivo abandono de sus posiciones absentistas por lo que comienza a implicarse en la protección del desarrollo industrial nacional, impulsando para ello las políticas de gasto preferentes en educación y sanidad, que adquieren una mayor complejidad organizativa con una creciente especialización en su papel garante del desarrollo económico protagonizado por los sectores industriales privados²⁷³. La especialización pública precisa equiparar la tecnificación de la organización y gestión del Estado frente a la mera confianza en la dirección política. En el sistema anglosajón o británico y su variante norteamericana se trata de profesionalizar los puestos de la Administración como paso previo a considerar el nivel administrativo con autonomía respecto al nivel político, que acomete la regulación interna de un poder ejecutivo cada vez más decisorio en la acción del Estado. El régimen liberal continental, por otro lado, había cimentado ya esta regulación bajo el influjo francés a través de su organización jurídica en un régimen de Derecho público. La evolución común de ambos sistemas de la Administración, por el empuje de la industria y las grandes corporaciones privadas ante la segunda revolución industrial y primera científico-técnica, obliga a crear instrumentos de racionalización que incrementen su eficiencia y eficacia. Se produce pues una convergencia en la diversidad de modelos de gestión pública, que cobra por primera vez un gran protagonismo en la concepción de los Estados liberales²⁷⁴.

²⁷² Citado en Ibid. p. 200. SANTAMARÍA DE PAREDES, Vicente. *Curso...* Op. Cit. p. 35.

²⁷³ En el caso de España las dos revoluciones industriales se concentran en el País Vasco y Cataluña, sin embargo, tras su alineamiento en el siglo XIX con la producción siderúrgica y textil, se queda rezagada en los bienes de equipo a fines del XIX. Vid. NADAL, Jordi. *El fracaso de la revolución industrial en España, 1814-1913*. Barcelona, Ariel, 1975. p. 237-238.

²⁷⁴ Sirve en ambos como ejemplo de este caso la reforma de fines del siglo XIX del spoil system y el patronage británico que lleva a la inmovilidad de los funcionarios, este sistema aboca a la creación de un régimen jurídico público cuyo fin es garantizar la neutralidad de la Administración²⁷⁴: Vid. BELTRÁN VILLALVA, Miguel. *La acción pública...* Op. Cit. p 57 y s. “La inmovilidad implicó la profesionalización de los *civil servants* a través de una relación estatutaria, no contractual, que exigía la neutralidad política de los empleados públicos y su obligación de obedecer a la Ley y al Gobierno como una garantía de continuidad de la acción pública” En definitiva la adopción de un estatuto especial de naturaleza jurídica pública. BELTRÁN VILLALVA, Miguel. "El futuro ... Op.Cit. p. 236.

Por consiguiente, el nuevo proceso de industrialización supone uno de los primeros hitos de la influencia del sector privado en la Administración pública. Así lo hace constar en su clasificación David H. Rosembloom, cuando sitúa a finales de XIX en la obra de Woodrow Wilson y las aportaciones teóricas y doctrinales de Frederick Taylor, Leonard White y Luther Gulick, entre otros, el origen del denominado “enfoque empresarial”²⁷⁵. En sintonía con este enfoque aparece la organización burocrática cuyo máximo exponente en su aplicación a la Administración pública es Max Weber, que sintetiza en este conciso y contundente manifiesto:

“Del mismo modo que el criterio inequívoco para medir la modernización de la economía es el denominado progreso hacia el capitalismo a partir de la Edad Media, el criterio inequívoco para medir la modernización del Estado –tanto del Estado monárquico como del democrático, siempre que se trate de un Estado de masas grande y no de un pequeño cantón con una Administración rotativa- es el progreso hacia el funcionariado burocrático, cuyos pilares son: contratación, sueldo, pensión, ascenso, formación especializada y división del trabajo, competencias delimitadas, tramitación de expedientes, jerarquización”²⁷⁶.

Desde el punto de vista de la gestión técnica el antecedente inmediato de esta traslación a la Administración y la gestión pública, aún carentes de la carga de servicio público que adquirirán más adelante, parece encontrarse en la influencia de los modelos de gestión administrativa que desarrolla el paradigma empresarial industrial²⁷⁷. Se trata de una importante premisa para profundizar en la conexión entre el modelo privado y sus efectos en la transformación de la Administración pública, por ser muy anterior a la aparición de la nueva oleada privatista que trae la NGP al surgir en el mismo ámbito anglosajón en el que se desenvuelven estos autores, excepción hecha de Weber. Esta asociación señalada por David H. Rosembloom asimila el modelo burocrático al modelo empresarial en ese estadio de transformación de los países liberal-democráticos de la segunda revolución industrial, resultando paradójico que sea el principal aspecto cuestionado posteriormente a un Estado del bienestar altamente

²⁷⁵ W. WILSON, "The Study of Public Administration", en *Political Science Quarterly*, v. 2, 1887, p. 197 a 222. reed. en el v. 56 (1941); TAYLOR, F.W. *The Principles of scientific management*. Bulletin of Taylor Society. Diciembre 1916; WHITE, Leonard D. *Introduction in the Study of Public Administration*. Nueva York, Macmillan, 1926 (3.a ed. 1949); GULLICK, L. Y L. Urwick. *Papers on the Science*. Institute of Public Administration, Nueva York, 1937.

²⁷⁶ Vid. WEBER, M. *Escritos políticos*. Madrid, Alianza Editorial, 2008. 2ª ed. p. 96-97. “La organización burocrática, aunque no es la única forma de organización racional de los grupos humanos, es sin embargo, piensa Weber, la forma más racional desde un punto de vista técnico formal” según afirma Joaquín Abellán en el estudio preliminar de esta edición, p. 19, Lo que resulta significativo es la introducción del concepto de burocracia, por lo demás lleno de vigencia y no superado para una buena parte de las formas de organización, del carácter modernizador con el que se introduce, vinculándose a las categorías importadas de la organización científica del mismo sector industrial.

²⁷⁷ En esta línea de gestión burocrática en la delimitación de sus principios de funcionamiento se inscribe la obra de FAYOL, H. *General and Industrial of Management*. Londres, Pittman, 1949. En un sentido más cercano a la definición de las acciones directivas, y evolucionado en el mismo contexto burocrático se debe destacar a GULLICK, L. Y L. Urwick. *Papers on the Science*. Institute of Public Administration, Nueva York, 1937. Estos autores muestran que la estructura burocrática, su organización, funciones y actividades de dirección asociadas son en realidad imperecederas, es decir, aunque obtienen su apogeo y reciben posteriormente las correspondientes críticas, pero al mismo tiempo crean un paradigma universal de permanente aplicación.

publicista, a pesar de que su denostado modelo burocrático proceda en realidad de tal influjo privatizador previo²⁷⁸.

En la perspectiva política la realimentación entre el ámbito público y privado en los diferentes episodios de reforma de la Administración del Estado liberal-democrático se puede apuntar que presenta cierta regularidad, o al menos no parece un fenómeno aislado. En este periodo de fines del siglo XIX y principios del XX se asiste a un claro proceso de modernización que una vez más aparece asociado al desarrollo social, económico y técnico del sustrato productivo de la sociedad. Además este precedente de la modernización administrativa conlleva un gran desarrollo del liberalismo político y económico especialmente propicio para los sectores industriales y financieros, que le asemeja al proceso posterior de modernización de la gestión pública de finales del siglo XX.

En el desarrollo del ámbito técnico, tal vez sea de mayores consecuencias el efecto causado en las concepciones de separación entre el gobierno y la Administración por el crecimiento de la actividad administrativa. Estas doctrinas ya reciben un especial impulso a través de la obra de Frank J. Goodnow en el umbral de los siglos XIX y XX, en ella la ciencia política y jurídica norteamericana recoge la necesidad de formular la eficacia del poder ejecutivo a través de la separación de la Política y la Administración, entendida la primera como la toma de decisiones o expresión de la voluntad política y la segunda como ejecución de esa voluntad. Sin embargo, tal separación no resuelve el control del poder ejecutivo a través de la juridicidad garantista propia del modelo continental, sino por medio de controles extralegales y el desarrollo autónomo de las técnicas de la Administración. Dicho en palabras de Goodnow:

Si con la esperanza de impedir que la política influya sobre los detalles de la administración, se hace un intento por establecer la separación legal de los principales organismos gubernamentales encargados de estas dos funciones, respectivamente, surge una tendencia a desarrollar extralegalmente el control necesario. Y tal es el caso del sistema político estadounidense²⁷⁹.

La necesidad de adaptar las funciones y estructuras del Estado a un poder ejecutivo más fuerte y a una Administración más eficaz, antes que eficiente, que garantice la consecución de sus objetivos, sean éstos resultados materiales o medios de regulación formal de las actividades sociales, antecede a la exploración de las técnicas y métodos científicos que contribuyan a este fin en la actividad de la Administración. Desde la perspectiva formal, una vez delimitada la Administración de marcada naturaleza jurídica del marco político en el que se dirige la actividad del Estado, queda la

²⁷⁸ ROSENBLUM, David.H. "La Teoría de la Administración Pública y la separación de poderes" en *Clásicos de la Administración Pública*. Colegio Nacional de Ciencias Políticas y Administración Pública, FCE. Mexico, 1999. p. 839 a 860.

²⁷⁹ GOODNOW, Frank J. "Política y Administración" en *Clásicos de la Administración Pública*. Colegio Nacional de Ciencias Políticas y Administración Pública. Mexico, FCE, 1999, p.97 (ed.orig. *Politics and Administration: A Study in Government Nueva York*, Russell and Rusell, 1900, p. 17-26)

Administración relativamente libre para establecer los medios de ejecución de la voluntad política y permitir que se conjuguen planteamientos extrajurídicos.

Entre dichos planteamiento, en primer lugar, cabe citar la trasposición de los métodos de producción privados, procedentes de la organización industrial, a la propia Administración, bien representado por la intervención de Frederick W. Taylor ante el Comité Especial de la Cámara de Representantes de 1912. En segundo término la teoría de la burocracia sobre una propuesta de organización funcional pensada expresamente para la Administración pública. La tercera trasposición, también específicamente definida para ésta, de la gestión económica y presupuestaria, de William F. Willoughby²⁸⁰. A mayor nivel de detalle y consecuente con estas investigaciones se introducen las teorías sobre el papel de los individuos y sus relaciones con los sistemas formales de subordinación y toma de decisiones en el caso de Mary Parker Follet y los estudios de Elton Mayo, traídos de las experiencias realizadas en este campo para organizaciones privadas como la célebre experiencia de la Western Electric Company²⁸¹. Se puede constatar cómo la primera oleada reformista se da ante el desarrollo industrial y económico que produce un gran crecimiento de la Administración a fines del XIX y principios del XX²⁸².

La aplicación de un análisis comparatista de casos permite extraer, una vez más, determinados principios, cuyas categorías pueden generalizarse respecto a las estrategias de la organización de ambos modelos, que desde la perspectiva de esta investigación se deben destacar al incidir en las características de la evolución del marco jurídico y técnico en la Administración y la gestión pública. En los Estados liberal democráticos del caso anglosajón, cuyo ordenamiento jurídico se ha basado formal y sustancialmente en la separación de poderes, las garantías para el desarrollo de la Administración tienden a ubicarse en la reforma jurídico-política y sobre todo, por cierta extensión del mismo que emerge en este periodo entre los siglos XIX y XX, al caso estadounidense, que en este momento se enfrenta a necesidades de transformación y reforma en su organización administrativa. Como se ha visto, en los sistemas no continentales no se parte de un fuerte constructo institucional de gobernación

²⁸⁰ WILLOUGHBY, William, F. *Principles of Public Administration*. Baltimore, The Johns Hopkins Press, 1927.

²⁸¹ FOX, Elliot M. "Mary Parker Follet: The Enduring Contribution" en *Public Administration Review*, n. 28, diciembre, 1968. p. 576-588. ROETHLISBERGER, F.J. y William J. Dickson. *Management and the Worker*. Cambridge, Mass, Harvard University Press, 1939.

²⁸² SHAFRITZ, JAY M. y HYDE, ALBERT, C. *Clásicos de la Administración Pública*. Colegio Nacional de Ciencias Políticas y Administración Pública. Mexico, 1999. p. 59. "Los Estados Unidos estaban cambiando: de ser una sociedad agrícola rural pasaban a ser una nación industrial urbana. Esto requirió una considerable respuesta de la de la administración pública, porque se establecieron muchas nuevas funciones y programas. El número de carreteras asfaltadas se decuplicó durante los años veinte, se instalaron sistemas de administración del tráfico en las ciudades y muchos estados impusieron exámenes para obtener una licencia de conducir. Al hacerse cada vez más urbana la población, se necesitaron generosos programas de parques públicos y recreos, y de obras, salud y seguridad públicas. La administración pública como actividad estuvo en auge durante los años 20". *de la Administración Pública*. Colegio Nacional de Ciencias Políticas y Administración Pública. Mexico, 1999. p. 59.

previo al Estado liberal, pues existe un ámbito privado notablemente independizado de cualquier regulación pública, que cuando ésta se hace precisa, demanda como principal problema la separación del nivel político para el desarrollo de la Administración por su tendencia a someterse a intereses privados a través del sistema de partidos controlado a través del proceso electoral y la gestión administrativa consecuente de la elección del gobierno. El sistema de partidos por lo tanto se convierte en el objeto del control que garantice los principios de neutralidad y eficacia administrativa, por lo que una reforma como el Acta de Pendleton de 1883 abre el camino jurídico a esta separación entre el nivel político y administrativo²⁸³. A partir de entonces se plantea que los controles técnicos den lugar a una búsqueda de la eficacia y racionalización de la Administración sin que se precise un control jurídico efectivo que limite su acción, si no instrumentos funcionales y organizativos que vuelvan a recurrir a la separación de poderes, pero esta vez dentro del poder ejecutivo, entre el poder político y un nuevo poder técnico autónomo. Así, a partir de estas premisas de organización política se produce la eclosión de la llamada ciencia de la Administración, como un intento de dar cobertura teórica a la eficacia técnica que se persigue en la “autoridad ejecutante”²⁸⁴. El fin no es el control, si no el desarrollo de una Administración independiente que acometa con eficacia las actividades de gestión que de forma creciente tiene encomendadas. Al asentarse las bases de una ciencia de la Administración y una formulación independiente de la Teoría de la Organización, se abre paso un nuevo ámbito técnico y no jurídico en la organización y regulación de la actividad pública.

En el sistema continental estas necesidades para satisfacer las técnicas que se precisan en la construcción de un Estado burocrático, quedan cubiertas desde su sistema jurídico-administrativo, que parece tener resuelto, al menos en parte, la neutralidad de la Administración, incluso ante el propio gobierno. La reorganización administrativa se sigue enfocando por el camino formal de normas jurídicamente enmarcadas en el propio sistema constitucional garante. Asimismo, se hace permeable a las nuevas técnicas de gestión formuladas desde las disciplinas políticas, de organización industrial, de sociología, de psicología social, de teoría política y de gestión económica. Pero es en su aplicación donde aflora nítidamente la dualidad entre el Estado absentista de construcción formal y jurídica y el nuevo Estado productor de bienes y gestor de servicios materiales. Esta adaptación funcional suscita la evolución específica del marco jurídico continental, cuyo papel en este periodo se verá en el siguiente apartado. Lo que supone que una solución político-funcional de la organización como la Pendleton Act

²⁸³ La *Pendleton Act* trata de acabar con el *spoils system*, que hasta ese momento hace depender la ocupación en puestos de la administración de los nombramientos políticos. En la práctica subordina la función pública al sistema de partidos.

²⁸⁴ “...si en el sistema gubernamental no se intenta establecer la separación de política y administración, y si las instituciones gubernamentales no reciben una forma relativamente inflexible y fija por medio de una constitución escrita, el control y la supervisión de la función administrativa tienden a quedar en manos del organismo gubernamental que cumple la función política”. (Vid. GOODNOW, Frank J. "Política y Administración..." Op. Cit. p.102.).

en el caso de los Estados Unidos, se percibe resuelta en el ordenamiento jurídico-administrativo de la Función Pública continental²⁸⁵. En sentido contrario, el régimen jurídico administrativo resulta de más difícil adaptación a la gestión de las nuevas prestaciones materiales y normas de regulación del sector privado e industrial que debe cumplir ese ordenamiento, y que resultan de más flexible adopción en el régimen jurídico común anglosajón a través de simples actos normativos. Con las premisas de este fuero regulador administrativo el citado modelo continental se enfrenta a un nuevo escenario en el ordenamiento de la Administración y la gestión pública.

II.4.2 La ampliación del sujeto social del Estado y sus efectos en la adaptación jurídica de la actividad de la Administración pública.

El citado proceso científico industrial al que se asiste a finales del siglo XIX y la transformación política impulsada por el desarrollo social que acompaña tal proceso tiene un claro efecto en las nuevas formas de organización de la Administración e inciden en la adaptación del marco jurídico-administrativo²⁸⁶. Ambos aspectos de una misma realidad, donde el cambio social, político y la transformación económica forman un bloque profundamente interrelacionado, se separan en su análisis debido a que la gestión pública y la organización administrativa comienzan en este momento a disociar el ámbito político y su marco jurídico-público, que se sirven para ello de prácticas de origen privado basadas en técnicas de organización en las que nuevas ciencias sociales, como la economía y la sociología, entre otras, resultan implicadas, lo que permite diferenciar el desarrollo de los ámbitos jurídico y técnico. También confirma el mantenimiento de un doble plano de evolución en el espacio anglosajón y el continental europeo, tanto en su diferenciación jurídico-pública como en sus históricas influencias recíprocas²⁸⁷.

²⁸⁵ En la legislación de España, Pérez Marcos analiza el Real Decreto de 18 de junio de 1852 de Bravo Murillo, como primera norma reguladora de la función pública Vid. PÉREZ MARCOS, Regina M^a. "En torno a..." Op. Cit. 1057-1077. Tras su reforma de la Administración provincial de Hacienda "Cuando fue promovido a la Presidencia del Consejo, Bravo Murillo extendió al conjunto de la Administración Pública aquel proyecto de racionalización burocrática y de refuerzo de los instrumentos del Estado. La Ley debíaregular todo lo relativo al acceso a empleos públicos los ascensos y una cierta inamovilidad de los funcionarios, que serviría para poner la Administración a cubierto de las alternativas de la lucha política. Acerca de la vida y trascendente obra de Bravo Murillo en una perspectiva historiográfica. Vid. PRO RUIZ, Juan. *Bravo Murillo. Política de orden en la España liberal*. Madrid, Síntesis, 2006. p. 311.

²⁸⁶ "Finalmente, en este período, el papel del Estado en la economía comenzó a cambiar significativamente frente a su abstencionismo de mediados del siglo XIX. [...] Y, finalmente, los gobiernos dejaron atrás el abstencionismo del Estado liberal en cuanto a la distribución de la renta; de manera que, en este período, comenzaron a sentarse las bases del Estado del Bienestar, con el inicio de reformas tributarias progresivas, de los gastos en bienes preferentes (educación y sanidad) y el establecimiento de los primeros seguros sociales" Vid. COMÍN, Francisco. "La segunda industrialización en el marco de la primera globalización (1870-1913)" en *Historia Económica Mundial. Siglos X-XX* (eds. Francisco Comín, Mauro Hernández y Enrique Llopis). Madrid, Crítica, 2010. p. 240.

²⁸⁷ "La aproximación a la Administración desde perspectivas no estrictamente jurídicas no es algo nuevo. En especial en el mundo anglosajón –con un Derecho administrativo notablemente menos desarrollado en el siglo XIX que en el Continente– se desarrolló la consideración extrajurídica de la Administración pública para conseguir una organización eficaz" ALLI ARANGUREN, J. C. *La construcción...* Op. Cit. p.44.

El factor social puede ser analizado por su efecto en el desarrollo organizativo y jurídico de la transformación administrativa con un sentido de unidad en la diversidad, pues las respuestas dadas en uno y otro ámbito, aunque conectadas entre sí, se vuelven contradictorias. Este hecho se pone de manifiesto al observar los efectos en la organización administrativa de la parte continental, donde impera la necesaria sujeción a un Estado de Derecho regulador de las relaciones entre dos sujetos cambiantes: el Estado y la sociedad, que se personifican en la Administración y los particulares. En este modelo el ligamen dentro del plano jurídico que se analiza ahora entre el factor social y las nuevas funciones de la Administración lo encontramos en lo que Giannini denomina el “Estado de pluralidad de clases”. Esta categoría se puede apreciar que representa el efecto de la actividad económica en la actuación pública tras la segunda industrialización, ante la diversidad de sectores sociales que intervienen en esta actividad y que encuentra su reflejo en la Administración y sus concepciones doctrinales. Una de las principales consecuencias jurídico-políticas procede de la ampliación de los cauces representativos del sufragio censitario con el progresivo reconocimiento del sufragio universal, que desplaza la presencia de los intereses particulares minoritarios de la sociedad política a nuevos grupos más amplios y socialmente heterogéneos. Ante el aumento de los usuarios de los servicios públicos y las necesidades sociales aparejadas a la nueva dinámica económica, la Administración debe desarrollar un perfil técnico capaz de gestionar la educación, la sanidad, los transportes y las infraestructuras de abastecimiento de servicios básicos, que el nuevo entramado productivo demanda. La cuestión diferenciadora no estriba, en opinión de Giannini, en la sustitución de un Estado abstencionista por otro intervencionista, pues aquel ya llevaba y ejecutaba el germen de la regulación de la economía en la intervención fiscal y financiera, sino de las diferentes formas de definición jurídico pública entre un Estado censitario y un Estado democrático. Diferencias derivadas de que al Estado iniciado tras la segunda industrialización, le corresponde satisfacer la demanda de la sociedad a través de la expansión de los servicios públicos, y aumentar el tamaño y la actividad de la Administración ante la compleja y plural atención de los nuevos intereses, que quedan representados en el sistema político, frente a la mayor simplicidad de los instrumentos de intervención del Estado restringido a un conjunto de individuos políticamente activos. Instrumentos que siguen siendo jurídicos y por ende formales, pero que deben ahondar ahora en conceptos de carácter material. Esta adaptación parte de la herencia dejada por la consolidación del Derecho administrativo a finales del siglo XIX, representada por el pandectismo bajo la teoría formal-sustancial inmediatamente anterior, que ahonda en la división de funciones y la reafirmación unitaria del Estado. Con esta doctrina la Administración consolida un funcionamiento más homogéneo en una teoría general superadora de la división de poderes mediante el establecimiento de funciones definidas jurídicamente. La posesión por todos los poderes de funciones formales y el ejercicio de funciones sustanciales de los demás, permite representar la unidad funcional y

jurídica del Estado abarcable en una teoría de Derecho propia e independiente, y por ende dotada de autonomía científica y capacidad de desarrollo para los fines de ordenamiento de la actividad pública. Como destaca Giannini, tal abstracción aportó "...una teoría general del derecho, la rigurosa individualización de un cuerpo preciso de nociones y conceptos, la ya alabada técnica del análisis jurídico". A partir de esta reafirmación jurídica de la realidad administrativa, la primera evolución al nuevo estadio de la sociedad industrial y el Estado democrático se produce mediante la apertura de la ciencia jurídica hacia la realidad concreta o histórica, la sociología y la ciencia política, que se aborda en la teoría ordinamental o institucional o teoría del pluralismo, donde ya se encuentran diversos eslabones de la separación entre el marco jurídico y técnico de la gestión pública. Se trata de evolucionar el marco jurídico del Estado continental y su Derecho especial, que se manifiesta en la pluralidad de los ordenamientos que tratan de superar "los problemas que en la precedente teoría (*forma-sustancial*) se movían en ámbitos totalmente abstractos, venían desmitificados y restituidos al Derecho positivo" (*anotación de paréntesis mía*)²⁸⁸. Su progresiva influencia se materializa posteriormente según se va asimilando que las premisas de las categorías *sociológicas* no se desvían de los fines jurídicos, sino que se convierten en fuente de inspiración y control de su elaboración y aplicación²⁸⁹.

El Estado democrático hace un llamamiento al Estado plural en el que la gestión pública, abierta a nuevas demandas en la separación del ámbito público del privado que sustituye la gestión de los intereses públicos selectivos ante la renta por intereses básicamente homogéneos. La adopción en España de la doctrina administrativa del Estado liberal-democrático se realiza con la recepción de las corrientes realistas y pluralistas, que son asimiladas durante la crisis de la Restauración. Este periodo resulta convulso y reiteradamente interrumpido, primero por la dictadura militar de Primo de Rivera, y finalmente, tras la recuperación de la tradición liberal democrática en el periodo de la II República, nuevamente abortado por la Guerra Civil y el inicio de la prolongada dictadura franquista, cuyo rescate de un Derecho Administrativo científico resulta arduo desde una posición ideológica que trata de negar la propia esencia del liberalismo político y carece de un marco constitucional y democrático. Centrándonos por lo tanto en este periodo que va desde de la crisis de la Restauración hasta la II República, se encuentra esa adaptación en la línea abierta por los Adolfo Posada, Santamaría de Paredes, Royo Villanova, Gascón y Marín y Fernández de Velasco, entre otros. Con ellos se puede reconocer el intento de recibir la doctrina objetiva y el método dogmático y también ciertos principios del pluralismo

²⁸⁸ Vid GIANNINI, Massimo. *Derecho Administrativo...* Op. Cit. p. 77-84

²⁸⁹ Estos nuevos fundamentos fueron expuestos en las obras de Hauriou, Duguit y Santi Romano, aunque no del todo aplicados por las corrientes jurídico-administrativas coetáneas y posteriores. Véase, HAURIOU, Maurice. *Principios de derecho público y constitucional*. Granada, Comares, 2003. ROMANO, Santi. *El ordenamiento jurídico*. Madrid, Instituto de Estudios políticos, 1963. DUGUIT, León. *Manual de derecho constitucional: teoría general del Estado, el Derecho y el Estado, las libertades públicas*. Granada, Comares, ed. y estudio preliminar, "La teoría jurídica de León Duguit" José Luis Monereo Pérez y José Calvo González, 2005.

de obras como las de Santi Romano y en general las corrientes realistas: “A su vez esta concepción predominantemente objetiva dio paso a la reformulación de la subjetiva en un proceso circular, que siguen demostrando la dificultad de encontrar un criterio único y universal para delimitar el objeto del Derecho Administrativo”²⁹⁰. Dentro de estos últimos, y de acuerdo con ese eclecticismo asimilador, destaca la corriente subjetiva de Royo Villanova, que sitúa la organización y la actividad del Estado en las relaciones jurídicas entre los poderes públicos, los individuos y los fines materiales del poder ejecutivo, revisando la consideración de su organización interna como factor clave de la definición del marco regulador público de la Administración y objeto del Derecho administrativo²⁹¹. Gascón y Marín es continuador del intento de sistematización del conocimiento del ordenamiento jurídico a través de la investigación de los principios de herencia pandectística, junto a la introducción del servicio público y el principio del interés general, conceptos todos ellos retomados por él mismo y sus continuadores en la reactivación del marco jurídico administrativo de la posguerra²⁹². Por último Fernández de Velasco representa la asimilación de la doctrina pluralista, con las mayores notas innovadoras en la concepción jurídica y técnica de la Administración y su decidida formulación del servicio público²⁹³. El déficit político de la crisis de la Restauración, con el corto paréntesis de la II República, obliga a centrar durante la dictadura franquista las tareas de actualización y reconstrucción del Estado de Derecho, lo que requiere en tan adversas circunstancias esfuerzos encomiables y singulares cuyas peculiaridades se deben destacar en esta investigación. Estos autores son los continuadores de la doctrina administrativa en España que inicialmente, al reformular los principios jurídico-administrativos en condiciones de un régimen autoritario, destacan por la titánica labor doctrinal para formular un Estado de Derecho, jurídicamente garante, en condiciones de un régimen político autoritario y no constitucional. Al respecto es posible destacar varios elementos significativos para su comprensión: en primer término las posibilidades que el marco jurídico liberal ofrece en sus propias raíces fundacionales para la construcción formal de la autoridad pública, en este sentido coincidentes con las necesidades de construcción estatal en un régimen autoritario, capaz de ir “maquillando y asumiendo aspectos propios de un Estado legal -que no de un Estado de Derecho-”²⁹⁴; en segundo término las necesidades acuciantes de creación de un ordenamiento ejecutivo que más allá de su legitimación, en realidad difícilmente deducible de postulados ideológicos negadores de toda racionalidad política, hiciera viable una Administración rectora de la vida pública y la sociedad civil en clara descomposición y tan sólo

²⁹⁰ Vid. ALLI ARANGUREN, J. C. *La construcción...* Op. Cit. p.192. Véase, Madrid, 1955. FERNÁNDEZ DE VELASCO, Recaredo. *Resumen de Derecho Administrativo y de Ciencias de la Administración*. Barcelona, Bosch, 1930. 2ª ed.

²⁹¹ ROYO VILLANOVA, Antonio. *Elementos de Derecho administrativo*. Valladolid, 1964-65.

²⁹² GASCÓN Y MARÍN, José. *Tratado de Derecho Administrativo. Principios y legislación española*.

²⁹³ FERNÁNDEZ DE VELASCO, Recaredo. *Resumen de Derecho Administrativo y de Ciencias de la Administración*. Barcelona, Bosch, 1930. 2ª ed.

²⁹⁴ Vid. ALLI ARANGUREN, J. C. *La construcción...* Op. Cit. p.211

regida por principios de concentración del poder y métodos punitivos de su ejercicio; por último, la necesaria arrogación a un cierto Estado social, que impelido por el entorno continental en plena posguerra, compensara el vacío democrático del sistema político²⁹⁵.

Si bien no se desdeñan las influencias foráneas del momento, la principal característica de esta corriente jurídico-administrativa de la posguerra en España es su calculada necesidad de respuesta al déficit democrático en la organización del Estado mediante una reformulación del Derecho administrativo. Por un lado, a sabiendas de sus carencias en el conjunto del sistema político y jurídico público, por otro, buscando una argumentación adecuada que dota al Derecho administrativo de una amplia autonomía en el conjunto del sistema del Derecho público. Este esfuerzo doctrinal se verá recompensado en el desarrollo legislativo que se prolonga en el surgimiento constitucional posterior, y encuentra, salvo algunas excepciones de forma, suficiente cobertura en el periodo democrático que éste inaugura. Sin embargo, cabe señalar que le caracteriza una tradición de Derecho administrativo de tendencia dogmática y segregada del resto de las ramas del Derecho público, incluyendo la inaccesible subordinación al bloque de constitucionalidad, si bien, en la práctica institucional de la organización y actividad administrativa aporta un elevado peso y capacidad de influencia en la gestión pública vigente hasta nuestros días. Esta deuda del Estado de Derecho a los doctrinarios de la nueva escuela de Administración se satisface en el Estado constitucional posterior incorporando la técnica y legislación jurídica pública en el desarrollo de un nuevo marco finalmente digno de un Estado de Derecho²⁹⁶.

En la formación de dicha nueva doctrina se retoma una base empírica propia del desarrollo institucional, que con todas las limitaciones políticas, establece nuevas fuentes de principios generales y doctrinales. En su seno, Garrido Falla, uno de los pioneros de este grupo aglutinado en torno a la Revista de Administración Pública (RAP), formula una dogmática que sitúa al Derecho administrativo en la cúspide de la organización y regulación de las actuaciones de la Administración, referida subjetivamente al poder ejecutivo del Estado y autónoma del propio Gobierno. Subraya el concepto de la nueva misión de la Administración, poder público sujeto a prerrogativa en sus actuaciones y garante del bien común: el interés general, sustanciado en el servicio público, que se convierte en criterio principal para la interpretación de dicha prerrogativa²⁹⁷. A los efectos de esta investigación interesa deducir que se produce un cierre jurídico de los instrumentos de conformación de la Administración y

²⁹⁵ GONZÁLEZ PRIETO, Luis Aurelio. "El franquismo y el Estado de Derecho" en *Sistemas*, n. 187, 2005. p. 3-34. Tampoco se deben ignorar como factor impulsor interno las exigencias internacionales, norteamericanas en primer término, para favorecer las inversiones y el final del aislamiento político mediante la dotación de un estado mínimo de legalidad y seguridad jurídica.

²⁹⁶ Sobre la crítica internacional al Estado español y su régimen jurídico público destaca el informe internacional realizado en pleno apogeo de su despliegue Vid. COMMISSION INTERNATIONALE DE JURISTES. *L'Espagne et la Primauté du droit*. Gienbra, 1962

²⁹⁷ GARRIDO FALLA, Fernando. "Sobre el Derecho administrativo y sus ideas cardinales". *Revista de Administración Pública*, 7, 1952. p. 11-50.

sus métodos de gestión, pues se delimita la idea central de su personalidad jurídica ampliada a la Administración directa e indirecta que incluye a los entes públicos emergentes, cuya actividad es propia del Estado pero independiente de la Administración, ampliada a las funciones emanadas de sus prerrogativas y el interés público en el ejercicio de potestades y provisión de los servicios públicos. En la misma línea de desarrollo de un profundo sentido homogéneo e independiente del Derecho administrativo se muestra Clavero Arévalo, que entre otras formulaciones establece una nítida delimitación entre éste y el Derecho civil, hasta el punto de tasar como jurídicos todos los actos administrativos sin posibilidad de recurso jurisdiccional, incluidos los discrecionales que no quedan sometidos al derecho positivo, sino en tal caso, a los principios generales, por analogía con el art. 6 del CC²⁹⁸.

Esta reafirmación jurídica de la Administración fortalece la concepción del Derecho y su capacidad rectora de las actuaciones administrativas y la propia gestión pública, aunque para ello deje el peso de una lectura un tanto dogmática y profundamente intervencionista en el plano jurídico, que sin poder acogerse a ninguna cláusula democrática permite vislumbrar elementos de la cláusula social. Bajo tales premisas es posible construir políticas públicas que dan cobijo a la libertad económica, el fomento público y el proteccionismo social, y por la vía del desarrollo y la extensión del Derecho público, a posteriores reformas democráticas. Extensión que parte de la superación de la delimitación objetiva-subjetiva de la materia del Derecho administrativo: bien de las funciones del Estado en tanto que son medio para cumplir sus propios fines, o de la forma que racionalmente se deduce de su misión de garante de intereses públicos a los que sirve y de los que se hace titular único²⁹⁹. Ambos aspectos sólo parece que puedan encontrar la solución en el control a través de mecanismos política y jurídicamente garantes por el titular último de la empresa del Estado y su brazo ejecutor, la Administración, lo que aboca al establecimiento de un marco superior de regulación en el Derecho público al que inexorablemente debe supeditarse, que realice en suma una concreción legitimadora de sus prerrogativas más allá del cabal método jurídico y los mecanismos jurisdiccionales consecuentes³⁰⁰.

²⁹⁸ CLAVERO ARÉVALO, Manuel. "Consecuencias de la concepción del Derecho administrativo como Ordenamiento común y normal" en *Revista General de Legislación y Jurisprudencia*, noviembre, 1952. p. 544 y s.

²⁹⁹ La complejidad y diversidad de las actuaciones de la Administración no permite caracterizarlas jurídicamente sólo en una perspectiva de actividad (subjetiva) o función (objetiva). "Si se examina, incluso de modo más detenido la actividad administrativa de un Estado contemporáneo, y de los entes públicos y privados, auxiliares e independientes que, junto al Estado, componen el mundo que los sociólogos llaman de los 'poderes públicos', nos damos cuenta que la actividad misma no posee ni siquiera unidad, sino que se fracciona en un número notable de funciones cada una de las cuales tiene caracteres jurídicos que la individualizan y otras tienen caracteres técnicos propios" (Vid. GIANNINI, Massimo. *Derecho Administrativo...* Op. Cit. p. 109.).

³⁰⁰ En la profusa doctrina jurídica en España durante este periodo aparecen los intentos de superación de la línea objetiva-subjetiva, en González Pérez se constata un giro formal-sustancial, cuya interpretación objetiva formula el impulso jurisdiccional del contenido jurídico administrativo que subraya la técnica procesal y los fundamentos de lo contencioso en el que se da a la jurisdicción un amplio margen interpretativo que excluye la dogmática y la posición exorbitante de las

El desarrollo del Derecho administrativo subjetivo llevaría a la delimitación de figuras de regulación jurídica que se sitúan fuera de su control. García de Enterría trata de formular la solución formal a esta situación tautológica, por la cual, en palabras de Giannini, se llega a “caracterizar la actividad de una entidad subjetiva (la administración-organización) por su pertenencia a la propia entidad subjetiva”³⁰¹. Para García de Enterría tal contradicción epistemológica, con graves consecuencias en la concepción jurídica de la Administración, sitúa a ésta bajo los principios de personificación, sobre cuya institución el Derecho administrativo se edifica autónomamente como materia jurídica singular y propia de la Administración, sujeto que goza así de su condición estatutaria, pero que como tal puede someterse a la aplicación de otros Derechos generales que regulen otra materia jurídica, como el procesal y el penal. Asimismo, también cuando, como en el caso del Derecho privado, contienen regulaciones paralelas que pasan a ser instrumentales para la Administración como “técnicas subjetivas susceptibles de ser usadas en vista de la consecución de los fines propios del sujeto”³⁰². Como reconoce el propio Enterría, las razones prácticas que llevan al Derecho privado no evitan que este aspecto pase a ser la parte conflictiva en la que el sujeto de la Administración escapa al control del marco jurídico estatutario propio de ella, pero en realidad, más allá del desarrollo del marco técnico externo a su régimen jurídico, que se ampara en la finalidad de determinadas funciones, el gran reto asomará en su impulso dentro del funcionamiento interno de la actividad y la organización administrativa, en lo que se denominará la nueva gestión pública.

II.5 Origen, consolidación y crisis del Estado del bienestar.

II.5.1 Ámbito de adaptación del marco jurídico a la organización y actividad administrativa del Estado social.

El Estado del bienestar, también citado como Estado social, se puede considerar un fenómeno socio-político-económico basado en un sistema público cuya complejidad excede a cualquiera de las civilizaciones humanas precedentes. A su rápida maduración le antecede un proceso gradual e intenso de conformación que se inicia a comienzos del siglo XX con la segunda revolución industrial, continúa en el periodo de entreguerras tras la depresión económica que supone la quiebra del liberalismo político clásico, y se consolida después de la II Guerra Mundial, que se considera una consecuencia histórica inmediata de dicha crisis. Tan dilatado proceso que llega a la conformación material del Estado social llega a su mayor expresión de desarrollo social y económico avanzado en los Estados liberal-

perrogativas de la Administración, inclinándose por una cercanía a la interpretación teleológica y flexible de la norma: “Por último, en cuanto a la amplitud dejada al encargado de aplicar la norma, su carácter cooperador en la realización del Derecho. Ni goza de un poder arbitrario, ni su actividad se encuentra rígidamente limitada por el legislador. Guiado por los principios jurídicos generales, da sentido, desarrolla y completa la Ley”. (Vid. GONZÁLEZ PÉREZ, Jesús. “El método en el Derecho administrativo”. *Revista de Administración Pública*, 22, 1957).

³⁰¹ GIANNINI, Massimo. *Derecho Administrativo...* Op. Cit. p. 109.

³⁰² ALLI ARANGUREN, J. C. *La construcción...* Op. Cit. p.244.

democráticos. En ellos destaca en primer lugar el factor constitucional que supone el impulso de la democratización ante la necesidad de atender a un concepto más amplio de ciudadanía que, como en los albores de la revolución burguesa en Francia, vuelve a intentar su penetración en la estructura de la organización política, pero esta vez, ante un Estado más tecnificado, un sector privado más extenso, y un desarrollo institucional que va incorporando a sujetos políticos que representan a la mayoría de la sociedad. Este nuevo sujeto social aparece con programas de gobierno que puedan imponer el control económico del ámbito público sobre el ámbito privado y la extensión de nuevos derechos sociales como criterio de las actuaciones públicas. Un nuevo tipo de derechos sólo garantizados por el plano material de la actividad pública y no por el jurídico formal, por carecer de los medios jurisdiccionales para asegurar su cumplimiento. En este proceso se ponen de manifiesto tres periodos diferenciados señalados por Alli Aranguren³⁰³:

a) La Transición al Estado social. Este periodo encuentra sus prolegómenos en los primeros movimientos sociales y discurre en paralelo a la inserción de las reformas de intervención pública y adopción de técnicas de gestión privada, cuyos aspectos jurídicos en la perspectiva de la doctrina administrativa quedaron identificados en el epígrafe anterior como premisas transformadoras que forman parte en gran medida de la preparación y los fundamentos del Estado Social. Se deben destacar entre los antecedentes las medidas materiales tomadas por Otto Von Bismarck con la primera instauración de un sistema público de Seguridad Social en la Ley de 15 de junio de 1883 sobre seguros de enfermedad, Ley de 16 de julio de 1884 sobre accidentes de trabajo y la Ley de 22 de junio de 1889 sobre seguros de invalidez y vejez. También en el periodo de entreguerras, en Reino Unido, la figura de William Beveridge alienta los primeros intentos de introducir políticas públicas sociales. Con la solución de continuidad que establece la I Guerra Mundial, las reformas legislativas, constitucionales (arts. 148, 151 y 156 de la Constitución de Weimar, entre otros que subrayan el legado político del movimiento obrero alemán en el programa político socialista) y las medidas administrativas que acompañan estos procesos, se configuran las premisas del Estado Social. En el caso de España, Miguel Ángel Sendín estudia los antecedentes en la publicación de los servicios públicos durante el siglo XIX que clasifica en económicos, de medios de comunicación (correos y telégrafo) y asistenciales (beneficencia, sanidad y educación), su caracterización no puede confundirse con el Estado social, pues

³⁰³ Juan-Cruz Alli señala en este sentido las premisas políticas de los ciclos revolucionarios de 1848 hasta la Comuna de París de 1868, en definitiva coincidentes con los albores del movimiento obrero: “El último tercio del siglo XIX fue un periodo de agitación social como consecuencia de la fase económica depresiva entre 1870 y 1890, la depauperación, la aplicación de la Ley de bronce del salario y la reducción del consumo, circunstancias que fueron valoradas como el fin del sistema capitalista por sus insuficiencias y contradicciones internas”. (ALLI ARANGUREN, Juan-Cruz. *Derecho Administrativo y globalización*. Navarra, Thomson-Civitas, 2004. p. 53-93)

su disponibilidad pública queda más encuadrada en las actividades de fomento y policía³⁰⁴. En la perspectiva jurídica León Duguit y Fritz Fleitner se sitúan como los principales exponentes en este estadio de desarrollo del pensamiento social. En Duguit se aprecia la intención de incorporar a la “regla de Derecho” los principios de una nueva función del Estado a través del servicio público y la participación de los grupos de interés social, que sitúa en el centro de su fundamentación al sistema jurídico, en definitiva, establece la base del nuevo Estado social en la redefinición del Derecho público, pero siempre dentro de él³⁰⁵. Respecto a Fritz Fleiner, como portador representativo del pensamiento jurídico administrativo alemán de este periodo, propugna la aportación de la Teoría del Fisco, que en la tradición germana reconocía la aplicación del Derecho público y privado en la personalidad jurídica única del Estado y aunaba el poder legislativo y ejecutivo en la figura del Príncipe³⁰⁶. Bajo esta singularidad se formula, en un único sistema jurídico administrativo que regula las relaciones entre el Estado o cualquiera de sus administraciones públicas, la admisión de normas que sean de Derecho público o de Derecho privado, lo que facilita el reconocimiento de que el Estado de prestaciones públicas resuelva sus necesidades de intervención económica e industrial a través de formas de gestión privada, cuyo paradigma en este periodo lo constituirá la empresa pública, que utilizando el Derecho mercantil, en definitiva contribuye a extender el ámbito del poder del Estado.

b) El Estado social. El rasgo de este periodo reside en la maduración del Estado social consecuencia de los procesos de intervención pública en la actividad económica y la formulación de los fines sociales que tales procesos conllevan a finales del siglo XIX y principios del siglo XX³⁰⁷. Cuando se habla del Estado social conviene referirse a una realidad material e histórica que empieza a fraguarse en el periodo de transición citado con anterioridad, pero que alcanza su expresión doctrinal y política en los años 30, sin que se precise para ello más que una redefinición del Estado que puede prescindir tanto de los fines del liberalismo político como de las extensiones democráticas que el desarrollo económico y social se dieron en la formación del Estado liberal-democrático³⁰⁸. El Estado social disocia no sólo el

³⁰⁴ Vid. SENDÍN GARCÍA, Miguel Ángel. “Los servicios públicos del siglo XIX” en *Anuario de Historia del Derecho Español*. LXXV, Madrid, 2011. p. 1037-1073.

³⁰⁵ DUGUIT, León. *Las transformaciones generales del derecho privado desde el Código de Napoleón*. (Trad. Carlos González Posada). Valparaíso, Edeval, 1987. DUGUIT, León. *Le droit social, le droit individuel et la transformation de l'État*. París, 1908.

³⁰⁶ Habrá oportunidad de ver la extensión, vigencia e implicación de esta doctrina más adelante, al examinar los fundamentos jurídicos de la cooperación público-privada en la prestación de los servicios públicos en el capítulo 4. FLEINER, Fritz. *Les principes généraux de Droit Administratif Allemand*. París, Delagrave, 1933.

³⁰⁷ PÉREZ AYALA, Andoni. “Los orígenes del constitucionalismo social” en GARCÍA HERRERA, Miguel Ángel. *El constitucionalismo en la crisis del Estado social*. Bilbao, UPV, 1997. En el periodo de entreguerras Pérez Ayala destaca y analiza tres constituciones anticipadoras del Estado social: La Constitución de Querétaro (1917), la Constitución de Weimar (1919) y la Constitución de la II República (1931).

³⁰⁸ En la perspectiva jurídica política Bruno Aguilera analiza las causas del Estado social en la deriva revolucionaria culminada en la revolución bolchevique y sus extensiones alemana y húngara con la reacción ante el pánico de las clases medias por los efectos del movimiento obrero de corte totalitario y populista apoyado por los dirigentes, “dispuestos a defender una política social en el ámbito nacional que permitiese encauzar el movimiento obrero al margen del

liberalismo clásico del propio devenir del Estado liberal, sino los principios del liberalismo político, bien censitario o democrático, y del liberalismo económico. En esta ruptura confluyen diferentes líneas que trazan cronologías y procesos no lineales pero tampoco exentos de unidad histórica y que permiten establecer ciertas categorizaciones sujetas a discusión y complementariedad en sus resultados: la doctrina social entre las que se incluyen la sociológica, filosófica y jurídica; la realidad política en las políticas públicas y los sistemas constitucionales que se desarrollan en el ámbito occidental continental y anglosajón, que incorpora de forma específica a los EE.UU. En términos generales en el Estado social se trata una transformación socio-política y cultural cuya envergadura supone la introducción en un nuevo periodo histórico del Estado liberal y liberal-democrático³⁰⁹. Para los efectos de la transformación sobre el advenimiento del Estado social en el plano jurídico de la tradición continental destaca la figura de Ernst Forsthoff, cuyos principios doctrinales constituyen profundos cambios en la doctrina del Derecho administrativo con las nuevas premisas del Estado social. Entre ellas que cabe destacar el principio de la materialidad jurídica sustentada en la regulación del derecho a la procura existencial que plantea una verdadera transformación de la dogmática del Derecho administrativo, incorporando al análisis jurídico formal de la actividad y función administrativa una vinculación material a la realidad de las relaciones

internacionalismo revolucionario de origen soviético. En el caso de España, en un esquema similar a los fascismos europeos, Franco sigue la línea de Primo de Rivera con tintes sociales inspirados en cuatro ejes jurídicos políticos iniciados desde el comienzo de la guerra civil, con el Fuero del Trabajo, la creación de los sindicatos, el surgimiento de la jurisdicción laboral y el perfil corporativista del Estado de raíz técnica e intervencionista en la economía. La República también continúa el proceso de reforma del Estado iniciado por Primo de Rivera, de transformación radical económica, jurídica y social de la Restauración, pero con una nueva legislación liberal-democrática, cuyo agotamiento constitucional llega con la revolución de 1934 que inicia la suspensión de las garantías constitucionales continuada tras la victoria del Frente Popular. Vid. AGUILERA BARCHET, Bruno. “De la etapa liberal a la era social. Las transformaciones jurídicas del Estado español entre 1923 y 1939” en *Anuario de Historia del Derecho Español*. LXXXII, Madrid, 2012. p. 604-680.

³⁰⁹ Se destacan el advenimiento de nuevas figuras del pensamiento científico-social y filosófico como Martin Heidegger, Karl Jaspers, Max Weber (estos dos últimos se conocen y el primero recibe un notable influjo del segundo). También la participación de los movimientos artísticos y literarios con la formación de vanguardias entre las que destaca el expresionismo y el surrealismo, que se conectan con el acervo del pensamiento filosófico y jurídico: vg. Carl Schmitt “Se mete ya de lleno en ambientes literarios expresionistas y queda cegado por la obra de Theodor Däubler *Das Nordlicht*, un poema sobre la atracción que la luz y el sol ejercen sobre los hombres (...) En 1914 (...) publica su ensayo sobre la obra de Däubler. Lo vemos pues atento a graves cuestiones jurídicas pero también a la creación literaria y ello le conduce a Múnich, donde vive la bohemia del Schwabing.” (Vid. SOSA WAGNER, Francisco. *Carl Schmitt y Ernst Forsthoff: Coincidencias y Confidencias*. Madrid, Marcial Pons, 2008. p.10). Esta efervescencia intelectual de hondo calado germano rememora los periodos de formación de las grandes corrientes del pensamiento de la edad moderna o ilustrados a comienzos de la revolución liberal. Aparece en ellas el trasfondo de la crítica y abandono del liberalismo tradicional y su modelo racional, subjetivo, abstracto y absentista de la intervención social, con la llegada de nuevos paradigmas que vuelcan su preocupación en la heurística humanista y existencial. Evidentemente en Alemania se interrumpe y en muchos casos frustra esta trayectoria cultural con el advenimiento del nazismo, en cuyas mediocres pero coactivas redes políticas caen algunos de estos pensadores imbuidos en su opción populista, irracional y totalitaria. Asimismo, y dentro del ámbito anglosajón, se aprecia un conglomerado cuyas conexiones reales no deben desdeñarse, aunque a veces sus conexiones formales no puedan establecerse. Keynes, Duncan Grant y el grupo de Bloomsbury (con todo el movimiento de vanguardia literaria y artística británica que lo conformaba), Bertrand Russell en el plano filosófico y científico como gran catalizador de la transformación científica en el campo de la física y él mismo matemático, gran conocedor de Einstein y las ciencias sociales, como muestra entre otros la ascendencia sobre su discípulo Ludwig Wittgenstein inspirador del Círculo de Viena. Una vez más, como en el Renacimiento y la Edad moderna, el ámbito anglosajón tiende a representar la perspectiva empirista e inductiva de los mismos fenómenos comunes a los que asiste la sociedad occidental en su conjunto, en este caso compartiendo los afanes del continente ante la nueva era del Estado social.

entre la Administración y los ciudadanos. Se abre pues la perspectiva de tratar el marco jurídico administrativo por los fines de la Administración pública que incluyen sus actividades jurídico-formales de prestación individual y de intervención material, sin renunciar por ello a una sistemática que aborde el marco jurídico con formas públicas y de derecho privado dentro de una sistematización jurídica homogénea de la Administración. Se trata, en suma, más allá de evidenciar las funciones de servicio público que se han ido recogiendo en la transición al Estado social, de establecer un reconocimiento que objetivamente jurídicamente la perspectiva funcional de aquel. Por el lado de las políticas públicas se desenvuelve el ámbito anglosajón con el desarrollo programático de las medidas de protección social pública por parte de William Beveridge, figura que atraviesa la formulación del Estado social desde los periodos de reforma liberal-democrática a principios del siglo XX, que desemboca en la *National Insurance Act* de 1911, hasta la creación británica del Welfare State tras la II Guerra Mundial, con la adopción del sistema de Seguridad Social basado en su *Report to the Parliament on Social Insurance and Allied Services*³¹⁰. En el mismo orden de actuación programática dentro del campo de la política económica se sitúa el también británico John Maynard Keynes, padre de la macroeconomía y postulador teórico y práctico de la teoría del intervencionismo económico por los poderes públicos cuyo sustrato reside en la teoría de la “demanda agregada”³¹¹. La reforma administrativa a que se asiste sólo encontrará parangón en lo que será el siguiente periodo de modernización administrativa y nueva gestión pública, cuyas delimitaciones históricas se encuentran pendientes de establecer, no así, en nuestro entender, el periodo de superación entre el Estado liberal, su tránsito liberal-democrático y el Estado social que desembocará en la plena formulación del Estado democrático y social.

c) El Estado democrático y social. En el Estado democrático y social se consolida la incorporación de los cambios funcionales y de actividad pública previstos en el Estado social a los

³¹⁰ *Report by Sir William Beveridge. Presented to Parliament by Command of His Majesty.* November 1942. London, HMSO, 1942.

³¹¹ KEYNES, John Maynard. *The General Theory of Employment, Interest and Money.* London, Palgrave Macmillan, 1936. En dicha teoría Keynes construye la primera doctrina que rompe los postulados del liberalismo económico clásico, entonces en vigor, que establece su objetivo en el equilibrio entre la oferta y la demanda en condiciones de libertad de acción del mercado. Con la experiencia de la crisis del 29 y la Gran Depresión y partiendo de los datos empíricos que se extraen de ambas situaciones se formula que el equilibrio se debe dar entre la renta (valor real de la producción de bienes y servicios) y la demanda agregada (inversiones más gastos de consumo). Cuando dicho equilibrio depende exclusivamente de los factores privados (empresarios y consumo privado) sólo puede ser casual y tiende a la inestabilidad. Ante las negativas consecuencias económicas y sociales en la producción y el desempleo, la forma de controlar el objetivo de equilibrio con esos factores intersubjetivos exógenos puede obtenerse mediante la acción de los gobiernos en sus políticas fiscales (impuestos y gasto público) que permiten la intervención de un nuevo factor en la formación de la demanda agregada. Con independencia de la eficacia de la receta keynesiana en las condiciones en que fue formulada, resulta concluyente en la contribución de esta teoría la entrada de las políticas económicas públicas en la gestión de la producción y la economía hasta entonces regidas teóricamente por el principio de equilibrio cuasi natural de la libre acción de las fuerzas privadas en el mercado. La función del Estado liberal bajo aquel paradigma se debía limitar básicamente a la protección de la propiedad privada y la policía de las normas jurídicas que propiciaban el cumplimiento de las condiciones de su libertad de acción dentro del mercado en condiciones de igualdad. A partir de ahora dicho escenario teórico ha cambiado.

principios constitucionales, dando carta de naturaleza plena a los derechos sociales y políticos que vinculan el mandato constitucional al conjunto del régimen jurídico público de forma efectiva. El concepto democrático incorpora los valores de participación en el sistema político a la realidad de la acción estatal que promueve la igualdad de acceso a dicho sistema a través de las actuaciones materiales que desde aquella se proporcionan. Se desvanece la posibilidad de no aplicación de la cláusula democrática en beneficio de la social, que conjugada con la cláusula de cumplimiento de la legalidad articulan un sistema político en el que dichos principios y sus valores relacionados se complementan³¹². Respecto a los principios ya explorados en la fundación del Estado social, sólo dentro de éste se desarrollan integralmente los valores del principio democrático que se fundamentan, mediante la incorporación de nuevos sectores sociales políticamente organizados, en el reconocimiento del pluralismo político, valor este último que constituye el elemento diferencial sobre la definición democrática formal basada en el sufragio, al encauzarse institucionalmente en la protección y preeminencia de los partidos políticos, entidades privadas de interés público que penetran en la propia organización del sistema político y mediante las vías formales previstas de participación y representación adquieren la capacidad de dirección de los poderes públicos y su actividad política, económica y social. Junto a éstos, y en el ámbito de estas nuevas actividades propias de los órganos y entidades del Estado, se desarrollan otras organizaciones sociales, económicas y culturales que amplían la capacidad de participación social en un Estado más complejo, altamente tecnificado y gestor.

Dentro de la perspectiva de las relaciones entre los ámbitos jurídico y técnico, el Estado democrático forma el pilar donde se conecta la posibilidad real del ejercicio de los nuevos derechos sociales con el aspecto jurídico formal del pluralismo político y la representación por sufragio. Se erige en un medio para alcanzar un nuevo tipo de derechos, ahora sustantivos y externos al marco jurídico público, que permiten el reparto del poder económico a través de la acción pública. Como se ha visto, en los albores de la segunda revolución industrial el Estado se amplía por las necesidades regulatorias de un sector privado que adquiere una gran capacidad productiva, y cuyas técnicas de organización administrativa se tratan de transferir al ámbito público con el fin de capacitarlo para asumir una mayor complejidad gestora. A la postre, según Giannini, como su precedente liberal, no deja de abordar la misma esfera del intervencionismo formal asequible a los instrumentos del marco jurídico liberal³¹³. Sin

³¹² “Sólo el régimen democrático está en condiciones de servir a la vez a los valores políticos, económicos y funcionales de una sociedad desarrollada y sólo sobre el régimen democrático puede construirse un verdadero y eficaz Estado social”. (Vid. ALLI ARANGUREN. *Derecho...* Op. Cit. p. 87).

³¹³ Respecto a los teóricos de las teorías no intervencionistas que sitúan el “abstencionismo” como realidad natural del Estado liberal, Giannini comenta: “La realidad ha sido bien diversa, puesto que también el Estado censitario utilizó el instrumento fiscal para la regulación de la economía (ordenación de los catastros, manipulación de las tarifas aduaneras y de los impuestos indirectos sobre los negocios), conocía ya los instrumentos de impulso y freno de la economía (desgravaciones fiscales, reembolso de gastos, premios), la disciplina de la moneda y en buena parte también la del crédito.

embargo en este momento, tal vez sin una nítida solución de continuidad, se produce un salto cualitativo consistente en unos poderes públicos dotados de nuevas herramientas de gestión, que pueden y deben procurar la satisfacción de estos nuevos derechos en forma de servicios públicos basados en prestaciones materiales, cuyas garantías ya no pueden ser jurídicamente concretadas a priori, pues dependen de la voluntad política y la viabilidad técnica y económica para su materialización.

El Estado, ya plenamente liberal-democrático, se debía habilitar con formas de organización y gestión jurídico-administrativas para ejecutar la prestación de tales servicios. La capacidad técnica importada del sector industrial y de otros servicios privados complementarios, como los económico-financieros, eran dentro de su ámbito jurídico transformables por el tráfico administrativo en un régimen propio del Derecho público en el sistema continental, o bien en normas administrativas conectadas con el régimen jurídico común (*statutes, orders and statutory instruments*), que aseguraban el mantenimiento de un Estado de Derecho específico para los poderes públicos en el sistema anglosajón³¹⁴.

Ante esta realidad social, económica y política la adaptación jurídico-administrativa al Estado social se caracteriza por las transformaciones establecidas en la organización administrativa cuyos principales rasgos quedan, en la propuesta de Luciano Parejo, del siguiente modo: en primer lugar, la descentralización funcional mediante la creación o segregación de organizaciones especializadas, cuya autonomía y separación aún puede definirse formalmente; en segundo término, la instrumentalización de formas organizativas para la adaptación de las actuaciones administrativas a sus finalidades intervencionistas y productoras directas de bienes y servicios; como tercer y último efecto, la potenciación de la Administración en las estructuras estatales a costa del desplazamiento de facultades del poder legislativo³¹⁵. Un breve análisis de cada una de estas consecuencias organizativas señaladas puede servir para entender este proceso cuya referencia cronológica se sitúa a partir de la segunda mitad del siglo XX.

En primer lugar se distingue entre la descentralización funcional y territorial. Si bien en sentido amplio ambas se ven afectadas por un efecto en el funcionamiento administrativo de los poderes públicos, es palpable que se utilizan diferentes herramientas jurídicas en uno y otro caso. En sentido estricto la descentralización funcional afecta a la organización administrativa y por ende a la ejecución de los servicios administrativos, dominada en el caso de la Administración pública en España por el

El Estado es por definición (en cuanto ente político) un ente que interviene en la economía de la propia comunidad". (Cfr. GIANNINI, Massimo. *Derecho Administrativo...* Op. Cit. p. 78).

³¹⁴ Vid. WADE, A.W. y K.D. Ewing. *Constitutional and Administrative Law*. Longman, Londres y N.York, 1993, 11ª ed.

³¹⁵ Vid. PAREJO ALFONSO, Luciano. *Derecho Administrativo...* Op. Cit. p.28-29.

entramado de organismos autónomos bajo la dependencia y jerarquía de una única Administración. Estas entidades quedan en su mayoría sujetas en su organización y actividad al régimen jurídico administrativo, sin embargo su proliferación crea un sistema para el cual el control administrativo no encuentra un medio idóneo de actuación eficaz, pues su dimensión formal no prevé mecanismos eficientes de dirección y coordinación, que son ajenos a los principios rectores de tal sistema: la jerarquía y la centralización. Bajo estas pautas se atiende al incremento de servicios administrativos que las funciones típicas del Estado liberal precisan por la demanda de medios de intervención y regulación planteados ante una realidad socio-económica en continua expansión. Pero por otra parte la división orgánica que propicia carece en sus formas jurídico-administrativas, de los medios de control necesarios que se precisan de su inherente organización jerárquica, para poder ejercer la dirección por la autoridad propia del sujeto público titular. Así el desarrollo de las entidades descentralizadas queda débilmente conectado con las instituciones titulares por la rigidez funcional que presentan los instrumentos de coordinación, tales como la planificación y ejecución presupuestaria, el régimen interno de la organización o la ejecución cuasi-jurisdiccional de sus actuaciones. El resultado lleva a una proliferación de organismos que dejan su gestión fuera del propio control administrativo.

Respecto a la descentralización territorial, ya sea mediante las técnicas de desconcentración o autonomía administrativa, o en el ejercicio de competencias políticas, puede llevar a compensar los excesos de la descentralización mediante la creación de administraciones independientes en virtud de la delegación, el traspaso o la atribución constitucional de competencias en entidades políticas territoriales, y por ende administrativas. Permite ejercer el control directo de sus actividades al acercar el gobierno, como cúspide jerárquica de toda administración, a las funciones y servicios públicos, previendo un nivel directo de rendición de cuentas a través del sistema electivo de los gobiernos descentralizados políticamente. La aplicación de principios e instrumentos de cooperación y coordinación permiten resolver la eficacia necesaria del sistema político y administrativo, que suple a las formas de descentralización administrativa en instituciones que, en un régimen jurídico público homogéneo, no pueden evitar la pérdida de control dada su extensa dimensión competencial³¹⁶.

En segundo término se ha mencionado como característica o fenómeno asociado al Estado social la utilización instrumental de las organizaciones administrativas, concepto por lo demás ampliamente afianzado en la doctrina jurídica administrativa³¹⁷. La fórmula administrativa consiste en permitir en el marco de la acción de prestación de bienes y servicios un funcionamiento jurídico privado de

³¹⁶ FERNÁNDEZ MANJÓN, Desiderio. “La colaboración como instrumento de construcción de los estados compuestos asimétricos. Luces y sombras”. En *Autonomías*, n. 27, 2001. p. 8-26.

³¹⁷ Materia abordada de forma extensa y monográfica en la imprescindible obra coordinada por PÉREZ MORENO (coord). *Administración instrumental. Libro homenaje a Manuel Francisco Clavero Arévalo*. 2 vols. Madrid, Civitas, 1994.

organizaciones dependientes de la Administración inmersas en actividades típicas del ámbito prestador de servicios y productivo. Estas entidades de estructura empresarial, sea admitiendo formas jurídicas públicas o privadas, llegan a ejercer indistintamente, funciones sustancialmente públicas o privadas para alcanzar sus fines. Pero tal beneficio en la mayor eficacia material de los servicios públicos pone en riesgo la eficacia jurídica de la Administración, ya sea en la ejecución de potestades limitadoras de derechos o en el control presupuestario de la producción de bienes y servicios en concurrencia con el sector privado, de tal forma que “La evolución lleva a abocar a una situación altamente compleja y confusa, que demandaba cada día con mayor fuerza una sustancial clarificación y racionalización”³¹⁸.

Queda como última característica en la adaptación jurídico-administrativa del Estado social el desarrollo en la Administración pública de las estructuras estatales. Si por un lado, ya sea a partir de la descentralización funcional o político-administrativa, se debilitan sus antiguas funciones centralizadas, por otro quedan fortalecidas en un nuevo papel: la concentración de decisiones normativas, orientadoras y básicas que desplazan al poder legislativo. En efecto, por esta vía los Estados se fortalecen, y su poder ejecutivo, a través de los gobiernos, ocupa un espacio político que correspondía antes a los parlamentos. Los propios textos constitucionales tan proclives a ajustes en los sistemas continentales otorgan una gran capacidad y autonomía al nivel político del gobierno, fenómeno al que tampoco escapa la praxis constitucional en el modelo anglosajón o norteamericano³¹⁹.

En el caso de España se produce, ya en el periodo histórico reciente de la transición política y la reforma democrática, una dicotomía entre el desarrollo del Estado social y las medidas de liberalización y desregulación. Esto podría ser explicado por las tareas pendientes en el desarrollo del Estado social iniciado en el corto periodo de Estado democrático de la II República, que una vez retomado éste en la Constitución de 1978, se sustancia en un mandato constitucional (art. 1.1 CE). El papel del desarrollo del Estado social será asumido en gran medida, como nota característica, por las administraciones públicas autonómicas y locales, en solución de continuidad con las disposiciones del Título I de la Constitución de 1932. No obstante también se debe considerar el terreno andado en la construcción de un embrionario Estado protector y necesario promotor del desarrollo tras la guerra, que domina el

³¹⁸ Vid. PAREJO ALFONSO, Luciano. *Derecho Administrativo...* Op. Cit. p. 29.

³¹⁹ Fiel a esa tradición de algunos administrativistas continentales y españoles, Garrido Falla predica sobre la penetración del Derecho administrativo en los sistemas anglosajones, y aquí se hace eco de este proceso ligado al mismo periodo y la necesidad de concentración de poderes en el ejecutivo: “Particular mención merece la aparición, junto a la organización administrativa tradicional o ‘regular’, constituida por los diferentes Departamentos ministeriales directamente dependientes del Presidente de los Estados Unidos, de las Comisiones administrativas (*Comissions, Offices, Agencies, Boards...*) Reúnen en sus manos, aparte de sus naturales facultades ejecutivas, poderes reglamentarios y quasi-judiciales; se trata de una auténtica concentración de poderes, puesto que dictan reglamentos, los aplica y, finalmente, persiguen por sí mismos y juzgan a los infractores” Vid. GARRIDO FALLA, Fernando. *Tratado de Derecho Administrativo*. v.I. Madrid, Tecnos, 2002, 13 ed. p.119.

periodo autoritario del régimen franquista, cuya falta de control político obliga a iniciar esas decididas medidas de liberalización y desregulación que impulsan los nuevos gobiernos democráticos³²⁰.

En este sentido las características generales del Estado del Bienestar en la Europa continental y los rasgos comunes con el sistema anglosajón son aplicables al caso español considerando sus diferentes periodos, algunos de los cuales, como sucede en el resto de los países del entorno europeo, se solapan con etapas ya mencionadas en el desarrollo del Estado liberal y liberal-democrático. Se debe considerar que estas fases no tienen una delimitación histórica y cronológica nítida, pues el desarrollo de la Administración liberal tiene un acentuado carácter evolutivo, sin otras rupturas de referencia que las grandes convulsiones económicas y los episodios bélicos. Así, durante la Restauración se consolida el sistema liberal a través de un sistema político-administrativo que sintetiza la consolidación doctrinaria del régimen jurídico-público, y a fines del siglo XIX, con la introducción de nuevos elementos de la Revolución progresista de 1868 a través de las reformas administrativas y un cierto desarrollo constitucional democrático³²¹. Con el inicio en la II República del régimen liberal-democrático se fragua la reforma del Estado liberal y la introducción de las nuevas corrientes administrativas y políticas sociales iniciadas en la Dictadura de Primo de Rivera. Tras la primera gran crisis económica global del sistema económico liberal, cuyo origen en Estados Unidos en 1929 indica el nuevo eje de la hegemonía financiera, se produce la caída del régimen liberal-democrático que representa la República³²². Los episodios a los que asiste España de guerra, aislamiento internacional y la dictadura del general Franco, se inclinan por la solapada y progresiva introducción de un Estado de régimen jurídico público e intervencionismo económico y social, cuyas deficiencias políticas y administrativas no evitan el discurrir de un cierto Estado social y una Administración garante, obviamente obstruida por la ausencia de derechos y libertades y la subsiguiente corrupción institucional ante medidas de saneamiento

³²⁰ GALLEGO, R., GOMÀ, R. y SUBIRATS, J. (Edit.). *Estado de bienestar y Comunidades Autónomas. La descentralización de las políticas sociales en España*. Madrid, Tecnos, 2003.

³²¹ En relación a las primeras medidas de reconocimiento de derechos sociales destaca en este periodo la creación por Decreto de 5 de diciembre de 1883 de la Comisión de Reformas sociales predecesor del Instituto de Reformas sociales de 1903, que abre el campo de la intervención del Estado en las relaciones laborales con un conjunto de medidas normativas de esta índole. “Los cada vez más complejos hechos y procesos de la producción y avance industrial desbordaron el estrecho margen jusprivatista del siglo civil que contemplaba dichas relaciones laborales como un simple ‘arrendamiento de servicios’ [...] Desde el punto de vista de las relaciones individuales de trabajo, se suceden regulaciones cada vez más importantes dirigidas, ya que no a cortar, al menos a limitar los inacabables abusos del empresario y del capital financiero” (Vid. MARTÍNEZ CUADRADO, Miguel. *Restauración y Crisis de la Monarquía (1874-1931)*. En Historia de España dirigida por Miguel Artola. Madrid, Alianza Editorial, v. 6, 1998. p.317). También resulta profuso en el plano del desarrollo legislativo progresista, el Gobierno largo de Sagasta (1885-1890) con las debidas limitaciones políticas y doctrinarias en su desarrollo y aplicación, con leyes como la del Sufragio Universal (Vid. ULL PONT, Eugenio J. “El sufragio Universal en España (1890-1936)”. REP, 208-209, julio/octubre 1976.

³²² TAMAMES, Ramón. *La República. La era de Franco*. En Historia de España dirigida por Miguel Artola. Madrid, Alianza Editorial, v. 7, 1998. p. 58-66.

económico y social de la organización pública³²³. Como se ha mencionado anteriormente, tras la reforma política, la restauración democrática del nuevo régimen constitucional, que retoma buena parte de los principios de la Constitución de 1932, asume la consolidación del Estado social desarrollando el Estado autonómico enunciado en aquella y se enfrenta a los retos de la reforma administrativa y las nuevas políticas públicas ante la crisis de 1974 y 1977, que acontece en todo el ámbito occidental, como se verá más adelante.

II.5.2 La eclosión de las disciplinas técnicas en la organización administrativa como medio de eficacia en la gestión de los servicios públicos.

Paralelamente a la adaptación del Estado y su Administración a las necesidades de regulación económica y social, se asientan en este periodo las doctrinas de la organización administrativa propuestas a principios del siglo XX. La eclosión de su aplicación práctica permite una fuerte sistematización de las disciplinas técnicas y los principios doctrinales que se tratan de recoger en el campo de las ciencias de la administración. Entre ellas, con un fuerte carácter multidisciplinario forjado desde los conocimientos de la economía, la sociología, la psicología, la gestión y la ingeniería que más allá de la producción de infraestructuras se ve imbuida por un constante desarrollo técnico en la innovación de la organización, la gestión y las formas de prestación de los servicios. En la medida que estas ciencias y disciplinas van encontrando ámbitos de aplicación dentro de la propia organización y gestión de los servicios públicos, se tratan de recoger en modelos sistémicos, y por los objetivos generalizadores propuestos, buscando la formulación de ambiciosos modelos teóricos como la Teoría de la Organización, incluso la Teoría de la Administración³²⁴. El gran valor de estos constructos cuyo objeto es la Administración pública, surgidos en ramas de la politología, teoría jurídica y social es que permiten identificar y sistematizar líneas de clasificación y definición aclaratorias del fenómeno

³²³ Ante el déficit público crónico con grandes inversiones en industria, infraestructuras, prestaciones sociales como el Seguro Obligatorio de Enfermedad, con una sistemática emisión de deuda que aprovechaba la bonanza del crecimiento económico subyacían políticas no sujetas al control social y democrático como desveló después la inoperancia del sistema político ante la crisis de los 70: “Los intentos de reforma del sistema fiscal, para hacerlo realmente suficiente y más progresivo, no tuvieron ninguna virtualidad. De hecho no podía suceder otra cosa, pues no se había realizado una guerra para después gravar a las clases sociales que, en definitiva, la habían ganado” (TAMAMES, Ramón . *La República...* Op. Cit. p.207).

³²⁴ La ciencia de la administración siempre ha sido reconocida desde su perspectiva teórica por gran parte de las autoridades de la ciencia jurídica administrativa, otra cuestión es en su dimensión práctica o aplicada. Ramón Parada al respecto afirma en una de sus obras: “Este vasto conjunto de organizaciones territoriales, especializadas y corporativas, conjunto al que abreviadamente denominamos Administración pública, puede ser estudiado desde perspectivas sustanciales ajenas al Derecho, históricas o sociológicas y desde esa moderna ciencia que es la organización científica del trabajo, la administración de empresas, ya que, al fin y a la postre, la Administración Pública es también una empresa y de colosales dimensiones, al igual que las modernas multinacionales”. (Vid. Parada Vázquez, José Ramón. *Derecho administrativo. I. Parte General: conceptos, fuentes, actos, contratos*. Madrid, Marcial Pons, 1998. p. 11).

administrativo público. Carles Ramió establece sobre éste una taxonomía que se resume a continuación³²⁵:

a) Dirección científica y Administrativa: principios de descomposición de las actividades en tareas elementales; separación de la concepción y programación de la ejecución del trabajo y la supra especialización; control y coordinación mediante relaciones jerárquico personales; se aplica aún hoy en día a las organizaciones industriales, es un enfoque poco conceptual y de ingeniería³²⁶; aborda los problemas de la dirección administrativa y la gestión como agrupación de las tareas de planificar, organizar, mandar, coordinar y controlar; sientan las bases de la dirección por objetivos, planificación, programación, presupuestación y métodos de control racional³²⁷; inciden en la administración pública; abordan las relaciones entre la dimensión política y funcionarial (político y profesional)³²⁸.

b) Estructuralismo: Weberiana o burocrática. Sistema basado en un conjunto de funciones normales establecidas mediante reglas legales, racionales, escritas y exhaustivas; poder impersonal basado en el cargo ordenado jerárquicamente bajo el control y la supervisión de arriba hacia abajo, Sleznyck y Merton profundizan en el modelo analizando problemas prácticos de funcionamiento y control³²⁹.

c) Escuela de relaciones humanas: La motivación y satisfacción son los elementos centrales que explican el comportamiento humano, más allá de las recompensas económicas, mediante la extensión de la amplitud y profundidad del trabajo, la adopción de un liderazgo formal y no autocrático, sistemas de satisfacción de necesidades y una organización orientada a las personas.

Como se puede apreciar esta clasificación presenta diferentes formas organizativas que han sido fundadas históricamente y que no pierden su vigencia en la actualidad. Tal vez hasta aquí pueda considerarse que el ámbito de desarrollo técnico en el que se desenvuelve la organización administrativa, si bien comienza a recibir el claro influjo de las técnicas de organización privadas, no se desprende de una cierta analogía con las formulaciones racionalistas y formales basadas en la cobertura del principio de autoridad y eficacia que caracterizan la conceptualización jurídica trazada por el Derecho administrativo en su maduración, incluyendo sus corrientes más sociológicas como la teoría

³²⁵ El resumen de la clasificación de este autor que se presenta a continuación es mío. Conf. RAMIÓ, Carles. *Teoría de la organización y Administración*. Madrid, Tecnos, 1999. p. 23-40.

³²⁶ TAYLOR, F.W. "The Principles of scientific management" en *Bulletin of Taylor Society*, Diciembre, 1916.

³²⁷ FAYOL, H. *General and Industrial of Management*. Londres, Pittman, 1949.

³²⁸ GULICK, L. y U. Gulick, *Papers on the science of administration*. New York, Institute of Public Administration, Columbia University, 1937.

³²⁹ MERTON, Robert K. *Social Theory and Social Structure*. Nueva York, The Free Press, 1957

pluralista³³⁰. Sin embargo, es en el marco técnico de la teoría administrativa donde aparecen ya tendencias claramente precursoras de la crítica a la burocracia que comienzan a realizar nuevas propuestas con un sensible distanciamiento del ordenamiento jurídico. En la estructura burocrática priman unos principios recogidos por Max Weber, que en la fase de creación del Estado del bienestar han madurado en su paso a la práctica de las organizaciones públicas y privadas. En Weber el tipo de dominación burocrática, a través de su definición sociológica del Derecho, se asimila a la organización jurídica. Esta identificación responde a una realidad histórico-concreta de la que partiría, en la medida que dicha forma organizativa burocrática es cuestionada, la divergencia del marco jurídico administrativo de las nuevas formas de gestión de la Administración:

El derecho es un conjunto de normas abstractas, y por regla general establecidas para un fin. La jurisdicción consiste en la aplicación de estas normas al caso individual, la administración consiste en la atención racional de los intereses previstos en los ordenamientos de la organización dentro de los límites de los preceptos jurídicos y siguiendo determinados principios generales, que cuenten con la aprobación por el ordenamiento de la organización o, al menos, que no sean desaprobados por éste³³¹.

En el seno de la crítica a la burocracia irrumpen las ciencias sociológicas, con corrientes como el funcionalismo estructural de Robert K. Merton³³². Merton, analiza en su aplicación esos principios de la burocracia que se basan en dotar a las organizaciones de una estructuración mediante la atribución de competencias a puestos funcionales, los cuales al ser definidos en abstracto independizan las acciones de la organización de las personas que las ocupan. Así tales acciones se pueden predecir y controlar de antemano de modo que los fines de las organizaciones sean también previsibles y controlables. Dichas acciones pueden transformarse en funciones atribuidas a personas y al mismo tiempo ser independientes de sus actitudes y conductas mediante cargos jerárquicamente organizados. Las obligaciones y privilegios asociados a esos cargos se regulan mediante reglas delimitadas y específicas que consiguen atribuir áreas de competencias y responsabilidades. Todo ello permite una estructura racional y formal que resulta de gran eficiencia en la actividad técnica, tanto en la capacidad de asignación de funciones como en el ejercicio de las actividades por los expertos, evitándose a través de una definición genérica la necesidad de reiterar instrucciones específicas para cada caso de aplicación y en su lugar proceder a la catalogación de casos y su tratamiento posterior como nuevas normas. Merton realiza una caracterización de los rasgos de la burocracia en relación al papel del personal: el personal se nombra para ejercer una competencia y no es elegido, pues posee de antemano los conocimientos y habilidades

³³⁰ ROMANO, Santi. *El ordenamiento jurídico*. Madrid, Instituto de Estudios políticos, 1963 (ed. orig. *L' Ordinamento giuridico*. Pisa, 1917). BOBBIO, Norberto. *Teoria dell'ordinamento giuridico*. Torino , Giappichelli, 1960. BOBBIO, Norberto. *Teoria dell'ordinamento giuridico*. Torino , Giappichelli, 1960

³³¹ Vid. WEBER, Max. *Sociología del poder. Los tipos de dominación*. Madrid, Alianza Editorial, 2007. Edición especial correspondiente al capítulo III de *Economía y Sociedad*. Tubinga, 1972, p. 122-176, Corresponde a la última versión preparada por Weber y publicada en 1921 junto a cap. I y II.

³³² MERTON, Robert, K. *El análisis estructural en la sociología*. México, Fondo de Cultura Económica, 1984.

para aplicar las técnicas del desempeño de estas competencias impersonales. El personal superior sí puede ser elegido, pues debe asegurar la consecución de los propósitos de la organización, pero los procedimientos técnicos se reservan al personal burocrático que con su mera designación es capaz de ejecutarlos. La eficiencia se sustancia en la capacidad de incorporar todos los tipos de conocimientos y competencias personales a la estructura productiva, dejando en manos de las organizaciones los medios técnicos para ejercerlas. Las organizaciones adquieren estructuras formales capaces de asegurar la producción de diferentes servicios con las mismas reglas de funcionamiento, y el personal obtiene la seguridad y certidumbre del empleo permanente como medio de acceder al equipo necesario para trabajar y vivir³³³. Esta caracterización estructural-funcional del patrón burocrático de Merton en las organizaciones privadas y públicas sirve como base de su visión crítica.

En primer término la definición de los procedimientos tienden a amoldarse a las habilidades ya aprendidas, aunque las condiciones para su aplicación hayan cambiado, lo que da lugar a la implantación de procedimientos erróneos: el hincapié en el cumplimiento de las pautas de acción como medio para cumplir los objetivos de la organización lleva a convertir a las propias reglas en un fin en sí mismas. El exceso de preocupación para el cumplimiento de las reglas impide atender los condiciones imprevistas y entenderlas por quien debe adoptarlas como relativas a unos propósitos de la organización.

En un segundo término la crítica de Merton se orienta a determinados fenómenos subjetivos de la burocracia de gran trascendencia para la comprensión de los efectos que causa respecto al servicio público y ciertas cuestiones de su funcionamiento. Se resalta en primer lugar el predominio de las normas como signo de identidad corporativo, que desemboca en la disposición a crear entre los funcionarios organizaciones informales tendentes a defender sus intereses antes de servir a sus fines respecto a los funcionarios superiores elegidos o a los usuarios de la Administración a quienes sirven. No se trata de atribuir esta desviación tanto a intereses creados como a la resistencia al cambio que produce la alteración de las disposiciones vigentes, donde prevalece la voluntad del mantenimiento de un estatus basado en el orden moral del ejercicio de autoridad antes que utilizar los recursos técnicos de la Administración. La interpretación de un sistema normativo cuyo fin es cumplir los propósitos de la organización se sustituye por un estatus que desarrolla prerrogativas informales. Reglas y sentimientos grupales compartidos llevan a un sistema de respuestas amparadas por el rechazo interno como señal externa de conducta grupal, que propician el mantenimiento de relaciones impersonales con el ciudadano, afectan al trato y desembocan en el conflicto social³³⁴.

³³³ Vid. MERTON, Robert K. "La Estructura burocrática y la personalidad" en SHAFRITZ, JAY M. y HYDE, ALBERT, C. *Clásicos de la Administración Pública*. Colegio Nacional de Ciencias Políticas y Administración Pública. México, 1999. Cap. XII p.224-227

³³⁴ MERTON K., Robert "La Estructura burocrática..." Op. Cit. p.227-233

El primer punto detenta una trascendente significación en la crítica a la burocracia que concierne al marco jurídico de la Administración, pues atañe al papel del Derecho administrativo en su propio concepto de las normas y sus formas de elaboración en el proceso de adaptación a la realidad cambiante dentro del contexto burocrático en el que se producen. Si además, por el principio jurídico, este marco debe alejarse del propósito mismo de la organización en que se inscribe, pues entra sólo en el cumplimiento formal de la norma, podría llegarse a pensar que el régimen jurídico público se adscribe plenamente al orden burocrático de la organización, sin cuyas virtudes y defectos no puede concebirse. Respecto al segundo grupo de críticas anuncian las tendencias a la personalización en el trato y orientación al ciudadano de la Administración como nuevo eje de la reforma y modernización administrativa que confrontará el paradigma burocrático con las nuevas formas de prestación de los servicios públicos.

Sin embargo, esta crítica a la burocracia no esté exenta de una valoración general del apogeo de las estructuras y funciones administrativas en su importante misión del interés público, incluso su relativa superioridad respecto a la empresa privada, como desvelan otros autores norteamericanos del momento. Así Paul Appleby, en su análisis en las diferencias entre la empresa privada y la administración (de acuerdo a la acepción más cercana del término *government* y a menudo traducida a la lengua castellana literalmente como gobierno) llega a afirmar: “En sentido estrecho (*sic*), por tanto, el gobierno tiende a ser menos eficiente a causa de su naturaleza pública. Pero, dado que el gobierno actúa más en interés público por tal atención y escrutinio especiales, su efecto neto consiste en hacerlo más eficiente con su propósito central”. Se trata del mayor prestigio alcanzado por el ámbito público, que bajo los efectos del *New Deal*, afecta al Estado que ha detentado la defensa del ámbito privado y goza de la consideración de las principales corrientes doctrinales políticas del momento. El valor de la eficiencia, incluso dentro de la percepción crítica del modelo burocrático, se proyecta en el Estado del bienestar como un estándar relativo a sus fines, que resultan políticamente cruciales para la consideración del criterio del interés público como factor clave de su medición: “En la cumbre, la tarea consiste en administrar las relaciones entre las complejas partes de toda la nación, en dar forma y liderazgo a la vida de todo el pueblo”. Dentro de este valor, asimismo, comienzan a conjugarse diferentes aspectos que, como ya aparece en el antecedente de la intrusión de los modelos privados industriales dentro de la gestión administrativa pública, afloran un amplio abanico de técnicas que se conjugan dentro del modelo angloamericano en el nivel político, y que en el continental corresponden al espacio ocupado por la gestión administrativa en virtud de la facultad potestativa y las prerrogativas amparadas por su marco jurídico. A ambos modelos no les es ajena la extrapolación del papel de las técnicas en el Estado de servicios atribuidas por Appleby a la figura política del presidente, que en el modelo continental podría ser sustituida por la Administración pública, cuya personificación adquiere

los perfiles emanados de su marco jurídico propio, por lo que las diferencias entre las actuaciones reseñadas se aplicarían al ámbito privado: “El presidente [*la administración pública*] debe saber de economía, pero no debe actuar como economista; necesita saber de jurisprudencia, pero no deberá actuar como abogado; debe saber de empresas, pero su función no será la de un hombre de empresa; necesita conocimientos sociales, pero no debe actuar como sociólogo; necesita saber de investigaciones, pero no deberá actuar como científico; necesita saber de agricultura, trabajo y finanzas, pero no debe actuar como agricultor, trabajador o banquero” (*cursiva entre corchetes mía*). En cualquier caso, lo que parece que se afirma es que el Estado del bienestar supone la decidida recepción por parte de la Administración pública de casi todas las áreas de la actividad social³³⁵.

Esta recepción se refleja en el Derecho de diversas formas que se diferencian, por oposición, del Derecho clásico o moderno de la que en el derecho continental se hace eco la doctrina jurídica francesa, acuñando el concepto de Derecho posmoderno³³⁶. Bajo tal sintagma Alli-Aranguren recoge diferentes características que sintetizan el nuevo rumbo que de forma evolutiva, dentro de ese proceso de recepción y adaptación a las nuevas funciones de gestión de los servicios públicos, adopta el marco jurídico: el pluralismo de las fuentes del Derecho; el principio de aceptación de las normas como fuente de su poder; flexibilidad y adaptabilidad del Derecho; el contenido técnico de las normas; la instrumentalidad del Derecho al servicio del compromiso socio-económico de los poderes públicos. En todas ellas destaca por sus efectos en la juridicidad de la gestión pública que arrastra el Estado gestor de servicios, la flexibilidad y adaptabilidad frente a las propiedades de rigidez y estabilidad que presidían el Derecho liberal en su acerbo dogmático, subjetivo y racional-deductivo clásico:

Esta flexibilidad ha dado un nuevo significado a las normas técnicas que no se contraponen a las jurídicas sino que se complementan en un proceso de clara tecnificación del derecho. Los estándares técnicos se han juridificado y las normas se han tecnificado, de modo que la regulación utiliza medios de acción tanto jurídicos como técnicos a los que dota de mayor eficacia y les permite adaptar la evolución técnica a las realidades sociales³³⁷.

Este constructo que trae la definitiva formación del Estado democrático y social, se completa con la articulación del poder ejecutivo en la conformación del Estado, dotando a la Administración de un nuevo e irrevocable poder independiente de los programas constitucionales y legislativos, elemento central del Estado en la que aquella por un lado se subordina al poder político del gobierno, y por otro se profesionaliza y adquiere una autonomía orgánica garante del cumplimiento de los nuevos fines del Estado en el servicio a los ciudadanos, y neutral en el juego político propio de los sistemas

³³⁵ Naturalmente tal extrapolación es de mi propia y exclusiva autoría. Citaciones, APPLEBY, Paul. "El gobierno es diferente" en SHAFRITZ, JAY M. y HYDE, ALBERT, C. *Clásicos de la Administración Pública*. Colegio Nacional de Ciencias Políticas y Administración Pública. México, 1999, Cap. XV. p. 270-271.

³³⁶ CHEVALLIER, Jacques. *L'état post-moderne*. Paris, L.G.D.J., D.L. 2004.

³³⁷ Vid. ALLI ARANGUREN. *Derecho...* Op. Cit. p.172

democráticos. Bajo estos nuevos patrones de actuación el marco jurídico de la Administración desarrollará nuevos principios objetivos del interés general, en tanto funcionales en la Administración; constitucionales en la garantía de los derechos y libertades que limitan al poder político; descentralizadores de la organización administrativa en el plano funcional y territorial; privatizadores del marco jurídico administrativo, que adopta el conocido concepto de “huida del derecho administrativo” en el que más adelante se profundizará; reformador de la función pública en su laboralización no sólo de las formas contractuales sino dentro de la propia carrera funcionarial; interventores en la sustitución definitiva de la policía y el fomento por la actividad directa del Estado social; y dentro del ejercicio de sus potestades y prerrogativas en la consideración de la responsabilidad de sus facultades materiales de expropiación y prestación de servicios públicos y formales en el uso de sus prerrogativas y las garantías que deben permitir el oponerse a ellas invocando la legalidad en el Estado de Derecho³³⁸.

Se puede considerar que estos principios constituirán parte de los ejes de actuación del marco jurídico continental y seguirán presentes en las transformaciones que, tras la crisis del Estado del bienestar, las nuevas medidas en políticas públicas y técnicas de gestión determinarán su evolución sin salirse en los rasgos generales de ese ámbito, pues el efecto de la función del Estado y la Administración del Estado social y democrático adquirirá un carácter estructural en cuyos parámetros permanecerá su proceso de modernización y reforma³³⁹.

II.5.3 Las contradicciones entre el marco jurídico y técnico en el paradigma de la crisis del Estado del bienestar.

El Estado del bienestar conduce a una reacción que trata de resolver sus contradicciones, como se verá más adelante, pero asimismo crea un sustrato que el Estado liberal-democrático ya no abandonará y que se basa en la penetración de la Administración pública en todos los aspectos de la vida económica y social, sea desde funciones interventoras, reguladoras o de fomento directo o indirecto de actuaciones públicas que inciden en el ámbito privado. Pero también arroja en el marco jurídico continental una incertidumbre que se debe considerar, y que el propio profesor Parejo expresa autocríticamente inspirándose en reflexiones de la escuela administrativista alemana del siguiente modo:

“Debe afirmarse que el Derecho administrativo propio del Estado social y democrático de Derecho prefigurado y constituido por la norma fundamental de 1978 es literalmente una asignatura pendiente.

³³⁸ Vid. Ibid. p. 169-205

³³⁹ Refiriéndose a estas transformaciones en la salida del Estado social Porras Nadales reconoce dicho carácter estructural cuando expone: “Unas exigencias de transformación que, sin embargo, deben coexistir con un riesgo añadido: la presencia de fórmulas de ‘salida’ que pretenden más bien la reasignación de tareas públicas al mercado, según la conocida y simplificada fórmula neoliberal, prescindiendo así en gran medida de las funciones regulativas exigidas a la esfera pública. (Vid. PORRAS NADALES, Antonio J. “Complejidad, eficacia y subsidiariedad” en *El constitucionalismo en la crisis del Estado social*, (ed. Miguel Ángel García Herrera). Bilbao, UPV, 1997. p. 103)

Este es el diagnóstico que mejor cuadra a nuestra actual situación, más allá de la legítima y justificada autosatisfacción por los apreciables y rápidos logros constructivos y dogmáticos alcanzados en algo más de dos décadas. Pero tales logros se sitúan preferentemente en la disposición, combinación entre sí y manejo de las piezas del sistema estatal, tal y como éstos estaban dados; los fundamentos y la estructura de aquél han sido poco tocados por ese proceso de acelerada renovación de rápido remozamiento. No es sorprendente, pues, que con el paso del tiempo afloren las cuestiones y los problemas estructurales”³⁴⁰.

Tras esta profunda reflexión autocrítica no deja de exponerse como trasfondo que durante los procesos de avance y consolidación del Estado del bienestar el marco jurídico, en el que el Derecho administrativo cobra su papel irrefutable de garante del Estado de Derecho, navega también en la aventura de resolver sus propias contradicciones y posteriormente, ante las necesidades de renovación y los nuevos cambios que plantearán alternativas de transformación a la gestión pública, aparecerá una brecha con el nuevo marco técnico que obliga a replantear sus fundamentos y estructura más allá de cualquier discusión sobre la ineludible necesidad de la especialidad y la ciencia jurídico administrativa³⁴¹.

En la línea de la crítica al Derecho administrativo y a los excesos del marco jurídico se encuentran los autores de la ciencia política que retratan con crudeza la evolución técnica de la Administración pública, y como la obra de Bañón, ponen en conexión las contradicciones del marco jurídico y las consecuencias del Estado del Bienestar: “En Europa continental, la primacía del derecho administrativo ha durado hasta que la evidencia del Estado de Bienestar ha requerido apoyos al gobierno, distintos de la regulación de relaciones, para gestionar organizaciones complejas”³⁴². El propio Bañón de forma más extensa desarrolla esta idea:

“Este crecimiento de la administración y sus funciones afecta al mismo concepto de administración pública. La administración pasa de la postura de subordinación a la política, de ser mera variable dependiente en el plano conceptual y normativo a tener propia actividad al margen de los mandatos legales. Se convierte de garantista de legalidad en creador de legalidad en el plano reglamentario [...] Se puede decir que se pasa de construir el concepto de administración alrededor de las estructuras y procedimientos a hacerlo sobre los objetivos y los métodos de alcanzarlo. De ahí la importancia que se confiere a los estudios de teoría de la organización y la creación del subcampo de estudios de análisis de políticas públicas en las décadas de los años sesenta y setenta...La delimitación del nuevo concepto de

³⁴⁰ Vid. PAREJO ALFONSO, Luciano. *Derecho Administrativo...* Op. Cit. p. 30.

³⁴¹ Ya dentro de la Escuela de Administración española se señalan en temprana época ciertas insuficiencias en el exceso de formación jurídica de los administradores, aunque desde posiciones estancas y de corte corporativista en la concepción del marco jurídico, como la que expone González Pérez: “Porque resulta indudable que, de los numerosos servidores del Estado, existe una gran parte que no tiene por qué ser juristas. Son administradores, sin que ello exija una formación jurídica; les bastará unos conocimientos jurídicos elementales [...] Esto supuesto, resulta indudable que si hasta la fecha el administrador ha salido de las Facultades del Derecho, ha sido por falta de otras instituciones especiales. Pensemos en las Escuelas de Administración y en las Facultades de Ciencias Políticas, Administrativas y Económicas. Estas instituciones cubren, en otros países, la misión que las Facultades de Derecho españolas han venido —y vienen— desempeñando, de formar a los futuros administradores. De aquí el acierto de la creación de la Facultad de Ciencias Políticas y Económicas, «porque precisamente descarga a la enseñanza del Derecho del estudio de problemas que hasta ahora, *faute de mieux*, recogía, y le permite concentrarse en sus temas fundamentales»” (Vid. GONZÁLEZ PÉREZ, Jesús. “El método...Op. Cit. p. 86-87)

³⁴² Vid. BAÑÓN, Rafael. “*Los enfoques...*” Op. Cit. p. 32

administración pública se realiza desde varias perspectivas: la económica, la politológica y la de la Ciencia de la Administración; todas ellas de ciencias sociales y alejadas del positivismo jurídico³⁴³.

En este sentido se pueden destacar al menos las siguientes tendencias o percepciones del fenómeno: una, el afloramiento del marco técnico que desde las posiciones de la ciencia y de las nuevas disciplinas no jurídicas suponen la superación del marco organizador y regulador originado desde el ámbito jurídico para las reformas necesarias en la Administración³⁴⁴; dos, la tendencia de parte de la doctrina jurídica administrativista a parapetarse en una visión garantista que en último término encuentra refugio en la función jurisdiccional que se prolonga en la propia actividad de la Administración; tres, se puede presagiar una vía jurídica autocrítica que explícitamente no renuncia al papel del Derecho administrativo como marco jurídico propio que garantiza el Estado de Derecho, pero que como tal en el nuevo entorno de modernización administrativa convendría evolucionar y dejar sometido a un proceso de innovación y reforma³⁴⁵.

Se puede apreciar en todas estas líneas que más allá de los intereses creados en el constructo de la Administración y la necesaria especialización que requiere cada ámbito de actuación de la gestión pública, ya sean los que se abren camino o aquellos que persisten como necesidad para el desenvolvimiento de la actividad administrativa, se abre un brecha entre ellos que se opone a una visión de conjunto, a cierta transversalidad conceptual y operativa en la transformación del escenario burocrático del Estado social hacia un paradigma global que subsane las deficiencias, pero que en su afán de simplificación de aquel se presenta como ciertamente entrópico. Tal vez de tales contradicciones se resienten los principios del Estado de Derecho, pero no en sí por su criticado paso hacia formas jurídico privadas ya asumidas en la gestión del Estado del bienestar, si no, en la parte de interés para esta investigación, por un intencionado aislamiento bilateral entre el marco jurídico y el técnico, con un abandono o carencia en la adecuación del marco jurídico público, que representa el Derecho administrativo, de las nuevas realidades conformadas ante la crisis del Estado social³⁴⁶.

³⁴³ Vid. Ibid. p. 34-35

³⁴⁴ Además del citado Rafael Bañón cabe destacar con una mayor fundamentación jurídica a BELTRÁN VILLALVA, Miguel. *La acción pública...* Op. Cit.

³⁴⁵ En la línea renovadora autocrítica se pueden señalar PAREJO ALFONSO, Luciano. *Crisis y renovación en el Derecho público*. Madrid, CES, 1991. BARNES VÁZQUEZ, Javier (ed.). *Innovación y reforma en el Derecho Administrativo*. Global Law Press. Sevilla. 2003.

³⁴⁶ En su análisis de los cambios que ante esta crisis se producen en el Estado prestacional Olías deja abierta un puerta a la reflexión con la siguiente apreciación: “El valor de lo público está en esa condición diferencial que, además de la eficiencia y la eficacia, toma en cuenta que los individuos son miembros de una colectividad, que tienen derechos no sustentados en la facilidad de adquisición o de acceso a los bienes” (Vid. OLÍAS DE LIMA, BLANCA. *La mejora de los servicios públicos...* Op. Cit. p.15).

II.6 La revisión del modelo de gestión pública: reposición del ámbito privado y pérdida del equilibrio entre el marco jurídico y técnico.

II.6.1 Reposición del ámbito privado: la gestión pública sujeto de políticas y la actividad administrativa objeto de instrumentos técnicos de organización y control.

El gradual paso hacia un nuevo paradigma de la gestión pública se puede definir como un conjunto homogéneo de líneas de actuación que se acuñan en la tradición anglosajona bajo el término de Nueva Gestión Pública (NGP), ya introducido en el capítulo anterior dentro de su plano doctrinal, que encontraría su precedente en el impulso privatizador de principios del siglo XX y a lo largo del desarrollo del *welfare state* o estado del bienestar en su vertiente crítica³⁴⁷. A diferencia de ambos episodios precedentes, la crisis de mediados de los años setenta provoca una inflación y estancamiento económico que el creciente déficit público y los instrumentos administrativos del Estado que sustentan el círculo crecimiento-gasto público no pueden detener sin salirse de él³⁴⁸. Esta situación produce un cambio en el objeto de las políticas públicas que conlleva una importante e innovadora particularidad³⁴⁹. Si hasta entonces el objeto de estas políticas era externo y utilizaba para ello los instrumentos políticos regulatorios de la actividad económica y social por medio de los ordenamientos normativos que fijan las políticas presupuestarias y fiscales de gastos e ingresos, ahora se debe orientar a un objeto interno: la modificación de la organización y la gestión pública, es decir, la transformación de la Administración. En la óptica aquí abordada, dichas líneas tratan de sustanciar un planteamiento de reforma que resuelva los problemas de funcionamiento del Estado bajo una perspectiva, que si bien aporta la novedad interna mencionada, afecta a la alteración de las relaciones externas de la Administración pública³⁵⁰.

³⁴⁷ En su análisis de las premisas del *Management* Woodrow Wilson, considerado iniciador de la ciencia de la administración en los principios del siglo XX, establece una clara analogía entre aquellas y sus supuestos: “En efecto, en su *El estudio de la Administración Pública*, Wilson estableció cuatro premisas mayores: 1) la gobernación consiste en dos procesos separados: la política y la administración; 2) la administración puede y debe constituir el objeto de una ciencia diferente de la política; 3) el estudio científico de la Administración Pública conduce al descubrimiento de principios nomotéticos análogos al de las leyes en las ciencias físicas; 4) la aplicación de tales principios asegurará una mayor economía y eficiencia.”(PRATS CATALÁ, Joan. *De la burocracia al management, del management a la gobernanza*. Madrid, INAP, 2005. p. 110).

³⁴⁸ “Concretamente, a principios de 1977 los rasgos negativos de la situación económica eran demostrativos de estar en una auténtica depresión: estancamiento en la actividad general, paro creciente y fuertes niveles de inflación y endeudamiento exterior” En España había margen para no incurrir en el paquete de reformas administrativas, pues bastaba con acometer la reforma fiscal, la devaluación de la moneda, y las reformas de saneamiento del modelo económico obsoleto de “crecimiento oligárquico” (TAMAMES, Ramón . *La República...* Op. Cit. p. 296-298).

³⁴⁹ Aunque, como ya hicieron otros autores al analizar la NGP, ésta se ha venido considerando carente de una consistencia doctrinal y más como un conjunto de ideas, Manning plantea un balance sobre su legado que reconociendo las limitaciones de sus resultados aporta nuevas formas de pensamiento que inspiran la transformación administrativa. Vid. MANNING, Nick. “The Legacy of the New Public Management in Developing Countries” en *International Review of Administrative Sciences*, v. 67, 2001. p. 297-312.

³⁵⁰ La mayoría de los aspectos citados a continuación se mencionan en la obra citada asociándose cada medida a los diferentes diagnósticos políticos de las causas de los fenómenos, otro aspecto importante que se menciona es su común aplicación a todos los países desarrollados. Vid. VILLORIA MENDIETA, Manuel. *La modernización de la Administración...* Op. Cit. p. 17-18

Los aspectos internos de la Administración corresponden a las medidas de gestión pública entre las que destacan: la profundización en la crítica a la burocracia como forma de organización predominante; la introducción de nuevos métodos de gestión económica que transformen las técnicas vigentes de gestión presupuestaria de los servicios públicos; la descentralización administrativa y su desagregación en unidades susceptibles de un control gerencial que imite el modelo privado de gestión vinculado a la eficiencia en la producción de los servicios; el control y la evaluación de resultados de la gestión de los servicios públicos. Como corolario y elemento diferencial de cualquier intento precedente de reforma de la Administración liberal, quizá se deba destacar la peculiaridad de la subordinación de estas medidas a las políticas públicas: la propia Administración, tal vez en su crecimiento y complejidad desmedida, se convierte en objeto de los programas políticos y en prioridad de la acción de gobierno, que pasa a ser actor principal de la gestión pública frente a los métodos vigentes esencialmente administrativos de la maquinaria burocrática.

En el ámbito externo intervienen las políticas que determinan la modificación del papel del ámbito privado en su relación con el ámbito público a partir de, entre otras, las siguientes premisas de carácter político-económico: la doctrina de la no injerencia de la Administración en aquellos servicios públicos susceptibles de prestación por el ámbito privado³⁵¹; la doctrina de la restitución del déficit público mediante la reasignación al sector privado de los recursos dedicados al gasto público con la disminución de la presión fiscal y de la intervención pública en la economía; la desregulación de las actividades económicas, epítome del liberalismo económico; y la privatización de las empresas y los grandes recursos públicos asignados a la infraestructura y la actividad económica productiva.

Se trata de un proceso de desinstitucionalización y opuesto a la tendencia del Estado burocrático, que genéricamente considerado supone la intervención de un agente dentro del ámbito público que representa los intereses del ámbito privado y actúa en los puestos del gobierno y la Administración designados en el nivel político³⁵². A este proceso le acompañan políticas de intervención en lo público que desplazan funciones típicas de éste al ámbito privado y se conectan con medidas e instrumentos de control técnico y reorganización de la gestión pública. A su vez, estos instrumentos modifican los métodos administrativos basados en un marco jurídico homogéneo y propio que garantiza la sujeción

³⁵¹ “Los procesos de liberalización y privatización aún siendo conceptualmente distintos abedecen a una misma filosofía: determinadas actividades de naturaleza económica en cuya prestación subyace un interés general es mejor que sean prestadas por el sector privado por ser éste más eficiente, reservándose la Administración ciertos mecanismos de control”. (LESMESSERRANO, Carlos. “La externalización...” Op. Cit. p. 15.)

³⁵² Acerca del concepto de institucionalización entendido como proceso histórico véase LIPPI, Andrea y MORISI, Massimo. *Gestión y Administración públicas*. Valencia, Tirant lo Blanch, 2008. Cap. 3.

no arbitraria de las potestades de la Administración, y en su lugar se acude a esquemas normativos heterogéneos y especiales, y técnicas de gestión exentas de un control jurídico público³⁵³.

El origen angloamericano de la nueva gestión pública se convierte en impulsor de las reformas administrativas³⁵⁴. Como tal es fuente de los principios generales que el proceso de transformaciones de la acción pública infunde en la generalidad de los Estados liberal-democráticos, si bien no de forma homogénea, consideración que se debe tener presente en las diferentes formas de asimilación de la nueva doctrina pública, tal y como señala Joan Prats:

La Nueva Gestión Pública ha sido el paradigma de reforma administrativa prevaleciente hasta mediados de los noventa, acompañando a la hegemonía de la agenda neoliberal antes descrita. Naturalmente, no se aplicó en todos los países por igual: tuvo gran influencia en los países angloamericanos —aunque con grandes diferencias entre ellos—, menos en los países nórdicos y escasa en los países de matriz latina y germánica. En España, su influencia práctica ha sido escasa aunque desigual. La nueva gerencia pública ha impregnado, desde luego, el discurso sobre la Administración Pública y legitimado la fuerza que los gerentes han tomado en muchas Administraciones, especialmente locales y autonómicas³⁵⁵.

El desarrollo del paradigma de una nueva gestión pública asume dos premisas generales: la posibilidad de medir el desempeño desde el Gobierno hasta la Administración, y consecuente con ésta, la capacidad de fijar los objetivos entre ambos por medio del conocimiento que esta medición brinda. Con ello se establece la vía contractual como herramienta de garantía de control de los intereses, sean públicos o privados, del ejecutor de los servicios³⁵⁶.

En su aplicación al sistema continental, en el que pasamos a centrarnos, subyace una simplificación del uso del marco jurídico en la intervención de los controles y normas que regulan la actividad administrativa, incluyendo las prerrogativas y poderes exorbitantes del régimen jurídico propio. Este hecho por un lado limita su desarrollo y por otro matiza las medidas que se asimilan a la introducción de las nuevas técnicas que adquieren un componente más administrativo y organizativo y adoptan con éxito el término de modernización administrativa³⁵⁷.

Tomando el caso de Alemania se observa que las reformas no se separan de las directrices constitucionales de 1949, algunas de ellas sin completar³⁵⁸. En ésta ya aparecen marcadas las líneas de

³⁵³ Vid. Op. Cit. VILLORIA MENDIETA, Manuel. *La modernización ...* p. 81-84

³⁵⁴ Vid. BARZELAY, Michael. *La nueva gestión pública. Un acercamiento a la investigación y debate*. México, FCE, 2003, p. 10-17.

³⁵⁵ PRATS CATALÁ, Joan. *De la burocracia...* Op. Cit. p. 114.

³⁵⁶ Vid. PRATS CATALÁ, JOAN. "Las transformaciones..." Op. Cit. p.69.

³⁵⁷ "Al final, se mantiene la tremenda situación por virtud de la cual un gobierno que tiene la obligación de dar respuestas a la crisis del Estado de bienestar debe, al tiempo, mantener sus prestaciones; una Administración que debe ser eficaz y eficiente debe, a la vez, se profundamente garantista de los derechos reconocidos por el sistema político a los ciudadanos; un funcionario que debe servir a los intereses generales debe, también, servir a sus clientelas particulares". (VILLORIA MENDIETA, Manuel. *La modernización...* Op. Cit. p. 90)

³⁵⁸ Vid. HESSE, Joachim Jens. "La modernización administrativa y la reforma del sector público en Alemania. Una perspectiva general" en *Revista y Sociedad*, 13, 1993. p. 75-86

descentralización política y desconcentración administrativa en la que los niveles de organización territorial combinan ambas formas. En el ámbito privado la intervención pública, dentro de una economía de mercado, permite la cooperación y colaboración de los sectores implicados: empresarios, empleados y poderes públicos. La fuerte presencia del marco jurídico unido a la burocratización favorecida por una rotación baja de gobiernos fomenta la estabilidad y la adaptación institucional gradual. Sin embargo, tal y como observa Joachim Jens Hesse, “En la década entre mediados de los 70 a mediados de los 80 los crecientes déficits presupuestarios conformaron la agenda de la reforma administrativa”³⁵⁹. En este contexto los programas de reforma se orientan a tres ejes: primero, la imitación del sector privado en la gestión de recursos; segundo, la orientación al ciudadano y la simplificación legal; y como tercer eje, la desburocratización y simplificación administrativa. Todo ello, junto a los factores externos de la europeización, que Alemania trata de liderar, y la unificación, le llevan a iniciativas de modernización en los elementos legales, organizativos y procedimentales.

Con todo, la existencia de estos ejes y las presiones que tales áreas programáticas de reforma constituyen, en la década de los 90 el balance era muy poco significativo, como reconoce Hesse: “En todo caso, el impacto de las reformas organizativas ha sido modesto. Las rutinas establecidas se han mostrado fuertemente resistentes a las reformas”. Se puede considerar que éstas acaecen de forma más significativa en la Administración de los gobiernos de los *Länder*, como sucede en el modelo autonómico español, cuya estructura federal ha facilitado acometer en las administraciones regionales estrategias de modernización, que con su mayor flexibilidad, han podido diferenciar y al mismo tiempo remarcar tendencias comunes como son: el fomento económico y tecnológico; las políticas de gestión interna medioambientales y de igualdad salarial de géneros y el impulso de los servicios personales o comunitarios, que han permitido en estas administraciones la creación de unidades administrativas especiales³⁶⁰. El ahorro de costes en los servicios públicos se observa en casos como el sector sanitario, donde se incrementan las delegaciones en instituciones autónomas, los cambios legales y administrativos que afectan a la asignación de recursos y las reformas de los sistemas de control. Sin embargo en ese momento de principios de los 90, siguiendo las influyentes tendencias globales de transformación en la gestión pública, a pesar de los cambios que se anuncian en términos de descentralización y cooperación privada, no se cuestionan en la capacidad material ni en la formal los principios de universalidad y progresividad en las aportaciones particulares del sistema público de salud.

En su conjunto la desregulación, como eje de la reposición del ámbito privado, afecta a las normas y al sistema jurídico que las produce en el Estado de Derecho, pues sustancialmente supone la

³⁵⁹ Ibid. p. 77

³⁶⁰ Vid. Ibid. p.83

retirada con ellas de las potestades públicas que condicionan al ámbito privado. Por otro lado, donde surte un efecto especial y nuevo es en el marco jurídico administrativo, cuya afectación al sistema continental es notablemente más alto, pues las medidas funcionales y organizativas de tipo privatizador en el ámbito público inciden en la concreción práctica del ordenamiento administrativo que evita la utilización del sistema jurídico bajo principios generales y ordenadores, fenómeno que Joan Subirats recoge del siguiente modo:

Empieza a contar más el «resultado» que la legalidad o conformidad a los procedimientos establecidos. Transformándose, paralelamente, la legislación. Pasando de un tipo de normativa de aplicación y contenido generalísticos como guía de la actividad administrativa, a un tipo de reglamentación ad hoc, de alcance limitado y particularizado³⁶¹.

En el caso español la crisis occidental del Estado del bienestar se fragua en plena transición al Estado constitucional definido como social y democrático de Derecho, tal y como proclama el artículo primero de la CE. Hasta entonces las instituciones públicas estaban incardinadas en un régimen autoritario, que fundamentalmente bajo presiones internacionales de tipo económico, se había conformado bajo el imperio del sistema jurídico público concretado en Estado de legalidad. Las deficiencias políticas de dicho régimen tergiversaban el acceso libre al sector privado, más bien favorecido por conceptos oligárquicos de fidelidad al sistema, aunque ya permeable socialmente a nuevos sectores de actividad (en torno a los servicios, el turismo, la construcción y la industria bajo patentes extranjeras, como el automóvil, bienes de equipo y consumo y la pujanza de la economía industrial vasca y catalana)³⁶². En torno a este sistema, la protección social se configuraba como una extensión del sistema público de beneficencia auspiciada, como en el esquema liberal clásico, por las Diputaciones Provinciales, y se iba ampliando hacia las pujantes clases medias nacidas del desarrollo económico. Sin embargo las características más notables y diferenciales en términos de política económica creaban una escasa presión fiscal y un acentuado uso de la caja del déficit presupuestario en el control de las inversiones públicas³⁶³.

Con la llegada de la transición política y la crisis económica que antecede al final de la dictadura, el Estado español se enfrenta a los problemas generales de la economía occidental de inflación y estancamiento económico con un sistema prestacional deficiente basado en un profundo desajuste entre los ámbitos público y privado, que descubren una estructura económica altamente desacoplada internamente y con su entorno, principalmente europeo. Ante tales anomalías el Estado del bienestar sigue siendo una tarea pendiente en medio de la necesidad del ajuste del déficit y la nueva presión de

³⁶¹ SUBIRATS, J. "Notas acerca del Estado, la Administración y las políticas públicas" en *Revista de Estudios Políticos*, n. 59, Enero-marzo, 1988. p. 178.

³⁶² Vid. TAMAMES, Ramón. (dir.). *Anuario Económico y social de España. 1977*. Barcelona, Planeta, 1977.

³⁶³ Vid. TAMAMES, Ramón. *Estructura económica de España*. Madrid, Alianza Editorial, 1978.

organismos económico-financieros estatales e internacionales con las políticas económicas globales que se prescriben como salida general de la crisis³⁶⁴. Estas tareas presentan, entre otras, pero dentro del reordenamiento político y administrativo, la solución estratégica de emprender el programa de adhesión a la Comunidad europea, cuyo bloque continental parece que hace posible la superación de la crisis con el mantenimiento -en el caso del Estado español, creación de nueva planta-, del sistema público prestacional y el acceso a los mercados y condiciones económicas de la CEE, al menos hasta su relativa equiparación con el resto de Estados de Europa occidental. Dicha superación implica otras tareas, tales como la reducción del citado déficit, para lo que se encuentra un amplio margen en la implantación de una disciplina fiscal hasta entonces casi inexistente, pero también en la reestructuración económica, fuertemente basada en un empleo de baja productividad y orientado a un mercado interior protegido e intervenido a pesar de su relativa liberalización en la década de los 60. Como herencia de este pasado y su reforma parcial se asentará una propensión estructural a altas cotas de desempleo y precariedad laboral, un control del gasto y del déficit público, y una indisciplina fiscal de amplios sectores económicos en el seno de una economía apalancada en la deuda pública y la baja presión tributaria³⁶⁵. Las transferencias a las comunidades autónomas permiten, en un modelo de Estado compuesto y asimétrico, la asunción de competencias políticas y administrativas en función de la voluntad expresada por las diferentes entidades regionales reconocidas por la CE³⁶⁶. La transferencia de los sistemas públicos universales -educación y sanidad fundamentalmente, pero también servicios sociales y equipamientos socio-culturales entre otros -, promueve una aplicación eficaz y descentralizada de los medios públicos prestacionales, a excepción de la Seguridad Social, profundamente reformada, y el sistema subsidiado financieramente autosostenido de desempleo. Tan sólo quedarán para su ejecución en las dos décadas siguientes las medidas de desregulación, desmantelamiento del tejido industrial público improductivo y la privatización de los servicios públicos monopolísticos de utilidades básicas (sistema eléctrico, telecomunicaciones, transporte, industria de producción estratégica,...)³⁶⁷.

En resumen, en la renovación de la gestión pública iniciada en la década de los 80 del siglo XX, confluyen tareas de deconstrucción y homologación del Estado del Bienestar europeo, junto a medidas

³⁶⁴ En referencia a la aplicación de los Pactos de la Moncloa, pacto político de contenido económico esencial para realizar el camino constituyente en plena crisis económica: "Se dio absoluta prioridad a la llamada política de saneamiento (precios y salarios, medidas urgentes de carácter fiscal, presupuesto, medidas monetarias), en tanto que las reformas fueron quedando para decisiones a 'tomar en su día'". Vid. TAMAMES, Ramón. *Historia de España dirigida por Miguel Artola. La República. La era de Franco. v. 7*. Madrid, Alianza Editorial, 1986. p. 302.

³⁶⁵ Vid. LÓPEZ GARRIDO, Diego. "El Estado de bienestar: vuelta a la fiscalidad" (artículo publicado en El País, 4 de agosto de 2010).

³⁶⁶ El sintagma Estado compuesto asimétrico, ya identificado en sus dos términos por diferentes autores, es unificado y desarrollado en su investigación por Desiderio Fernández, y queda plenamente encuadrado para el caso de España. Vid. FERNÁNDEZ MANJÓN, Desiderio. *El Estado compuesto...* Op. Cit. p. 35-39.

³⁶⁷ VALDIVIESO, Rocío. "La Reforma del Sector Público. Las Privatizaciones: el Estado de la Cuestión y su Aplicación al Caso Español" en *La Nueva Gestión Pública*, (ed. B. Olías de Lima). Madrid, Prentice Hall, 2001. p. 49-84.

de profunda liberalización económica y reforma financiera, descentralización administrativa y política y democratización institucional. Todo ello permite intercalar con un gran dinamismo el impulso modernizador de la Administración pública, inserto en un sistema institucional cuyos pilares administrativos básicos, por otra parte, presentan evidentes rasgos de continuidad institucional, aunque afectada, con mayor o menor profundidad, por la introducción del marco democrático y constitucional: el sistema judicial; el sistema jurídico-administrativo³⁶⁸; los sistemas corporativos o entidades de interés público, tales como los colegios, corporaciones profesionales y empresariales, y organizaciones sindicales fortalecidas por la transferencia de recursos de las potentes organizaciones públicas laborales precedentes (el sindicalismo oficial del régimen autoritario); el conjunto de la administración estatal y periférica, sujeta a un sostenido proceso de reforma al socaire de la transferencia de competencias a las comunidades autónomas; y las administraciones locales (Diputaciones y ayuntamientos principalmente), cuya autonomía queda condicionada por la capacidad de autofinanciación con los tributos locales. La apuesta, tras el largo paréntesis del régimen franquista, por el ingreso en la Comunidad Europea, supone una normalización acelerada del modelo español con la realidad de los países del entorno continental, infundida por la difusión y el contagio del ámbito institucional de la Comunidad Europea³⁶⁹.

En este ámbito continental, la Comunidad Europea primero, y tras el Tratado de Maastricht, la Unión Europea posteriormente, va dotando a los Estados adheridos y sus respectivas administraciones, de nuevas políticas públicas a través de redes europeas descentralizadas y programas financiados con fondos europeos. Además, el proyecto de unión monetaria, con mandatos de control presupuestario, liberalización comercial y económica. También imponiendo un nuevo marco normativo público a través de Directivas, que constituyen la forma jurídica de obligada trasposición de esas políticas a las legislaciones nacionales. En el seno de los órganos estables de decisión y gobierno, sustanciados en la Comisión, con las directrices marcadas por el Consejo europeo y los Consejos de ministros, se van aglutinando los grupos de interés y los centros de análisis y gestión de los programas que impulsan dichas políticas. Por otro lado su ejecución va dando un protagonismo creciente al Comité de las Regiones y los territorios europeos infraestatales que van ocupando una posición relevante tanto en los centros decisorios europeos como en los respectivos Estados³⁷⁰.

Así, si en el bloque angloamericano la decidida innovación de la gestión pública se desenvuelve a través de instrumentos de renovación privatista, en el bloque continental se produce una asimilación

³⁶⁸ Tan sólo en la materia jurídico administrativa el Estado ya se había alineado, a pesar de sus graves desviaciones políticas, con este bloque de Estados por la legislación y doctrina emanadas de la Escuela de Administración Pública.

³⁶⁹ Vid. RADAELLI, Claudio M. "The Europeanization of Public Policy" en *The Politics of Europeanization*, (eds. K. Featherstone y C.M. Radaelli). Oxford, Oxford University Press. p. 29.

³⁷⁰ BAÑÓN, R. y TAMAYO, Manuel. "Las relaciones intergubernamentales en España: el nuevo papel de la Administración Central en el modelo de relaciones intergubernamentales". Jornadas sobre el Federalismo, IVAP, Vitoria, 3 y 4 de noviembre.

más compleja de estas reformas, que en pocos casos admite dismantelar el Estado social, inherente al modelo de desarrollo social y político construido en un marco jurídico altamente tasado. Sin embargo, en cualquiera de los casos, guiados por los acuerdos y recomendaciones suscritas en diferentes instituciones y convenios de derecho internacional público y privado, ambos bloques se encuentran coordinados en la vuelta al ámbito privado de los medios de gestión administrativos y públicos³⁷¹. Estos acuerdos, globalmente considerados se materializan en la política fiscal, comercial y reguladora, pues ambos bloques coincidirán en la regla de competencia que se impone desde la gestión pública: contención del gasto público; libertad relativa de intercambios en los mercados, con aceptación por las partes de las medidas proteccionistas agrarias; y desregulación de los servicios públicos de infraestructura y producción hasta entonces restringidos al control público directo e indirecto. Todo ello lleva a un paquete de políticas en cuyo epicentro se encuentra la gestión pública, en la medida que ésta debe soportar medios más eficientes de producción de servicios; técnicas de prestación de servicios que puedan evaluarse en un mercado homologable de creación de valor y calidad de acuerdo a criterios objetivos de obtención de resultados y rendición de cuentas; y por último, retirada de medios jurídicos formales que promueven la subjetividad del interés general al regular los intereses privados, pues son éstos los que lo procuran en el nuevo escenario, y en su lugar aparece la autorregulación de los mercados competitivos³⁷². Naturalmente que tales formulaciones dogmáticas se someten a múltiples mecanismos correctores que, bajo dichas directrices, precisan proteger estos mercados en función de sus demandas, dando lugar a todas las normativas fragmentadas para tal fin en función de la correlación de fuerzas que muestran tales demandas³⁷³.

Sin embargo, tal vez pese a la apariencia contraria, en la renovación de la gestión pública iniciada en la década de los 80 del siglo XX, no se trata, como en los inicios de la revolución liberal, de

³⁷¹ Estas instituciones pueden tener carácter ejecutivo o vinculante en sus disposiciones, como el FMI o los tratados como el GATT; de acuerdos políticos consensuados, como el denominado “consenso de Washington” que da carta de naturaleza a la aplicación política de la denominada doctrina neoliberal en todo el orbe de influencia norteamericana en el hemisferio de América Latina o el Informe de Desarrollo del Banco Mundial para 1996 “del Plan al Mercado” en el de la Federación rusa y los países de Europa del Este; y no preceptivos pero de gran influencia, entre estos se debe destacar papel de la OCDE, cuyos análisis y dictámenes sientan una doctrina de gran peso en las políticas gubernamentales de los países liberal-democráticos desarrollados que, previa admisión, forman parte de esta organización voluntariamente.

³⁷² Interesa a esta investigación ser estricta en la delimitación entre el ámbito público y privado. Para ciertos autores, como Andrea Lippi, la Administración pública cuando es “entendida como el sistema de administraciones de naturaleza jurídica pública, realizamos una afirmación parcial y empíricamente desviada, dado que [...] 2. La función administrativa con finalidades públicas puede ser realizada independientemente por administraciones de diferente naturaleza jurídica: privadas, públicas y del tercer sector”. Se entiende como pauta general de esta investigación que una Administración pública está siempre referida al régimen jurídico público, como hecho positivo y delimitador de su condición objetiva. Cabría en una naturaleza parcialmente privada de una institución pública aplicar la teoría de los actos separables, o en una institución privada su vinculación a un régimen semipúblico (entre otros colegios profesionales o tercer sector cuando esto proceda a través de formas de delegación), de lo contrario quedará excluida la misma titularidad pública y nos situaremos en el ámbito privado. (LIPPI, Andrea y Massimo Morisi. *Gestión...* Op. Cit.p.28).

³⁷³ Para un desarrollo de concepto: “A. La legitimidad por resultados y la fragmentación” (Cap. IV).Vid. Op. Cit. VILLORIA MENDIETA, Manuel. *La modernización...* p. 105-109.

separar los ámbitos público y privado para dar libertad de acción al último a través de una transformación institucional. Tampoco, como en el ciclo de reformas de la segunda revolución industrial, de subordinar la gestión del ámbito público a las necesidades de dotación de medios al crecimiento del ámbito privado. Por lo tanto, la hipótesis que se formula propone que en esta nueva reposición privada sobre lo público, se trata de: uno, aplicar políticas de gestión, a través de técnicas de organización empresarial, que traspasen los activos de la actividad pública a la gestión privada, capaz de resolver las ineficiencias mostradas por aquella; dos, enajenar la oferta de los poderes de la Administración a la gestión privada en aras a asegurar el crecimiento económico sin constreñirlo a soluciones administrativas, y abrirlo a las técnicas y la gestión indirecta del ámbito privado.

Los automatismos de la “mano invisible” del libre mercado en beneficio del interés general renuevan la justificación clásica de la voluntad “egoísta” capaz de dotar al ámbito privado de una dimensión social que suplanta la salvaguarda del interés general, ostentada hasta ahora por los poderes públicos³⁷⁴. Voluntad en la que confluyen los intereses particulares con los generales que se conectan con una más eficaz forma de gestión por el desarrollo natural de la eficiencia en la persecución de beneficios y la necesidad de atender las inexorables demandas de una sociedad civil madura en sus niveles de exigencia. Para ello bastan las técnicas de gestión económica, social y de calidad en la prestación de servicios, que permiten un marco más flexible de organización y control capaz de prescindir de la excesiva rigidez formal de los controles y las garantías jurídicas³⁷⁵.

II.6.2 La corrección de los modelos privatistas de gestión y la búsqueda de entornos de cooperación entre el ámbito público y privado.

Desde una óptica general el modelo privado de gestión se puede definir como un conjunto de técnicas, procesos y procedimientos que tratan de obtener ciertos objetivos de rendimiento en la actividad basados en la creación de un valor entre los recursos empleados en dicha actividad y los resultados obtenidos a través de ella, utilizando para esto generalmente la figura de organizaciones empresariales que establecen sus relaciones internas y externas como sujetos del Derecho privado³⁷⁶. Este valor se mide en términos económicos para lo que es imprescindible que los resultados obtenidos

³⁷⁴ El neoliberalismo económico no se enfrenta a la misma realidad política de los clásicos: Adam Smith, Stuart Mill, Ricardo,... Los poderes no son ya aquellos privatistas que persiguen un control político para imponer sus intereses sociales estamentales, si no ya liberales, es decir, ejercidos en un marco jurídico que ampara los intereses privados en condiciones de igualdad con prerrogativas que tratan de garantizar la protección de los intereses generales. De algún modo éstos se equiparan a nuevos intereses de tipo burocrático que parasitan en la estructura del Estado liberal-democrático a modo de nuevos poderes privatistas, situación que permite utilizar formalmente la argumentación clásica.

³⁷⁵ Vid. Op. Cit. VILLORIA MENDIETA, Manuel. *La modernización ...* p. 266-267

³⁷⁶ La definición que hace el RAE de la voz privatista es “Persona que profesa el derecho privado, o tiene en él especiales conocimientos”. A partir de esta personificación singular se evidencia el contenido jurídico del término, ampliamente, y sobre todo, utilizado en el resto de personificaciones de los sujetos públicos, que en el DRAE se aplica a las correspondientes personas privadas, así respecto a las instituciones públicas, las empresas privadas, y respecto al tráfico jurídico administrativo el privado, o en el caso de la actividad pública la actividad mercantil.

en tal actividad puedan materializarse dentro de un mercado capaz de transformarlos en moneda o títulos fiduciarios.

En su conexión comparatista con el modelo público, en el modelo privado de gestión aparecen rasgos singulares entre los que destaca la sustitución del interés público como objeto de la actividad, por los intereses y las oportunidades de los mercados, donde se materializan los resultados. En este objetivo privado los procesos de la actividad se definen en la búsqueda permanente de la eficacia cuya evaluación se traduce en indicadores financieros. Esta simplificación formal de los objetivos permite concentrarse en el diseño de los medios técnicos para alcanzarlos, con la menor interferencia en su concepción de premisas y obligaciones externas a los propósitos establecidos, lo que habitualmente se ha identificado con el atributo de la flexibilidad. Naturalmente que el ámbito concreto de las empresas, entidades y grandes corporaciones privadas acentúa sus condicionantes organizativos, bien sea por el entorno competitivo en el que se desenvuelven, o a medida que aumentan o dependen del impacto social de su actividad, incluso de su poder efectivo sobre la propia sociedad. De alguna manera son fuente inagotable de formas de ejecución de la actividad económica y social que en su abstracción permiten alcanzar altos grados de eficacia en su organización y funcionamiento operativo. Sobre estas premisas se ha visto como el Estado recurre a los medios privados de forma directa e indirecta para la ejecución de las infraestructuras de uso común o la prestación de los servicios bajo tutela pública³⁷⁷. También, como se ha observado, al menos desde fines del siglo XIX en la Segunda Revolución Industrial, en los métodos de gestión, organización y funcionamiento interno que asociamos al concepto de gestión pública³⁷⁸.

Sin embargo, a mediados de la década de los noventa del siglo XX comienzan a percibirse los primeros síntomas de convulsiones cíclicas en la estabilidad económica fruto de la aplicación de las políticas neoliberales de gestión y regulación económica: afloran los primeros problemas financieros; el fracaso en la exportación de modelos homogéneos de desarrollo; las desigualdades sobre los países en desarrollo y las prácticas proteccionistas frente a ellos por los países industrializados; los problemas medioambientales ante el consumo ilimitado de recursos naturales; el desorden en las redes de tráfico ilegales; la sensación y las evidencias de riesgos generalizados por la pérdida de control y desgobierno³⁷⁹. Se percibe que ante un esquema privatista los fines de la actividad social, sea pública o privada, en la búsqueda de resultados, no sólo condicionan la ejecución si no, sobretodo, la consecución

³⁷⁷ Vid. LESMES SERRANO, Carlos. "La externalización..." Op. Cit. p. 16.

³⁷⁸ A lo largo del epígrafe 3.2: "El paradigma burocrático, su crítica y las razones de su vigencia parcial", Prats se hace eco de un concepto introducido con anterioridad, la vigencia y el carácter privatista de los métodos burocráticos cuando se introducen dentro de la gestión pública. Vid. PRATS CATALÁ, Joan. De la burocracia...Op. Cit. p. 99-108.

³⁷⁹ Vid. PRATS CATALÁ, Joan. "Las transformaciones..." Op. Cit. p.27.

de los objetivos³⁸⁰. En este sentido las reformas mencionadas en el epígrafe anterior se contradicen con los objetivos de responsabilidad y eficacia que en la acción gubernamental se proponían y, siguiendo el análisis de Joan Prats, lo hacen al menos por dos razones. En primer término el incumplimiento de la hipótesis que postulaba que se puede separar la concepción de la ejecución y por ende la política de su implementación, pues no se trata de dos marcos conceptuales que se pueden interrelacionar, si no de dos etapas de un proceso que se realimenta. Esta situación produce vicios de inhibición e irresponsabilidad por la autoridad gubernamental en los defectos de la ejecución. En segundo lugar, la simplificación de los objetivos en programas parciales y su efecto organizativo en la proliferación de entes no gubernamentales y agencias favorece el aislamiento tanto de las acciones públicas como de las entidades que la sustentan, lo que se opone a las exigencias de coordinación y colaboración interadministrativa que imponen las nuevas realidades y necesidades globales y transversales. En este contexto Joan Prats sitúa a la Gobernanza como un marco o paradigma de gestión pública que no elimina el papel de los gobiernos ni las técnicas organizativas asociadas a la burocracia y la gerencia. Se trata más bien de una nueva estructura que se superpone a ambas en la que cobran un papel esencial las redes de actores que intervienen en la gestión y acción del gobierno que pueden ser públicos, privados y no gubernamentales³⁸¹.

En suma, los modelos privatistas de gestión pública se revelan como una solución ante las contradicciones de los modelos públicos de ordenación omnicompreensiva de la vida social, o al menos de grandes parcelas de ella, que acaban traspasando radicalmente las condiciones ambientales en las que puede desenvolverse el ámbito privado. Por lo tanto su revisión no puede volver a los esquemas inmediatamente anteriores puramente gerenciales y continuar una inmersión que anule la necesidad, los fines y la razón de ser del ámbito público. Se tratará de encontrar vías en las que la sociedad civil, paradigma del ámbito privado, coopere con el ámbito público. Que la dirección del citado desarrollo económico y social se efectúe de forma cooperativa entre instancias públicas y privadas alineadas por ese fin común, a través de un marco jurídico más flexible en el que se conjuguen los medios de legalidad pública y privada. Esta idea se sustancia, entre otras, en el llamado enfoque integrador de las

³⁸⁰ En una definición del concepto de gobernanza, Bovaird lo sitúa entre dos procesos que surgen pragmáticamente ante las diferentes y heterogéneas recepciones que en los diferentes Estados y situaciones recibe la NGP en la década de los ochenta: la “gobernanza corporativa” que surge a finales de la década en el sector privado de las grandes corporaciones ante la sensación de desregulación y pérdida de control público, en la “gobernanza local” cuya literatura emerge a comienzos de esa década. Vid. BOVAIRD, Tony. “Public governance: balancing stakeholder power in a network society” en *International Review of Administrative Sciences*, v.71, n.2, 2005. p.218.

³⁸¹ Vid.Ibid. p.70-86

Administraciones centrales bajo el principio de participación de los ciudadanos desde la concepción hasta la aplicación de las políticas públicas³⁸².

En este sentido si la Nueva Gestión Pública se citaba en M. Barzelay como “campo interdisciplinario orientado a las políticas de acción” y concepto de difícil elaboración, la Gobernanza se plantea como un paradigma corrector, que ante los problemas históricos reseñados de fracaso de un modelo privatista para la gestión del ámbito público en la Administración, buscaría un entorno de cooperación entre el ámbito público y privado. Los medios de dicho entorno se formulan sin renunciar a las “conquistas” del modelo gerencial frente a la organización burocrática, pero considerando los valores inherentes a ésta y su vigencia, y finalmente se presentan como superación de ambos modelos organizativos: “En realidad, sirve para comprender positivamente y reformar normativamente la estructura y procesos de gobernación en todos aquellos ámbitos en que la burocracia o la nueva gerencia pública resultan inapropiadas”³⁸³. Como tal paradigma, busca una formulación teórica que en la práctica no se desentiende del legado del *management* público y la eclosión en la ciencia administrativa de la crítica a la burocracia, sino que trata de sustanciar en conceptos, ahora más difusos, los hechos producidos en la transformación de la gestión pública. Se instala, en definitiva, en el discurso de la ambigüedad ante la complejidad, pero produciendo un sistema conceptual que en su indeterminación resulta tan abierto como innovador. Una vez más, frente al doble discurso político neoliberal, de denuncia a los excesos del intervencionismo, pero también justificador de la salvación del Estado del Bienestar propio de la nueva gestión pública y su propuesta privatista, la gobernanza se somete asimismo a la doble lectura aceptable para neoliberales y socialdemócratas en la búsqueda, entre otras, de capacidades institucionales con objetivos de calidad en la gestión. En este sentido sus propuestas podrían ser objeto de la siguiente interpretación realizada por J. Kooiman³⁸⁴:

a) Desplazamiento del interés general como objeto del ámbito público hacia el ámbito privado, extensivo no sólo al modelo empresarial sino a la sociedad civil que actúa en entidades organizadas de interés público y derecho privado sobre un esquema de cooperación.

b) Aceptación de los modelos burocráticos, que se reincorporan, y gerencial, que se mantiene, con la formulación de principios que aplicados flexiblemente forman nuevos modelos de gestión perfilados en conceptos de: competencias de dirección, estrategia, democracia, transparencia y

³⁸² Vid. COMISION DE LAS COMUNIDADES EUROPEAS. *La Gobernanza Europea. Un Libro Blanco*. Bruselas, 25.7.2001. COM (2001) 428 final. p.10. Una primera fijación explícita del marco y concepto de Gobernanza parte de la Comisión de la UE, en el Libro Blanco la Gobernanza aparece como una realidad propia de la forma de Gobierno en la UE que debe ser objeto de reforma.

³⁸³ Ibid. p. 131-133.

³⁸⁴ Vid. KOOIMAN, J. *Governing as Governance*. Conferencia Internacional «Democracia, Gobernanza y Bienestar en las Sociedades Globales», Barcelona, 27-29 de noviembre, 2003.

comunicación. Aspectos que junto a la capacidad de adaptación a las situaciones concretas frente a la gestión única y homogénea refuerzan el eclecticismo, la ambigüedad e indeterminación propia de este modelo.

c) Énfasis en la interacción, colaboración y participación de múltiples actores para la resolución de los problemas complejos. Adopción de los procedimientos de consenso para afrontar la indeterminación de los objetivos de gobierno cediendo espacios a la discrecionalidad como medio para la eliminación de riesgos en la toma de decisiones.

d) Institucionalización de la comunicación y los procesos de interacción entre los actores implicados con responsabilidades compartidas con reconocimiento de las individualidades y diferencias. Conduce al rediseño organizativo y funcional para reforzar la cooperación institucional pública y privada en lugar del papel determinante del gobierno.

Sin embargo, este esquema de Gobernanza, más proclive al acomodo del marco jurídico público, no encuentra una solución concreta para sustituir el marco regulador liberal y liberal-democrático vigente en el régimen jurídico administrativo, al tiempo que lo rechaza por las mismas demandas de eficacia y eficiencia surgidas ante las expectativas de cambios radicales en el sector público en su nueva forma de operar. Bajo este paradigma la transformación del Derecho administrativo y de su régimen jurídico regulador se convierte de alguna forma en un problema externo a la propia dinámica del sistema público. Algo que deben resolver los especialistas en Derecho, o de lo contrario, aceptar un nuevo marco técnico donde las funciones de responsabilidad, equidad y control de la discrecionalidad de las decisiones administrativas discurren en definitiva por mecanismos extrajurídicos³⁸⁵. Descartada por lo tanto esta opción, surge toda una pléyade de propuestas reformistas en el seno de los teóricos de la Administración: radicalmente críticas con el papel del Derecho administrativo en su concepción clásica; a sensu contrario, continuistas y defensores de la ortodoxia dogmática; y por último posiciones absentistas del presunto problema, o eclécticas y voluntaristas en la búsqueda de soluciones multidisciplinarias o intermedias³⁸⁶.

³⁸⁵ En este concepto, que hace pieza axiológica de su análisis del procedimiento administrativo ahonda Juli Ponce, cuya doctrina académica volveremos a retomar. Vid. PONCE SOLÉ, Juli. *Deber de buena Administración y Derecho al Procedimiento Administrativo debido. Las bases constitucionales del procedimiento administrativo y del ejercicio de la discrecionalidad*. Valladolid, Lex Nova, 2001. p.30.

³⁸⁶ Vg. Joan Prats, cuyo lúcido análisis de esta crisis suscita gran parte de las argumentaciones que se exponen en este y el siguiente epígrafe, llega a proponer como horizonte de solución que “Necesitamos una renovación gerencial de nuestras Administraciones Públicas tanto como una renovación paralela y coherente de su Derecho. Ambos procesos deben tomar como referente la democratización radical de nuestras Administraciones Públicas. Y deben avanzar conjuntamente y en diálogo, pues responden a las exigencias igualmente inexcusables del Estado democrático y social de Derecho y de los principios de eficacia y eficiencia”. (PRATS CATALÁ, Joan. *De la burocracia...* Op. Cit. p. 74).

En el último bloque de propuestas podemos detenernos en algunas líneas enunciadas por Joan Prats, consecuentes con la búsqueda de los entornos de cooperación entre los modelos de gestión público y privatista, que tratan de establecer los puentes, como exponentes de ambos modelos, entre la nueva cultura gerencial y las vías abiertas para la renovación del Derecho administrativo: primero, la contradicción entre el régimen estatutario único de la Administración pública y la heterogeneidad de las organizaciones públicas, que plantea el reto de encontrar mecanismos de integración entre la gestión pública renovada (implícitamente la gobernanza) y el Derecho; segundo, consecuente con la anterior, la particularización de los marcos normativos ante el doble abandono, por un lado de la delimitación técnica entre los medios de planificación y ejecución por la nueva gestión pública, por otro, la particularización de la legislación administrativa; tercero, en la exploración del pluralismo político y administrativo, como expresión democrática del Derecho público, la redefinición del principio de discrecionalidad y responsabilidad consecuente con la diversidad orgánica y de la actividad administrativa, mediante la inclusión en la regulación jurídica de mecanismos de participación en los actos administrativos que excluyen al ámbito político; cuarto, el carácter instrumental del Derecho, en el enfoque económico y organizativo de la Ciencia de la Administración, como un elemento más en la aplicación de normas jurídicas superadores del plano formal y procedimental actual; en quinto y último lugar, matizando la anterior, la aceptación de que la delimitación de los intereses y objetivos públicos no son objeto de la ley, sino de los poderes públicos y la colaboración (persuasión) ciudadana. Estas notas, entre otras, son de gran importancia al poner foco en la realidad de la gestión pública, y más que un estado de opinión, levantar acta de la heterogeneidad y fragmentación de las normas, la especialización inconexa de los principios del Derecho, y la tendencia extrajurídica a encontrar soluciones institucionalistas y burocráticas a los controles que los enunciados jurídicos y su sistema de funcionamiento y garantías no definen adecuadamente³⁸⁷.

En esta situación, más que un modelo definido de Administración, parece que se refleja un sustrato heterogéneo, fragmentado, disperso e indefinido tanto en el campo doctrinal jurídico-público, como en el funcional y político. La forma de reconstrucción del Estado liberal-democrático a que se asiste, parece revelar una comprensión empírica y pragmática en los modos de hacer públicos, cuya inmadurez, a fuer de vigor heurístico enriquecedor, aún no permite vislumbrar un nuevo sistema doctrinal como el que alumbró a fines del XIX la creación del Derecho administrativo.

³⁸⁷ Vid. *Ibid.* p. 127-129.

II.6.3 La marginalidad aparente del marco jurídico en la nueva gestión de los servicios públicos y sus propuestas de superación.

La marginalidad del marco jurídico propio, en ocasiones voluntaria, respecto a la técnica gestora y productora del servicio público, no impide observar que la adaptación del régimen de regulación a los medios de prestación sigue determinando la organización interna y el funcionamiento de los servicios que presta la Administración. Como principio general el servicio público, en tanto actividad de la Administración, se define de acuerdo con los objetivos que se persiguen, por lo cual su régimen jurídico, que a su vez contiene principios y objetivos autónomos, constituye desde esta perspectiva un medio más para cumplir aquellos fines³⁸⁸. Medio exorbitante del Derecho que permite en su ejecución el uso de las prerrogativas que garantizan la protección de los intereses generales y de los derechos de particulares por los sujetos públicos³⁸⁹. Sin embargo esta posición apriorística del Derecho se compadece de los medios de gestión privatistas que se introducen en la prestación de los servicios públicos. Así, Michael Barzelay, recuperando la vigencia de la doctrina ya enunciada en 1946 por Herbert Simon³⁹⁰, pone de manifiesto la precariedad de ese concepto clásico de la Administración en los nuevos postulados de la gestión pública cuando expone: “Simon rechazó pues el postulado general de que las decisiones organizativas debieran adoptarse mediante la aplicación de principios generales a casos concretos”. En su lugar las organizaciones públicas deben organizar sus servicios de acuerdo a

³⁸⁸ Respecto a la teoría del recurso jurídico como uno más de la gestión pública, *primo inter pares*, citado más arriba en las líneas del movimiento renovador del Derecho: “El Derecho se configura así, en gran parte, como un instrumento o recurso más entre la panoplia de recursos o formas de acción de entre los que deberá optarse de modo diverso y racionalmente fundado en cada caso”. (PRATS, Joan. *De la burocracia...* Op. Cit. p. 127). En la misma línea argumental encontramos este concepto en tratados académicos de la teoría de la Administración, por ejemplo Lippi y Morisi cuando definen la función administrativa como: “[...] el conjunto de comportamientos de quienes la llevan a cabo y la misma se observa cuando éstos realizan acciones por medio de reglamentos, tecnologías y varios tipos de recursos, atribuyendo un significado a su actividad, la cual, añadimos ahora, para considerarla “administrativa” ha de ser no sólo intencional, sino también finalizada, dirigida a alcanzar un objetivo” (LIPPI, Andrea y MORISI Massimo. *Gestión...* Op. Cit. p. 20). En esta investigación es una argumentación que se considera, para matizarse a continuación otorgando a este “recurso jurídico” la cualificación de sus prerrogativas que en la literatura de la gobernanza o la Teoría de Administración no llegan a abordarse en la centralidad que ocupa dentro del Estado de Derecho.

³⁸⁹ En la doctrina jurídica clásica Garrido Falla consideraba la existencia de una dualidad o “una oposición aparentemente irreductible entre la prerrogativa administrativa y la garantía del particular” (Juan-Cruz Alli. *La construcción...* Op. Cit. p. 224.) cuya superación dialéctica viene dada por el concepto de servicio público como interés público, lo que daba lugar a su existencia como figura subordinada a la prerrogativa que se convierte en el elemento distintivo del Derecho especial (administrativo). “Si para la consecución de ciertos fines la Administración no necesita de la prerrogativa, no tiene por qué surgir el Derecho especial”. (GARRIDO FALLA, "Sobre el..." Op. Cit. p. 26). Lo que se trata de mostrar no es el uso del interés público como elemento sustancial del Derecho administrativo, pues “bajo el aspecto jurídico, la tutela de intereses (públicos) se desarrolla de formas tan diversas entre sí, que es difícil encontrar un rasgo unificador común jurídicamente significativo” (Giannini, MASSIMO. *Derecho Administrativo...* Op. Cit. p. 107) sino, dentro del propio razonamiento jurídico, y por ende en el objeto del Derecho especial, incluir los derechos particulares como formas propias del servicio público que supera así la distinción entre lo administrativo como prerrogativa basada en la interpretación del interés público por la administración y la confrontación de intereses que escapa al régimen jurídico público.

³⁹⁰ Vid. SIMON, Herbert, A. "The proverbs of Administration" en *Public and Administration Review*, 6, 1946. p. 53-67.

principios de análisis concretos de la situación que lleven a un diagnóstico del que se deduzca el enfoque de la acción administrativa en el sentido de incrementar sus resultados³⁹¹.

En este sentido el régimen jurídico administrativo, como conjunto de normas de Derecho público aplicadas a la regulación de las actuaciones administrativas, puede parecer llamado a adaptarse de forma concreta a la regulación de la organización y funciones de los servicios públicos como un medio más. Sin embargo, en su condición de medio específico y rector de regulación de toda la actividad administrativa, también le corresponde definir el marco y los límites de la organización, las funciones y los procedimientos técnicos empleados en el servicio público, modificando con ello en lo que sea preciso los propios objetivos y medios inicialmente previstos en dicho servicio público. A su vez, en su dimensión general, el desarrollo de los fines y principios del régimen jurídico público se pueden ver alterados en sus prerrogativas por la determinación de los servicios públicos en otros órganos constitucionales a través de las normas legislativas que cumplen o desarrollan el bloque de constitucionalidad. Principios tales como los de simplificación, transparencia, confianza y compensación basados en la supremacía del sujeto receptor del servicio una vez prescrito como depositario del derecho reconocido³⁹². Se puede así dar lugar a un doble principio, por una parte de subordinación del servicio público al marco jurídico y, por otra parte, de adaptación del marco jurídico al servicio público que propicie un entendimiento receptivo y eficaz en las sujeciones recíprocas entre el marco técnico y jurídico de la Administración pública³⁹³.

Caben destacar dos fenómenos relacionados con la quiebra del Estado de Derecho basada en la inadaptación del Derecho administrativo clásico que Prats denomina: “no sólo la exigencia de los valores de equidad social y participación planteados por la transición al Estado social y democrático de Derecho, sino también nuevas exigencias de eficacia y eficiencia en el uso de los recursos públicos”³⁹⁴. En la primera se expresan las dificultades de adaptación de la legalidad administrativa a los objetivos del

³⁹¹ Vid. BARCELAY, Michael. "La importancia..." Op. Cit. p. 167-178.

³⁹² Es en este contexto donde aparece la nueva Ley 4/1999 de 13 de enero de modificación de la Ley 30/1992 de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común, que en su exposición de motivos pone de manifiesto que “los modelos administrativos deben construirse siempre en función de los ciudadanos, y no al revés. Por ello, también en el proceso de reforma de la Ley 30/1992 se ha tenido como objetivo esta orientación general que debe presidir todas y cada una de las manifestaciones de la reforma administrativa, puesto que la Constitución de 1978 ha querido señalar solemnemente en su artículo 103 que la *Administración Pública sirve con objetividad los intereses generales*”. Más allá del fondo de principios que trata de sustanciar esta Ley reformadora se percibe en ella un contenido garantizador que entra en una casuística muy específica, como la que afecta al título VII, que presenta una especial complejidad en su aplicación efectiva.

³⁹³ En torno al concepto de dirección de los procesos sociales y la influencia del Derecho en el despliegue de la eficacia de esta dirección aparece la figura de Schmidt-Assmann: “De acuerdo con la teoría de la dirección, el Derecho no constituye el único medio de dirección de los procesos sociales, puesto que también lo son el mercado, el personal y la organización [...] Sus efectos han de ponerse en relación con los demás medios; se han de hallar sus respectivos equivalentes funcionales y contrastar los efectos que producen cada uno de esos medios, a fin de mejorar eventualmente su eficacia”. (SCHMIDT-ASSMANN, Eberhard. "Cuestiones fundamentales..." Op. Cit. p. 40).

³⁹⁴ PRATS CATALÁ, Joan. *De la burocracia...* Op. Cit. p. 70.

Estado del bienestar; en la segunda se asumen estas carencias como limitaciones del citado Estado del bienestar o social y síntomas, antes que causas, de su inviabilidad, que conduce a la crisis de crecimiento. Al relacionarse ambas, el ámbito privado que se opone al ámbito público que ostenta el Estado social promueve la anulación de los sistemas jurídicos de control por viejos e ineficaces³⁹⁵. Como señala el propio Prats, esta visión conducía a errores rápidamente detectados: “El desconocimiento u olvido de las constricciones específicas de la gestión pública llevó a bastantes políticos y gerentes poco escrupulosos a ver en el *management* el saber legitimador no de un nuevo y más eficiente sistema de responsabilidad”³⁹⁶.

La codificación de los Derechos administrativos delimitó el modelo de Estado con un desarrollo jurídico que trazó paralelamente la protección de los intereses privados con la interdicción de la arbitrariedad y el afianzamiento de las prerrogativas de los poderes públicos para la defensa del interés general. Ahora ya no es el Estado, sino el propio Gobierno y la Administración las que se están redefiniendo, y el Estado de Derecho reclama un nuevo posicionamiento adaptado a esa evolución y la atenta interpretación de su extensa base positiva actual. Este es el funcionamiento del Estado liberal, y por ende, del Estado democrático, y ante él sólo aparecen tareas de indudable quehacer jurídico para acometer la renovación del marco jurídico público.

Este quehacer jurídico Luciano Parejo lo sitúa en el Derecho administrativo general, en su relación con el Derecho Administrativo jurídico-positivo que ha quedado, en esta opinión, profundamente desalineado, particularmente en el caso español³⁹⁷. Dicha desactualización supone una clave del desarrollo doctrinal pendiente de resolver que provoca, entre otros, el problema de la “huida del Derecho” y cierta complaciente formulación a veces retórica del mismo³⁹⁸. No se trata del abandono del marco jurídico, que sigue existiendo, en el que se deben desenvolver y fijar los límites y en ocasiones las mismas especificaciones o definiciones de los actos y funciones públicas, sino de la pérdida de su fijación en un ámbito público jurídicamente delimitado, como corresponde a la concepción del Estado de Derecho continental. Así, la preocupante cuestión que suscita la fragmentación y dispersión legislativa y normativa, es fuente por su complejidad de inseguridad jurídica, que tiende a producirse amparada en la dispersión de las normas y la pluralidad de exégesis que

³⁹⁵ Al respecto Joan Prats menciona lo siguiente: “Lo que sucedió es que la eficacia y la eficiencia se atribuyeron al sector privado y fueron a buscarse en los saberes y técnicas de gestión que le son propios, es decir, en el *management*. Escuelas de negocios y consultoras privadas pasaron a ser los formadores orgánicos de las Administraciones de este tiempo.” (Ibid. p. 70)

³⁹⁶ Ibid. p.70.

³⁹⁷ Vid. PAREJO ALFONSO, Luciano. "La idea de la reforma del Derecho Administrativo General. Su planteamiento en España" en *Innovación y reforma en el Derecho Administrativo*. Global Law Press (ed. Javier Barnes Vázquez). Sevilla. 2003. p. 181.

³⁹⁸ Desarrollando este concepto, véase la recopilación de trabajos recogida en PÉREZ MORENO (coord). *Administración instrumental...* Op. Cit.

ésta permite sólo en la calificación competencial de la norma a aplicar, arbitrariedad y falta de control de la discrecionalidad³⁹⁹.

Respecto a los posicionamientos de la doctrina, levantar acta de esta situación ampliamente contrastada por la crítica, ha dado lugar al menos a tres grandes posiciones subyacentes de forma tácita ante el análisis de las tendencias privatistas del marco jurídico-administrativo: una primera que se puede considerar indiferente, pues entiende que tales tendencias no conculcan los intereses esenciales de mantenimiento del negocio jurídico, en todo caso abierto a una mayor capacidad de elección de sus medios de actuación; la segunda se asienta en la defensa de los valores tradicionales del Derecho administrativo clásico, enroque que permite por una parte acudir a certidumbres dogmáticas que sin duda no perderán su vigencia, y por otra abstenerse de amparar ningún esquema privatista, dejándolo dudosamente sujeto al marco regulador público resultante; como tercera y última posición, la que propugna un firme cambio de pensamiento del Derecho administrativo en su adaptación a las transformaciones socio-económicas y del desarrollo científico y técnico acaecidos en las últimas décadas en la Administración, que debe considerarse completamente afín a la ciencia jurídica, pues promueve la renovación de fondo de los contenidos con el propósito de mantener la misión formal de la doctrina, incluyendo su orientación dogmática, orientadora y reguladora de la organización, funciones y actividad de la Administración.

Paradójicamente el neoliberalismo en tanto praxis de su doctrina política, se opone sustancialmente a los principios del liberalismo originario, en la medida que prescinde de los instrumentos jurídicos que fundamentan su existencia: la delimitación entre el ámbito público y privado, ideado en realidad para proteger a este último de la apropiación patrimonial del primero, que históricamente había coartado el ejercicio de las libertades económicas y políticas. Indiferencia y postulación dogmática parecen las principales salidas al análisis del marco jurídico administrativo ante estas “amenazas” desde las que, sin embargo, afloran importantes aportaciones en la “tercera vía”, como las del profesor Parejo, que como él mismo reconoce, no dejan de ser una “muy meritoria tarea cumplida aisladamente por algunos autores ya en la década de los noventa y hasta hoy”, dejando caer de soslayo que hasta ahora resultan más voluntaristas que fructíferas⁴⁰⁰:

³⁹⁹ Sobre los procesos de fragmentación en la nueva legitimación que introduce el Estado del bienestar y desarrolla el modelo gerencial, véase VILLORIA, Manuel, *La modernización...* Op. Cit. p.105-109. (Cap. Iv. A. “La legitimidad por resultados y la fragmentación”). Es interesante seguir este hilo de la legitimación institucional, que podríamos llamar práctica en su distinción de la formal que se consideraría a la jurídica, Olías de Lima la desarrolla en relación a la prestación de los servicios públicos en el epígrafe 2. “La construcción de legitimidad” de su trabajo: Vid. OLÍAS DE LIMA, Blanca. “Rendimiento institucional...” Op. Cit. p. 179-196.

⁴⁰⁰ Además de la aportación citada a continuación y las contribuciones en esta línea insertas en las diferentes temáticas abordadas por este autor, que se van considerando a lo largo de esta investigación, expresamente relacionadas con la reforma administrativa, cabe destacar PAREJO ALFONSO, Luciano. *Crisis y renovación...* Op. Cit. Asimismo, PAREJO

La reacción en el sentido simplemente de encajar en el edificio establecido el nuevo orden constitucional (sin consideración efectiva, además, de la importancia real del orden comunitario europeo), conducente a una comprensión demasiado rígida de la relación entre Derecho Constitucional y Administrativo, ha acabado cegando las posibilidades de generación de las condiciones para la puesta en marcha de un verdadero proceso de reforma del Derecho Administrativo como tal. La prueba está en la visible pérdida por la ciencia jurídico-administrativa de su papel orientador. El resultado está siendo la huida hacia el estudio de cuestiones concretas, con abandono de toda verdadera preocupación por la construcción sistemática de conjunto⁴⁰¹.

Expresando el diagnóstico de Luciano Parejo como grandes líneas de acción en la tarea de renovación del marco jurídico público, se señalan: uno, la realimentación de la doctrina del TC y el propio desarrollo legislativo para la revisión de la actual dogmática; dos, la adecuación entre las categorías tradicionales de la Parte General y la rápida evolución de la Parte Especial alimentada por el Derecho Comunitario europeo, la acomodación legislativa a las exigencias socio-económicas y la diversificación competencial territorial; tres, la actualización con los estudios monográficos de los nuevos sectores administrativos suscitados en la gobernación europea; cuatro, la anticipación a los procesos de aplicación de los bloques de constitucionalidad europeo y territorial del Estado español. En resumen, la transformación y reforma del Derecho administrativo impone bajo esta perspectiva una canalización de la especialización administrativa que sea capaz de orientar las cuestiones centrales a través de un renovado sistema de “categorías, institutos y técnicas”⁴⁰².

En la propuesta de reforma del Derecho administrativo, como forma continental del marco jurídico propio de la Administración, en sus concomitancias con la modernización y reforma administrativa, es destacable la vanguardia de la doctrina alemana, que cumple los tres pilares básicos que se vislumbran para dicha reforma en la perspectiva del caso español arriba expuesta: experiencia en el desarrollo constitucional, recepción del Derecho comunitario y asentamiento y evolución de la doctrina, en cuyo desarrollo resultan muy notables las aportaciones de Schmidt-Assmann⁴⁰³. Entre sus principales notas sobre la reforma de la doctrina general, cuyo correlato de contradicciones y analogías

ALFONSO, Luciano. “El ciudadano y el administrado ante la Administración y su actuación, especialmente la cumplida a través del procedimiento” en *Administraciones Públicas y Constitución. Reflexiones sobre el XX Aniversario de la Constitución Española de 1978*, (Coord. Álvarez Conde). Madrid, MAP, 1998. Madrid, MAP, 1998. p. 539-558. Por último, aunque primera cronológicamente, que el mismo autor incluye entre “los tímidos intentos habidos en la década de los ochenta por suscitar en la doctrina científica un proceso de reforma desde la óptica de la constitucionalización del Derecho Administrativo” (PAREJO ALFONSO, L. *Estado social y Administración Pública: los postulados constitucionales de la reforma administrativa*. Madrid, Civitas, 1983).

⁴⁰¹ PAREJO ALFONSO, Luciano. “La idea...” Op. Cit. p. 182

⁴⁰² Ibid. p. 183-185

⁴⁰³ Vid. SCHMIDT-ASSMANN, Eberhard. “Cuestiones...” Op. Cit. p. 15-132. En esta formulación se sigue el marco conceptual propuesto por este autor. También en la misma edición Vid. BARNES VÁZQUEZ, Javier. “Método de la ciencia administrativa” en *Innovación y reforma en el Derecho administrativo*, (ed. Javier Barnes Vázquez). Global Law Press. Sevilla. 2003. p. 133-178.

con el resto de medios técnicos de la Administración debe ser objeto de estudio específico. Al respecto, Assmann realiza una valoración y propone diversas líneas de actuación que han dejado una influencia entre el administrativismo jurídico en España.

En primer término destaca la focalización en la doctrina general como parte reformable del Derecho administrativo, para lo cual su reformulación debe tomar como referente los apartados de la jurisprudencia, especialmente la que amplía el bloque de constitucionalidad, la legisladora, en la medida que se transforma en ella el propio contenido del Derecho y la acción del gobierno como eje director en la elaboración de proyectos de Ley y reglamentos de efectos transformadores en materias específicas de nueva regulación. Todas ellas se complementan entre sí para procurar los medios de esta reforma, que en Alemania se ha debatido como mejora de las condiciones de eficacia el Derecho Administrativo. Se destaca en segundo lugar la insuficiencia de la concepción tradicional del Derecho administrativo basado en la prevalencia última de la Ley que predetermina la conducta de la Administración por encima del procedimiento, idea que matizamos aquí, podría cuestionarse, pues también las normas de procedimiento son objeto de legislación específica que les otorga la misma relevancia que a la legalidad material de las resoluciones administrativas. En tercer lugar, la definición positiva de la Administración, frente a la residual que sólo abarca lo no afectado por los otros dos poderes, sitúa a la distinción entre Estado y sociedad como lo esencial de su realidad. Esta delimitación da lugar a entender un modelo más real y abierto con un núcleo interno que regula sus potestades y requerimientos de legitimidad y capas externas donde se producen los mayores avances en la clasificación de las relaciones jurídicas. Es en estas capas, donde se producen sus relaciones con la esfera social y aparecen los actos jurídicos necesitados de legitimación, en las que “habrá de transponerse ese objetivo [del Derecho administrativo] a nivel dogmático”⁴⁰⁴.

Como una aproximación heurística en la que ahora no se pretende profundizar, Schmidt-Assmann propone ciertas grandes líneas para la reforma del Derecho administrativo. En torno a la ciencia de la dirección el Derecho se ve comprometido no sólo con la dogmática y reglas de las instituciones, sino en torno al principio de eficacia, como ciencia de dirección “ciencia que aspira a dirigir con eficacia los procesos sociales” orientando a incluir las estructuras reguladoras o regulatorias entendidas como los programas legales de aplicación directa y los instrumentos financieros, de organización y procedimiento⁴⁰⁵. En este aspecto en el que, aun aceptando la falta de un perfil conceptual definido de la gobernanza en la ciencia jurídica, se permite poner el acento en la regulación de la multiplicidad de actores públicos y privados e instancias nacionales y supranacionales que

⁴⁰⁴ Vid. SCHMIDT-ASSMANN, Eberhard. "Cuestiones..." Op. Cit. p.34

⁴⁰⁵ Ibid. p. 38.

intervienen en la dirección del ámbito público⁴⁰⁶. Asimismo la concepción del desarrollo y aplicación del Derecho Administrativo como “Derecho Constitucional concretizado”, entendido no como un mero desarrollo del segundo en el primero sino considerando la “relación circular” y complementaria entre ambos y las directrices de las cláusulas del Estado de Derecho, el Principio democrático, la “estatalidad abierta” en cuanto a las relaciones con el Derecho Internacional y el Derecho Comunitario y el principio o la cláusula del Estado social⁴⁰⁷. Más difusa en su definición pero como un planteamiento clave de la reforma se propone la explotación de los recursos generados en la parte especial del Derecho administrativo, extrayendo mediante su generalización los principios de nueva aplicación en los sectores más dinámicos. Se sugiere añadir de forma particular, a los ya tradicionales de seguridad ciudadana, régimen local, urbanismo y función pública, aquellos en los que se ponen de manifiesto las nuevas áreas de responsabilidad pública que se van gestando en la realidad social y económica, como el Derecho económico, las prestaciones sociales y la gestión del medio ambiente.

Cabe mencionar por último, en su intervención cronológica coincidente con la última década del siglo XX, las líneas maestras trazadas por Juli Ponce en el apartado transversal del procedimiento administrativo. En este sentido sintetiza el estado de la situación subyacente en cuatro paradigmas de partida a su análisis de gran rigor y profundo calado reformista. En primer lugar el acto administrativo, visto como institución central del Derecho administrativo, ha supuesto una visión estática del procedimiento, al presentarlo subordinadamente como una sucesión de actos generalmente deslavazados. En sentido opuesto, la impugnabilidad exclusiva del acto definitivo o resolución ha quitado la trascendencia a los actos intermedios, lo que deja al conjunto del procedimiento como un elemento formal, además, centrado el procedimiento administrativo en los actos, han perdido la atención jurídica otras decisiones administrativas como los reglamentos o los planes. En tercer lugar la concepción del Derecho Administrativo como instrumento de “defensa de los ciudadanos” – suponemos que asociado a su carácter garantista- ha impedido su profundización en el uso como herramienta para obtener decisiones administrativas de calidad⁴⁰⁸. En cuarto lugar, la perspectiva judicialista del análisis del procedimiento que ha desviado la investigación de su función en el servicio a los intereses generales, que deducimos aparta la indagación del ligamen entre esta categoría y la función administrativa. Como quinto punto la desconexión en su estudio entre la motivación de la decisión, el procedimiento para

⁴⁰⁶ Sobre la función de dirección del Derecho, Vid. SCHMIDT-ASSMANN, Eberhard. *Teoría general del Derecho administrativo como sistema*. Madrid, Marcial Pons-INAP, 2003. p. 27 y s.

⁴⁰⁷ Quedaría recogido en los artículos 23 y 24 de la Constitución alemana o de forma análoga a este último por el artículo 93 de la CE.

⁴⁰⁸ En este punto, en mi opinión, sin cuestionar esa concepción generalizada y su efecto, ésta no cambia otros hechos sustanciales que la contradicen, en concreto la prerrogativa que legitima el aparato defensivo del sistema garante e inspira su praxis, de acuerdo a lo que se expone más arriba en este epígrafe respecto a esas garantías.

alcanzarla y “el contenido de la decisión finalmente adoptada”⁴⁰⁹. Así, el procedimiento ha cobrado un carácter formal e instrumental que descuida la motivación de su papel trascendente en el análisis jurídico, especialmente el jurisdiccional, en el uso de las potestades administrativas, la revisión del expediente en su conjunto y su ligamen con la resolución final. Todo ello le permite formular, bajo el paradigma del deber de la buena administración, la revisión de las categorías básicas del procedimiento, y por ende del Derecho Administrativo, como la discrecionalidad, el interés general, la jurisdicción contenciosa y los principios básicos de la actuación administrativa sobre una estricta fundamentación en el texto constitucional⁴¹⁰.

Más allá del desarrollo de este sustrato reformista, sólidamente anclado en la propia dogmática jurídica, la evolución de la gestión de los servicios públicos y los métodos de gobierno afines al conglomerado de la modernización administrativa, cabe señalar el amplio horizonte de transformación que se vislumbra en el marco jurídico administrativo, y de su mano, del papel del ámbito público en el Estado liberal, democrático, social y de Derecho, como sujeto incuestionable del mismo. En la medida en que bajo otras formas de organización y funcionamiento el ámbito público se sigue extendiendo en la dirección de la sociedad, el déficit en las directrices y la praxis de la regulación jurídica puede desembocar en la pérdida del servicio al interés general y los derechos fundamentales, ahora ya no sólo como aquella expresión formal del Estado censitario, incluso del cercano autoritario, sino por el actual mandato constitucional, en la protección material de contenido social y democrático.

⁴⁰⁹ Vid. PONCE SOLÉ, Juli. *Deber de buena Administración...* Op. Cit. p 31-32.

⁴¹⁰ De especial mención el concepto de calidad de la actividad administrativa en el ejercicio de potestades en su conexión con el buen funcionamiento de la actividad pública. Este ámbito rigurosamente jurídico y de un escrupuloso planteamiento doctrinal aporta un enfoque de impresionante profundidad sobre las posibilidades de adaptación del marco jurídico a las necesidades de evolución del entorno político y social que arrastran los procesos de modernización y el paradigma de la Gobernanza. Vid. Ibid. p. 34.

Capítulo III. Fundamentos jurídicos de la gestión pública en la Modernización administrativa.

III.1 Premisas generales.

A lo largo de la Historia va cobrando fuerza progresivamente la idea de que el Estado se debe a lo que demandan los ciudadanos, al menos genéricamente considerados, es decir, a aquellos que en cada lugar y circunstancia gozan de la condición jurídica y política de ciudadanía. Esta concepción sitúa en el centro de su funcionamiento la definición y ejecución de las políticas públicas como instrumentos del ejercicio de la voluntad del Estado, pues son éstas las que mejor se adaptan a los objetivos variables de estas demandas y los sujetos que las conforman. La centralidad de este instrumento requiere analizar sus implicaciones con las garantías jurídicas, el ejercicio político y los principios de eficacia y eficiencia en las actuaciones del Estado. En las premisas jurídicas, de las que se parte, el Estado liberal democrático encuentra el fundamento de su actuación en la tutela de los derechos de los administrados, a los que sirve como sujeto garante⁴¹¹. Se tratará de revisar estos principios como axioma irrenunciable y para ello establecer en el análisis comparado entre los diferentes modelos de Estado bases homogéneas que permitan fijar las formas, variantes y modalidades en que se aplican los principios del Derecho a la praxis de las acciones públicas. Se pretende así delimitar dos grandes subsistemas de ordenamientos jurídicos propios de la acción del Estado: el constitucional y el que rige a las administraciones en la acción pública que emana del poder ejecutivo. Cobra aquí especial interés el examen de las relaciones entre ambos subsistemas, bien sean de subordinación, cooperación o coordinación. Su estudio, teórico y práctico, intentará detectar los ámbitos que establecen la dependencia, los grados de autonomía y los mecanismos de compensación y control jurídico, político y jurisdiccional.

Como característica común de ambos, las fuentes jurídicas garantizan el orden y justifican la razón del Estado como poder público que asegura el funcionamiento social y lo hacen poniendo en la cúspide de su jerarquía al ordenamiento constitucional. De hecho, como ya se ha visto, los regímenes liberales nacen de una Constitución donde de un modo u otro se delimita la formación del nuevo Estado del pasado. Aún cuando su base pueda suponer un desarrollo de nuevas actas del Parlamento que reconozcan el ordenamiento jurídico anterior, sus principios serán siempre rectores del ordenamiento actual que se antepone y anula cualquier precedente que entre en contradicción con él, por lo que su

⁴¹¹ En adelante dentro de este trabajo, y partiendo del sustrato histórico Liberal, la mención al Estado sin adjetivos hace referencia a esta forma de Estado, que es en su enfoque el objeto de la investigación.

influencia en el Estado liberal y su Administración resulta tan eficaz como pueden serlo las normas reguladoras vigentes⁴¹².

En el Estado Constitucional se produce un desplazamiento desde la primacía de la Ley a la primacía de la Constitución. La juridicidad constitucional, se convierte en principio informador y efectivo del Ordenamiento Jurídico susceptible de control jurisdiccional en todo lo que atañe a sus actuaciones. Esto representa que los valores superiores que proclama la Constitución significan para el Derecho Administrativo una “axiología jurídica” de alcance conformador del mismo, tanto en la fase de elaboración y aprobación de las normas legales y reglamentarias como en las de interpretación, ejecución y aplicación de sus actuaciones, ya sea por la Administración como en su caso por los Juzgados y Tribunales de lo contencioso-administrativo⁴¹³.

La siguiente característica que es indagada en esta investigación es la exploración del caso de España en la realidad jurídico administrativa vigente, cuya singularidad reside en partir de un régimen jurídico público desprovisto de un sistema constitucional basado en principios liberal democráticos. El ordenamiento administrativo que se recibe en el régimen constitucional de 1978 surge sin solución de continuidad entre este legado, que trata de introducir el Estado de Derecho en un régimen autoritario, y su evolución liberal-democrática que transcurre por medio de reformas de la legalidad vigente a través de normas orgánicas, legislativas y reglamentarias. Sistema resultante susceptible de adolecer de mecanismos adecuados de adaptación a nuevas cláusulas como la social y la democrática cuyos principios eleva a valores superiores del ordenamiento jurídico el art. 1 CE.

De esta situación se desprenden al menos dos aspectos cuyo esclarecimiento trata de arrojar luz sobre el marco jurídico público general y particular del caso. En su concreción, los condicionantes que para la modernización administrativa del Estado supone este contexto evolutivo peculiar de la legalidad en España. En su generalidad, la relación entre Estado liberal-democrático y Estado de Derecho que el

⁴¹² Que el Estado de derecho se crea ex-novo radica en la sujeción a normas previas del ejercicio de los poderes públicos, pero dichas normas se deben al reconocimiento de la sociedad como sujeto de derechos, para Giannini tales principios definitorios se residen en la Constitución: “Adviértase que, a menudo, a propósito del Estado de derecho se asiste a una inversión de los argumentos: dicho concepto fue introducido para explicar la posición jurídica de los miembros de la colectividad general frente al Estado. Esta noción se refería sólo a dos de los elementos de la Constitución estatal, queriéndose decir que los miembros de la colectividad son cive y no ya subiditi, en lugar de lo que ocurría en el Polizeistaat, y que correlativamente, el Estado debía actuar sometido a la ley[...]El tema del Estado de derecho, en realidad, corresponde más al derecho constitucional que al administrativo: en cualquier caso, éste tipo de Estado no es sino aquel Estado que aplica el principio de legalidad en su propia actividad interna y obliga a aplicarlo al resto de las figuras subjetivas de carácter público”. (Vid GIANNINI, Massimo. *Derecho Administrativo...* Op. Cit.p.60).

⁴¹³ ORTIZ DÍAZ, José. “El horizonte de las administraciones...” Op. Cit.p. 71-75. En opinión de José Ortiz estos valores superiores: libertad, justicia, igualdad y pluralismo político pueden ejercer de fines y medios orientativos y vinculantes para las acciones de las diversas administraciones públicas y ser eficaces en la superación de viejos hábitos formalistas. Es de gran importancia que se cree una jurisprudencia amplia sobre la aplicación al Derecho Administrativo de estos valores superiores, aunque en opinión de González Pérez, citado por este autor (Vid.Ibid.), el TC decae en sus últimas sentencias, tras una primera etapa progresiva de recelo al ejercicio al derecho de la tutela judicial, en la vuelta a una interpretación formalista.

modelo de transición democrática en España permite estudiar de forma empírica dada la extensión temporal y documental en que se produce esta relación.

III.2 La fuente constitucional en la organización política de la acción pública.

III.2.1 La conexión entre los poderes públicos, el Gobierno y la acción de la Administración en el ámbito constitucional.

III.2.1.a Contexto histórico y ámbito general de la conexión de los poderes públicos.

La gran diversidad de aspectos que presenta la Administración no impide, sino más bien aconseja, a efectos de facilitar su comprensión, considerar la unidad entre los principios jurídicos, la organización y el funcionamiento de la Administración, que se sustancia en la actividad del Estado a través del marco jurídico y técnico con el que éste opera en cada uno de sus poderes. Por otro lado, la necesaria estabilidad y cohesión social para el cumplimiento de los fines que tiene encomendados el Estado impone articular su legitimación a partir de una definición política de los poderes públicos, que permita tutelar el interés general por medio de procedimientos que garanticen este propósito a través de la participación y sanción de la sociedad a la que dicho Estado sirve. Puede deducirse, en este sentido, que la conexión entre los poderes públicos y la acción de la Administración procede de la legitimación previa que éstos obtienen consagrando el principio democrático en la legalidad a través de la norma constitucional, y que sin las garantías que ésta establece no cabe funcionamiento eficaz de los poderes públicos.

Por lo tanto, en la creación del Estado liberal prevalece un sentido histórico de continuidad, pues a la existencia de un Estado dado, sea liberal o absolutista del Antiguo Régimen, le precede una sociedad ya conformada con caracteres de autorregulación privada, relaciones comunitarias y convenciones públicas establecidas, y asimismo un sentido correctivo e innovador que trata de satisfacer, en la conjugación de intereses en presencia, la superación de problemas de organización y funcionamiento que afectan a la generalidad de la sociedad⁴¹⁴. Es por ello que el marco político, que precede a la organización del Estado liberal y toda su actuación pública, precisa una formulación desde el propio marco jurídico, pues sólo éste puede expresar los principios y normas, que definen el ideal de organización social al que sirven los poderes públicos, al aplicar una técnica específica que establece,

⁴¹⁴ Un ejemplo, citado por Tocqueville, lo supone el régimen foral vascongado, cuya continuidad como sistema institucional procede de su carácter innovador para la sociedad vasca dentro de las posibilidades jurídicas del Antiguo Régimen. Su confrontación con el régimen liberal viene dada en gran medida por la vigencia de su marco político y jurídico en el seno del nuevo sistema socio-económico al que se había anticipado y adaptado gestando instrumentos modernos de soberanía dentro la Monarquía de España: “En España ciertas provincias tenían la facultad de establecer un sistema de aduanas propio, facultad que tiende por su esencia misma a la soberanía nacional (...) Verdad es que en Francia y en España estando siempre el poder real en disposición de ejecutar por la fuerza, en caso de necesidad, lo que la constitución del reino le rehusaba hacer de derecho, se llegaría en suma al mismo punto al que me refiero [centralización]” (TOCQUEVILLE, Alexis de. *La Democracia en América*. Madrid, J. Trujillo, 1854. p.83).

con el suficiente rigor y adecuada continuidad con el pasado, los elementos constitutivos del Estado⁴¹⁵. Esta realidad tangible en la experiencia histórica, que lleva al Estado liberal-democrático a su conformación y evolución, se debe acompañar, como siguiente cláusula, de su definición desde el plano jurídico, es decir, desde el conjunto de normas que se forman en el Derecho, por lo tanto, motivadas en el reconocimiento y aceptación por la sociedad política de ser las más fundadas en principios de equilibrio y equidad conducentes a los fines que se ha dado, y por otro lado eficaces en su puesta en práctica⁴¹⁶.

A partir de estas premisas el Estado emerge como el marco cada vez más presente en la vida de las sociedades avanzadas, sea en el ámbito público como privado, en el plano colectivo como individual, y lo hace, una vez constituido, a través de las acciones de la Administración que se extiende a los diferentes órganos políticos además de las actividades de dirección y gestión de que se sirven⁴¹⁷. Sin embargo, entre el Estado y su actividad ejecutora existe una organización política que debe dirigir la acción pública, y como tal sólo una norma jurídica suprema puede ejercer de medio regulador en conexión directa con la delegación de la soberanía política. Sin esta organización y delegación desde los poderes del Estado en su forma jurídica constitucional, sólo cabe el mero uso instrumental de sus herramientas últimas de actuación, con la pérdida de la legitimidad política, lo que se puede producir fuera del Estado liberal-democrático o ensayando regímenes de poder que en términos históricos se puede considerar que no tienen posibilidades de estabilidad y permanencia.

De entre el conjunto de aspectos de la organización y funcionamiento del Estado que afectan al ordenamiento constitucional se trae a primer plano al Gobierno, órgano político y rector de la Administración pública. Conviene aclarar que la estructura del gobierno suele dividirse en órganos tales como: la Jefatura del gobierno, los responsables de departamentos o Ministros, y el Consejo de Ministros, que pueden gozar por mandato constitucional explícito o implícito de diferentes grados de

⁴¹⁵ Desde la perspectiva del Derecho positivo se asumen dos premisas kelsenianas: por una parte esta investigación se basa en el Derecho positivo liberal democrático que parte de la formulación de un ideal específico, sin el cual no puede darse ninguna aplicación jurídica. En resumen no hay norma positiva sin ideal específico aplicado al Derecho, cuyo concepto sin embargo, desprendido de juicio de valor, encierra la técnica social que eleva al marco jurídico al medio adecuado de organización del Estado. Vid. KELSEN, Hans. *Teoría General del Derecho y del Estado*. Mexico, UNAM, 1958. 2ª Ed. p. 4-6.

⁴¹⁶ “La Constitución, producto del constituyente, surge así de la propia sociedad para organizar los poderes del Estado. La Constitución es, por tanto, una norma que de forma sistemática trata de organizar la vida de la comunidad, regulando, al menos, dos grandes cuestiones: las relaciones entre los individuos y el Estado y las funciones fundamentales del Estado y sus órganos, el ámbito de sus competencias y las relaciones entre éstos”. (RAJOY BREY, Mariano. “Presentación” en *Administraciones Públicas y Constitución. Reflexiones sobre el XX Aniversario de la Constitución Española de 1978*, (Coord. Álvarez Conde). Madrid, MAP, 1998. Madrid, MAP, 1998. p. 19).

⁴¹⁷ González Hernández, citando a Bernard Chenot afirma: “En efecto, cualquier hecho social revela una relación entre dos abstracciones que tienen el mismo objeto: el ser humano. En uno de los dos extremos de la relación está el individuo aislado y en el otro, el conjunto de individuos agrupados en colectividad. En este sentido, la antinomia individuo-Estado cubre la unidad del problema social”. Vid. BERNARD CHENOT. *Organisation économique de l'Éta*. Paris, Dalloz, 1995. p. 8 y s. (GONZÁLEZ HERNÁNDEZ, JUAN CARLOS. “La Constitución...” Op. Cit. p. 322).

autonomía y repartos de competencias. Aunque existen distintas tradiciones constituyentes en la regulación del Gobierno de los estados europeos liberal democráticos, confluyen en la mayoría de ellos una tendencia clara a desregular su estatuto de funcionamiento y régimen jurídico, que en todo caso debe residir en la norma constitucional. Con ligeras variantes la posible regulación se dirime en las delegaciones normativas establecidas en las constituciones⁴¹⁸.

En el ámbito comparado se encuentran diferentes tipos de delegaciones que apuntan la gran diversidad de formas que admite la regulación y estructura del gobierno. Tales son entre otros los casos, todos ellos tomados en el modelo continental, siguientes: Italiano que se sujeta a delegación legislativa⁴¹⁹; alemán regulación por delegación reglamentaria⁴²⁰; griego donde de forma excepcional en la Constitución de 1975 tal potestad legislativa llega a las regulaciones de las competencias de los ministros⁴²¹; belga, que muestra como pueden existir normas de limitación de ministerios y regulaciones pormenorizadas de las Secretarías de Estado⁴²²; países escandinavos donde se ha llegado a pormenorizar el funcionamiento del Consejo de Ministros, debido a su tradición parlamentaria de la que se desprende el Gobierno por la vía de subordinación⁴²³; portugués, caso más extremo en cuya Constitución las delimitaciones funcionales y orgánicas, más allá de las referencias al funcionamiento interno, prevén situaciones precisas en la organización gubernamental⁴²⁴.

⁴¹⁸ Vid. GARCÍA FERNÁNDEZ, Javier. “El funcionamiento del Gobierno en la Constitución” en *Administraciones Públicas y Constitución. Reflexiones sobre el XX Aniversario de la Constitución Española de 1978*, (Coord. Álvarez Conde). Madrid, MAP, 1998. p.387-398.

⁴¹⁹ Vid. CONSTITUCIÓN ITALIANA. “Art. 95 [...] La legge prevede all’ordinamento della Presidenza del Consiglio e determina il numero, <<http://www.governo.it/Governo/Costituzione/CostituzioneRepubblicaItaliana.pdf>> (consultado el 19 de septiembre de 2009).

⁴²⁰ Vid. Constitución alemana: “Artículo 65 [...] El Canciller Federal dirigirá los asuntos de Gobierno según un reglamento interno adoptado por el Gobierno Federal y aprobado por el Presidente Federal” El texto puede encontrarse en <<http://constitucion.rediris.es/legis/legextr/ConstitucionAlemana.html#a65>> (consultado el 18 de septiembre de 2009).

⁴²¹ Vid. <<http://www.eft.com.ar/legislac/constit/grecia.htm>> (consultado el 19 de septiembre de 2009). Constitución griega: “Artículo 83: 1. Cada Ministro ejercerá las competencias señaladas por la ley. Los Ministros sin cartera ejercerán las competencias que se les encomienden por decisión del Primer Ministro”

⁴²² Vid. SHOLSEM, Jean Claude. “La Nueva Constitución belga”. (Trad. Marina Cueto Aparicio). Revista del Centro de Estudios Constitucionales. N. 20 (enero-abril), 1995. p.95. “Artículo 104. El Rey nombra y separa a los Secretarios de Estado federales. Son miembros del Gobierno federal. No forman parte del Consejo de Ministros. Se consideran adjuntos a un Ministro. El Rey determinará sus atribuciones y los límites dentro de los que podrán ejercer el refrendo. Serán aplicables a los Secretarios de Estado, las disposiciones constitucionales que afecten a los Ministros, con excepción de los artículos 90, párrafo segundo, 93 y 99.”

⁴²³ Vid. <http://www.riksdagen.se/templates/R_PageExtended____6325.aspx> (consultado el 27 de septiembre de 2009). Constitución del Reino de Suecia. Todo lo relacionado con la materia de reserva legislativa queda profusamente regulado en “Chapter 8. Acts of laws and other provisions. Art. 1. It follows from the rules laid down in Chapter 2 concerning fundamental rights and freedoms that provisions with a particular content may not be adopted, or may be adopted only by means of an act of law, and that in certain cases draft laws shall be dealt with in a particular way” (Trad. Oficial del Sveriges Riksdag)

⁴²⁴ Cap. 5 de la Constitución de la República de Portugal.

<<http://www.parlamento.pt/Legislacao/Paginas/ConstituicaoRepublicaPortuguesa.aspx#art182>> (consultado el 30 de septiembre de 2009).

No obstante, en los sistemas constitucionales que corroboran el intervencionismo del Estado social, cuya vigencia corresponde a los países constitucionales del entorno continental, es una transformación del Estado funcional y no orgánica la que desencadena el fortalecimiento del poder ejecutivo. Por una parte la sede del ejercicio de potestades legislativas se desvía al aparato de los partidos políticos, que son los que poseen la interlocución que simplifica la negociación legislativa al encontrarse estos órganos semipúblicos amparados por la facultad de creación de las listas electorales y la disciplina de voto⁴²⁵. Por otra parte, el crecimiento normativo y el papel del gobierno en los desarrollos reglamentarios desplazan al poder legislativo, pues la reserva de Ley se orienta a materias generales cuya concreción se resuelve preferentemente en la profusa demanda normalizadora⁴²⁶. Además se consagra la figura de los decretos con fuerza legislativa como garantía de la potestad gubernamental ante la reserva de Ley

Desde la perspectiva jurídico-constitucional se puede apreciar que la introducción de estos aspectos traslucen el reforzamiento del poder ejecutivo en las propias Constituciones de la posguerra, ya sea en los regímenes parlamentarios o presidencialistas, pues los factores citados, como se ha mencionado, no se rigen por la atribución de competencias orgánicas propias de esos tipos constituyentes, sino por la utilización material de otras disposiciones de funcionamiento. En este sentido se pueden ver tres de las Constituciones más significativas, además de la de España:

a) En la Constitución italiana de 1947 el art. 49 vincula implícitamente el derecho a la asociación en los partidos con la determinación de la política nacional y la delegación legislativa al gobierno. Respecto a la regulación de las relaciones jurídicas de los decretos convertidos en Ley puede verse en los arts. 76 y 77 respectivamente. Su precedente constitucional se sitúa en el Estatuto Albertino de 1848, el cual representa un ejemplo de texto liberal en forma de Carta Otorgada que en su relación con el poder ejecutivo, personificado en la monarquía, le atribuye los poderes de seguridad del Estado y

⁴²⁵ Respecto al papel de los partidos políticos en el concepto de legitimidad democrática, bien como expresión del “absolutismo representativo” junto al parlamento, que ataca el principio del pluralismo, o como medio eficaz de ejercicio del gobierno democrático en tanto que éste precisa de la formación de mayorías que asegure el funcionamiento democrático de las instituciones bajo el mismo principio de pluralidad, destaca en este periodo constituyente la obra de George Vedel. Vid. VEDEL, George. *Manuel élémentaire de droit constitutionnel*. Paris, Librairie du Recueil Sirey, 1949 y VEDEL, George. “Le rôle de l’opinion en démocratie” en VV.AA.: *L’Opinion Publique*. Chronique Sociale de France, Paris, 1966. Por otra parte, como es sabido, la conjugación entre Derecho constitucional y administrativo encuentra en Vedel un referente de primer orden, Vid. VEDEL, Georges. *Droit Administratif*. Paris, Presses universitaires de France, 1992.

⁴²⁶ Bajo una visión sociológica la situación queda resumida en estos términos por Jörg Kammler “En lo que se refiere a la dirección del poder ejecutivo, el parlamento queda relegado cada vez más por la administración y por otro lado por los partidos y las asociaciones. El poder legislativo pasa en gran medida a manos del gobierno y de la burocracia dirigida por él, dado que la inmensa mayoría de los proyectos de Ley los propone e impone el mismo gobierno. En esta situación, la fracción mayoritaria constituye el “poder ejecutivo legislador”. Por consiguiente, el gobierno, la fracción mayoritaria y la burocracia estatal forman una unidad política, que tiene en cuenta la importancia real de los partidos y rompe el marco institucional del parlamento” (Vid. KAMMLER, Jörg. “El Estado social” en *Introducción a la ciencia política*, (eds. Wolfgang Abendroth y Kurt Lenk). Barcelona, Anagrama, 1971. p. 91-124).

potestad reglamentaria (arts. 5 y 6) y somete a la supremacía de las leyes sustanciadas en el propio Estatuto (art. 22)⁴²⁷.

b) La Constitución alemana consagra el papel central en la representación ciudadana de los partidos políticos en el art. 21, y el otorgamiento de decretos y traslado de facultades normativas del poder legislativo al gobierno federal o de los Länder en los arts. 80, 80a y 81, que amplían el uso de la función legislativa de los gobiernos⁴²⁸. A sensu contrario de este articulado y como precedente de constitucional liberal, el art. 77 de la Constitución de 1919 de Weimar contempla una delimitación restrictiva de la potestad reglamentaria del gobierno: “El gobierno del imperio dictará los preceptos administrativos generales que sean indispensables para la ejecución de las leyes del Imperio, salvo que por ellas se disponga otra cosa. Se necesitará la conformidad del Reichsrat en el caso de que la ejecución de las leyes del Imperio corresponda a las autoridades de los Países”. Se hace ostensible en esta contraposición de articulados la evolución del poder ejecutivo en las disposiciones constitucionales y los mecanismos de refuerzo de su capacidad legislativa que se introducen en ellas.

c) En la Constitución francesa se asignan análogas atribuciones potestativas a favor del gobierno, de hecho ya se introduce en el Título V la regulación de las relaciones entre el Parlamento y el Gobierno. En este aspecto se delimita por exclusión el ámbito reglamentario en el art. 37, que permite revocar por decreto textos con forma de Ley, con dictamen del Consejo de Estado y con declaración vinculante del Consejo Constitucional, es decir, sería posible establecer el carácter reglamentario de ciertas leyes sin una mención expresa de reserva de Ley en el bloque de constitucionalidad. Asimismo los artículos 37-1 y 38 permiten las figuras de las disposiciones experimentales por tiempo definido y la regulación de la autorización previa por el gobierno de ordenanzas en materia de reserva de ley, se llega a incluir en caso de vencimiento de los plazos de ratificación la modificación de estas ordenanzas por ley. Por último, en el ejemplo más preclaro de reforzamiento del poder ejecutivo desde el propio texto constitucional, no en vano dentro de la constitución más reciente de las aquí analizadas, el art. 4 vincula los partidos y agrupaciones políticas a las atribuciones constitucionales del sufragio, representación electoral y cargos electos como figuran en el segundo párrafo del art. 1.

d) El caso de España en la CE, donde nos centraremos a continuación, representa a las normas constitucionales que no imponen obligaciones de funcionamiento al Gobierno, sino más bien se cede a

⁴²⁷ “Art. 5. - Al Re solo appartiene il potere esecutivo. Egli è il Capo Supremo dello Stato: comanda tutte le forze di terra e di mare; dichiara la guerra: fa i trattati di pace, d'alleanza, di commercio ed altri, dandone notizia alle Camere tosto che l'interesse e la sicurezza dello Stato il permettano, ed unendovi le comunicazioni opportune. I trattati che importassero un onere alle finanze, o variazione di territorio dello Stato, non avranno effetto se non dopo ottenuto l'assenso delle Camere. Art. 6. - Il Re nomina a tutte le cariche dello Stato; e fa i decreti e regolamenti necessari per l'esecuzione delle leggi, senza sospenderne l'osservanza, o dispensarne”. <<http://www.quirinale.it/qnrw/statico/costituzione/statutoalbertino.htm>> (consultado el 9 de noviembre de 2010).

⁴²⁸ <http://www.der.uva.es/constitucional/verdugo/Constitucion_Weimar.pdf> (consultado el 28 de octubre de 2010).

la interpretación de los órganos jurisdiccionales un amplio campo y un posible desarrollo del bloque de constitucionalidad en el seno de sus tribunales garantes.

El Gobierno queda reconocido no sólo en sus poderes formales y sustanciales de acuerdo con el sistema liberal continental clásico, sino que ahora, en un sentido general que afecta al conjunto de Estados liberal-democráticos en el efectivo ejercicio de nuevas funciones que se imponen bajo el Estado social, encuentra en la Administración y los demás poderes del Estado el marco y los límites donde ejerce sus potestades jurídicamente reconocidas.

III.2.1.b La conexión de los poderes públicos y la Administración en el caso de España.

En el caso de España se pueden ratificar los siguientes ámbitos de convergencia de los poderes públicos en la Administración.

I. En su funcionamiento interno el marco constitucional y su desarrollo legal preservan el principio de la división de poderes mediante el pleno reconocimiento al Gobierno del poder ejecutivo sustanciado en la institución de la reserva de Ley y las disposiciones de la Ley del Gobierno, LG 50/1997.

A diferencia del extenso régimen jurídico que sostiene a la Administración en la tradición continental, el Gobierno y su Jefatura son los órganos constitucionales del Estado que como tales ostentan el poder ejecutivo y en el ejercicio de sus funciones de dirección política sustancian en gran medida la división de poderes mediante el ejercicio de la propuesta legislativa o la utilización de la potestad reglamentaria. De todos modos, se deben considerar los significativos y diferentes requisitos con que algunos de los ordenamientos constitucionales regulan directamente a los gobiernos, tales como la modulación del principio de dirección presidencial, la organización colegiada del Consejo de Ministros o la permanencia orgánica del Gobierno respecto a éste, entre otras⁴²⁹.

De esta facultad de libre actuación en su organización y funcionamiento derivan las potestades constitucionales que permiten dirigir desde el Gobierno el ejercicio de la acción pública. Esta relativa libertad de ataduras que deja al Gobierno el ordenamiento constitucional se regula por un lado en un régimen jurídico de la Administración externo y anterior al mandato constitucional, que como institución de legalidad administrativa especial informa el carácter jerárquico del poder gubernamental;

⁴²⁹ El Gobierno se configura como una institución cuyo mandato transcurre a lo largo de una legislatura, teniendo como principio y fin los procedimientos regulados que fijan el inicio y terminación de los periodos de renovación parlamentaria (art. 99) o tras la pérdida de confianza (arts. 112 y 113) según se establece en el art.101.1. “De la Constitución se desprende igualmente, tal y como se ha señalado alguna vez, que el Gobierno es un órgano permanente y que el Consejo de Ministros es un órgano discontinuo, lo que tiene una extraordinaria importancia para su funcionamiento porque la discontinuidad lleva aparejada cierta formalización”. (GARCÍA FERNÁNDEZ, Javier. “El funcionamiento...” Op. Cit. p. 391)

por otra parte queda limitado principalmente por la formación de otros poderes del Estado bajo el principio de su división que la Constitución consagra⁴³⁰.

II. *En la delimitación entre el Gobierno y la Administración, donde se encuentra la institución del principio departamental, que según la Exposición de motivos de la LG “otorga al titular de cada departamento una amplia autonomía y responsabilidad en el ámbito de su respectiva gestión”⁴³¹. Aquí se sustancia la principal conexión constitucional entre Gobierno y Administración contemplada el Título IV de la CE.*

En esta conexión con el Gobierno, la Administración por una parte recibe indirectamente los controles al Gobierno previstos por la Constitución, y además incorpora los de su propio régimen jurídico administrativo de los que el Gobierno en su principio departamental no queda exento. Los primeros tienen una clara fundamentación constitucional sobre el principio no expresado en el Texto de separación de poderes, mientras el segundo corresponde al control originario por el Derecho Público y Administrativo del Estado liberal, donde en cierto modo situamos el peso del marco jurídico de la Administración cuya institucionalidad jurisdiccional extra constitucional le otorga potestades exorbitantes y cargas de garantías autoimpuestas en el cumplimiento de su régimen jurídico⁴³². Asimismo, esta disociación entre bloque de constitucionalidad y norma jurídica pública se amplía al marco técnico en el que la Administración desempeña la actuación funcional del Estado al margen de las vicisitudes jurídicas establecidas. En las premisas de la investigación es esta doble disociación la que permite situar el verdadero control público de los fines de la Administración y con ellos, entre otros, la eficacia de las directrices de las acciones de Modernización.

⁴³⁰ Esta práctica general de origen constitucional extendida por casi todo el continente ha sufrido interdicción por la muy discutida Ley 50/1997, de 27 de noviembre del Gobierno, que puede incurrir en un exceso de regulación legislativa sobre un campo normativo propio del Presidente del Gobierno o del Consejo de Ministros, corrigiendo o ampliando sin imperativo alguno lo ya enunciado en la CE. Vid. GARCÍA FERNÁNDEZ, Javier “El funcionamiento...” Op. Cit. p. 396. También en MARAÑÓN BARRIO, Miguel. *El funcionamiento del Gobierno en Administraciones Públicas y Constitución. Reflexiones sobre el XX Aniversario de la Constitución Española de 1978*, (Coord. Álvarez Conde). Madrid, MAP, 1998. Madrid, MAP, 1998. p. 402. Respecto a los preceptos previstos para la regulación del Gobierno por la citada Ley, a saber: la propia Ley, Los Reales Decretos del Presidente del Gobierno sobre la composición y organización del Gobierno o sus órganos de colaboración y apoyo, y las disposiciones organizativas internas emanadas del Presidente del Gobierno o el Consejo de Ministros comenta lo siguiente: “Es curioso destacar que el contenido de los preceptos citados de la Ley procede en su casi totalidad de normas o instrucciones que han venido configurando el procedimiento de actuación del Gobierno, en particular del Consejo de Ministros. Estamos, pues, ante una vertiginosa elevación de rango de unas reglas nunca publicadas en el pasado e integradas en *interna corporis acta* que, en rigor, ni siquiera tienen naturaleza reglamentaria”.

⁴³¹ Ibid. p. 401.

⁴³² Este concepto de “extraconstitucional” hace referencia a que gran parte del ordenamiento jurídico ejerce potestades propias fuera del concurso y con anterioridad al ordenamiento constitucional, que al fundarse, asume la legalidad en vigor anulando cualquier normativa que lo contradiga o aquella que expresamente deroga, como vienen a establecer sus disposiciones finales para las leyes civiles y penales. También, de forma tal vez más sensible que el resto por el sujeto público con el que opera, se incluye a su reconsideración la codificación propia del Derecho administrativo. Así, cualquier Estado constitucional surge fundado sobre principios del liberalismo democrático, en la práctica imprescindibles para el mantenimiento de la estabilidad social y política.

Según se acaba de mencionar, en el control al Gobierno se encuentra implícita su propia responsabilidad, tanto directamente sobre su acción política como indirectamente sobre las acciones de la Administración, entendidas éstas como las propias de un sujeto que actúa con relativa autonomía en la ejecución de las políticas públicas que recaen sobre el Gobierno. Según Guerrero Salom existen tres teorías del control parlamentario del Gobierno, que por lo dicho recaen indirectamente en la Administración⁴³³. En primer lugar, aquella que sitúa su eficacia, y por ende la verdadera calificación de control en la capacidad sancionadora de éste, formulada por los poderes concedidos al Parlamento sobre la revocación del Gobierno que depende de una mayoría. Una segunda, que no limita el consecuente sancionador, le otorga un carácter verificador de la acción del Gobierno respecto a su cumplimiento de los fines constitucionales o los criterios políticos que fija el propio Parlamento. Por último, en una capacidad mucho más laxa de ejercicio del control que puede contener o no efectos jurídicos (constitucionales) ligados a la sanción o bien responsabilidades no exigibles de forma directa o inmediata por las cámaras, sino que consiguen tener un efecto externo e indirecto basado en la exigencia ulterior del electorado.

Se pone de manifiesto que los controles parlamentarios al Gobierno, originados en un claro y no restrictivo mandato constitucional, afectan directamente a la labor de las Administraciones públicas. Llegan así determinadas materias a convertirse, generalmente críticas y sensibles por razones de oportunidad y repercusión política, en un verdadero entramado de rendición de cuentas que obligan de forma ordinaria y periódica a hacer públicos y someter al debate parlamentario un gran número de informes sobre la actividad administrativa y la gestión pública en las más diferentes áreas de actuación de la Administración. El resultado, más allá de la valoración de su eficacia, que no es objeto preciso de esta investigación, detalla el gran peso formal que el sistema constitucional adopta como forma de control y rendición de cuentas del Gobierno en sede parlamentaria, y por ende, de la gestión de la Administración en el seguimiento de la formulación y ejecución de las políticas públicas aplicadas a las áreas más sensibles de la actuación política y administrativa⁴³⁴.

⁴³³ GUERRERO SALOM, Enrique. "El control parlamentario del gobierno" en *Administraciones Públicas y Constitución. Reflexiones sobre el XX Aniversario de la Constitución Española de 1978*, (Coord. Álvarez Conde). Madrid, MAP, 1998. p. 434.

⁴³⁴ Guerrero salom ofrece una interesante metodología para realizar un balance que aconseja la lectura de su tesis doctoral. GUERRERO SALOM, Enrique. *El control parlamentario. El caso de España*. Tesis Doctoral, Universidad Complutense, Departamento de Ciencia Política y de la Administración I, 1998. Sin embargo al poder abarcar sólo las cinco primeras legislaturas, se puede considerar insuficiente en ciclos gubernamentales que con o sin mayorías gozan de gran estabilidad, presentándose en todo caso como prueba del diseño constitucional orientado a esta finalidad, pero no como muestra del comportamiento de los controles parlamentarios al gobierno, y menos aún en el interés de esta investigación, de la implicación de los mismos en el funcionamiento de la Administración y los efectos en la modernización de la gestión pública. Razón por la cual se tiende a valorar una apreciación cualitativa y teórica en este aspecto. En el ámbito estrictamente parlamentario caben sin embargo mencionar trabajos empíricos como, GUERRERO SALOM, Enrique. "La

En este sentido el campo del control parlamentario es uno de los más significados en la conexión entre la Constitución, el Gobierno y la Administración, conexión que sustancia la doctrina de separación de poderes. Su toma en consideración adquiere un valor especial ante la fortaleza que cobra el poder ejecutivo en los modelos constitucionales de posguerra y el consecuente debilitamiento de los órganos legislativos. Por lo tanto, ante la pérdida material de funciones en los órganos legislativos la doctrina de separación de poderes pervive en el control parlamentario del Gobierno y la Administración.

III. En el funcionamiento externo mediante los mecanismos de control típicos de esa misma separación de poderes, bien por el control parlamentario o jurisdiccional, también establecidos en el propio Texto fundamental.

En las constituciones que refuerzan la capacidad del ejecutivo el control parlamentario se halla en la práctica sujeto a las mayorías que sostienen al Gobierno, y en éstas al régimen de listas que otorgan un poder mayor o menor a los partidos políticos, a lo que cabe añadir que las verdaderas garantías de estos instrumentos políticos las crean los mecanismos democráticos que sancionan el poder en última instancia a través de los procesos electorales. Sin embargo, tras el proceso constituyente, los procedimientos de control del Gobierno, tal vez como reacción y prevención de situaciones como las del régimen autoritario anterior, quedan muy reforzados a través de múltiples figuras recogidas en el Título III de la CE, tales como la facultad de las cámaras de nombrar comisiones de investigación sobre asuntos de interés público (art.76); la habilitación para cursar peticiones ciudadanas a través de las cámaras (art.77); los procedimientos de investidura y cese del gobierno por el parlamento (arts. 99 y 101); la facultad de recabar información y ayuda del Gobierno y los Departamentos (art.109); las prerrogativas de hacer comparecer a los miembros del Gobierno (art.110); consagrar las interpelaciones, las preguntas y las mociones (art. 111) y regular la cuestión de confianza (art. 112) y la moción de censura (art. 113).⁴³⁵ Además y siguiendo el análisis realizado por Enrique Guerrero, la extensión de los controles se prolonga a través de los Reglamentos de las cámaras, como el del Congreso, que faculta a los diputados individuales a recabar cuanta información estimen sobre la Administración obrante en sus datos e informes o a aportar las razones fundadas para no hacerlo, así como a recabar la presencia de cuantas autoridades y funcionarios públicos se reclame (arts. 193 a 197 del RC). También el Senado ha introducido la remisión de informes o comunicaciones para su debate y eventual aprobación de mociones (arts. 174-175 del RS), destaca el propio Guerrero en el caso de la cámara alta la creación de

actividad del Congreso de los Diputados. Una evaluación" en *El Congreso de los Diputados en España Funciones y rendimiento*, (ed. Antonia Martínez). Madrid, Editorial Tecnos. 2000. p.141-172.

⁴³⁵ Vid. YAMAMOTO, Hironori (ed.). *Instrumentos de control parlamentario. Estudio comparativo de 88 parlamentos nacionales*. Ginebra, Interparliamentary Union, 2007. Los aspectos generales de los controles parlamentarios se analizan en este informe que por su origen institucional la UIP, aborda una gran diversidad de países con diferentes grados de madurez liberal-democrática.

la Comisión de las Comunidades Autónomas y la celebración a su instancia de una sesión anual sobre el Estado de las Autonomías. Existen un gran número de facultades reguladoras específicas de ordenación legal, como en materia penitenciaria, el informe anual del Defensor del Pueblo, Radio Televisión Española, Seguridad Nuclear, el CGPJ, Fiscal General del Estado, Tribunal de Cuentas, Ciencia y Tecnología, Sistema Educativo, Unión Europea, Banco de España y un largo etcétera. En general, estas medidas de control sancionadas en normas legislativas se fortalecen en legislaturas como 1993 y 1996 coincidiendo con periodos de gobiernos en minoría parlamentaria, a sensu contrario, todas ellas ven su eficacia condicionada por la formación de las mayorías parlamentarias y a la postre la disciplina de los partidos políticos a que estas se sujetan⁴³⁶.

Respecto al control jurisdiccional del Gobierno, a *sensu contrario* de la unificación producida por el control parlamentario, se ha tratado de establecer desde la doctrina constitucional un claro concepto de separación entre el Gobierno y la Administración, que lleva a intentar la delimitación que la legislación autoritaria anterior negaba, por considerar al Gobierno órgano del Estado asimilado a las funciones instrumentales encomendadas a la Administración pública, y que ahora como órgano constitucional deben distinguirse⁴³⁷. Sin embargo este intento diferenciador si bien entronca con el Texto Fundamental, aunque éste vincula a ambos en el Título IV, ha encontrado en la legislación, la jurisprudencia y en la doctrina un territorio nada pacífico. Desde el interés de esta investigación cabe situarse en el reconocimiento novedoso que se hace de los “actos políticos” como característicos del Gobierno y ajenos a los “actos administrativos” sujetos al control jurisdiccional correspondiente. Por un lado se trata de hacer interdicción de la jurisdicción autocrática que introduce el primer concepto en la propia LJCA de 1956⁴³⁸ y establece la función política sin las garantías de Derecho y democráticas que la CE persigue, por otro ésta no es ajena a la necesidad de consagrar la separación de poderes. Todo esto dentro de un constitucionalismo liberal democrático que en términos comparados decidió en las posguerras reforzar el poder ejecutivo y abandonar la tradición parlamentaria de los orígenes del liberalismo. El problema surge en las dificultades para incardinar la sustantividad de los “actos políticos” de forma positiva dentro de un Estado Democrático de Derecho, y por ende en la legalidad

⁴³⁶ En un estudio más específico y cercano al entorno continental que incluye un análisis comparado sobre la aplicación de las preguntas parlamentarias en sistemas presidencialistas como instrumento de control de sistemas liberal-democráticos, véase. PEGORARO, Lucio. “Las preguntas parlamentarias en el cuadro de la actividad de investigación del parlamento italiano. Reflexiones comparativas” en *Estudios constitucionales*, Año 6, n. 1, 2008. p. 303-304. Centro de Estudios Constitucionales de Chile.

⁴³⁷ Ya en la delimitación de la Administración como objeto del Derecho Administrativo de Adolfo Posada se destaca esta separación: “hay en nuestras leyes indicios vehementes, en razón de los cuales parece vislumbrarse un concepto para el Gobierno y otro distinto para la Administración” (Vid. POSADA, Adolfo. *Tratado de Derecho Administrativo*. Madrid, 1897. p. 217)).

⁴³⁸ Ley de Jurisdicción Contencioso Administrativa de 1956, art. 2.b): “las cuestiones que susciten en relación con los actos políticos del Gobierno, como son los que afecten a la defensa del territorio nacional, relaciones internacionales, seguridad interior del Estado y mando y organización militar, sin perjuicio de las indemnizaciones que fueran procedentes, cuya determinación sí corresponde a la Jurisdicción contencioso-administrativa”

constitucional. Así se encuentran por el camino omisiones jurisprudenciales del TS y el TC en la elusión del término de “acto político”, sin negar la existencia de actos no administrativos emanados fundamentalmente de las relaciones constitucionales del Gobierno reguladas en el Título V y los trámites propios de su función de dirección política, tales como el envío de proyectos de Ley⁴³⁹.

Es por fin la Ley 50/1997, de 27 de noviembre, del Gobierno (LG) dentro de su propósito de dar a éste carta de naturaleza jurídica con las cautelas que propicia la división de poderes, la que remite en el control judicial a la Ley de Jurisdicción Contenciosa de 1956, objeto de reforma posterior en la Ley 29/1998, de 13 de julio, de la Jurisdicción Contenciosa Administrativa (LJCA), que actualiza el término “actos políticos” como “actos del Gobierno”, y así establece en su art. 2:

El orden jurisdiccional contencioso-administrativo conocerá de las cuestiones que se susciten en relación con:

a. La protección jurisdiccional de los derechos fundamentales, los elementos reglamentarios y la determinación de las indemnizaciones que fueran procedentes, todo ello en relación con los actos del Gobierno o de los Consejos del Gobierno de las Comunidades Autónomas, cualquiera que fuese la naturaleza de dichos actos

Optando por una delimitación positiva la nueva LJCA en realidad, según puede deducirse de ella, fija un ámbito más amplio y de calado más jurídico, que no atribuye a las competencias del gobierno el carácter político restrictivo con el que se entendían en la anterior Ley de 1956, y que resultaban más propias de la defensa de la soberanía y la seguridad del Estado. En el Estado constitucional las potestades ejecutivas se encuentran en equilibrio competencial ante el conjunto de los poderes del Estado en la garantía de los derechos y el control de la legalidad, además de la reiteración de la responsabilidad patrimonial que como se tratará de mostrar más adelante en esta investigación, se propone dentro del bloque de controles administrativos. Otro efecto clarificador de esta innovación de la LJCA se refiere a la introducción de los Consejos de Gobierno autonómicos dentro de los actos de Gobierno, pues queda claro que lo son en el ámbito de sus competencias reconocidas en el bloque de constitucionalidad. No cabe duda sobre la calificación como Gobierno del Presidente y el Consejo de Ministros, pues el resto de órganos que introduce y regula la LG, o bien como órganos a los que no corresponde la dirección política que enuncia la CE (Comisiones Delegadas o Comisión General de Subsecretarios) o los Ministros, que en su conexión con la Ley 6/1997, de 14 de abril, de Organización y

⁴³⁹ PIÑAR MAÑAS, José Luis. *Configuración constitucional del Gobierno y control jurisdiccional de sus actos en Administraciones Públicas y Constitución. Reflexiones sobre el XX Aniversario de la Constitución Española de 1978*, (Coord. Álvarez Conde). Madrid, MAP, 1998. p. 456-461. Se encuentra una relación de estas sentencias siendo digna de reseñar la STC 45/1990 “no toda la actuación del Gobierno, cuyas funciones se enuncian en el art. 97 del Texto constitucional, está sujeta al Derecho Administrativo. Es indudable, por ejemplo, que no lo está en general, la que se refiere a las relaciones con otros órganos constitucionales como son los actos que regula el Título V de la Constitución, o la decisión de enviar a las Cortes un proyecto de Ley u otras semejantes, a través de las cuales el Gobierno cumple también la función de dirección política que le atribuye el mencionado art. 97 de la Constitución”.

Funcionamiento de la Administración General del Estado “aparecen también configurados como órganos superiores de la Administración”⁴⁴⁰.

La definición del marco jurisdiccional al que se somete el Gobierno excluye en principio cualquier determinación positiva de los actos del Gobierno, que sólo se somete a la consideración del caso en el ámbito jurisprudencial. Sin embargo, se permite recurrir a la jurisdicción contenciosa que sostiene en exclusiva al marco jurídico administrativo el control de los actos del Gobierno. No obstante, de acuerdo con el análisis realizado por el profesor Piñar Mañas, resulta importante matizar en qué sentido se somete a este marco jurídico⁴⁴¹. La protección de los Derechos Fundamentales plantea la exigencia de la LOTC de agotar todas las vías judiciales o recursos utilizables previos a la presentación del recurso de amparo, resultando obligado por esta causa de cualquier acto interponer cuantos recursos, incluidos los del Gobierno, eviten dejar sin amparo o en indefensión al recurrente, situación que se daba anteriormente y provocaba una intrincada jurisprudencia, al estar la vía contenciosa cerrada para tales actos hasta la aparición de la nueva LJCA. En segundo término, y visto el carácter procesal del anterior supuesto de control jurisdiccional admitido, aparece otro control por los elementos reglamentarios o reglados que recoge parte de la doctrina jurisprudencial que deslinda cuándo los actos del Gobierno, siendo tales y no administrativos, resultan sin embargo “judicialmente asequibles” y por ello residenciados en la jurisdicción contenciosa. La STS de 28 de junio de 1994 establecía en su razonamiento que ésta condición se cumplía cuando los actos de dirección política se hallaban sujetos a límites y requisitos previos definidos por el legislador, es decir previamente reglados o normados. Se establece así un supuesto en el que queda reducida la inmunidad judicial de los actos del Gobierno constreñido al ámbito jurisdiccional administrativo, sin serlo estrictamente, en cuanto pueda aplicarse a las decisiones de dirección política fuera de esa inmunidad y sujetarse a las propias normas que rigen el resto de la Administración.

No se entra en la regulación por el TC de los actos legislativos, cuyo carácter jurisdiccional *stricto sensu* resulta discutible por ser un órgano de interpretación y desarrollo de la máxima Ley de ordenación del Estado, y como jurisdicción especial le compete, más allá del Gobierno y la propia Administración, el desarrollo del bloque constitucional, todo el cuerpo legislativo y el conjunto de poderes u órganos del Estado que intervienen en su elaboración o basan su actuación en él.

⁴⁴⁰ Ibid. p. 462: Respecto a la consideración del Gobierno como órgano complejo cuyos actos de otros órganos participan de su naturaleza, dice lo siguiente “A nuestro juicio, tal hipótesis interpretativa debe ser rechazada...en segundo lugar, porque la suprema función de dirección política sólo puede predicarse estrictamente del órgano colegiado aglutinador de todos los miembros, y como mucho, también, de la figura del Presidente del Gobierno —a quien por mandato constitucional le corresponde la dirección de éste (art. 98.2 CE) o del Vicepresidente cuando haga las veces de aquel”.

⁴⁴¹ Vid. Ibid. p. 463-467.

Por todo ello, se puede afirmar que el marco jurídico penetra en la organización del Estado desde el propio ordenamiento constitucional. Por un lado estableciendo la estructura orgánica y competencial para el desempeño de sus fines con superioridad jerárquica y funcional sobre el resto de los criterios y técnicas de la ejecución política y administrativa. Por otro, dicho marco asume un control jurisdiccional previo en la forma de realizarse las actuaciones tanto de dirección política como especialmente administrativas, esa forma corresponde al Estado de Derecho, que garantiza el cumplimiento de la legalidad a través de mecanismos jurídicos y judiciales. La conexión entre ese orden constitucional y el funcionamiento del Estado de Derecho se sustancia en la incorporación de principios que conectan el Gobierno democrático y el Estado liberal en el funcionamiento de la Administración y la demanda de actualización de los principios del Derecho administrativo por la preeminencia de los mandatos constitucionales tales como el respeto a los Derechos fundamentales, la plena potestad del órgano legislativo en la separación de poderes, el principio de representación democrática en el ejercicio de la soberanía, la superioridad jerárquica de las fuentes normativas del bloque de constitucionalidad y los instrumentos constitucionales de control al Gobierno⁴⁴². Con todo, éste marco jurídico público en su conjunto regula la dirección política de la Administración y con ella de los instrumentos ejecutores del Estado⁴⁴³. A ella la Constitución le reconoce amplias capacidades ejecutorias, que más allá del reconocimiento de la jurisdicción administrativa como forma de control intrínseca de ese poder instrumental otorgado a la Administración, establece la conexión de ésta con el Gobierno constitucional obligado a su vez a otras formas de control político, de rendición de cuentas y de supeditación a la legalidad, que en los principios constitucionales supone, a través del avance del bloque de constitucionalidad, una realidad jurídica dinámica⁴⁴⁴.

⁴⁴² Es interesante traer a colación como va evolucionando la doctrina política que recoge el Derecho Constitucional, así Álvarez Conde sostiene: “En consecuencia la Constitución...ha dado lugar a un Derecho Constitucional fundado más que en el principio de división de poderes, principio que puede resultar obsoleto dado que todos los órganos del Estado tienen atribuidos, con mayor o menor alcance, poderes de naturaleza legislativa, ejecutiva y judicial, en la división de los órganos estatales entre los diversos órganos constitucionales”. (ÁLVAREZ CONDE, Enrique y GARCÍA FERNÁNDEZ, Javier. “La Constitución y el Derecho Constitucional” en *Administraciones Públicas y Constitución. Reflexiones sobre el XX Aniversario de la Constitución Española de 1978*, (Coord. Álvarez Conde). Madrid, MAP, 1998. p. 206)

⁴⁴³ Tomando la doctrina jurídica alemana de la Dirección (Steureng), Juli Ponce amplía la función del marco jurídico administrativo “Partiendo de la base de que el Derecho administrativo debe ser una herramienta útil para guiar a la sociedad, el énfasis en la doctrina debe moverse desde la ciencia de la interpretación basada en una orientación hacia la aplicación del Derecho a una ciencia de la elaboración de las decisiones públicas”. (PONCE SOLÉ, Juli. “Procedimiento administrativo, globalización y buena administración” en *Derecho administrativo global. Organización, procedimiento, control judicial*, (ed. PONCE SOLÉ, Juli). Madrid, INAP-Marcial Pons, 2010. p. 87-88.

⁴⁴⁴ “Para que el Derecho constitucional se configure como una verdadera disciplina jurídica y se distancie de los enfoques politológicos o sociológicos propios del viejo Derecho Público español, necesita fundamentarse en relaciones jurídicas. A su vez, los sujetos de esas relaciones jurídicas deben ser auténticas personas jurídicas que actúan interna y externamente a través de órganos jurídicos” (ÁLVAREZ CONDE, Enrique y GARCÍA FERNÁNDEZ, Javier. “La Constitución...” Op. Cit. p. 206).

III.2.2 Principios básicos de la vinculación del ordenamiento jurídico-administrativo al constitucional.

La conexión entre el marco jurídico y técnico en la actividad de la gestión pública se debe considerar una cuestión clave como instrumento para los fines del Estado. En efecto, el primer marco se sostiene sobre principios de Derecho, pues sin ellos resulta de extremada dificultad establecer la concatenación de enunciados generales y fines concretos que se requieren para trazar las líneas del entramado jurídico positivo⁴⁴⁵. Por otra parte se puede aceptar como realidad en la aplicación de la doctrina jurídica, que el engarce entre Derecho Constitucional y Derecho Administrativo no se ha llevado siempre a efecto y como consecuencia su nexo doctrinal no es pacífico, sino más bien un proceso que parece que avance en dicha dirección aunque no siempre interese profundizar en ella⁴⁴⁶. Asimismo, se entiende que dicha separación podría ser consecuencia de la disociación que se produce en los Estados liberales entre la evolución de las instituciones bajo ciertas pautas de continuidad, y los frecuentes cambios que se han dado en el modelo constitucionalista continental ante la cíclica ruptura de los regímenes políticos que causan estos cambios⁴⁴⁷. Sin embargo, la doctrina, posteriormente, en su corriente pluralista que entre otros desarrolla George Vedel, sienta las bases jurídicas sobre principios de vocación dogmática o irrefutable cuando proclama la reunificación del Derecho constitucional y el Derecho administrativo en el Derecho público, e invoca para ello la unidad del Derecho a partir de la inadmisibilidad de la dualidad de regímenes jurídicos o jurisdiccionales en el ordenamiento jurídico del

⁴⁴⁵ Más allá de cierta radical posición de abstracción jurídica positivista el gran jurista austriaco, sirviéndose de ésta, establece consideraciones de indudable autoridad y claridad, entre otras, que las leyes deben aplicar principios previamente dictados que se sustancian en la constitución. “La constitución prohíbe que las leyes tengan cierto contenido y ordena que posean tal otro; de modo que la Ley es “ejecución” de la constitución, de la misma manera que la sentencia es ejecución de la ley”. (KELSEN, Hans. *Teoría General del Estado. Editora Nacional. Madrid, 1979*, p.390)

⁴⁴⁶ Respecto a la peculiar relación entre Derecho Administrativo y Constitucional (o Político, en referencia a su otro tratamiento histórico) que incluye su relativa suplantación recíproca, es esclarecedor este comentario: “No obstante, el Derecho político no ha cumplido esta función en un país como el nuestro, caracterizado, como ha recordado Rubio Llorente, no sólo por la ruptura, sino por el abandono del orden constitucional. La ausencia de Constitución en nuestro país ha facilitado que históricamente el Derecho administrativo hiciera las veces de Derecho constitucional. Nacieron al calor de esta ciencia jurídica y al vacío del Derecho constitucional un conjunto de conceptos que eran, en el fondo, una garantía de los derechos de los ciudadanos y del funcionamiento del Estado y una adaptación de categorías extranjeras, principalmente francesas. De esta manera, la Administración pública se configuró en nuestro país desde la ciencia administrativa y desde la legislación, y al margen de una norma constitucional principal”. (TRONCOSO REIGADA, Antonio. "Dogmática administrativa y Derecho Constitucional: el caso del servicio público" en *Revista española de Derecho Constitucional*. n. 57, Septiembre-Diciembre, 1999. p. 88).

⁴⁴⁷ Puede advertirse una contradicción en este punto en el aserto de Díaz Lema sobre la causa de esta divergencia cuando afirma “...La ausencia de un tratamiento del Derecho Administrativo desde sus bases constitucionales es el fruto de la evolución de la sociedad y del Estado español desde el último siglo y medio, caracterizada por una crisis permanente y una notable falta de estabilidad de las instituciones” Tal vez, por el contrario, ha sido la estabilidad de las instituciones administrativas las que han permitido fijar más la continuidad del Derecho Administrativo y su ciencia jurídica sobreponiéndose a la inestabilidad política o constitucional, siendo de aplicación aquí el caso español a la mayoría de los estados liberales continentales. (DÍAZ LEMA, José Manuel. “La Constitución y el Derecho Administrativo” en *Administraciones Públicas y Constitución. Reflexiones sobre el XX Aniversario de la Constitución Española de 1978*, (Coord. Álvarez Conde). Madrid, MAP, 1998. p. 213).

Estado, ante la que el Estado de Derecho exhibe el principio de jerarquía de las fuentes que resuelve los conflictos entre las normas⁴⁴⁸.

En este sentido, la relevancia del caso de España se debe a que la transformación de su régimen político desde una situación preconstitucional dentro de un Estado autoritario a otra nueva liberal-democrática, permite estudiar en un breve lapso temporal los efectos del Estado constitucional en el régimen jurídico administrativo, incluso la influencia entre ambos a través del análisis de las sucesivas reformas que se producen a lo largo del proceso de consolidación del Estado constitucional⁴⁴⁹. La solución de continuidad de un cambio político que preserva las instituciones heredadas y el ordenamiento jurídico administrativo no amparado por una disposición constituyente permite indagar en la relación entre el sistema político constitucional y el régimen jurídico de la Administración como sujetos independientes en la organización del Estado⁴⁵⁰.

Las diferencias del ordenamiento de la CE de 1978 respecto a la legislación de Derecho Administrativo de los años de 1950 y la Ley reguladora de la Jurisdicción Contenciosa-Administrativa, de 27 de diciembre de 1956, permite a Díaz Lema destacar los siguientes aspectos diferenciales entre aquella legislación y el nuevo ordenamiento: el derecho de la tutela judicial que proclama el art. 24 de la CE y la garantía de los derechos fundamentales; la división de poderes y la asunción del principio de legalidad en la Administración como sustrato del Estado de Derecho que se define en la propia Constitución; dentro del bloque constitucional, la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional que regula en los arts. 42 y 44 el derecho de amparo como figura que permite el recurso ante cualquier acto de los poderes del Estado - sean órganos judiciales, legislativos o las propias administraciones-, que vulnere los derechos y libertades protegidos por la Constitución, garantía extensible también a los actos con valor de Ley a través del recurso extraordinario o cuestión de inconstitucionalidad ante el TC, cuya

⁴⁴⁸ Este concepto queda glosado en ALLI ARANGUREN, Juan-Cruz. *Derecho Administrativo...* Op. Cit. p. 145. Vid. VEDEL, George. "Cour des comptes et juge administratif" en *La Cour des comptes d'hier à demain*. Paris, 1979.

⁴⁴⁹ En el planteamiento de este trabajo comienza con la siguiente formulación: "La Constitución de 1978 deroga expresamente todas y cada una de las Normas fundamentales que habían estado vigentes en el periodo anterior de la Historia de España durante cuarenta años y en la breve transición política ya bajo la Corona. De un modo genérico, pero no impreciso, quedaron también derogadas cuantas disposiciones se opongan a lo establecido en la Constitución, lo que ha permitido numerosos pronunciamientos del Tribunal Constitucional, que también sentó la doctrina de la "continuidad del ordenamiento jurídico" (STC 76/1986, de junio) para evitar vacíos jurídicos en un plausible y práctico objetivo de servir a la seguridad jurídica, que es también un principio constitucional (art. 9.3. CE)". (MEILÁN GIL, José Luis. "La Administración Pública: naturaleza jurídica" en *Administraciones Públicas y Constitución. Reflexiones sobre el XX Aniversario de la Constitución Española de 1978*, (Coord. Álvarez Conde). Madrid, MAP, 1998. p. 497-520).

⁴⁵⁰ "Esta situación dada no llevó necesariamente a un desarrollo negativo de las instituciones jurídicas sino, en ocasiones, ocurrió todo lo contrario. En el pasado más reciente, el ordenamiento administrativo cumplió, de modo ejemplar, una función de limitar los abusos del Estado franquista. El Derecho administrativo suplantó al Derecho Constitucional, tratando de juridificar al máximo el poder y defendiendo al administrado con un conjunto de garantías frente a las inmunidades del poder". (TRONCOSO REIGADA, Antonio. *Dogmática...* Op. cit., p. 88).

iniciativa no corresponde a particulares⁴⁵¹. Por otra parte, al tiempo que la materia legislativa parece que escapa a las garantías sobre el control directo de la constitucionalidad por los particulares, se amplía para ellos a dos conceptos de gran interés:

a) La ampliación como sujetos de garantía jurídica de los actos administrativos al conjunto de resoluciones de cualquier órgano o poder estatal que no correspondan a la Administración, por ejemplo, las resoluciones judiciales o de las cámaras legislativas, sean éstas las Cortes o Parlamentos autonómicos, y el reconocimiento como contenedor de este conjunto a la personalidad jurídica única del Estado o los poderes públicos autonómicos a los cuales también se adscribe la Administración como sistema interrelacionado.

b) La tutela judicial de la responsabilidad de los órganos estatales dentro de esa personalidad jurídica unificada, con independencia de qué ente o poder público actúe, que sustancia las garantías que la Constitución otorga por un lado a la prevalencia de los derechos ciudadanos y por otro a la unificación del fuero de los órganos estatales ante ellos, es decir, vincula indistintamente al Estado con sus órganos por el estatuto que la Constitución superpone a sus regímenes jurídicos particulares.

En el caso de la CE los efectos del ordenamiento constitucional sobre el régimen administrativo anterior se aprecian en primer término en tutelas judiciales como el control de la actividad discrecional técnica que revertirá en contradicciones entre tales garantías jurídicas añadidas y los principios de eficacia y eficiencia que introducen las nuevas técnicas de gestión pública. Más inconclusa en su desarrollo jurisprudencial y doctrinal, como se ha visto con anterioridad, es la tutela judicial de los actos gubernamentales, que si bien aparece como fórmula garantizadora opuesta a la inmunidad del pasado gobierno autoritario, queda matizada por la doctrina que diferencia los actos de dirección política de los actos administrativos, con el fin de salvaguardar la división de poderes y evitar una libre intromisión del poder judicial en el poder ejecutivo, estas resoluciones se adoptan en cada caso, destacando entre ellas la sentencia del Tribunal de Conflictos de Jurisdicción de 14 de diciembre de 1995 sobre el acceso por los juzgados a materias de secretos oficiales. Ante la acción administrativa estas garantías constitucionales de derechos y libertades se completan con las medidas cautelares por los actos administrativos que exigen la ejecución forzosa, como la entrada en domicilios. Una vez más queda abierto el conflicto entre los principios de privilegio ejecutorio, heredados de la doctrina

⁴⁵¹ Vid. DIAZ LEMA, José Manuel. “La constitución...” Op. Cit. p. 215-216. Matiza Díaz Lema cómo, no obstante, la legislación que desarrolla dentro del bloque de constitucionalidad el resto del poder judicial, Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial (LOPJ), amplía tanto la extensión de los actos administrativos a los producidos por otros órganos del Estado, como con ellos, la vía de recursos por la jurisdicción ordinaria, y de forma especial la jurisdicción contenciosa-administrativa.

administrativista clásica⁴⁵² y la necesidad de la garantía de los derechos, cuyo trasfondo procede de la dispar obligación por el Estado liberal de proteger los intereses generales y tutelar los derechos y libertades individuales⁴⁵³.

Pero a esta contradicción típica debe ser ajeno el ordenamiento constitucional, que si algo enuncia con claridad es la jerarquía de los derechos y libertades sobre los demás medios establecidos por el Estado para asegurar su cumplimiento. De algún modo el interés general como principio en el que se basa en gran medida el ordenamiento jurídico administrativo para fijar su posición subjetiva respecto a los ciudadanos en su calidad de administrados, puede entenderse como un medio para que el conjunto de derechos individuales se encuentren amparados, aun cuando no tengan presencia singular y concreta en un acto administrativo dado, y por ello, no como motivación para impedir o dificultar la legítima aspiración particular de un ciudadano, por el contrario, personado en el acto, al ejercicio de un derecho, o por extensión en el Estado prestacional, el acceso a un servicio público sobre el que posee sustancialmente un derecho reconocido.

De principal aplicación también resultan el conjunto de principios recogidos en el capítulo III del Título I CE que se viene citando. El enfoque que se pretende en este estudio no radica en su materia social y económica, sino en su naturaleza jurídica, pues si la garantía de los Derechos y Libertades corresponde en diferentes grados al conjunto de los poderes públicos, éstos principios, que se aplican a todos ellos, lo hacen de forma implícita y en primer término al Gobierno como proponente y ejecutor de la legislación positiva, y a la Administración pública como poder público implicado en las actuaciones que a través de la práctica administrativa debe tutelarlos en virtud del art. 53.3 CE. Es difícil de eludir en la generalidad del término poderes públicos la responsabilidad de la función ejecutiva del Gobierno y la Administración en el cumplimiento de los derechos y deberes fundamentales y los principios rectores de la política social y económica del Título I, bien sea en su vinculación negativa, como sugiere parte de la

⁴⁵² Se considera en general, dentro de esta investigación, doctrina administrativa clásica a la desarrollada dentro del primer constitucionalismo liberal, en el caso de España se aplicaría a la surgida anteriormente a la Constitución vigente. Se exceptúa en muchos aspectos a las corrientes introducidas en los años 50, que aún siendo preconstitucionales inspiran en gran medida la doctrina jurídico administrativa de la actual CE, basadas ambas en las corrientes administrativas europeas contemporáneas, situándose incluso, en diversas áreas de establecimiento de garantías, en su vanguardia.

⁴⁵³ Se considera en general, dentro de esta investigación, doctrina administrativa clásica a la desarrollada dentro del primer constitucionalismo liberal, en el caso de España se aplicaría a la surgida anteriormente a la Constitución vigente. Se exceptúa en muchos aspectos a las corrientes introducidas en los años 50, que aún siendo preconstitucionales inspiran en gran medida la doctrina jurídico administrativa de la actual CE, basadas ambas en las corrientes administrativas europeas contemporáneas, situándose incluso, en diversas áreas de establecimiento de garantías, en su vanguardia. Respecto a la síntesis que presenta Díaz Lema se analiza subrayando los efectos en el Derecho Administrativo de la CE en su vertiente de tutela y garantías de los derechos y libertades individuales, enfoque preeminente en un Estado cuya constitucionalidad surge de las tinieblas políticas del autoritarismo y la vulneración de los pilares del liberalismo político y el Estado democrático. DIAZ LEMA, José Manuel. "La constitución..." Op. Cit. p. 213-226.

doctrina, en el sentido de no poder ir en contra de ellos, o por la vía del art. 9.2 CE, que se entiende aquí como un mandato positivo y diáfano⁴⁵⁴:

Corresponde a los poderes públicos promover las condiciones para que la libertad y la igualdad del individuo y de los grupos en que se integra sean reales y efectivas; remover los obstáculos que impidan o dificulten su plenitud y facilitar la participación de todos los ciudadanos en la vida política, económica, cultural y social.

Expresamente de lo entresacado, y sin ningún ánimo de forzamiento en la interpretación de la norma constitucional, se deduce un imperativo jurídico positivo tanto en el desarrollo normativo y su interpretación, como en la práctica de aplicación administrativa, sin que la reserva de Ley del citado art. 53.3 CE permita anular la tutela jurisdiccional de tan concreto artículo y sin perjuicio de lo que se pueda desprender de ese mandato para la invocación directa en la jurisdicción ordinaria de los principios rectores del capítulo III de la CE⁴⁵⁵.

III.3 Precedencias del funcionamiento de la Administración en los principios y disposiciones de la organización del Estado.

III.3.1 Principio de la pluralidad competencial en la estructura del Estado.

Entre los numerosos aspectos que vinculan la Constitución y la organización del Estado se debe destacar, como uno de los elementos esenciales en la conexión entre el ordenamiento jurídico constitucional y las funciones que desempeña la Administración pública, la asignación de competencias que hace dicho ordenamiento a los poderes públicos. Éstas concretan el sistema político e institucional que forma el Estado en todas las materias en las que se descompone el ejercicio de su soberanía en funciones de carácter político-administrativo, es decir, atribuciones que participan de diferentes grados del ejercicio del poder en su disposición y de autonomía administrativa en su aplicación. Por lo tanto, la variedad de las diferentes formas de asignación de la soberanía en su titularidad y delegación ejecutiva permite entender la naturaleza plural de los fines y medios de los órganos políticos y administrativos del Estado como una de sus principales características. De esta naturaleza plural se destacarían dos aspectos, la pluralidad funcional, que aparece ante la necesidad de dotarse de instituciones y órganos que atiendan de forma especializada a cada una de estas competencias y la pluralidad de la organización territorial, que distribuye dichas competencias en ámbitos regionales y locales de forma desconcentrada y descentralizada de acuerdo al principio de eficacia de la acción administrativa. Asimismo se pueden

⁴⁵⁴ MEILÁN GIL, José Luis “La Administración...” Op. Cit. p. 499.

⁴⁵⁵ La STC 19/1982, de 5 de mayo sostiene que el artículo 53.3 de la CE “impide considerar tales principios como normas sin contenido y que obliga a tenerlos presentes en la interpretación tanto de las restantes normas constitucionales como de las leyes” (Ibid. p. 499).

diferenciar política y jurídicamente según el principio democrático de pluralismo político aplicado a la diversidad territorial y a su entidad histórica (arts. 2 y 143 CE)⁴⁵⁶.

III.3.1.a Pluralidad funcional de las competencias públicas.

En el ordenamiento constitucional se establecen los elementos básicos que organizan a la Administración, las propias competencias y los instrumentos institucionales para su ejecución a través de órganos, procedimientos y entidades de titularidad pública que disponen de autonomía política y administrativa con capacidad de control en el ejercicio de sus funciones. La pluralidad político-administrativa resulta, por consiguiente, un concepto que emana de la Constitución e incide en el ordenamiento legislativo y la organización de la Administración, cuyos instrumentos reglamentarios pueden y deben ser modificados de acuerdo con aquella, con independencia de su situación anterior, pues de esta adecuación depende el verdadero cumplimiento del Estado de Derecho.

Otra forma de clasificación de las entidades administrativas divide la estructura del Estado en un tipo organizativo y otro de carácter funcional. González Hernández sitúa ambos en la axiología general de la organización público-administrativa: “En este sentido, los condicionamientos constitucionales respecto de la organización público-administrativa se estructuran merced a dos sistemas de principios: uno de carácter organizativo (orgánico) y otro de carácter funcional (o de actuación)”⁴⁵⁷. La presente investigación, sin desdeñar esta línea, se separa de ella por disociar aspectos que se encuentran unidos en la práctica, y por ende, como la propia CE establece, no representan una jerarquía de principios si no diferentes fuentes de inspiración de la legalidad cuya verdadera expresión se encuentra en la norma jurídica positiva. En ese sentido se entiende que es el orden competencial de los poderes públicos el que impera en el reparto de funciones y la estructura de órganos que desde el bloque de constitucionalidad articula el ejercicio de la soberanía. Es decir, las funciones y los órganos forman una unidad objetiva en el cumplimiento de sus fines dentro de las competencias asignadas, cuya disociación ontológica dificulta observar como unas y otras se condicionan en su conformación real, y de acuerdo con el principio de eficacia de la Administración no deberían entenderse ni definirse de forma separada.

⁴⁵⁶ Se trata en realidad del principio más palmario de pluralidad de la administración, pues bajo esta figura se consagra la acepción de Administraciones Públicas, que la CE apenas utiliza, art. 149.1.18, pero que de su lectura el bloque de constitucionalidad desprende su verdadera sustancia refiriéndose el término a la Administración Central o General del Estado, la Administración Autónoma y la Administración Local. «La pluralidad de Administraciones Públicas es pues palmaria en el texto constitucional. Otra cosa es que se entienda correctamente esa pluralidad y cuáles son sus características y régimen jurídico». (Vid. MEILÁN GIL, José Luis. “La Administración...” Op. Cit. p. 500).

⁴⁵⁷ Vid. GONZÁLEZ HERNÁNDEZ, Juan Carlos. “La Constitución...” Op. Cit. p. 318. Destaca de este modo los principios que rigen cada uno de estos sistemas calificados de jurídico-políticos, así en el caso de los de carácter organizativo son los de jerarquía, de coordinación, de desconcentración y de descentralización, que afectan tanto a órganos políticos como administrativos y sus relaciones entre ellos, respecto a los principios funcionales que operan de forma diferenciada son los de objetividad, de eficacia y de participación.

No se parte, por lo tanto, del presupuesto, por ser presuntamente incierto, de que el ordenamiento jurídico explique la realidad social, sino que la construye a partir de la experiencia de funcionamiento de la sociedad y los poderes públicos con sus instrumentos de administración y gestión, que en este proceso, al contrastarse con los resultados obtenidos, van elaborando la formulación de principios, reglas y normas de aplicación⁴⁵⁸. De ahí que los ordenamientos constitucionales en los Estados liberal democráticos se encuentran en permanente proceso de evolución, cambio y en ocasiones de ruptura con organizaciones políticas que se preceden, bien en los sistemas consuetudinarios, donde persiste la norma original mientras no es sustituida por la nueva o en los sistemas constitucionales explícitos, en los que opera la sustitución de ordenamientos en los llamados bloques de constitucionalidad, que evolucionan a través de los desarrollos legislativos básicos y la doctrina constitucional⁴⁵⁹.

III.3.1.b Pluralidad territorial de las competencias públicas.

En tal realidad se sitúa en primer término el reconocimiento de la pluralidad de las administraciones públicas de carácter territorial, con diferentes grados de autonomía política y administrativa que se deducen del reparto competencial, a saber la Administración Central o General, la Autonómica y la Local⁴⁶⁰. Esta pluralidad se basa por lo tanto en el reparto de competencias entre entidades que integran órganos políticos y administrativos dotados de capacidad normativa basada en órganos de representación ciudadana en sus ámbitos territoriales, gozando todas ellas de diferentes grados de autonomía política de acuerdo a las atribuciones competenciales que se desarrollan en el bloque de constitucionalidad. En el caso de las Comunidades Autónomas dan lugar a una estructura compuesta del Estado que supone una afectación singular a las formas de funcionamiento y organización de las administraciones públicas, como manifiesta Meilán Gil:

“El Estado autonómico fortalece la pluralidad de Administraciones Públicas y plantea nuevos supuestos de relación que podría expresarse sintéticamente como articulación de ordenamientos fundado en el

⁴⁵⁸ Se quieren señalar aquí posiciones parcialmente contradictorias a lo manifestado, así el profesor Parejo parece disociar en la aprehensión científica del fenómeno administrativo dos elementos diferenciados o tal vez netamente distintos en el “ser” como materia del funcionamiento real, propio de las disciplinas meta jurídicas que aborda integralmente la denominada ciencia de la Administración, y las del “deber ser” que corresponde estricta y limitadamente a la realidad jurídica. Tal posición, en opinión de este investigador, separa artificialmente la señalada y necesaria base empírica del Derecho Administrativo y el imprescindible diseño jurídico del ámbito público en su aplicación práctica basada en el resto de disciplinas lo que lleva a la errónea conclusión de que “El Derecho administrativo supone, por tanto, un análisis y un estudio parciales de la Administración pública, porque conduce a un conocimiento de la misma estrictamente limitado a su realidad jurídica o deber ser.” (Vid. PAREJO ALFONSO, Luciano. *Derecho Administrativo. Instituciones generales*. Ariel, Barcelona, 2003. p. 2).

⁴⁵⁹ Entre las afirmaciones hechas por el autor destaca una conclusiva citada al pie de página (6) “En esta línea, -nota mía, en relación a la presunción de tautológica y autodefinida hecha como sistema normativo al Derecho Administrativo – cabe admitir que el método jurídico tiene un carácter esencialmente deductivo y que una de las pretensiones, no muy lograda por cierto, de la ciencia jurídica radica en incluir en sus análisis elementos que provienen de experiencias empíricas, y esto no sólo resulta innecesario, sino además, insuficiente”. (Vid. GONZÁLEZ HERNÁNDEZ, Juan Carlos. “La Constitución...” Op. Cit. p. 319).

⁴⁶⁰ Vid. MEILÁN GIL, José Luis. “La Administración Pública...” Op. Cit. p.500.

‘pluralismo ordinamental’, desde el que el Tribunal Constitucional aconseja afrontar los problemas del Estado autonómico (STC 84/1992)”

Por otra parte el principio competencial conforma la pluralidad funcional de las Administraciones Públicas que a través de su diversidad de organismos recogen, sin perjuicio del principio de personalidad jurídica única enunciado en el epígrafe anterior, múltiples relaciones a través de su red de órganos, organismos públicos, entes y sociedades empresariales que pueden gozar de distintas personificaciones y con ellas regímenes jurisdiccionales sujetos tanto al Derecho Público como al Privado. La presencia de la Administración pública en todos los aspectos de la vida social como consecuencia de la aplicación del desarrollo del Estado del Bienestar, ha significado junto a su complejidad, una capilaridad notable con la que el ámbito público ha precisado intervenir en todas las esferas de la actividad social. Se han quebrado así muchos aspectos del régimen jurídico público al que aún le cuesta adaptarse, pues el marco técnico en el que estas transformaciones se han desenvuelto en la dinámica de la nueva gestión pública y el desarrollo de nuevos métodos de gestión y organización administrativa son asimilados del ámbito privado, uno de cuyos factores críticos de desarrollo ha sido la elusión del marco jurídico administrativo⁴⁶¹.

Debido a la característica del principio de descentralización política y administrativa los aspectos de la pluralidad poseen más relevancia en las administraciones territoriales, pues desde el plano jurídico las atribuciones conferidas a la pluralidad funcional administrativa son también propias de la descentralización política en un doble sentido: el ejercicio en ambos casos de “un poder imperio derivado de la soberanía del Estado” y la adopción interna por las administraciones territoriales de la pluralidad funcional de atribución genérica⁴⁶². Al final se establece una simbiosis de ambas a través de las necesidades de relación entre entes o poderes públicos, que si bien quedan ordenadas en la organización política y administrativa que emana de la Constitución, requieren mecanismos dinámicos de coordinación, colaboración y vínculos políticos, jurídicos y administrativos abiertos y heterogéneos entre todas ellas.

La singularidad y el conjunto de aportaciones genuinas que representa el caso de España en su modelo constitucional se denotan, por lo tanto, en la exploración de las características del principio de

⁴⁶¹ Meilán Gil define la naturaleza de la pluralidad funcional del Estado, de origen constitucional, a la que nos estamos refiriendo: “La Constitución habla de poderes del Estado (art. 1.2) y de poderes constitucionales del Estado en el sentido tradicional de la teoría de la división de poderes (art.1.3), pero también utiliza la expresión “poderes públicos”, con un alcance más amplio que el TC entiende como concepto genérico que incluye a todos aquellos entes (y sus órganos) que ejercen un poder imperio derivado de la soberanía del Estado”. (Ibid. p.502).

⁴⁶² “Sucedo que el constituyente no se liberó de una inercia legislativa de larga duración, y aparecen mezclados bajo un mismo singular preceptos que son generalizables a todas las Administraciones Públicas y otros que no lo son. La interpretación sistemática ha de permitir extraer el máximo de generalidad compatible con la singularidad de cada Administración Pública y ponderar lo que es predominante cuando concurren varios principios organizativos o funcionales”. (Ibid. p.500).

pluralidad competencial. El anclaje del pluralismo institucional, competencial y administrativo en el ámbito territorial con el reconocimiento de la diversidad cultural y política supone la capacidad de potenciar los siguientes aspectos: la adaptación de la gestión pública a la potencialidad y características de los territorios; la sujeción de las actuaciones públicas a un esquema contractual permanente que enriquece y refuerza la selección de alternativas en el desarrollo político administrativo del Estado; la consecución en el modelo asimétrico, que se deduce de la propia diversidad e individualidad territorial, de un marco de emulación, cooperación y competencia que parte del nivel de dirección política y se consolida en la ejecución de las medidas de gestión pública⁴⁶³.

III.3.2 El mandato constitucional en el ordenamiento funcional y organizativo de la Administración.

La premisa del ordenamiento constitucional como base de la organización del Estado liberal democrático es objeto frecuente de cuestionamiento en diferentes líneas de la ciencia jurídica y administrativa. Sin embargo conviene señalar que tales controversias se contradicen con la jerarquía que este ordenamiento impone desde su enfoque histórico y práctico. El origen fundacional de los Estados liberal-democráticos no puede entenderse sin la figura de la Norma fundamental que define y articula a partir del concepto de soberanía los poderes públicos⁴⁶⁴, así como los derechos y deberes fundamentales

⁴⁶³ Preside, para la inserción de estas medidas en un marco territorial asimétrico como el de España, la aplicación de los principios de integración y acomodación en un plan de diseño competencial de las políticas y medidas de ejecución de la gestión pública. Vid. FERNÁNDEZ MANJÓN, Desiderio. *Los desafíos de la diversidad en los Estados Compuestos Asimétricos*. Barcelona, Fundación La Caixa, 2001. p. 20-21. Vid. AJA, Eliseo. *El Estado Autonómico*, Madrid, Alianza Editorial, 1999. Vid. VV.AA. *Asimetría y cohesión en el Estado autonómico*, Madrid, INAP, 1997. Respecto a la individualidad territorial es importante situarla en la diferenciación reconocida política y jurídicamente: “la función del hecho diferencial (...) como criterio de distinción entre CCAA y por tanto como principio que debe reflejarse en la estructura y funcionamiento del Estado autonómico” (Vid. AJA FERNÁNDEZ, Eliseo. “La dimensión constitucional del hecho diferencial en el Estado autonómico” en *Anuario de Derecho Constitucional Parlamentario*. N. 8, 1996. p. 157-186).

⁴⁶⁴ Como aproximación al concepto formal en su más pura expresión de la Teoría Política sigue siendo fundamental la contribución de Kelsen: “La moderna Teoría política explica la soberanía como una propiedad del poder del Estado y por tanto, indirectamente, como propiedad del Estado mismo, desde el momento que lo identifica con su poder [,,] Que el poder del Estado sea soberano, significa que es un poder supremo, que sobre él no hay ningún otro poder; y cuando se habla de poder como ‘voluntad’, quiere decirse que no hay sobre ella ninguna voluntad superior” Sin embargo aquí se va a utilizar en la metodología aplicada al campo de esta investigación una fundamentación jurídico material, en este sentido la soberanía tiene que ver con los poderes del Estado (art.1.2 CE: “la soberanía nacional reside en el pueblo español del que emanan los poderes del Estado”) que se atribuyen de forma positiva en el contenido constitucional. Sólo de esta forma se puede apreciar la aplicación del principio a las consecuencias administrativas que importan a la presente investigación. Esto no evita el uso de las definiciones teóricas aunque su marco conceptual abstracto no resulta directamente aplicable y elevado a generalización absoluta lleva a conclusiones erróneas. Si existe sin embargo concordancia entre las categorías de estos enunciados y su aplicación al desarrollo constitucional concreto de cuyo análisis se derivan las aplicaciones prácticas del concepto. Así la soberanía se sustancia en los poderes del Estado, política y jurídicamente considerados, y por ende en las competencias que son atribuidas por éste en su ordenamiento constitucional a sus órganos entre los que se incluyen de manera decisiva para el ejercicio de dichos poderes los de las administraciones públicas, especialmente a aquellas a los que se atribuyen competencias políticas y capacidad de ejercerlas a través de órganos con capacidad legislativa y ejecutiva emanadas ambas de la voluntad popular. De esta forma la personificación del Estado como propietario de la soberanía, sin perder esta cualidad, si puede dar lugar a relaciones más amplias y diversas en las que el concepto de soberanía se modifica para dar cabida a instrumentos jurídicos que se adapten a las nuevas realidades empíricas. (KELSEN, Hans. *Teoría General del Estado*. Comares, Granada, 2002. p. 170).

que amparan a los ciudadanos individual y colectivamente considerados⁴⁶⁵. La concurrencia de estos poderes y la soberanía popular motivan el tratamiento dispositivo del sistema garantizador que el ordenamiento constitucional estipula de los derechos ciudadanos a través de la tutela judicial; de la organización política en sus órganos de representación y gobierno designados mediante procedimientos democráticos; de las entidades de gobierno y administración territorial que pueden integrar ese Estado⁴⁶⁶; y de la organización administrativa que incluye el reparto competencial de funciones y su marco de subordinación, coordinación y cooperación entre e intra órganos según los niveles de competencias otorgados.

Por otra parte conviene considerar que las normas jurídicas básicas que las Constituciones disponen no lo hacen ignorando las fuentes del Derecho que se han establecido anteriormente ni de forma positiva en la legislación vigente salvo interdicción de la norma constitucional o expresa derogación en la misma. Tampoco se ignora en su construcción el avance que la doctrina, la ciencia y la teoría jurídica y política han ido asentando por sí mismas⁴⁶⁷. Corresponde al mandato constituyente, por ende, establecer las bases sobre las que debe funcionar ese sustrato jurídico a partir de su promulgación, incluyendo los cambios sustantivos que deben darse y que son la razón por la que se crea un nuevo orden constitucional. La fuerza de este mandato reside en que, dada su legitimidad política, podría constituir el fundamento de una refundación del Estado, y de hecho con esa carta de naturaleza nacen las primeras constituciones liberales⁴⁶⁸.

⁴⁶⁵ Sea por identidad sectorial, cultural, o en grupos de interés sujetos a protección o consideración especial.

⁴⁶⁶ Cabe considerar la trascendencia de las formas de organización política federal o unitaria contempladas por los estados liberal-democráticos tras su desarrollo inicial: “el modelo liberal presentaba una profunda contradicción que conviene tener presente, al mismo tiempo que su estricta idea de unidad estatal impulsaba la eliminación drástica de todo tipo de diferencias en las regiones, su ideal de libertad individual (individualidad universalizada: libertad para todos los individuos) permitía el desarrollo de las diferencias [...] al potenciar el desarrollo de la individualidad sobre la base de la libertad de pensamiento y de acción, podían emerger muchas ideas y la reclamación de nuevos derechos con relación al uso de la propia lengua y cultura. De hecho así surgió el nacionalismo cultural en las regiones”. Vid. FERNÁNDEZ MANJÓN, Desiderio. *La colaboración en el Estado compuesto asimétrico. El caso de España*. Oñate, IVAP, 2001, p. 102.

⁴⁶⁷ Al respecto conviene considerar el concepto de “relación circular” entre el Derecho Constitucional y el Derecho Administrativo que a partir del paradigma de Fritz Werner, “El Derecho Administrativo como Derecho constitucional concretizado”, sostiene en los postulados de su propuesta de reforma del Derecho Administrativo Schmidt-Assmann: “El Derecho Constitucional y el Derecho Administrativo no se relacionan en términos de ‘derivación’ o en forma deductiva, sino de complementariedad, de un modo circular: la legislación administrativa ha de interpretarse ‘a la luz’ de las garantías constitucionales; y, en paralelo, pero en sentido contrario, las genéricas previsiones constitucionales [...] adquieren mayor claridad y contenido mediante la legalidad ordinaria”. Tal vez se debe considerar que esta circularidad no sólo hace referencia a una secuencia lógica, sino cronológica: la Constitución se alimenta de principios que la legalidad previa –que representa el marco jurídico administrativo- ya ha explorado. (Vid. SCHMIDT-ASSMANN, Eberhard. “Cuestiones...” Op. Cit. p. 48)

⁴⁶⁸ KELSEN, Hans. *Teoría...* Op. cit. p. 415. “El Estado es el mismo, aun cuando varíe su constitución jurídica, es decir, si varía en la forma prevista por la misma. La reforma puede ser tan radical como se quiera, pero si se verifica por los medios legales, no hay ningún fundamento para afirmar que con la constitución reformada ha nacido un nuevo Estado. Únicamente podría hablarse de nuevo Estado si la reforma constituyese una verdadera violación de la constitución; es decir, si –para considerarla válida- precisa suponer una norma fundamental diferente que aquella que sirvió de base a la antigua constitución”

En cierto modo la CE, dentro de su formación consociacional e imbuida por un propósito de transición y no de ruptura o revolución política, aspira respecto al mandato político autocrático anterior y por voluntad del constituyente a refundar el Estado en los más importantes ámbitos que el anterior adolecía: el reconocimiento y la garantía de los Derechos fundamentales; el principio democrático de la formación del Estado y su Gobierno; el imperio del Estado de Derecho fundado en el interés general y la soberanía popular (de los ciudadanos así reconocidos por dicho Estado); del ejercicio de la autonomía política y administrativa de sus regiones y nacionalidades. Nada de esto era posible en el funcionamiento del Estado anterior. Así pues, las dos dinámicas gestan el equilibrio en el sistema constitucional español, por un lado la pretensión de realizar una transición política que no quebrara en ningún momento la legalidad vigente, por otro la transformación de las bases políticas respecto a la situación anterior mediante la institución positiva de una nueva realidad jurídica. A partir de ésta sólo cabe deducir, y con la perspectiva histórica actual verificar, que el propósito de la CE lleva a una transformación completa y gradual desde el Estado autocrático al liberal-democrático.

Este proceso constituyente en España ha sido coetáneo con las transformaciones acaecidas en los cercanos Estados liberales democráticos respecto a las reformas y procesos de modernización que han tenido como sujeto a las Administraciones públicas. El vigor de tales cambios se ha transferido a las nuevas administraciones autonómicas con consecuencias en una administración general de nuevo cuño, sin ignorar el efecto en permanente y dinámica transformación acaecido en la intersección de los anteriores que representan las Administraciones locales y su ámbito político de autonomía local⁴⁶⁹. Estas dinámicas de organización política interna traídas por la CE han convergido del mismo modo con las tendencias externas de las administraciones públicas occidentales, reforzadas por la homogenización de las políticas públicas y las innovaciones jurídico-administrativas proporcionadas por la temprana adscripción a la Comunidad Europea y la coparticipación en la creación de la Unión Europea.

Es cierto que en estas circunstancias favorables se dan también otras que llevan a ofrecer resistencias por las condiciones en las que se produce el proceso constituyente. Por un lado las administraciones, sus propias inercias culturales, cuerpos funcionariales y regímenes jurídicos, si bien como se ha mencionado quedan sujetas a cambios incesantes, proceden de tradiciones institucionales que en ningún momento son suplantadas, sino incorporadas sin más al sistema constitucional. Las propias administraciones autonómicas recuperan actualizados sus marcos singulares en el caso de las

⁴⁶⁹ La introducción a sus notas definitorias de la Administración Pública en una lectura de la CE realizada con motivo de su vigésimo aniversario no puede ser más elocuente al respecto “De acuerdo con la pluralidad de las Administraciones Públicas, que responde al diferente ámbito y núcleo de intereses de las comunidades diferenciadas a las que sirven, articuladas conforme a la naturaleza del Estado compuesto que es el autonómico (la pluralidad de fines propios se reconoce en el art.3.4. de la LRJAP) y conforme también a la participación en una realidad común, es posible extraer del ordenamiento jurídico las notas que definan la institución”. (MEILÁN GIL, José Luis. “La Administración Pública...” Op. Cit. p.501).

comunidades históricas, y en la asunción de competencias sin precedentes, imitan en gran medida los patrones organizativos y funcionales existentes, fomentados por un régimen básico jurídico público único. El reto de asumir un Estado compuesto y una administración plural, especialmente en el plano territorial, desencadena nuevos mecanismos donde se modulan las reglas institucionales y el juego de la negociación política en un ordenamiento proyectado como abierto y dinámico, más que inacabado.

Del Estado heredado destacan dos aspectos traspasados al nuevo que ya habían adquirido en aquel un primer desarrollo e incluso madurez: la recuperación de la estabilidad jurídica civil frente a los abusos y arbitrariedades del gobierno militar y autocrático de la posguerra; el régimen jurídico-administrativo, principal aspecto reconocido de liberalización política en el Estado autoritario como elemento indispensable de la estabilización socio-económica e institucional y de la necesaria inserción internacional y especialmente europea imprescindible para la propia viabilidad del Estado; la aparición de instrumentos que diversifican la organización funcional del Estado al amparo de normas como Ley de Régimen de Entidades Estatales Autónomas, de 26 de diciembre de 1958 (LREEA), como los organismos autónomos y otras entidades que permitían conjugar la liberalización económica con la ordenación y flexibilidad administrativa; un sector público empresarial claramente impulsado por la necesaria reconstrucción económica posbélica, que el aislamiento político del régimen autoritario prolonga extremadamente. El déficit político en una sociedad que demandaba estructuras sólidas sólo garantizadas por una democratización y apertura de derechos políticos coincidente con la crisis económica que atenazaba las conquistas sociales alcanzadas por el desarrollo económico y el corporativismo socio-político, llevaban a ese Régimen a su completa inviabilidad.

De hecho, en los Estados maduros del entorno liberal-democrático no se producen cambios constitucionales verdaderamente profundos, ni aún con las transformaciones que introducen los procesos de modernización administrativa. Se dan estos cambios en mayor medida en aquellos Estados sometidos a procesos federalizantes, o de transformación en la organización territorial, como el caso belga, y pocos en cuantos van asumiendo técnicas que en cierto modo se sirven del pluralismo funcional para afrontar retos como la globalización económica. Ante ella son más comunes las transformaciones de la gestión pública tras la ruptura de los planteamientos del Estado del Bienestar clásico, cuyos máximos exponentes entre otros son Alemania y Francia. La estabilidad de los marcos constitucionales se redunda en los jurídico-administrativos, como si los cambios en aquellos fueran requeridos para la evolución de éstos. Esta situación constata que la separación del marco jurídico y técnico viene acompañada por la tensión que suscita la evolución del último sin el acompañamiento del primero, ante ésta realidad la crisis política e institucional está servida. Su más nítida consecuencia es visible en la asunción de las premisas jurídico-administrativas de la organización y funcionamiento de los poderes públicos no como un sistema rígido, sino orientador y sustantivo del sistema político. Es ilustrador el ejemplo de la UE,

motor, en su entorno competencial y supraestatal, del dinamismo en las políticas públicas estratégicas que incluyen de forma creciente a las políticas de gestión pública: su déficit de soberanía democrática ha requerido reformas que no se resuelven fuera de la juridicidad constituyente comúnmente aceptada.

Es en este contexto, volviendo al caso de España, aparece la cuestión de la personalidad jurídica como “sujeto de relaciones jurídicas y centro de imputación de responsabilidad”⁴⁷⁰. De mano de la Ley 6/1997, de 14 de abril, de Organización y Funcionamiento de la Administración General del Estado (LOFAGE), se consagra y trata de simplificar el reconocimiento de la aparición de los organismos públicos como excepción a la personalidad única de la Administración pero subordinados a ella, cuyo fin es “la realización de actividades de gestión o de ejecución” dentro de las funciones de la Administración General del Estado (art. 62.1). Desde el punto de vista funcional se trata de resolver bajo la figura de “organizaciones instrumentales independientes” de la AGE o las Comunidades Autónomas, exoneradas en este caso del seguimiento de esta norma. El nexo jerárquico no resuelve la consistencia del sistema administrativo con el mantenimiento de regímenes jurídicos diferentes entre órganos superiores y subordinados. Así la Administración instrumental es objeto de abundante literatura jurídica donde lejos de obtenerse una simplificación del ordenamiento jurídico se utilizan cada vez argumentos y razonamientos más alambicados, forzados y tal vez arbitrarios en su necesaria elaboración, cuando no, frontalmente críticos desde posiciones partidarias o contrarias con el mantenimiento de un régimen jurídico público homogéneo, su negación completa o, tal vez, su necesaria reformulación. La vinculación de la organización y el funcionamiento de la Administración a una Ley, extendiendo y detallando los términos que ya precisa la Constitución, supone el riesgo de interpretarla de forma inadecuada. Una regulación añadida al Régimen jurídico administrativo desde la abstracción de separar la ordenación del procedimiento de la organización y el funcionamiento de un mismo sujeto, y que éste ordenamiento se aplique de forma singular a una Administración, la General, en un sistema de pluralidad administrativa formada por otras que tienen plenas competencias análogas en sus ámbitos, resulta sumamente controvertido. En el caso de la LOFAGE se aprecia que por sí misma no representa un intento de revisión o reformulación de esa organización que sería lo que le diera el adecuado valor y significado a la Ley como elemento de transformación, sino más bien el otorgar carta de naturaleza al entramado institucional ya existente dentro de las Administraciones Públicas aplicado en este caso particular a la Administración General del Estado. Así no puede evitar, al tratar de simplificar y homogeneizar la definición de unos principios ya reglados sin pretender concretarlos, precisamente por la confusa comprensión de la misma dada su amplitud, el que tal definición incurra en situaciones

⁴⁷⁰ Vid.Ibid. p.505.

ambiguas o imprecisas y repletas de excepciones que comprometen la propia consistencia del texto con el marco jurídico establecido⁴⁷¹.

¿Cuál es la cualidad o el factor que determina la existencia de la Administración pública y con qué criterios se la puede precisar? A esta pregunta, cuya respuesta resulta esencial para su tratamiento y utilización como herramienta fundamental de la actuación del Estado, la doctrina jurídica encuentra complejas y a menudo contradictorias respuestas.

En este sentido, la mayor parte de la doctrina [...] entiende que la función de ejecución normativa, la función de ejecución material y la función de control o supervisión constituyen, como mínimo, funciones típicas y administrativas. Por su parte, la función de ejecución normativa se define como la potestad de ejecutar normas a través de normas, mientras que la función de ejecución material se define como la pura aplicación concreta e individual de una norma jurídica (o un conjunto de ellas). Por su parte, por control o supervisión, la doctrina se refiere habitualmente a aquella función de de *policía* [...] que está dirigida a examinar el adecuado cumplimiento del ordenamiento jurídico como medio para identificar aquellos casos en los que este último se violenta⁴⁷².

Respecto al marco técnico que opera dentro de la gestión pública, podríamos hablar de dos perspectivas, la primera desde el punto de vista de técnica administrativa de organización y funcionamiento y en segundo lugar de los instrumentos técnicos para la ejecución de los fines o actuaciones administrativas. En cualquiera de ellos sus respuestas aparecen simplificadoras, pues como materia técnica de la que se ocupan les basta satisfacer sus propósitos finalistas: atender a los servicios de los “clientes” y resolver la gestión necesaria para hacerlo en condiciones de eficacia y eficiencia, siendo esta última precisa para optimizar los recursos que los prestadores de los medios materiales otorgan a la consecución de los fines propuestos. Sin embargo también es cierto que a medida que estos medios técnicos se incorporan a la actuación administrativa y resuelven problemas concretos en su

⁴⁷¹ En relación al propio contexto jurídico constitucional la LOFAGE Malaret da lugar a la siguiente reflexión: “Resumiendo, podemos ver cómo el legislador tiene significativamente limitada su discrecionalidad y, en consecuencia, lo que deberemos ver es qué ocurre ante los silencios del legislador. Diría que tenemos que empezar a trabajar con la idea de que el legislador no necesita explicitarlo todo. El legislador no tiene que recordar sistemáticamente que estos principios deben aplicarse; lo que el legislador tiene o puede hacer, si quiere limitar la discrecionalidad de la Administración y facilitar la tarea al juez, es regular, formalizar los procedimientos concretos o mejor definir los trámites en cada supuesto necesarios en orden a la efectividad de los principios constitucionales. En este sentido me parece un tanto sorprendente la reiteración de estos principios que se hace en una Ley como la LOFAGE porque no añade nada a lo que ya estaba en nuestro ordenamiento y, en consecuencia, parece más un recurso retórico que la introducción de nuevas reglas prescriptivas”. (MALARET I GARCÍA, Elisenda. “El Derecho...” Op. Cit. p, 25-26).

⁴⁷² El paradigma que obliga a una definición de la Administración que asume este reto como una necesidad de identificar el objeto de la doctrina y el sujeto de la actividad institucional lo forma, en su realidad más compleja, la caracterización de la Administración Pública comunitaria: “Se trataría, a través de esta metodología, [*de tipo funcional a falta de una definición orgánica de administración pública comunitaria*] de cuáles son las funciones típicamente administrativas para, en un segundo momento, tratar de examinar qué órganos realizan dichas funciones. [...] no existe un acuerdo total en la doctrina (nacional e internacional) sobre cuáles son las funciones que desarrollan, o que deberían ser desarrolladas por una administración”. (Vid. ESTELLA DE NORIEGA, Antonio. “La Administración Pública Comunitaria” en VV.AA. *Manual de Derecho Comunitario*. Madrid, Centro de Estudios Ramón Areces, 2000. p.98). Sobre trabajos acerca de la definición jurídico-pública de la Comunidad Europea, Vid. SWARZE. *European Administrative Law*. Luxembourg, Office for Official Publications of the European Communities, 1992 y Vid. HARTLEY. *The Foundations of European Community Law*. Oxford, Oxford University Press, 1998.

ejecución, modifican las formas de adaptación de la Administración a las demandas sociales. Así el marco técnico condiciona permanentemente la organización y funciones y la pertinencia del propio marco jurídico del ámbito público.

III.3.3 La organización territorial y sus vías constituyentes como recurso de la eficacia administrativa.

De forma previa y somera conviene delimitar los conceptos de eficacia jurídica y de eficacia administrativa que aquí se trata. Ambas acepciones del mismo sintagma corren el riesgo de confundirse pues hacen referencia a adjetivaciones que afectan al ámbito público. El primero de ellos, la eficacia jurídica, aborda la capacidad de las normas legislativas para su cumplimiento, se trata de un concepto técnico que establece una determinación entre la cualidad formal y la capacidad material que porta una disposición normativa o resolución de carácter jurídico. En el segundo, la eficacia administrativa supone la vinculación entre el funcionamiento y los fines para los que dicho instrumento es diseñado. El nexo de unión entre ambos puede encontrarse en los fines materiales de la Administración alineados con las normas jurídicas dentro del sistema público en el que se desenvuelven cuando dichas normas disponen de los medios materiales y técnicos para un funcionamiento eficaz. Pero también, la eficacia administrativa puede cobrar autonomía si para alcanzar dichos objetivos materiales acaba prescindiéndose de la mediación jurídica, utilizando para ello exclusivamente medios técnicos sin motivación impulsada por una norma positiva incardinada en los principios del Derecho.

En este contexto se encuentra uno de los principales recursos jurídicos que permite obtener objetivos de eficacia administrativa definida en el ordenamiento constitucional a través de la descentralización de los poderes públicos. Se trata de las formas de organización territorial establecidas en el contrato constituyente con diferentes modalidades de descentralización política de las que se desprenden principios jurídicos de directa aplicación a objetivos de eficacia administrativa⁴⁷³. Estos principios de organización territorial se pueden ver enriquecidos a través de otras formas que trascienden al orden interestatal. En este sentido se pueden identificar dos estrategias en Europa con la primera conformación de una realidad constituyente supranacional, que corresponden por una parte a la concentración administrativa propia del proceso de creación de la Unión Europea, y por otra, a la descentralización política que depende de la definición de la voluntad estatal y encuentra un caso singular y reciente en el Estado autonómico español⁴⁷⁴.

⁴⁷³ Vid. SUBIRATS, J. “Veinte años de Estado de las Autonomías. Balance y perspectivas de futuro” en *Cataluña-España. Relaciones políticas y culturales*, (dirs. X. Antich, À. Castiñeira, y J. Colomina,). Barcelona, Icaria, 2003. p. 53-65.

⁴⁷⁴ Sin tratar de ser exhaustivo sobre tan prolífico objeto de investigación jurídico-política, como es en sí mismo el modelo autonómico español, a modo de introducción destaco las siguientes referencias. Vid. AJA FERNÁNDEZ, Eliseo. *El Estado Autonómico: federalismo y hechos diferenciales*. Madrid, Alianza, 2007. Vid. VIDAL BELTRÁN, José María y GARCÍA

En ambos casos la creación de normas constituyentes en el ejercicio de soberanía desde principios de legalidad y legitimidad democrática se propone por diferentes vías: en el caso estatal por el ejercicio directo de la soberanía popular, o, en el supuesto supraestatal de la Unión Europea, indirectamente a través de tratados asimismo constituyentes por delegación de la soberanía de Estados liberal-democráticos. Dentro de estas diferencias sustantivas entre ambas vías se pueden encontrar principios generales que enriquecen la doctrina del pluralismo político territorial como base de la eficacia administrativa y la conexión de ésta con los fundamentos constitucionales. Como premisa comparada de esta generalización se observa, ya sea en la construcción estatal o supraestatal, la aparición de actos de voluntad soberana de residencia constitucional con fines de desarrollo institucional bajo un criterio de eficacia jurídico-política, aspecto que conecta las bases constitucionales con los objetivos de eficacia pretendidos por los poderes públicos en la fundación de sus nuevas entidades de administración y gobierno⁴⁷⁵.

El Derecho comunitario posee, tal y como lo presenta la doctrina, dos bases fundamentales: por una parte los tratados constitutivos que para algunos autores forman un derecho internacional especial, y por otro, añadiendo en su doctrina los principios comunes de los ordenamientos de los Estados miembros, el desarrollo jurisprudencial del TJE. Asumiendo estas bases como formadoras de un bloque de constitucionalidad, el Derecho comunitario se completa con su dimensión institucional, en la que recae el desarrollo de la ejecución normativa que conforma su marco jurídico⁴⁷⁶.

Los principios del Derecho comunitario llevan inherentes la creación de sus poderes públicos, y en el desarrollo de los tratados que dan lugar a su ordenamiento constitucional, toda la referencia legislativa a los principios del Derecho administrativo propio. Al tratarse de una creación nueva, las Comunidades europeas primero y la Unión Europea después, forman una entidad política en la que se pone de manifiesto en una secuencia fácilmente observable cómo la norma constitucional precede al ordenamiento administrativo. Por otra parte, la observación de las diferencias con la formación de los

HERRERA, Miguel Ángel (Coord.). *El Estado Autonómico. Integración, solidaridad y diversidad*. 2 vols. Madrid, INAP, 2005.

⁴⁷⁵ Vid. PORRAS NADALES, Antonio J. "Complejidad, eficacia y subsidiariedad" en *El constitucionalismo en la crisis del Estado social*, (ed. Miguel Ángel García Herrera). Bilbao, UPV, 1997. p.111. La eficacia administrativa se presenta como un valor neutro, no se trata de que las acciones de la administración tiendan a regular la actividad política y social que obliga a aplicar medios y mecanismos eficaces para su aplicación y vigilancia, sino también a desregular, donde paradójicamente actúa con mayor eficacia el desarrollo jurídico, pues aquí traspasa éste las garantías para su cumplimiento al orden jurisdiccional sin necesidad de aportar otros recursos materiales que la vigilancia administrativa (policía) como primera instancia a través de los recursos sancionadores.

⁴⁷⁶ Vid. RODRÍGUEZ IGLESIAS, Gil Carlos. *Discurso de investidura como Doctor honoris causa por la Universidad de Cádiz*. Cádiz, 20 de octubre de 2010. Recogido en <http://www.uca.es/recursos/doc/Unidades/Gab_Com_Mark/oficina_prensa/17321625_22102010101757.pdf> (consultado el 12 de febrero de 2011).

ordenamientos constitucionales y administrativos en los Estados europeos arroja varias características destacables:

a) La herencia de los ordenamientos precedentes en el nuevo (como los del Antiguo Régimen para los Estados), también condiciona el nuevo ordenamiento de la UE, pero en este caso en forma de principios comunes de los Estados miembros, quedando el bloque regulador escrito de su constitucionalidad en los tratados, y la interpretación y ejecución de los principios en la jurisprudencia comunitaria como nexo único de dependencia y continuidad con el pasado.

b) La ausencia de normativa administrativa de regulación interna (el régimen jurídico administrativo) ésta se va registrando en la jurisprudencia del Tribunal de Justicia, en la que impera “la aplicación de reglas objetivas de valoración de la regularidad de la acción administrativa” y “[...] el protagonismo de los principios generales en la aludida función de control (*a la actividad de ejecución*)”⁴⁷⁷. Fuera de la función del bloque constitucional de los citados tratados, sólo quedan las disposiciones normativas, legislativas o reglamentarias⁴⁷⁸.

Respecto a los puntos de convergencia con los modelos de organización territorial estatales, es observable el mencionado ejemplo del Estado autonómico español como caso singular de federalismo donde los territorios también se reparten competencias políticas con el Estado y su Administración general y lo hacen desde el mandato constitucional. Sin embargo aquí sí aparecen otras características que llevan a un marco jurídico administrativo autónomo, con un amplio desarrollo normativo del control de la actividad y las funciones administrativas. Esa autonomía reside en la inercia del citado marco jurídico de la Administración, que se desenvuelve con una relativa independencia del sistema político amparado en los sucesivos textos constitucionales y con una escasez de principios de la doctrina constitucional que sirvan a una aplicación flexible en el control jurídico de los actos y funciones del poder ejecutivo, dado el estricto marco regulador de su régimen jurídico.

Sin embargo, también en los Estados, como es el caso español que nos ocupa, donde la organización territorial parte de una definición política competencial, se producen importantes

⁴⁷⁷ Nota entre paréntesis mía. Vid. PAREJO ALFONSO, Luciano. "Los principios generales del Derecho Administrativo Comunitario" en VV.AA. *Manual de Derecho Comunitario*. Madrid, Centro de Estudios Ramón Areces, 2000. p. 66.

⁴⁷⁸ Aparecen diferentes interpretaciones sobre la naturaleza constitucional de los Tratados comunitarios, como “método más cercano al constitucional interno que al internacional clásico” (Vid. PAREJO ALFONSO, Luciano. “Los principios...” Op. Cit. p. 42), o bien la mencionada más arriba por Rodríguez Iglesias como “derecho internacional especial”, que parece apoyarse en una visión más jurisdiccional que califica el Tribunal de Justicia de “ordenamiento jurídico nuevo” en la sentencia *Van Gend en Loos* (RODRÍGUEZ IGLESIAS. *Discurso...* Op. Cit. p. 6). En el sentido comparatista que interesa abordar aquí, la visión más administrativista de Parejo resulta adecuada al intento de establecer generalizaciones o principios sobre las relaciones entre constitucionalidad y juridicidad del marco administrativo. Sin embargo, cualquier análisis comparado debe considerar entre sus premisas la fundamentación singular del Derecho Comunitario en el Derecho público internacional para la conformación de poderes públicos con competencias políticas y administrativas, pero también de mecanismos jurisdiccionales. Una vez más las definiciones dogmáticas, resultan complementarias, pues atienden a perspectivas diferentes que se conjugan dialécticamente.

paralelismos con la Administración comunitaria. La facultad de desarrollo legislativo autónomo en competencias exclusivas por los territorios dentro de otro marco legislativo básico de materia específica podría aparecer como un primer criterio comparatista de la en los ordenamientos constitucionales estatal y comunitario, abstrayendo sus ya citadas diferencias sustantivas jurídico-políticas. Se pueden establecer así diferentes grados de aplicación de ese principio de eficacia administrativa una organización territorial plural. La mejor adaptación de las normas a la realidad política y social asentada en cada territorio, que supone su mayor capacidad de cumplimiento general dentro de una definición homogénea. También se puede constatar la eficacia de respuesta de las instituciones a las demandas de la población territorialmente autoconformada para su mejor recepción, interpretación y ejecución del ordenamiento común y propio que parte del reconocimiento competencial jurídico y administrativo que las conforma⁴⁷⁹. Por último, la atribución de competencias en orden al principio territorial, que supone la seleccionar el nivel más eficaz según el ámbito de aplicación de las funciones y las mejores condiciones de ejecución⁴⁸⁰.

Por otra parte la organización territorial y por ende de reparto competencial político y administrativo que tiene sus principios declarativos y su desarrollo regulatorio en las fuentes constitucionales, no encuentra necesariamente todos los elementos que aseguren la eficacia administrativa, en gran medida porque sus fines no son únicamente administrativos, si no fundamentalmente políticos. Generalmente la organización política compuesta, o bien en el orden estatal o a través de estructuras territoriales, o supraestatal en la formación de instituciones que se superponen a los poderes públicos estatales en aras a objetivos de beneficio mutuo previamente pactados, ocasionan situaciones de “complejidad, *concurrentialidad* y conflictividad” en la gestión de los asuntos ordinarios⁴⁸¹. Ante tales situaciones se producen actuaciones que se resuelven a través de mecanismos políticos y decisiones técnicas extrajurídicas por los cauces de regulaciones que han ocasionado importantes desajustes en la ejecución práctica, por lo que en casos de desacuerdo también intervienen las vías jurisdiccionales. En lo que se refiere a todos ellos aparecen los instrumentos de colaboración, que incluyen las actuaciones gubernamentales y de los grupos políticos y los desarrollos legislativos tanto en el bloque de constitucionalidad como en las grandes leyes administrativas que detallan los procedimientos en que se sustancian los niveles de ejecución de las competencias, coordinación y

⁴⁷⁹ Vid. PORRAS NADALES, Antonio J. "Complejidad, eficacia,..." Op. Cit. p. 104.

⁴⁸⁰ Vid. Ibid. p. 195.

⁴⁸¹ Bajo estos términos caracteriza Porras Nadales los rasgos atribuidos a la ejecución del Derecho europeo, pero son extensibles a Estados compuestos de desarrollo competencial variable como el Estado autonómico español. Ibid. p.112

otros⁴⁸². Estas últimas, en el caso de la Unión Europea, se producen en sede judicial del TJE con el desarrollo jurisprudencial que da lugar a la mayoría de regulaciones jurídico-administrativas.

En su conjunto, estos mecanismos contribuyen a la eficacia administrativa, pues entre otros factores, no es posible situar ésta fuera del conjunto de requisitos políticos en el que se han fraguado las instituciones. Por lo tanto, la organización territorial compuesta, federal o heterogénea, consiste en un sistema político-administrativo que dispone de un ordenamiento jurídico formado en el marco constitucional y otro conjunto de disposiciones. Permite crear así un modelo administrativo eficaz en el que se conjugan estos elementos jurídicos junto a otros instrumentos políticos de actuación, compensación y equilibrio⁴⁸³.

III.4 Elementos de conexión entre el Estado de Derecho y el funcionamiento administrativo.

III.4.1 Los principios jurídicos de funcionamiento de las Administraciones Públicas como vía de legitimidad en la actuación del Estado.

III.4.1.a Legitimidad, legalidad y eficacia.

Para emplear una definición de legitimidad en la acepción del término utilizada en este capítulo, es decir, en el sentido político más amplio, tomemos la que cita el Diccionario de términos jurídicos de Comares por su sencillez y rigor “legitimidad es la capacidad de un poder para conseguir obediencia sin tener que recurrir a la fuerza”⁴⁸⁴. Si el poder del Estado se funda en un conjunto de normas y principios que contienen derechos y obligaciones de sometimiento al ordenamiento constitucional socialmente pactado, al ejercicio del poder cabe añadir otro principio de legitimidad que se funda en los resultados de la actividad de las administraciones públicas, pues en los beneficios que éstas produzcan residirá una adhesión general voluntaria y consentida que evite el recurso a la fuerza. Así, la definición de esta voz en el diccionario citado concluye afirmando: “hoy [los tipos de legitimidad que establecía Max Weber] pierden importancia ya que el Estado busca la legitimidad, sobre todo en la eficacia”⁴⁸⁵.

La consecución de tal legitimidad indica al menos dos caminos: por la vía formal del Derecho a través del ordenamiento jurídico positivo y el cumplimiento de su legalidad, siempre que se base en

⁴⁸² En esta área y en referencia al caso de España vid. FERNÁNDEZ MANJÓN, Desiderio. “La colaboración como instrumento de construcción de los estados compuestos asimétricos. Luces y sombras” en *Autonomías*, n. 27, 2001. p. 7-26.

⁴⁸³ En las organizaciones plurales existe una tendencia a desplazar los conflictos al exterior. Porras Nadales apunta que esta óptica es propia de la lógica neoliberal. En la política europea, bajo el principio de subsidiariedad se trasladarían los problemas no resueltos en el nivel periférico al central. Este principio afectaría al derecho público como “marco de desarrollo original” y sería aplicable a formas de organización estatales como el Estado autonómico. Vid. PORRAS NADALES, Antonio J. “Complejidad, eficacia...” Op. Cit. p. 118

⁴⁸⁴ Vid. VILLA-REAL, Ricardo y DEL ARCO TORRES, Miguel Ángel. *Diccionario...* Op. Cit. p. 300.

⁴⁸⁵ *Ibid.* p.300. En referencia a la legitimidad carismática, tradicional y racional. Vid. WEBER, Max. *Sociología del poder...* Op.Cit. p. 59-67.

principios social y políticamente aceptados; y por el contenido material capaz de mostrar una capacidad medible y evaluable de satisfacer las necesidades y demandas ciudadanas en la acción de las instancias públicas⁴⁸⁶. En el primero se sitúa el marco jurídico, cuyas regulaciones encuentran ratificación en el ordenamiento constitucional y una legitimación amparada por regulaciones jurídicas generales directamente ejecutables a través de resoluciones ajustadas a ellas dentro del ámbito de los poderes públicos. Respecto al segundo, de condición empírica, llega a entenderse para los adeptos puros al sistema anglosajón, donde encuentra un sustrato administrativo favorable, no ya complementario, sino alternativo a la cualidad ejecutoria de un sistema jurídico abstracto. Así, Richard B. Steward ha señalado alternativas en el ámbito de elaboración de las normas al Derecho Administrativo a las vías informales que sustituyen al “proceso judicial”, como el reforzamiento de las funciones de control en la creación de la *Office Management and Budget* (OMB), encargada del análisis de coste beneficio de las actuaciones normativas, y la sustitución de la intervención legislativa por instrumentos económico-financieros⁴⁸⁷.

Sin embargo, ambos caminos confluyen si se observa que para la eficacia de la acción del Gobierno parece difícil dissociar la legitimidad política y el cumplimiento de la legalidad, lo que se deduce al comparar los dispares regímenes jurídicos que se aplican al poder ejecutivo en la legislación británica y continental. Aunque cada uno de estos regímenes se adecúa mejor a aquellos caminos, en ambos el concepto de regulación del poder ejecutivo se lleva a cabo a través de las bases estatutarias que rigen la acción administrativa. Si bien el caso del Reino Unido carece de una regulación codificada que establezca el estricto deber del Gobierno, lo que sería un Estatuto expresamente articulado, funcionan en él dos principios que hacen efectivo el control de la legalidad. Por una parte la prerrogativa permite actuar al Gobierno en cualquier competencia que no tenga previamente limitada por la Common Law, como un sujeto privado más. Sin embargo, tanto los particulares que pueden verse afectados por una acción gubernamental, como el Parlamento, que tiene capacidad de limitar cualquiera de las prerrogativas según su apreciación soberana del interés general, actúan a posteriori como la base estatutaria de facto que regula las acciones de la Administración en lo que se denomina “the third source powers”. En este sentido en la legislación británica la articulación de las bases estatutarias aparece más como la responsabilidad del legislador para tomar medidas⁴⁸⁸.

Tampoco parece que se trate de equipar la vía de la eficacia técnica con las insuficiencias del enfoque economicista de la gestión pública como sustitutivo del marco jurídico, de hecho el marco

⁴⁸⁶ Vid. BELTRÁN VILLALVA, Miguel. *La élite...* Op.Cit. p.59

⁴⁸⁷ STEWARD, Richard B. “La justicia administrativa en Estados Unidos” en *La justicia Administrativa en el Derecho Comparado*, Monografías Civitas, Madrid, 1993. p 581-588.

⁴⁸⁸ JURGENS, Gerdy; VERHOEVEN, Maartje y WILLEMSSEN, Paulien. “Administrative Powers in German and in English Law” en *The Eclipse of the Legality Principle in the European Union* (Eds. Leonard Besselink, Frank Pennings y Sacha Prechal.). AH Alphen aan den Rijn, Kluwer Law International, 2011. p. 37-54.

técnico extrajurídico realiza aportaciones más ricas y expresivas en sus propuestas a la organización y el funcionamiento de la Administración que cualquier reduccionismo de esta índole, como se ve en la propia evolución que la citada OMB ha experimentado en la Administración del Presidente Obama ampliando el portfolio de esta oficina, sino de considerar que cualquiera de estas aportaciones no puede sustituir la función legitimadora que otorga el ordenamiento jurídico público al Estado⁴⁸⁹. Tal vez una de las bases de esta función legitimadora reside en la conexión entre los principios constitucionales y el ordenamiento administrativo en la cláusula del Estado de Derecho, que manifiesta una prueba de subordinación de éste a aquellos, *conditio sine qua non* para el ordenamiento de la Administración a través de un régimen jurídico propio y vía segunda de legitimidad del Estado por su directa aplicación a los poderes públicos⁴⁹⁰.

En sentido contrario y más reciente, se presenta la creciente exacerbación del economicismo en el caso de España ante las críticas medidas de subsanación del déficit público impelidas por las exigencias de la Comisión Europea, el BCE y el FMI. La conjugación entre la aplicación antijurídica de categorías economicistas y el ordenamiento de la Administración, entroncado con principios constitucionales, aparece de forma paradigmática en el Proyecto de Ley de racionalización y sostenibilidad de la Administración Local, como pone de manifiesto el Dictamen del Consejo de Estado 567/2013 (HACIENDA Y ADMINISTRACIONES PÚBLICAS) de 26 de junio de 2013. En este caso el citado Ministerio utiliza una figura técnica para superponerla al ordenamiento jurídico con el título de “coste estándar” como criterio objetivo y tasado por Decreto para ordenar desde el Gobierno las competencias de las Administraciones Locales de acuerdo a una exclusiva evaluación de los costes en la prestación de los servicios públicos⁴⁹¹. A la lectura del dictamen se desprenden varios niveles de

⁴⁸⁹ Se puede apreciar el incremento de personal y presupuesto de la OMB en Office Management and Budget. Executive Office of the President, Fiscal Year 2011 Budget y Executive Office of the President, Fiscal Year 2008 Budget. Respecto al mismo informe del “Fiscal Year 2008 Budget” se justifican los tres años anteriores coincidentes con los cambios de mandato presidencial. En el último periodo, que corresponde a la presidencia de Obama, se amplía el contenido de los programas en las áreas de Health programs y Education, Income maintenance, & Labor Programs. Ambos informes se pueden consultar en <<http://www.whitehouse.gov/omb/organization>> (consultado el 22 de febrero de 2010).

⁴⁹⁰ Ibid. SANTAMARÍA PASTOR, JUAN ALFONSO. *Principios de Derecho Administrativo General*. v.I. Madrid, Iustel, Portal Derecho, S.A., 2004. 1ª ed. p. 76. A los principios y valores de la Constitución deben adaptarse todas las ramas jurídicas, pero se destaca su incidencia especial al ordenamiento de la Administración” [...] el Derecho administrativo es, esencialmente, el régimen jurídico del poder público en su expresión más efectiva y directa; y es natural que el impacto de la Constitución sea tanto más enérgico en las normas más directamente vinculadas a las cuestiones relativas al poder, objeto directo y preferente del texto constitucional;...”.

⁴⁹¹ El concepto se basa en la definición por un estudio previo del Instituto de Estudios Fiscales (IEF) titulado “Informe sobre el ahorro potencial por establecimiento de un coste estándar en la prestación de servicios en el ámbito local y por la limitación de la iniciativa pública para el desarrollo de actividades económicas de los Municipios”. Dicho estudio basa sus conclusiones en el análisis estadístico de la liquidación presupuestaria municipal de un solo año, lo que ya origina críticas en su fundamentación técnica. Tampoco la memoria del proyecto en el apartado de “análisis de impactos” basado en el citado estudio y presentada al Consejo de Estado se libra de errores e inconsistencias señalados en el dictamen. Vid. JIMÉNEZ MARTÍN, Javier. “Reforma de las Administraciones Locales: negación y desprecio de lo público” en *nuevatribuna.es*, 27 de abril de 2013. <<http://www.nuevatribuna.es/opinion/javier-jimenez-martin/reforma-de-las>

conculcaciones jurídicas, desde el principio constitucional de la Autonomía Local, la vulneración de la jerarquía de fuentes con intromisión en numerosos ordenamientos sectoriales y competencias autonómicas, el vacío legal en el establecimiento de mecanismos de asunción de obligaciones competenciales municipales, entre otras que alteran toda la arquitectura institucional de la Administración Local. Además, poniendo de manifiesto el contenido material de la formalidad jurídica, se incumple el propósito inspirador de la norma legislativa al no garantizar la estabilidad presupuestaria y suficiencia financiera prevista en la Ley Orgánica 2/2012, de 27 de abril, para los entes que reciben las competencias, especialmente las Diputaciones, tal y como se señala en el propio dictamen. Sin que tantos despropósitos pretendan servir de ejemplo del uso de las medidas técnicas en las acciones de la Administración, si puede revelar la conexión con el principio de eficacia cuando aquellas dejan de subordinarse debidamente al marco jurídico.

III.4.1.b Entronque con el derecho constitucional y sus principios.

Los instrumentos de la acción de la Administración, que detenta el poder ejecutivo a través de la potestad reglamentaria y las actuaciones administrativas, se fundamentan en el Derecho. Son diversas las doctrinas reseñadas respecto a esta cuestión, sin ánimo de exhaustividad, pues ésta debe llevar a encontrar una prolija suerte de posicionamientos mixtos e intermedios que en el límite podrían llegar a ser tantas como autoridades del Derecho Administrativo, en virtud de la riqueza interpretativa que se da en él. Desde su perspectiva más general se destacan bajo éste criterio generalizador dos grandes orientaciones.

En primer término se considera la formal independencia del Derecho administrativo sobre el ordenamiento constitucional positivo, debido a que aquel se forma con anterioridad, por lo que existe un cierto grado de descendencia de éste⁴⁹². Esta posición pierde fuerza si se acepta que el constructo constitucional parte de los principios establecidos que se regulan de forma positiva por el Estado liberal, o en marcos consuetudinarios que conforman en su interpretación y aplicación un referente constitucional de facto. En segundo lugar una posición proclive a entender que el Derecho administrativo se subordina siempre de forma positiva al Derecho constitucional, bien sea a partir de la doctrina que surge del bloque de constitucionalidad a través de su jurisprudencia o desarrollo legislativo, o bien por la propia reforma política que un nuevo ordenamiento constituyente lleva implícita. En este

administraciones-locales-negacion-y-desprecio-de-lo-publico/20130427094739091430.html> (Consultado el 29 de marzo de 2014).

⁴⁹² “No obstante, la Administración como poder constituido que nace del *novum* del texto constitucional de 1978 se parece mucho al modelo de Administración que existía con anterioridad. Esta circunstancia no es excepcional, ya que ninguna Constitución nace de la nada o en un vacío jurídico —STC 108/1986—, sino que lo hace en una sociedad organizada jurídicamente, y no pretende derogar todo el ordenamiento preexistente.” (TRONCOSO REIGADA, Antonio. “Dogmática...” Op. cit. p. 90).

caso son los principios constitucionales los que informan en cada momento del principio de legalidad que infunde el Derecho administrativo a su ordenamiento jurídico.

La inscripción a la primera corriente doctrinal, que existe de manera generalmente implícita, es decir sigilosamente introducida pero no expresamente admitida, es de todo punto descartable por más que se apoye en la seguridad jurídica que opera en la fortaleza intrínseca de la doctrina jurídica y su naturaleza racional o científica u otros argumentos de naturaleza dogmática. De hecho su empeinado seguimiento podría suponer una de las causas de la huida del Derecho, pues acaba adoleciendo de la mínima causa de legitimidad que apela no tanto, en la finalidad última de esta doctrina, al uso de la vía jurisdiccional contenciosa como elemento garantizador, si no al fomento de la inobservancia por el ámbito privado del sometimiento a la legalidad de las acciones públicas. Todo ello a pesar de que ni siquiera el principio de legalidad elaborado por la doctrina clásica está exento de revisión dentro del ordenamiento constitucional. Es destacable en este sentido cómo el sometimiento a la legalidad pasiva, que impone el sujeto Administración y que cobra forma de privilegio por ser potestativa, queda condicionado a la justificación de los fines de la actuación pública que se persigue, y sin embargo resulta ilimitado como legalidad activa, es decir cuando se trata de la tutela completa del sujeto al que se dirige la actuación administrativa⁴⁹³. Es así que el ordenamiento constitucional hace recaer el control de la legalidad directamente sobre la Administración, y no indirectamente sobre el ciudadano cuando aquella se inviste de plena potestad sobre éste, así, cuando dicho control se ejerce sobre sus actuaciones la Administración debe limitarse a una aplicación proporcional a sus fines: “Las potestades que la Constitución y las leyes encomiendan a la Administración no son privilegios, sino instrumentos normales para el cumplimiento de sus fines, y en definitiva, para la satisfacción de los intereses generales” (STS 27 de marzo 1986, ponente R. Mendizábal Allende)

En la segunda posición se considera que son los principios constitucionales los que informan de las necesidades de adaptación del ordenamiento administrativo en todo momento, si no en su desarrollo, sí en su interpretación. El primer problema de tal noción radica en la conjugación de los principios, que la práctica administrativa lleva a menudo a su propia contradicción interna. Existen al menos cuatro cláusulas que alinean los principios del Derecho Administrativo con los constitucionales en la CE, que por otro lado forma causa común con el Derecho Constitucional continental, bien alemán, francés o

⁴⁹³ Vid. MEILÁN GIL, José Luis. “La Administración Pública...” Op. Cit. p.504. Respecto al sometimiento a la Ley y el Derecho por parte de la Administración (art.103.1 CE) afirma lo siguiente “El sometimiento pleno no significa sólo la prohibición de ámbitos inmunes al control jurisdiccional, lo que ha supuesto la derogación de aquellos preceptos que excluían del contencioso-administrativo determinadas materias sobre las que recaía actividad de la Administración, sino también la revisión, cuando no la eliminación de privilegios que chocan con el reconocimiento constitucional de derechos fundamentales, especialmente el derecho a la tutela judicial efectiva [...] Inherente a su calificación como poder público es el reconocimiento de potestades de la Administración, que se justifican en función de los fines que deben alcanzar. Precisamente esta vinculación o sometimiento de la actuación administrativa a los fines que la justifican es lo que explica el control de la legalidad de aquella”.

comunitario, entre otros⁴⁹⁴. Se trata de las cláusulas de Estado de Derecho, Estado social, Estado Democrático y Estado Autónomico o Derecho de organización territorial allí donde tal ordenamiento lo impela⁴⁹⁵. En una primera observación, y de forma aparentemente paradójica, son las cláusulas de Estado social y Estado democrático las que más contradicciones presentan. En efecto, siguiendo a Santamaría Pastor, los principios de eficacia, adscritos a la primera cláusula, y la objetividad, imparcialidad y publicidad enmarcados en la segunda son una fuente de confrontación interna en la interpretación del ordenamiento y funcionamiento administrativo. De esta contradicción se deduce una salida aparente que se basa en el reconocimiento de la preeminencia de los ciudadanos como los auténticos titulares y depositarios de la soberanía del Estado y receptores de los servicios y derechos que éste ejerce y tutela. En efecto, el principio de soberanía política pone claramente en conexión la finalidad del Estado social y el democrático, pues en ambos el ciudadano aparece como sujeto de su acción⁴⁹⁶, por lo que es en la definición de la dimensión objetiva de aplicación de los principios de las cláusulas constitucionales a este sujeto (el ciudadano) donde tal contradicción puede y debe resolverse⁴⁹⁷.

La interpretación de estos principios y el examen de su praxis permiten que el ordenamiento del Estado de Derecho pueda dirigir las actuaciones administrativas en los ámbitos jurídico y técnico. La obligación de objetividad, imparcialidad y publicidad de los actos administrativos, si bien sigue siendo imperativa, no justifica la salvaguarda preferente de los intereses propios de la Administración ante terceros, pues el ordenamiento jurídico no dispone positivamente estas obligaciones, sino que las

⁴⁹⁴ “Frente a las posibles reformas del Derecho Administrativo aparece la posibilidad de colisión con el constructo del Derecho Administrativo europeo, basado en normas de procedimiento que pueden limitar el desarrollo de un Derecho Administrativo constitucional de corte estatal”. (JORDANO FRAGA, Jesús. “Tendencias de evolución en el derecho administrativo y alguna propuesta iconoclasta” en *El derecho administrativo en el umbral del siglo XXI. Tomo I*, (dir. Francisco Sosa Wagner). Valencia, Tirant lo Blanch, 2000. p.177-195).

⁴⁹⁵ SANTAMARÍA PASTOR, J. Alfonso. *Principios...* Op. Cit. p.75 a 142.

⁴⁹⁶ Tras situar a la seguridad ciudadana como “misión basal”, entendida como función primaria y sustrato del poder público que históricamente es, la seguridad Ciudadana, en su conexión con la garantía de los derechos y libertades fundamentales, asevera lo siguiente: “la alusión a ésta [la seguridad ciudadana] en la Constitución aparece enteramente penetrada por la perspectiva de su relación con el ciudadano, en tanto que sujeto dotado de un preciso *status* constitucional, que inevitablemente ha de proyectarse y tener consecuencias para la organización, el funcionamiento y la acción del poder público administrativo”. (PAREJO ALFONSO, Luciano. *El ciudadano y el administrado...* Op. Cit. p. 540).

⁴⁹⁷ Vid. Ibid. p. 541. Por ejemplo, debería reflexionarse sobre la distinción entre ciudadano e interesado que Parejo sitúa en la interpretación de estos *status* de un mismo sujeto del Derecho ante el Estado y la Administración a la luz del art. 105 CE y sus cláusulas a) y c) tras revisar parte de la doctrina del TC al respecto: “Queda claro, pues, que el empleo por la norma fundamental de distintos conceptos en uno y otro (ciudadano e interesado) no es indiferente, ni irrelevante”. No parece que ambas situaciones del sujeto, en definitiva el mismo, ni las “modulaciones en función de los términos y circunstancias en que se produce la trabazón de dicha relación”, sean en menoscabo de los derechos ciudadanos según que caso, si no más bien todo lo contrario. Sean actos administrativos singulares o simples, o disposiciones de la Administración, el papel del ciudadano en su personalidad física o jurídica (en asociaciones de tipo sectorial) siempre es preponderante sin que parezca necesario que deba ser mayor o menor su consideración si los derechos o intereses en juego son o no fundamentales. Lo que debería verse es en su oposición a las personas que detentan en la doctrina clásica ese interés general, es decir, la propia Administración y los terceros, cuya representación parece que la propia Administración ostenta, a través del Derecho y su interpretación por la parte administrativa.

sustenta en el interés general. Este concepto representa abstractamente a éstos sujetos terceros, lo que debe llevar a una valoración adecuada de su interpretación en caso de conflicto con la eficacia que obliga al servicio público ante el interesado.

La primera y ,más importante manifestación del interés general servido por la Administración es, pues, cabalmente, el orden sustantivo de derechos y libertades que determina el Título primero de la norma fundamental, constitutivo, por ello y a través del valor superior de la dignidad de la persona y el libre desarrollo de su personalidad en sociedad (del cual son una particularización aquellos derechos y libertades), del fundamento mismo del orden político y la paz social de que habla el artículo 10.1 CE⁴⁹⁸.

De esta importante reflexión se desprende que en las relaciones entre la Administración y el ciudadano prevalecen los derechos fundamentales sobre el interés general, unos inalienables, los otros cambiantes, donde el ciudadano tenga derechos reconocidos no caben potestades públicas contrarias a ellos y las garantías actúan en este orden asegurando los medios para su ejercicio⁴⁹⁹. Es decir, en el supuesto de la la acción administrativa limitadora de derechos, prevalece el bien jurídico del sujeto activo sobre los requisitos que impone la Administración para su reconocimiento en virtud del interés general que actúa como sujeto pasivo. Así, el incumplimiento de las garantías que exige ese interés general, si son formales deben permitir su subsanación pues es presumible un derecho subyacente cuya tutela se impone. En definitiva cuando el principio de objetividad se trata de resolver en la ejecución del procedimiento definido en su absoluta generalización jurídica puede ser tarde para “mantener a los servicios públicos a cubierto de toda colisión entre intereses particulares e intereses generales” (STC 77/1985, de 27 de junio)⁵⁰⁰, pues son los intereses particulares los que para su tutela por el procedimiento requieren, sin subordinarse a la seguridad jurídica, una resolución eficaz en su ejecución. Desde la perspectiva de la Administración sólo quedan dos caminos para evitar la antijuricidad de tales actos, o la interpretación cabal de su práctica y ejecución en el procedimiento o su concreta aclaración en el desarrollo normativo legal o reglamentario.

⁴⁹⁸ Ibid. p. 539. En todo caso y tomando la cita como literal interpretación de este artículo, es ese orden político y paz social el instrumento para alcanzar el fin constitucional sustantivo: los derechos y libertades del ciudadano. De forma análoga es imperativo deducir que el interés general existe para poder asegurar el conjunto de intereses ciudadanos singularmente considerados, sin que éstos deban motivarse en aquellos, si no más bien corresponde a la autoridad procurar que la obligada defensa del interés general no perturbe innecesariamente el ejercicio singular de esos derechos inalienables y en su caso las prestaciones derivadas de los derechos reconocidos por la Administración que incluyen habitualmente los impulsados por los principios rectores del Cap.III de este Título. .

⁴⁹⁹ En una valoración difícil de eludir a matizaciones desde esta posición, Juli Ponce expone que “En términos generales ha primado una visión puramente defensiva del procedimiento” cuya regulación “se ha concentrado, siguiendo la tradición, en la potenciación de las garantías del interesado, relegándose otros aspectos conectados con la garantía del adecuado servicio a los intereses generales”. Su definición, que se verá más adelante, no concuerda en nuestra opinión ni con la praxis mantenida hasta ese momento por la tradición liberal-democrática en la función de las garantías, ni con la interpretación de fondo de su equiparación constitucional a los derechos particulares, lógicamente emanados de los derechos fundamentales del individuo y ciudadano. Es cierto, sin embargo, que en el liberalismo clásico, que basaba las garantías en la defensa de los intereses de los propietarios, ese era su principal sentido. Vid. PONCE SOLÉ, Juli. *Deber de buena Administración...* Op. Cit. p. 32.

⁵⁰⁰ MEILÁN GIL, José Luis. “La Administración Pública...” Op. Cit. p.503.

III.4.1.c Principio de especialización y ampliación del marco de acción jurídico administrativa.

En este proceso de desarrollo normativo se producen ordenamientos de diferente vinculación jurídica interna y externa. Por un lado especialidades que deben atender a los nuevos objetos de regulación administrativa que proceden de las nuevas realidades demandadas por el desarrollo social, pero también en la conexión con las fuentes de regulación basadas en la pluralidad competencial y relacional de las administraciones, entre ellas destaca el ordenamiento supranacional que introduce la UE. Es observable la tendencia a la continuación de la segregación como superación del “modelo unitario clásico” del régimen jurídico público, tal y como se ha producido en el área del Derecho ambiental: se avanza a prescindir del grado de abstracción y aparecen en su lugar dogmáticas “específicas”⁵⁰¹ que en definitiva dan lugar a ramas autónomas del Derecho Administrativo. Esta tendencia a producir especialidades sectoriales normalmente vinculadas a nuevas áreas de regulación o protección hasta ahora no cubiertas es la que empieza a producir una tecnificación del marco jurídico que debe adaptarse a nuevas realidades que se definen en el marco técnico. El Régimen jurídico público unitario quiebra pero en su lugar el Derecho Público consigue introducirse en nuevas materias que mantienen el principio de legalidad a costa de una mayor complejidad de aplicación del mismo debido a su heterogeneidad y especialización.

Si nos detenemos en el art. 103.1 CE se observa como el principio de eficacia desarrolla variantes homónimas en su conexión con la cláusula de Estado social y con la cláusula de Estado autonómico, que en la CE tiene la vertiente político-territorial, como se ha visto, propia del Estado compuesto (variante de federal) que caracteriza la organización y actuación de la Administración del Estado⁵⁰². De forma general, y sin entrar en los correspondientes desarrollos legislativos que se citan

⁵⁰¹ Vid. JORDANO FRAGA, Jesús. “Tendencias...” Op. Cit. p 196. Se expone como ejemplo la transposición de la Directiva europea que libera el acceso a la información en materia de Medio Ambiente (90/313/CEE). Después de discutirse esta especificidad, tal y como constata el autor, la Ley 38/1995 de 12 de diciembre ha procedido a una “regulación divergente y propia” que reconoce esta especificidad, basada en el principio de que “En la tutela de un bien jurídico colectivo no son trasladables esquemas individualistas” como cabría ante cualquier restricción como el interés legítimo y directo y otras presunciones como la intimidad, averiguación de delitos o seguridad del Estado. Sin embargo la denegación de información por vía de resolución facilitaría la denegación de este derecho al reentrar a través de ésta en el procedimiento común sujeto al plazo máximo de resolución de dos meses y el silencio negativo que agota la vía administrativa. La necesaria y obligada especificidad choca con el predominio del procedimiento común”.

⁵⁰² Vid. MEILÁN GIL, José Luis. “La Administración Pública...” Op. Cit. p.506-519. Resulta de gran interés seguir el análisis que se hace por este autor de estos principios a la luz de su heterogénea aplicación en textos de gran importancia en el desarrollo del Derecho Administrativo constitucional, como son la LCAP de 1995, Ley 12/1983, de 14 de octubre, del Proceso Autonómico LPA, y especialmente la LRJAP y LOFAGE. Como observación general y personal a este análisis se quiere destacar como existe un campo de delimitación entre estos principios y su desarrollo legislativo, en el que no se va a entrar al menos en este momento, especialmente cuestionable en ciertas normas que no entran en el bloque de constitucionalidad, es decir no corresponden a un mandato del texto constituyente, y sin embargo tratan de no ya interpretar sino incluso desarrollar y ampliar sus principios. Esta forma de poner “puertas al campo” se da en alto grado con la LOFAGE, ya introducida con anterioridad, por más que se invoquen principios modernizadores que en la práctica de la gestión pública son legítimos, pero jurídicamente no están consolidados para intentar cerrar lecturas de la CE no maduras o inexactas. Se hace referencia a ciertos principios nítidos que son de aplicación a las administraciones públicas en la medida

con anterioridad en la referencia, Meilán Gil constata como jerarquía, descentralización, desconcentración y coordinación tienen que ver con el principio de eficacia. En general se hace referencia a principios funcionales que deben regir la organización de todos los niveles de la administración singularmente considerados en su pluralidad, es decir, para cada una de las administraciones públicas, y en la personificación de sus órganos, por lo tanto internamente en cada una. Pero también los de descentralización y coordinación significan a la cláusula de Estado autonómico, y en este sentido son homónimos respecto a sus implicaciones en las relaciones externas de las administraciones públicas y hacen referencia a otro tipo de relación caracterizada por la diferenciación política entre ellas, donde se dan competencias exclusivas o competencias concurrentes que se aplican no con conceptos estrictamente administrativos si no por directo mandato constitucional. La descentralización administrativa se limita entonces a transferir competencias de una titularidad a otra con pleno reconocimiento de su capacidad de ejecución por la receptora y dentro de ella de aplicar sus propias políticas de gestión. No debe confundirse con una descentralización formal territorial o por servicios, que justifica la creación de organismos públicos, tal y como incluye la LOFAGE. Más bien la descentralización, como previsión constitucional, se refiere a los entes definidos por su autonomía en forma de transferencia o delegación de competencias en el sentido del art. 150.1.3 CE.

Los principios de eficacia dentro de una orden constitucional que instituye para su reforma administrativa elementos de racionalización formal se conjugan con otros de organización política que reciben causas distintas en el ámbito político-administrativo y también diferentes nociones de la pluralidad administrativa y de los poderes públicos. Dentro de los últimos al principio de descentralización se añade el de cooperación o colaboración basada en una obligación de las administraciones públicas, que exige la lealtad institucional entre poderes con otorgamiento directo de potestades de soberanía⁵⁰³ a través de la asignación constitucional de competencias⁵⁰⁴.

En los elementos de racionalización formal destacan las administraciones instrumentales, que van al principio de eficacia con un fuerte carácter de Estado social al disponer de servicios prestacionales o productos de interés público. Al estar en dependencia jerárquica de su correspondiente Administración y su estructura departamental, pueden recibir un régimen propio de cada una, tal y como

que el mandato constitucional permite aplicarlas, sin que puedan subsumirse de forma absoluta por ninguna de ellas, incluida la Administración General del Estado.

⁵⁰³ Elementos de poder del Estado en forma de competencias transferidas a la voluntad política de los entes públicos que lo reciben, particularmente las Comunidades Autónomas. En este caso disfrutaban de un uso pleno de sus competencias pues sobre ellas disponen de capacidad de legislar, cuentan con órganos de representación en su ámbito territorial y una norma constituyente (Estatuto de Autonomía) subordinada a la constitucional.

⁵⁰⁴ Vid. FERNANDEZ MANJON, Desiderio. "La colaboración..." Op.cit. p. 371-377. Véase también respecto al concepto de soberanía la referencia a Kelsen en este capítulo.

establece por ejemplo la LOFAGE para la Administración General del Estado⁵⁰⁵. También de forma común, distinciones formales o materiales que varían según los regímenes jurídicos procedimentales que las abordan, por ejemplo la LCAP de 1995 se inclina por una delimitación formal que en último término y en virtud de su disposición adicional 6ª, deja fuera de su ámbito jurídico a los entes instrumentales personificados en forma jurídico-privada. Coincidente con la que hace la LOFAGE respecto a las entidades públicas empresariales, que si bien deben gestionar servicios o producir bienes de interés público “susceptibles de contraprestación” es el Derecho privado al que se sujetan lo que a fin de cuentas les distingue. Pero, como quedó dicho, podrían ser delimitaciones materiales o funcionales, tal es la distinción que hace la Dir. 89/440/ CEE, que aplica el régimen de contratos a cualquier personalidad (pública o privada) intervenida en más de la mitad por entes del Estado territoriales u organismos de Derecho Público. En la interpretación de Meilán Gil, la personalidad jurídica, como criterio formal y distintivo de un ente instrumental, no es causa de su tratamiento jurídico administrativo posterior, si no más bien, para determinar la personalidad jurídica privada, impera el criterio material de que su condición sea el indudable interés público y se someta al mercado y sus normas de libre competencia, por lo tanto, bajo este criterio, la personalidad jurídica privada es una consecuencia de cumplir estos requisitos que excluyen la titularidad y ejercicio de potestades administrativas.

Como se verá más adelante los principios constitucionales cobran una preponderancia en el funcionamiento de de las administraciones públicas, para unos y otros poderes, en la que modernización y legitimidad quedan estrechamente relacionadas.

III.4.2 La segunda división de poderes en el seno de la Administración.

Sin perjuicio del control jurisdiccional y jurídico propio dentro de la Administración, y como consecuencia de sus facultades de autonomía ejecutiva, se han desarrollado mecanismos implícitos de equilibrio, que sin suplir los principios de la separación de poderes del Estado⁵⁰⁶, utilizan técnicas equivalentes de división competencial para la especialización de funciones que permiten su control

⁵⁰⁵ Vid. PAREJO ALFONSO, Luciano. *El ciudadano y el administrado...* Op. Cit. p. 548. En opinión de Parejo la Administración Pública dispone únicamente de “una reserva relativa de Ley (el art. 103.2 CE emplea la expresión “de acuerdo con la Ley”)”. Esta norma, ya comentada en una referencia anterior, tiene un carácter un tanto forzado respecto a su relevancia constitucional, además sólo es aplicable a la Administración General, limitando con ello la acepción Estado en su conexión con Administración de ese artículo. Encuentra su mejor acogida en la doctrina que aplaude el desarrollo de la delimitación entre Gobierno y Administración que parte de la CE y su principal contradicción en la institución de los órganos de “colaboración y apoyo del Gobierno” dentro de ella, haciéndose eco de la problemática de una separación tajante entre ambas.

⁵⁰⁶ De hecho el término de división de poderes no aparece en la CE y en cierto modo, sin prescindirse del concepto, no se asume como el rígido mecanismo de organización del Estado sino más bien a través de su sustanciación en los órganos que lo encarnan. En cierto modo desde el origen del liberalismo en el continente el peso de las funciones judicial, legislativa y gubernamental se decanta a favor de esta última siendo un factor determinante de la institución de un régimen jurídico administrativo propio. En nota ya citada Vid. ÁLVAREZ CONDE, Enrique y GARCÍA FERNÁNDEZ, Javier “La Constitución...” Op. Cit. p. 206.

recíproco⁵⁰⁷. Se trata de contrapesos internos y fácticos o funcionales que modulan el poder ejecutivo omnímodo ante el riesgo de que la separación política de poderes, es decir lo que podríamos denominar controles jurídico-constitucionales, carezca de eficacia para evitar el ejercicio arbitrario por la Administración de su potestad, más allá de los exclusivamente jurisdiccionales propios del ordenamiento administrativo. A esta forma de propiedad sustantiva de la Administración se la puede considerar como una segunda división de poderes dentro del Estado, basada en la presencia de sustratos de ordenación técnica que operan de forma independiente y coordinada dentro de la Administración: uno, el ordenamiento jurídico administrativo; dos, las políticas públicas; y tres, la gestión pública. Ante esta categorización que se propone aquí se debe mencionar la gran analogía entre los tres elementos reseñados y la clasificación de Rosenbloom⁵⁰⁸:

Resulta conveniente llamar a estos enfoques “empresarial”, “político” y “legal”. A lo largo de los años unos han influido sobre otros, y en algunos puntos coinciden. Sin embargo, su influencia básica ha consistido en llevarla en tres direcciones distintas. Además, estas direcciones tienden a seguir la pauta de la separación de poderes establecida por la Constitución. Por consiguiente, es poco probable que se puedan sintetizar sin violar valores profundamente arraigados en la cultura política de los Estados Unidos”.

La analogía entre las áreas propuestas y los enfoques de Rosenbloom se puede establecer en el concepto de división de poderes en el paralelismo conceptual entre el enfoque empresarial, respecto al sustrato de la gestión pública, el enfoque político con las políticas públicas y por último el enfoque legal en el ordenamiento jurídico-administrativo.

Este supuesto no tiene un reconocimiento formal y explícito, pero sí responde a una identificación material en el conjunto de instrumentos de actuación de los que la Administración dispone, que por lo tanto sustancian áreas de actuación que pueden delimitarse sustancialmente y que a grandes rasgos se pueden considerar los siguientes: las fuentes reglamentarias y de ordenamiento administrativo, en el plano jurídico; los programas, planes y directrices en cuanto a la ejecución de las políticas públicas; y los procedimientos, instrucciones técnicas y prácticas operativas, que en las actuaciones materiales de la Administración acompañan la prestación y gestión de los servicios públicos y administrativos.

Debido a su heterogeneidad doctrinal, por intervenir en ellas diferentes disciplinas del conocimiento con sus aplicaciones técnicas, su análisis como sistema divisional de poderes internos a la acción administrativa puede establecerse mediante la consideración de diversas propiedades o características de interrelación entre ellas con respecto al sujeto administrativo en que se inscriben: La

⁵⁰⁷ GIANNINI, Massimo. *Lezioni di Diritto Amministrativo (1959-1960)*. Roma, 1961. p. 43.

⁵⁰⁸ Vid. ROSENBLOOM, David.H. "La Teoría de la Administración Pública y la separación de poderes" en *Clásicos de la Administración Pública*. Colegio Nacional de Ciencias Políticas y Administración Pública, FCE. Mexico, 1999, p.840 (publicado en *Public Administration Review*, 1983).

primera propiedad establece para estas áreas la doble vía de reversión de sus actos: interna mediante la capacidad de invocación recíproca entre ellas, o externa por la intervención directa de los usuarios de la Administración u otros órganos del Estado; la segunda propiedad fija la independencia dentro de cada una de estas áreas entre sus atribuciones funcionales y la estructura administrativa competencial donde se aplican; la tercera propiedad, conectada con la anterior, informa que la presencia de estas áreas en las diferentes administraciones, órganos y organismos públicos posee un carácter dinámico en su adaptación interna y diferenciado en cada función competencial que sustancia la pluralidad administrativa.

Entre las premisas de estas propiedades es posible encontrar diferentes marcos teóricos que cobran vigencia o resultan de aplicación, así Rosenbloom sigue el del sistema político estadounidense formulando esta separación de poderes administrativa por aplicación general de los principios del Estado que forman su sistema de contrapesos (*check and balances*)⁵⁰⁹. Además es posible, utilizando criterios funcionales, establecer analogías entre los enfoques empresarial, político y legal que expone, y los poderes ejecutivo, legislativo y jurisdiccional⁵¹⁰.

Sin obviar las diferencias entre el sistema político y jurídico-público norteamericano con el continental, la primera propiedad se cumple en ambos casos en la medida que todos estos enfoques y áreas de actuación no emanan de una jerarquía orgánica ni normativa, sino que cada una de ellas se produce de forma explícita o solapada en todas las actuaciones de los órganos públicos.

Respecto a la segunda propiedad de independencia de las áreas se puede considerar que en éstas la actividad no emana de órganos especializados para cada una de ellas, si no de las diversas formas de actuación presentes en los diferentes órganos. De hecho para Rosenbloom la organización administrativa procede de la división de poderes de la Administración formada para favorecer su efectividad frente a la división política, que con sus excesivos contrapesos forzó una inercia y rigidez que se ve contrarrestada con la creación de "...un gran aparato administrativo para facilitar que toda acción gubernamental sea especializada, positiva y flexible"⁵¹¹. Así, puede distinguirse la singularidad orgánica de la división de poderes en el Estado de los enfoques o áreas de actuación de la

⁵⁰⁹ Al referirse a la teoría de la división de poderes Giannini afirma: "Todo este tema encuentra grandes dificultades en el derecho positivo: se puede constatar que en todo país el parlamento, poder legislativo no hace sólo leyes, sino que efectúa investigaciones parlamentarias, discute interpelaciones y se administra a sí mismo; que el gobierno, poder ejecutivo, emite actos normativos (p.ej. los reglamentos) y decide controversias; que la magistratura, poder judicial, controla las actividades de las empresas, de los tutores y que en el campo penal existen el indulto, la gracia y figuras similares" Adopta así la distinción entre la noción subjetiva del poder y la objetiva denominada función. Así cualquiera de los poderes reconocidos ejercita una función principal y sustancial y otros actos formales que son propios de otros poderes, trasladando la noción formal-sustancial clásica de la división de poderes al ámbito administrativo, las áreas de actuación aparecen como estructuras formales en las funciones sustanciales de los órganos administrativos que se muestran con capacidad de establecer contrapesos internos dentro de ellos y entre sí. (GIANNINI, Massimo. *Derecho Administrativo...* Op. Cit. p. 74).

⁵¹⁰ ROSENBLOOM, David.H. "La teoría..." Op. Cit. p.856.

⁵¹¹ Ibid. p. 858.

Administración, que se dirigen a objetos de actividad homogéneos que ejercen sujetos situados en órganos heterogéneos con diferentes competencias y regímenes de organización.

En tercer y último lugar la propiedad dinámica y diferenciada de las referidas áreas de actuación, también en concordancia con el análisis de Rosenbloom, completa las características de los elementos de la división de poderes en el seno de la Administración, que se constata en la especialización funcional en diferentes órganos, dependencias y entidades administrativas⁵¹². El principio de autonomía institucional aparece como una consecuencia de esta propiedad que permite adoptar una división interna flexible y adaptativa sin perjuicio del principio de jerarquía y personalidad jurídica única dentro de un Régimen Jurídico Común⁵¹³.

Las propiedades de las áreas de actuación permiten a la Administración adaptarse con mayor facilidad a las demandas de la sociedad sin menoscabo del cumplimiento de las obligaciones que contraen los poderes públicos. Cada entidad pública puede acometer de acuerdo con las directrices políticas sustanciadas en instrucciones diferentes tareas funcionales y al mismo tiempo, de acuerdo con las normas jurídicas, cumplir con objetividad, imparcialidad y eficacia los objetivos de servicio público, sea administrativo o prestacional.

Sin embargo resulta insatisfactorio establecerse en la negación de una norma o principio general que explique y articule la actividad administrativa. Admitir que una espontánea división de poderes interna a la Administración pueda actuar con adecuación a los fines concretos sobre una mera base empírica, y que este mecanismo baste para el otorgamiento de los poderes que se asignan de manera eficaz, lleva a asumir una cierta fe en una mano invisible, por el contrario, se parte de la base de que todo constructo social es resultado de los fines para los que se realiza o a los que sirve y se efectúan en la voluntad y la actividad humana. Situar este principio de autorregulación, al que se opone el propio Estado que en el proceso de intervención pública en el ámbito privado fortalece sus facultades, ni siquiera es posible entenderlo en el primer Estado abstencionista basado en un sistema de funcionamiento más sencillo y previsible pero establecido con claridad en sus atribuciones potestativas.

Por lo tanto, entre los ámbitos en que la libertad de acción de un ordenamiento está por definición limitada destaca el público, lo que lleva una vez más a devolver al marco jurídico su primacía. Limitación de un ordenamiento espontáneo provocado en la dinámica de acumulación de poderes públicos en el ejecutivo y la Administración, con regulaciones específicas para garantizar la preeminencia de los ciudadanos o los intereses en presencia en el fin de sus actuaciones y en los medios

⁵¹² A cada enfoque le puede corresponder una forma adecuada de acometer una función o tipo de actuación, “Pero no cabe duda de que es una falacia administrativa intentar tratar todas las dependencias y programas de acuerdo a una forma universal” (Ibid. p.859).

⁵¹³ Vid. GARCÍA FERNÁNDEZ, Javier. *Estudios sobre el Gobierno. Madrid*, INAP, 2008. p. 471-473.

que requiere para cumplirlas. Tales regulaciones sólo pueden definirse en el marco del Estado de Derecho, capaz de aplicar por sí mismo la organización, las competencias y los derechos de los ciudadanos a través de su sistema de garantías⁵¹⁴. Ahora bien, lo que en su origen era factible y puede fijar una prelación histórica y conceptual dentro de la Administración pública, no es suficiente para organizar una Administración compleja y orientada a las exigencias cambiantes de la ciudadanía. De ahí que por un lado fijemos la atención en que aparecen otras áreas de actuación en las políticas y la gestión pública, que por medio de los mecanismos constitucionales que enmarcan su praxis, funcionan en equilibrio con el resto. Sin embargo es presumible que carezcan de los adecuados controles internos que contempla el Derecho público, que confiado en su misión primaria y su técnica jurídica, apenas se adapta como un área más en el frágil equilibrio de los poderes públicos, privando a la Administración de eficaces controles internos de la legalidad administrativa.

III.4.3 Los márgenes de flexibilidad de los principios del ordenamiento administrativo como garantía de eficacia del servicio público.

Se trata sin duda de un aspecto controvertido, cuando no imposible en sus términos, pues la flexibilidad y la definición de los márgenes en la interpretación jurídica, al menos en la tradición continental, decae en uno de las principales fuentes de vicios antijurídicos: la discrecionalidad⁵¹⁵. En los márgenes de flexibilización del régimen jurídico de la actuación administrativa se trata de indagar las formas de cumplimiento del Derecho al que deben someterse las actuaciones de la Administración para su aplicación jurídica plena, sin menoscabo de las necesidades que el interés público exige en los procesos de modernización al funcionamiento de las prestaciones del Estado. Se habla de flexibilización en el conocimiento previo de que los fundamentos del Derecho y procedimiento administrativo son instrumentos necesarios y probados en el Estado liberal democrático de los que no se puede prescindir sin renunciar a los principios básicos que afectan al mantenimiento del Estado de Derecho en sí mismo. Sin embargo, como tales instrumentos deben interpretarse en su capacidad de adaptación a las continuas exigencias de la sociedad al funcionamiento del propio Estado. En este sentido, se formula como premisa que el comportamiento adaptativo que trata de cumplir la aplicación del Derecho, sólo puede basarse en el reconocimiento de su flexibilidad antes que en la quiebra ante su rigidez u obsolescencia por abandono, desuso o aplicación parcial.

Se debe comenzar por considerar que los principios del Estado de Derecho sobre el ordenamiento administrativo ofrecen ya una amplia gama de aplicación flexible a los fines del servicio público, que son en última instancia, no debe olvidarse, el ciudadano o usuario de la Administración,

⁵¹⁴ GOODNOW, Frank. *The principles of the Administrative Law of the United States*. Nueva York, G.P. Putnam's Sons, 1905. p.17.

⁵¹⁵ No nos detenemos en esta importante categoría que se analiza en detalle posteriormente dentro de este trabajo.

según bajo que perspectiva se sitúe el sujeto de la actividad pública. El sometimiento de la Administración al Derecho no puede entenderse sin la contemplación de los derechos y libertades del ciudadano, considerando las diferentes situaciones que puede presentar este ciudadano respecto a la actuación administrativa, bien sea como sujeto activo o pasivo. Por lo tanto, el sometimiento de la Administración al Derecho sirve al fin de proteger los derechos del ciudadano que recibe la actuación y de aquellos que sin hacerlo, y ante la misma, pueden verse afectados.

En este sentido se entiende que se refiere el art. 103.1 de la CE al deber de la Administración al servicio con objetividad de los intereses generales en su conexión con los servicios públicos que presta, y que por lo tanto deben observarse en la sustantividad del ciudadano concreto. Una interpretación abstracta del concepto de los intereses generales que resultara incompatible con el ciudadano como sujeto del servicio de la Administración entraría en contradicción con los sujetos de las garantías constitucionales proclamadas en el cap. II de la CE. De hecho no se observa ningún problema en utilizar esta concepción con el ordenamiento jurídico administrativo vigente, más aún después de las sucesivas reformas, posteriores al texto constitucional, al que se ha venido adaptando⁵¹⁶.

Es posible asumir que los principios de este ordenamiento jurídico de la Administración siguen desprendiendo una directriz para la flexibilidad que exige su papel rector en la prestación de los servicios públicos. El primero de todos ellos, el principio de legalidad a la que la Administración se somete. Por un lado queda claro que se trata de asegurar la objetividad y neutralidad de la actuación administrativa, necesariamente impelida a ejecutarse con eficacia a la que obliga el régimen de vinculación de sus actos a la ley, que en el Derecho español adopta dos formas: la vinculación positiva y negativa. En la primera forma se hace reserva de Ley de las materias cuya actuación por la Administración deben sancionarse por órganos constitucionales distintos y del mayor nivel: singularmente las Cortes; en la segunda forma la propia Administración está facultada para regirse por sus propios reglamentos. La delimitación de las materias se trata en cada caso y no queda precisada en la CE con un criterio general, salvo en el artículo 53.1 que atribuye la reserva de Ley a los derechos y libertades reconocidos en el Capítulo II del Título I. De acuerdo con la doctrina alemana que es orientadora de múltiples aspectos del sistema constitucional continental y el español en particular, las materias que pueden regir la libertad de los ciudadanos, llamadas de eficacia ablativa, se rigen por el

⁵¹⁶ Fundamentalmente en la Ley 4/1999, de 13 de enero, de modificación de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común y Ley 6/1997, de 14 de abril, de Organización y Funcionamiento de la Administración General del Estado donde se desarrollan los aspectos de orientación al ciudadano de acuerdo a la interpretación de la CE, que más adelante se expondrán.

principio de vinculación positiva y son por ende objeto de reserva de Ley también aquellas que afectan a la libertad de los ciudadanos, más allá de los derechos fundamentales del art. 53.1 arriba mencionado⁵¹⁷

En este principio de legalidad se significa como rasgo de flexibilidad al aspecto esencial de la norma reglamentaria respecto al principio de reglamentación previa, que exige regulación para la emisión de actos administrativos formales en orden al principio de tipicidad. Por otro lado quedan excluidas de esta exigencia las actuaciones o medidas de carácter puramente material mientras tales medidas no surtan efectos limitativos o ablatorios de terceras personas. Sin entrar a fondo en la extensa doctrina sobre la delimitación que exige el acto administrativo formal respecto a medidas de carácter puramente material, aparecen en las actuaciones de la Administración al menos dos figuras que pueden tener correspondencia respectivamente con ambos conceptos en el sentido estricto que en esta investigación se utiliza: los servicios administrativos y los servicios públicos.

Por otro lado aparece la doctrina, poco pacífica, relacionada con la teoría del acto administrativo que vincula el cumplimiento de la legalidad a elementos sustantivos del régimen jurídico administrativo⁵¹⁸. Generalmente las tesis que sostienen las interpretaciones más rígidas por celo a la exégesis, acusan mayor abstracción formal en el intento de eliminación de cualquier subjetividad o discrecionalidad y búsqueda de la seguridad jurídica tal y como señala Raul Bocanegra.

El acto administrativo es una institución capital de la disciplina [el Derecho Administrativo], la más característica y definitoria, con toda seguridad, de las que le son propias, construida como una institución dirigida a producir seguridad jurídica en las relaciones entre la Administración y los particulares y dotada, por ello, de una estabilidad y fijeza desconocidas en el Derecho Privado⁵¹⁹.

Sin embargo, elevado a categoría superior, el acto administrativo resulta una abstracción que huye de sus formas concretas de manifestación jurídica. De forma que amparada por la propia legislación y su confusa definición en la Ley 30/92, de 26 de noviembre de Régimen Jurídico y Procedimiento Administrativo Común (LRJPAC), la Ley 50/1997, de 27 de noviembre del Gobierno, o la Ley 6/1997, de 14 de abril, de Organización y Funcionamiento de la Administración General del

⁵¹⁷ Vid. SANTAMARÍA PASTOR, J. Alfonso. *Principios...* Op. Cit. p. 367. Respecto a la doctrina alemana el autor explica su crucial importancia, pues es la originaria de la creación de la institución de la reserva de ley, que progresivamente han ido adoptando en gran medida otros Estados europeos ante el crecimiento del poder de la Administración. En este origen se partía de la clásica reserva general en lo que afecta a la “libertad y propiedad”. De ella emana en una versión moderna y actualizada que sería la causa de aplicación del principio de vinculación positiva y reserva de Ley a cualquier actuación que afecte al “libre desarrollo de la personalidad” art. 2.1 de la Constitución alemana de Bonn y recogida directamente en el Título I, art. 10.1 de la CE.

⁵¹⁸ Sobre la teoría del acto y su controversia doctrinal, especialmente respecto al análisis del elemento causa y su conexión con la adecuación al fin, que no es otro que el interés general, Castillo Blanco propone lo siguiente: “Como sabemos el examen del fin de los actos administrativos debe tomar como punto de partida el artículo 103. 1 de la Constitución que, entre otras cosas, señala que la Administración Pública sirve con objetividad los intereses generales. De este precepto se deriva, sin necesidad de mayor explicación, la necesidad de que toda actuación administrativa esté orientada a la consecución de un fin público que satisface ese interés general”. (CASTILLO BLANCO, Federico A. *La interpretación y aplicación del ordenamiento jurídico público*. Madrid, INAP, 2007. p. 132).

⁵¹⁹ BOCANEGRA SIERRA, Raúl. *La teoría del acto administrativo*. Madrid, Iustel, 2005. p. 17.

Estado (LOFAGE), encuentra una verdadera confusión en la indiferencia entre norma, actuación o acto, que la propia CE proclama en los artículos 97 y 106.1 y el artículo 105.c respectivamente. De forma que la distinción en la jerarquía de fuentes y diferenciación jurídica, siquiera entre norma y acto, una vez que se rebasa el umbral de la potestad reglamentaria parece buscar una intencionada confusión que pretende consagrar la potestad administrativa como un todo incuestionable. Incluso la Ley 20/1998, de 13 de julio, reguladora de la jurisdicción contencioso-administrativa se refiere indistintamente a los “actos administrativos”, “actos de la Administración Pública” y a “actos” dentro de un mismo régimen jurídico-procesal. En el caso opuesto se crean diferentes tipos de actos administrativos sometidos otros tantos procedimientos que expresamente los regulan en la LRJPAC. Todo ello parece abocar a la extralimitación de la potestad administrativa por la vía de una ambigüedad que desemboca en la inseguridad jurídica que se trataba de evitar⁵²⁰

Estas versiones más dogmáticas se amparan en el hecho incontestable de que la doctrina administrativa continúa con una juridicidad anterior que condiciona la legalidad de cualquier norma posconstitucional, pues en cierto modo aquella otorga una legitimidad previa del Estado de Derecho. Un importante problema teórico que inspiran estas corrientes, sin abordar aún los prácticos que parecen numerosos, podría hallarse en la negación de la historicidad del ordenamiento jurídico administrativo. Como tal, se entiende no sólo los fundamentos asentados de forma evolutiva, sino la condición cambiante y adaptativa de tales fundamentos, como desvela su origen, lo que debe llevar al reconocimiento de su capacidad de desarrollo. El propio ordenamiento constitucional informa del mismo, pues su inspiración se basa en la permanente puesta en sintonía del Derecho con las aspiraciones políticas de la sociedad en cada momento histórico, lugar que otras ramas del Derecho público, como el administrativo, no se sienten tan llamadas a abordar, pues ciertas misiones más instrumentales en el discernimiento de problemas singulares se lo impiden.

Sin embargo, otras corrientes de interpretación se han ido abriendo camino en la delimitación del acto administrativo y la búsqueda de nuevos márgenes de flexibilidad en su concepción. Se debe destacar entre ellas la adopción de la institución de la relación jurídica privada en el ámbito jurídico administrativo a través de doctrinas consideradas como privatistas, pues trasladan al Derecho administrativo fórmulas del Derecho común o civil. Se puede examinar en este sentido el Derecho administrativo privado. Su inserción constituye un intento de “perfeccionar la definición del Derecho

⁵²⁰ Tras señalar esta crítica devuelve las aguas a su cauce centrandó la delimitación entre disposiciones y actos administrativos y el principio de inderogabilidad singular de los reglamentos, que sin embargo no evita los derroteros de la doctrina en la interpretación del acto administrativo como un valor absoluto, sea resolutorio o de trámite, y crea en esa abstracción, la inseguridad práctica en la indeterminación de la finalización del procedimiento ante sus efectos potestativos. Vid. LINDE PANIAGUA, Enrique. *Fundamentos del Derecho administrativo. Del Derecho del poder al Derecho de los ciudadanos*. Madrid, Colex, 2009. p. 408-411.

administrativo en el nuevo contexto jurídico de la privatización formal del Derecho administrativo”⁵²¹. Aparentemente constituye, por lo tanto, un consecuente de la creciente instrumentalización de las funciones administrativas y la extensión de la privatización formal.

En primer lugar parece que recupera el concepto de derecho subjetivo propio de cualquier relación jurídica privada, que fue relegado a partir de la introducción de la prerrogativa administrativa, el cual, en la relación jurídica-administrativa, presupone que la Administración debe atenerse al principio de legalidad y de forma particular asegurar que la consecuencia de la relación basada en el acto administrativo queda sujeta a la tutela judicial del contencioso⁵²². Sin embargo, el funcionamiento de tal potestad se utiliza principalmente cuando la Administración origina la actuación. En el otro caso se encuentra la generación de la relación jurídica por los particulares, que obliga a la Administración y da lugar a los derechos subjetivos propios de las relaciones jurídicas del Derecho común, donde es el ciudadano quien ejercita un derecho subjetivo con el fin de que la Administración le conceda una prestación⁵²³. Una vez más aparece claramente la delimitación entre servicios administrativos, de tipo ablatorio, sujetos por ello al entramado de controles jurisdiccionales en los que la Administración ejerce su potestad, y las prestaciones de carácter material aunque también relacionadas con derechos del ciudadano que el Estado tutela dentro del ordenamiento constitucional y la Administración provee.

La cuestión suscitada reside en considerar si el Derecho Administrativo puede agotarse en los servicios potestativos, en cuyo caso sólo entiende de la relación jurídico-administrativa en el sustrato del régimen jurídico y jurisdiccional clásico, o si debe ampliarse al conjunto de las relaciones jurídicas que la Administración como tal establece, que incluyen las prestaciones de orden material. Si se entiende que la segunda relación jurídica se opone al principio de legalidad al establecer una potestad discrecional difícil de controlar bajo los supuestos jurídico administrativos potestativos se pueden producir dos efectos: la contradictoria situación de disociar el principio de legalidad de los principios derivados de las cláusulas constitucionales del Estado democrático y el Estado social, si el Derecho Administrativo, garante de ese principio, no acude a cubrir los dos siguientes en los que se consagra la relación del ciudadano como sujeto de derechos subjetivos que obligan a la Administración; la huida del Derecho Administrativo de las actuaciones de índole prestacional y material, que a partir de aquí puede empezar a conceptuarse como un absentismo de aquel ante ellas, de lo contrario se trata de plantear si es

⁵²¹ Vid. GONZÁLEZ-VARAS, Santiago. *El Derecho...* Op. Cit. p. 643 a 667.

⁵²² BOCANEGRA SIERRA, Raúl. *La teoría...* Op. Cit. p.21-22. “La gravísima tensión que de aquí surge ante la necesidad esencial de contar con un acto administrativo institucionalmente consistente y unitario en cuanto a su funcionalidad, sus fines, sus principios y su régimen jurídico y la no menos terminante exigencia de la tutela judicial a los ciudadanos frente a la actividad administrativa ha conducido irremisiblemente a una quiebra efectiva de la noción de acto administrativo, con muy importantes consecuencias prácticas, necesitada por ello de un importante e inaplazable arreglo”.

⁵²³ Vid. GONZÁLEZ-VARAS, Santiago. *El Derecho...* Op. Cit. p. 649.

el Derecho quien establece lo que la Administración debe hacer, o es la Administración la que demanda al Derecho la cobertura jurídica necesaria para ordenar sus actuaciones de interés público.

De esta forma, los derechos subjetivos de la Administración sólo encuentran su justificación en el interés general al que debe servir la Administración pública, es para éste y por éste que existen y, de esta forma, cada uno de ellos tienen su razón de ser, su misión a cumplir; y por ello el ejercicio de cada uno de éstos ha de ser adecuado a su fin y no atañe al titular del derecho subjetivo, aún cuando sea la Administración pública, abusar de éste⁵²⁴.

La posición jurídica de Derecho puede suscitarse por lo tanto en la compatibilidad bajo un sistema unitario de ambos tipos de relaciones, cuya consecuencia sitúa al ciudadano en el centro del Derecho administrativo desplazando como su objeto a la Administración en aras de fijar éste en la relación jurídica. Para González Varas se trata de establecer aquí el amparo de la relación jurídica basada en la igualdad y reciprocidad de los sujetos intervinientes dentro de ella, pasando a considerarse las formas de actuación de la Administración como figuras en las que se concreta una relación jurídica, sean actos fundados en la potestad administrativa o simples actuaciones administrativas. La doctrina basada en tal principio debería tener su consecuencia en la vía contenciosa de dos posibles formas: una, heterogénea, consideraría por un lado el posible recurso del ciudadano ante el acto limitativo basado en la potestad administrativa y por otro, delimitándola, ante una actuación emanada del ejercicio de los derechos subjetivos donde Administración y ciudadanos concurren con sus distintos intereses, parecería que en este caso se complica la calificación procesal. La segunda, homogénea, siempre partiría de la existencia de intereses y derechos subjetivos opuestos dejando que la doctrina jurisdiccional sea la que analice en cada caso las formas de concreción en que se producen las relaciones jurídicas sean actos administrativos o actuaciones simples o materiales⁵²⁵.

Sin profundizar en las complejas consecuencias procesales que arrastra, lo cierto es que la teoría de las relaciones jurídicas de la Administración parece que entra de lleno en la necesidad de adaptación del régimen jurídico a los fenómenos de construcción del Estado social⁵²⁶.

⁵²⁴ CASTILLO BLANCO, Federico A. *La interpretación...* Op. Cit. p. 131.

⁵²⁵ González Varas analiza brevemente la complejidad que puede alcanzar tal delimitación. En primer lugar propone un reconocimiento del acto administrativo como la actuación basada en la supremacía del Estado, pero dentro de una forma de concreción de la relación jurídica. Se distingue entonces entre la relación jurídica general entre Estado y ciudadano objeto de previsión por el Derecho, y sus formas de concreción que las diferentes actuaciones administrativas conllevan. A partir de aquí señala la necesidad de establecer una tipología adecuada de las distintas formas de actuaciones administrativas diferentes del acto administrativo. El criterio limitativo de los derechos de los particulares podría darse en las actuaciones materiales sin la cobertura de un acto administrativo dentro de la legalidad, como sucede con las vías de hecho administrativas. En este sentido el acto puede definirse como “medida soberana” en el que la Administración actúa de forma reguladora y tiene “una consecuencia jurídica con efectos vinculantes inmediatos [...] La simple actuación tiene un resultado meramente fáctico o de hecho y carece de contenido regulativo. Vid. GONZÁLEZ-VARAS, Santiago. *El Derecho...* Op. Cit. p 653.

⁵²⁶ En este aspecto el citado autor subraya que el proceso contencioso debe partir de la consideración de los distintos tipos de intereses jurídico-subjetivos en juego y servir de vehículo para su resarcimiento. La admisibilidad y estimación de la

El Derecho administrativo cuenta con un sustrato propio de la función originaria de policía del Estado liberal, sin embargo resulta insostenible cualquier posición que estime que tal función, sin adaptación alguna a la realidad social que se refleja en la evolución de las actividades y estructura del propio Estado y su Administración, constituye la única forma de cumplimiento del principio de legalidad y con él del Estado de Derecho. En este plano, los orígenes fundacionales del Estado liberal vistos en el capítulo dos, contemplan el fortalecimiento del poder ejecutivo frente a la tupida red de instituciones arbitrarias y privadas que constituían el Estado del Antiguo Régimen. Este fortalecimiento debía ser el mínimo necesario para liberar las nuevas fuerzas económicas y establecer un juego de reglas vigilantes del orden y dotación de las condiciones materiales necesarias para el libre desarrollo de las fuerzas económicas. Pero, a partir de esos principios de autoridad pública, emergen aquellos que emanan del desarrollo de los también originarios principios democráticos y sociales, que tienen de común denominador al ciudadano individual y genéricamente considerado, a través de grupos y sectores de interés objetiva y subjetivamente establecidos así como física y jurídicamente actuantes.

Tampoco funcionan como un bloque y exentas de contradicciones internas las cláusulas democráticas y sociales, que heredan principios idénticos en la forma, pero sustancialmente diversos en el fondo. Así, la objetividad e imparcialidad exigibles en el primigenio Estado liberal a conductas no arbitrarias en el uso del poder, que pudieran cercenar las citadas libertades económicas, a la luz de la cláusula democrática se deben asimismo a una defensa de la pluralidad política, que al ensancharse en su base social pone en juego más intereses y más demanda de servicios al Estado y la Administración acentuando los mecanismos burocráticos y procedimentales tendentes al control político interno y externo.

Respecto al Estado social, sigue usando el principio de eficacia, pero esta vez no sólo en los servicios administrativos de policía y limitadores que se bastaban con el uso de garantías jurídicas, si no en todo un entramado de servicios públicos creadores de nuevos derechos con base en garantías materiales al que el sistema jurídico público debe prestar la máxima atención. Por lo tanto, con independencia de que servicios se presten o puedan prestar, el sistema procura los medios de actuación, organización y funcionamiento que aseguren a través de la regulación los objetivos dispuestos, la productividad, la eficiencia en el gasto y el funcionamiento conjunto de las administraciones públicas⁵²⁷.

demanda se basarán en la existencia de un perjuicio y la actuación administrativa ilegal si es anulatoria, mientras que si es prestacional resulta de la resistencia administrativa a la prestación que se pretende y tiene derecho en virtud del ordenamiento jurídico. La concepción subjetiva evita los temas del principio revisor, impugnatorio y esencialmente anulatorio del contencioso administrativo permitiendo el acceso a la jurisdicción sin la necesidad de un acto administrativo previo. Vid. *Ibid.* p. 659-660.

⁵²⁷ Vid. SANTAMARÍA PASTOR. *Principios...* Op. Cit. p.104.

Así, en los servicios administrativos y públicos se ponen de manifiesto las contradicciones entre los propósitos de objetividad, imparcialidad y eficacia de la regulación administrativa, pero a menudo afectan al propio sistema político y constitucional dada su fuerte implantación en este nivel normativo. El Derecho administrativo, como disciplina instrumental, debería procurar dotar a ambos de los mecanismos necesarios para asegurar su máxima compatibilidad y cohesión. Ante esto, lo que parece que se demanda al Derecho administrativo es cubrir todos los espacios de las actuaciones públicas consolidadas y nuevas, o en su defecto, ceder total o parcialmente los mismos a otras ramas del Derecho, pues sin éste, no es posible ninguna existencia civilizada ni menos aún civilizadora como la que está llamada a constituir la Administración pública.

Con todo no se puede ignorar que la incursión de doctrinas privatistas tienen consecuencias contradictorias con los fines que desde el Derecho administrativo se persiguen, o en su caso, equivalentes en resultados a la mencionada renuncia de éste a ciertas áreas de la gestión pública. De ahí que la inclusión de nuevas formas de adaptación a la realidad administrativa, y por ende de la sociedad a la que sirve, deben adoptarse desde los principios en los que el Derecho público se autentifica, por lo que resulta imprescindible identificarlos de forma concreta y en cada momento. Se trata pues de incluir al conjunto de las prestaciones públicas en un sistema reglado por el Derecho administrativo que evite desnaturalizar los objetivos de unas y otro, poniendo a ambos al servicio del ciudadano como la nueva expresión democrática del interés general, que es sin duda la finalidad jurídica de la actividad administrativa y el más claro mandato de la norma constitucional. Pero hacer esto asegurando la eficacia requiere un conjunto simplificado de principios, normas y procedimientos que eviten un tratamiento dominado por la excepcionalidad normativa y faciliten para ello un margen de flexibilidad jurídica, que considere los “límites constitucionales y el adecuado servicio a los intereses generales”⁵²⁸.

III.5 Las políticas públicas como instrumento de la actuación del Estado.

III.5.1 Marco conceptual y técnico del análisis de las políticas públicas.

El Estado no puede entenderse como un lugar hueco, que procede a definir su espacio de neutralidad formal y cumple así su propósito cuasi jurisdiccional amparado por el marco de un sistema jurídico que garantice el ejercicio de sus competencias y de su potestad a través del ordenamiento reglamentario y normativo. Desde el origen del Estado liberal su capacidad ejecutiva se basa en la forma en la que se ejerce ésta por medio de las decisiones de sus gobiernos⁵²⁹. Cuando el Estado adquiere

⁵²⁸ PONCE SOLÉ, Juli. *Deber de buena Administración...* Op. Cit. p 800. En este sentido Ponce plantea la idea se rediseñar los procedimientos frente a la simplificación, ponderando todos los factores que deben aparecer en un buen servicio a los intereses generales con el procedimiento administrativo debido.

⁵²⁹ PRATS CATALÁ, Joan. "Las transformaciones ..." Op,Cit. p.60-61 En relación al principio de o teoría de la delegación característica del modelo burocrático afirma "De este modo la actuación administrativa tiene una doble legitimidad:1) la

modos de intervención más complejos y sofisticados acordes con la evolución de la sociedad, se decanta un nuevo instrumento propio del poder ejecutivo, del gobierno, capaz de transmitir conductas de comportamiento al aparato administrativo orientadas a finalidades propias del ejercicio político y a las que se denominan políticas públicas. Su primera característica no es por consiguiente dictar actuaciones que conduzcan a la consecución de programas previamente fijados e idealmente contractuales con el cuerpo electoral, sino también decisiones que respondan a la praxis de las situaciones a las que se enfrenta el Estado, problemas sobrevenidos o identificados y definidos previamente, en concordancia con los intereses, demandas y objetivos políticos que se propugnan. Para la definición y ejecución de estos instrumentos, el Estado se sirve del poder legislativo en todo lo necesario para establecer y regular jurídicamente tales políticas, pero a continuación, pasan éstas a ser utilizadas como pautas para el ejercicio del poder del gobierno, directrices ejecutivas e instrucciones específicas de la Administración pública⁵³⁰.

En este terreno conviene situar el análisis de las políticas públicas, que desde las primeras manifestaciones del Estado en la Edad Moderna encuentra una amplia fundamentación en las doctrinas sociales y políticas en las que beben múltiples disciplinas del conocimiento social que se refieren a la praxis del gobierno. Así, ya desde Maquiavelo a Francis Bacon se propone el conocimiento científico como herramienta para la toma de decisiones políticas y su ejecución. Más adelante, desde el origen del Estado liberal y acentuándose con las complejas exigencias del Estado democrático y social, las técnicas ligadas al análisis de las decisiones de gobierno adquieren un especial desarrollo en la identificación de sus directrices, de forma destacada y entre otras: el cálculo del bienestar social bajo esquemas de cuantificación y modelización, a partir de las propuestas utilitaristas; las acciones públicas encaminadas a la reforma de la realidad y el impulso del progreso social, basadas en el pragmatismo y el empirismo social; los paradigmas de programación política que pueden aplicarse al sustrato de las políticas públicas con los ejes opuestos de igualdad social y libertad individual; los modelos teóricos de aplicación a los problemas específicos inspirados en principios de experimentación no empírica; la orientación a evitar la intervención con el traslado al mercado y la sociedad de la asignación eficaz de los recursos y por ende la resolución de los asuntos públicos, dejando al Estado la función de vigilancia y garantía del

democrática que deriva del ejercicio de poderes delegados por el Parlamento, representante de la soberanía popular, y 2) la legal y técnica, derivada del cumplimiento de las normas y procedimientos establecidos, tanto en la garantía de los derechos de los administrados como de la eficacia y eficiencia del actuar administrativo.

⁵³⁰ Vid. Ibid. p. 34-35. Distingue al menos tres tareas o funciones tradicionales de la administración: la función de policía o procura de bienes públicos indivisibles (*uti universitatis*); producción de normas y preparación de políticas y programas de aseguramiento de bienes públicos divisibles que exigen la fundamentación de las normas más allá de su legitimidad jurídico-formal; asimismo las políticas públicas cuya legitimidad inicial se mostraba en el rigor técnico y “la decisión de la autoridad democrática representativa” que ahora exigen esfuerzos de información y participación ciudadana; el cuadro se cierra con la prestación de nuevos servicios públicos *uti singuli* que incluyen tanto “utilidades públicas” (agua, luz, gas, transportes, comunicaciones,...) como servicios personales para la formación de capital humano y social (educación, sanidad, prestaciones sociales,...).

Derecho, por los que se formulan las propuestas neoconservadoras; el reconocimiento, en la proposición comunitarista, de los deberes de la sociedad con el traslado a ella de funciones públicas a través de la aplicación del principio de subsidiariedad de la responsabilidad; o por último la racionalidad comunicativa que introduce el razonamiento del análisis en el entendimiento mutuo en lugar de la tradicional filosofía de la conciencia⁵³¹. Otra clasificación que refunde la investigación y la perspectiva operativa con la que se aplican los conocimientos del análisis de las políticas públicas al objetivo social nos la brinda Estanislao de Kotska Fernández, que divide los modelos teóricos de políticas públicas en tres grupos:

El modelo pluralista-racionalista considera las políticas públicas como una respuesta a las demandas sociales que se generan, y las organizaciones administrativas como instrumentos que reaccionan ante las demandas, a través del suministro de políticas que satisfagan dichas necesidades. La contribución que la teoría pluralista realiza a la *policy science* es producto de la conjunción de las teorías racionalistas que provenían de la ciencia económica; de hecho, la racionalidad se convertirá en el criterio preeminente de la acción. Dos expresiones teóricas a destacar del enfoque pluralista lo constituyen la teoría del *public choice*, que presupone que los individuos se comportan y adoptan decisiones de forma racional, y la teoría de la racionalidad limitada que reconoce limitaciones en la capacidad de conocimiento y de elección.

El modelo burocrático-estatal centra su análisis en el papel de los burócratas y los expertos, ya que a éstos se le concibe como élites que controlan las estructuras estatales. Dentro de este enfoque, y a pesar de las divergentes aproximaciones filosóficas que suponen, podemos incluir el neomanagerismo o neoweberismo, el neomarxismo y el estructuralismo.

Tanto el modelo corporativista como el institucionalista vinieron a ofrecer una visión más completa de la relación entre el Estado y los demás actores del sistema. A diferencia del modelo pluralista en el que la relación fundamental se produce entre grupos que entran en conflicto y que necesitan alcanzar compromisos, en el neocorporativismo la relación se produce entre los grupos y el propio Estado. La reinserción del Estado como elemento de análisis de las políticas públicas, que la revolución behaviorista había eliminado de su agenda de prioridades dentro de la *policy science*, y el interés suscitado por el estudio del Estado dará pie a la aparición del neoinstitucionalismo⁵³².

Se puede apreciar en esta evolución, que lo que da sentido a la existencia misma del sistema político, más allá de del conjunto de reglas que lo conforman, son las acciones con las que éste pueden solucionar los problemas concretos de la sociedad⁵³³. El conjunto de reglas lo encontramos en el marco jurídico que define las funciones y la organización de los poderes públicos y también en los procedimientos o instrucciones con las que en éstos se ejecutan sus acciones, que recurren a disciplinas y técnicas relacionadas con los diferentes objetos y fines de ejecución de esas funciones. Pero son las acciones mismas las que en sus procesos actúan para incidir en y transformar la propia realidad social.

⁵³¹ Vid. PARSONS, Wayne. *Políticas públicas: una introducción a la teoría y práctica de las políticas públicas*. Mexico, FLACSO, 2007. p. 76-89. Detrás de estas propuestas encontramos las aportaciones de Bentham, Stuart Mill, William James, John Dewey, John Rawls, Nozick, Karl Popper, Hayek, Amitai Etzioni y Habermas, puntales de un amplio elenco de pensadores sociales que se propagan a través de sus discípulos e intérpretes.

⁵³² Vid. FERNÁNDEZ, Estanislao de Kotska, "Políticas Públicas" en *Diccionario Crítico de Ciencias Sociales. Terminología Científico-Social* (Dir. Román Reyes). Madrid-México, Plaza y Valdés, 2009. <http://pendientedemigracion.ucm.es/info/eurotheo/diccionario/P/politicas_publicas_b.htm> (Consultado el 12 de febrero de 2014).

⁵³³ "El análisis de las políticas públicas se ocupa de mejorar los métodos de identificación y definición de problemas, especificación de metas evaluación de alternativas selección de opciones o medición del desempeño" (Vid. PARSONS, Wayne. *Políticas públicas...* Op. Cit. p. 91).

Si se parte de estas esferas relacionadas con la actividad encontramos en su clasificación los diferentes modelos o paradigmas con que actúan:

a) En la esfera técnica, aparecen las herramientas de implantación de esas acciones, adecuadas ya sea al propio ejercicio del poder a través de su gobierno en las políticas públicas, o a la mera ejecución de ese ejercicio de producción de servicios o infraestructuras en sus diferentes objetos. En el primer término el análisis de las políticas públicas se apoya en métodos o recursos del conocimiento científico y técnico para establecer las directrices proponiendo los diseños tácticos adecuados. Mientras que en la ejecución, el resto de disciplinas técnicas operan para producir los resultados materiales que se persiguen⁵³⁴.

b) En la esfera jurídica, el marco constitucional, entendido como el bloque de constitucionalidad que no se agota en un texto normativo, sino con o sin él, en un sistema legislativo y jurisprudencial de normas básicas y resoluciones jurisdiccionales de ordenación de los poderes públicos, se establece un modelo formal en el que debe producirse la actividad pública, “lo que debe ser”, que se sustancia mediante medidas de interpretación de ese modelo a la realidad en los desarrollos legislativos y reglamentarios, resoluciones jurisdiccionales o administrativas, etc., que da lugar a la dimensión positiva de esta esfera en “lo que es”. El objeto de la Administración lo forma la actividad a través de la que se garantiza el cumplimiento de ese marco, pero de cualquier modo, se ejecuta a veces cumpliéndolo o en otras ocasiones desviándose de él⁵³⁵.

La esfera jurídica proyecta *per se* relaciones jerárquicas o de dependencia internas y externas. En lo primero, entre el Derecho constitucional y el Derecho aplicado a la Administración, o Derecho administrativo. En lo segundo porque cualquier marco de ejecución técnica de la actividad pública, en la doble dimensión que aquí se trata, bien desde el propio diseño de las políticas o directrices para la resolución de los problemas de la sociedad, o en la ejecución de las acciones necesarias para implantar esas directrices o cumplir el conjunto de obligaciones públicas, debe considerar el marco jurídico, al

⁵³⁴ “En cualquier caso, el análisis de políticas públicas ha supuesto un nuevo enfoque en los estudios sobre la Administración Pública, la cual desde una perspectiva tradicional que acentuaba la legitimidad y la legalidad de la actuación pública, abre paso a una perspectiva que destaca los resultados de la actuación y los instrumentos o procedimientos que permiten mejorarla. Pero además este enfoque, descriptivo de la realidad político-administrativa y prescriptiva en el sentido de que ofrece instrumental teórico, se dirige a la búsqueda de la eficacia y la eficiencia en la gestión de las organizaciones públicas. En su vertiente práctica, el análisis de políticas públicas ha hecho posible la inserción y la aplicación de métodos privados para mejorar determinados servicios de la gestión pública, incorporando a tales procedimientos la singularidad y la especificidad propia del sector público”. (Vid. FERNÁNDEZ, Estanislao de Kotska, "Políticas..." Op. Cit.).

⁵³⁵ Vid. Ibid. “Como apunta Maurice Blondel, las investigaciones en torno a las políticas públicas son ‘una necesidad no sólo para detectar las ineficiencias de la actuación pública y reducirlas en el futuro, sino para conseguir una mejor inyección de principios normativos en el desarrollo diario de tales políticas’.

menos como una variable de ese diseño o ejecución, teniendo cabida en el diseño la posibilidad de modificación de la norma jurídica⁵³⁶.

Por otra parte, la esfera técnica ha convivido en la formulación teórica y aplicación práctica de las políticas públicas del Estado liberal-democrático durante el apogeo del Estado del bienestar con los modelos racionales que diferenciaban la actividad pública del ámbito privado. En dichos modelos las políticas públicas se producían, si bien introduciendo técnicas separadas de las estrictamente jurídicas, dentro de las funciones asignadas a los poderes públicos por el ordenamiento constitucional⁵³⁷. Sin embargo, en la transición que se produce desde la crisis del Estado del bienestar al neoliberal afloran nuevas políticas públicas que suponen la negación de aquellas que el Gobierno, impulsado por la propia formulación constitucional del Estado social, había desarrollado en la toma de decisiones de un entorno público de gran diversificación prestacional. En este sentido, las políticas de gestión pública constituyen en sucesivas etapas el cambio del modelo de gestación de las políticas públicas mediante la extensión del vaciamiento funcional del Estado hacia el sector privado, y la adopción de técnicas de gestión asimismo privadas dentro de las funciones de la Administración. Así, durante el apogeo del Estado social se produce una coherencia entre el Derecho público y su aplicación al sector público, aunque en este se admitiesen figuras de Derecho privado generalmente bien delimitadas por regulaciones estatutarias y funcionales con ligamen en el Derecho administrativo⁵³⁸. Sin embargo la presencia de figuras privadas tanto en la reasignación patrimonial como en la gestión de los servicios públicos y administrativos constituye la separación formal de la regulación jurídica pública de una gran parte de las acciones del Gobierno y la Administración que se evidencian en el control de las políticas públicas.

⁵³⁶ Observemos lo que establece al respecto la Ley 11/2007, de junio, de acceso electrónico de los ciudadanos a los Servicios Públicos. En su art. 34: “La aplicación de medios electrónicos a la gestión de los procedimientos, procesos y servicios irá siempre precedida de la realización de un análisis de rediseño funcional y simplificación del procedimiento, proceso o servicio, en el que se considerarán especialmente los siguientes aspectos: a) La supresión o reducción de la documentación requerida a los ciudadanos, mediante su sustitución por datos, transmisiones de datos o certificaciones, o la regulación de su aportación al finalizar la tramitación. b) La previsión de medios e instrumentos de participación, transparencia e información. c) La reducción de los plazos y tiempos de respuesta. d) La racionalización de la distribución de las cargas de trabajo y de las comunicaciones internas.” Una norma legislativa de estas características está impulsando la modificación reglamentaria que se oponga a estos criterios, si en ella se contienen requisitos contradictorios con ellos.

⁵³⁷ “La juridificación de todas las actividades externas e internas del Gobierno tiene como correlato que el propio proceso de toma de decisiones se formaliza, con lo que se facilita su regularidad y su programación, así como las respuestas más adecuadas a los acontecimientos imprevistos que puedan acontecer”. (Vid. GARCÍA FERNÁNDEZ, Javier. *Estudios...* Op. Cit. p.348).

⁵³⁸ El tipo de regulaciones de la toma de decisiones del Gobierno en España, vehículo clave en la ejecución de políticas dentro de la Administración del Estado puede apreciarse en la siguiente recapitulación que confirma el cuidado y la utilidad de los procedimientos jurídicos en ellas: “El corolario que se obtiene de esta dimensión jurídica es la importancia de contar con un aparato administrativo sólido que tenga capacidad para coordinar la multitud de *inputs* que llegan a los Secretariados, para que los pueda formalizar como material susceptible de tratamiento administrativo, y en fin, pueda garantizar la transmisibilidad horizontal tanto de dicho material como de las decisiones que emanan de los distintos órganos. Se comprende que ha de ser un aparato administrativo, y no político, porque, tras un impulso político inicial, sus procedimientos y sus contenidos son predominantemente administrativos. Además, su función ha de ser, en parte, objetivar demandas y necesidades políticas traduciéndolas a formas jurídicas”. (Vid. *Ibid.* p.348).

En resumen, el enfoque de mercado y gerencialista comienza a limitar las obligaciones del Gobierno en la resolución de problemas que marcaban la agenda de las políticas públicas. En su lugar aparecen políticas de gestión pública, es decir, medidas gubernamentales que tienen como finalidad reformar la estructura de la Administración y llevar a cabo acciones que reduzcan el déficit público, dando prioridad a las medidas de control del gasto en la implementación y la consecución de resultados en las políticas públicas⁵³⁹. En este contexto las políticas públicas se materializan por cauces que llegan a desviarse de la anteriormente citada reglamentación gubernamental como cauce jurídico de las mismas. Se produce de facto todo el sistema de elaboración y ejecución de políticas, a través de mecanismos de colaboración externos, subcontratación, arrendamientos y otros muchos instrumentos políticos, extrajurídicos y privados. En definitiva, la gestión pública, al descargar de la responsabilidad administrativa de los servicios públicos al Estado, que se ampara en el ordenamiento constitucional y administrativo, permite que la responsabilidad política, que no desaparece en gran medida, pueda desviarse no sólo a través de técnicas, sino de acciones fuera del control del marco jurídico público, simplemente porque comienzan a definirse y ejecutarse de forma externa al ámbito del control del gobierno.

III.5.2 Función modernizadora de las políticas públicas en la actuación del Estado.

Se puede sostener que las políticas públicas aparecen como una técnica capaz de crear instrumentos con los inmensos medios y mecanismos de la Administración pública para conducir de forma coherente y eficaz los amplios márgenes conferidos al poder ejecutivo, que superan al propio marco jurídico y técnico del Estado. Al mismo tiempo las políticas públicas sitúan su ámbito de actuación en la Administración y en el Gobierno, confiriendo al sistema constitucional y su ordenamiento, incluyendo en éste el régimen jurídico de la Administración, un nuevo marco de efectividad.⁵⁴⁰

En este sentido las políticas públicas conllevan un ejercicio de discrecionalidad que se puede poner en contradicción tanto con las funciones técnicas de la Administración como con el marco jurídico que las constriñe, pudiendo ambas quedar al margen de este proceso con los riesgos que esta circunstancia entraña⁵⁴¹. En sentido contrario, el exceso de limitaciones de ambos marcos, que aquí se

⁵³⁹ Vid. PARSONS, Wayne. *Políticas públicas...* Op. Cit. p. 478.

⁵⁴⁰ PRATS CATALÁ, JOAN. "Las transformaciones..." Op. Cit. p. 42-43 Ibid. Refiriéndose a la búsqueda de un modelo de políticas públicas coherente con un contexto de globalización (que expresa el nivel más sofisticado al que ha llegado la evolución del gobierno) cita la distinción propuesta por Dror entre "1) funciones de servicio, ejecución y gestión de los gobiernos, y 2) sus funciones de orden superior". Estas últimas hacen referencia a las políticas "abocadas a dirigir las transformaciones de las sociedades... para su adaptación a las nuevas realidades".

⁵⁴¹. Refiriéndose a las nuevas funciones que entraña el Estado y que diversifican y modifican el papel de las políticas públicas Joan Prats hace mención al impulso de la competitividad. Así, se muestran estrategias, como los clusters empresariales, que requieren la participación de múltiples actores y grupos de interés y el fin último de la Administración

exponen en su unidad de actuación, invitan a su transformación, reforma o dinámica de cambio continuado, como en esta investigación se entiende que se desenvuelve el proceso de la Modernización administrativa.

Las políticas públicas se aplican a los servicios que el Estado, y por ende las Administraciones públicas, promueve que sean de mera gestión de prestaciones públicas o tengan una función de impulso de la transformación social, tratándose en este último caso de actuaciones que buscan el impacto en la sociedad. En cualquiera de ellas se observa la posibilidad de que los instrumentos normativos y de control de la legalidad queden desplazados en el momento de su ejecución, permitiendo estrategias que anulen la eficacia de los preceptos y mecanismos de Derecho, que no participan en el momento de su elaboración, o si lo hacen es con intenciones preventivas para su soslayo posterior.

Las políticas públicas constituyen, pues, el motor de la acción del Estado y de la Administración ante las demandas de la sociedad o sus grupos de interés, de modo que, cuando no pueden aplicarse, se apunta que sucede por tres causas fundamentales: falta de recursos públicos para ejecutar los programas y proyectos que las lleven a su consecución en condiciones viables; desbordamiento de los cauces del sistema político, derivado del diseño constitucional, que hacen inviable su cumplimiento en términos de legalidad; defectos en la forma de aplicarse que apelan a las deficientes garantías jurídicas de defensa del interés general o la lesión material o formal de intereses legítimos de terceros. Circunstancias todas ellas amparables por el ordenamiento jurídico de la Administración.

El verdadero apogeo de las políticas públicas como técnica de ejercicio de los poderes públicos surge en la crítica de su implementación por el Estado del bienestar, que motiva en este proceso el interés de reformar la gestión pública. El análisis de las necesidades sociales y el aprovisionamiento ilimitado de las prestaciones públicas fue propio del periodo inicial del Estado de bienestar, hasta que los requerimientos organizativos para la contención del déficit público pusieron el interés en el modo de aplicación de dichas políticas (que en la disciplina de las políticas públicas se denomina implementación).

Existen circunstancias jurídicas y técnicas que limitan la libre aplicación de políticas desde cualquier gobierno legítimamente constituido. Ambas pretenden dar seguridad y continuidad en las funciones del Estado a través de la acción de la Administración, bien para mantener los límites del

en promover actuaciones que tengan incidencia en el desarrollo social y económico en conjunción con el sector privado. En estas actuaciones también el régimen jurídico y normativo de control y regulación, cuya falta o desplazamiento en su utilización material puede desembocar en déficits propios de dicho régimen, “ mediante la garantía de la competencia interna, un sistema fiscal y unas leyes de propiedad industrial e intelectual que fomenten la investigación, un sistema jurídico justo y eficiente, unas leyes que garanticen la protección de los consumidores, unas normas sobre la gobernanza empresarial que establezcan la responsabilidad de los directivos por resultados y regulaciones que promuevan la innovación”. (Ibid. p. 49-50).

cumplimiento de la legalidad o determinar la viabilidad en la ejecución de la gestión pública respectivamente. Sin embargo, en condiciones de estabilidad institucional y cumplimiento de la legalidad, ninguno de estos límites se exime de quedar superado por el marco político mediante la aplicación de reformas legislativas o técnicas de gestión que agoten los recursos públicos disponibles. Sin embargo, si la extensión de procedimientos técnicos en las acciones de la Administración actúa en perjuicio de la aplicación de garantías jurídicas que protegen los intereses generales, el objetivo de cohesión social como fundamento de la legitimidad del Estado liberal-democrático no puede alcanzar ese fin perseguido. Por otra parte, la especialización disciplinar a la que estas áreas de actuación de los poderes públicos se encuentran sometidas comprometen el necesario equilibrio de ambos aspectos.

Dicha especialización permite apreciar cómo estos aspectos no corresponden a enfoques complementarios y debidamente interrelacionados en un sistema integral, sino a paradigmas diferentes que invocan su incompatibilidad de aplicación a las políticas públicas. En el análisis politológico de los tipos de poder, se establece una clasificación entre “formas del mercado, la burocracia y la comunidad” que aparecen como “elementos que conforman cada área de políticas públicas”⁵⁴². En realidad se trata de reconocer que las políticas públicas no cuentan sólo con los poderes del Estado para su ejecución. En este sentido fue Etzioni quien ya anticipó, en plena maduración del Estado del bienestar, que los servicios públicos prestacionales requieren técnicas asociadas a aquellos elementos: poder coercitivo, poder remunerativo y poder normativo⁵⁴³. A partir de aquí formuló un principio de equilibrio por la tendencia de las instituciones públicas a compartir objetivos con las organizaciones del sector privado que daba lugar a una mezcla de estructuras de cumplimiento que apuntaba la creciente privatización del sector público en todos los órdenes: jurídico, organizativo y técnico. Hasta que dicha tendencia es superada por las formulaciones de la indiferencia e isomorfismo institucional entre las organizaciones públicas y privadas con el cuestionamiento mismo de los bienes públicos y su atribución al Estado⁵⁴⁴.

La consecuencia de la aplicación de estos esquemas lleva a la configuración del sistema político, desde su consagración jurídica en el texto constitucional y su desarrollo legislativo básico hasta la ejecución de sus actuaciones en el marco de las políticas públicas, con la desagregación institucional en diferentes modalidades de gestión interna y la delegación de funciones en ámbitos privados cuyos niveles de liberalización corresponden a los grados de regulación con que se transfieren esas funciones.

⁵⁴² Vid. PARSONS, Wayne. *Políticas públicas...* Op. Cit. p. 512.

⁵⁴³ Esta argumentación encuentra su desarrollo en la teoría del equilibrio de Etzioni entre tipos de poder y participación efectiva en las organizaciones: coercitivo-alienador, remunerativo-calculador y normativo-moral (vid. ETZIONI, Amitai. *A Comparative Analysis of Complex Organizations*. Nueva York, Free Press, 1961. p. 85. – Tabla IV-12-).

⁵⁴⁴ Para Malkin y Wildavsky, la distinción entre lo público y privado en la asignación de los bienes es una decisión social, exenta de criterios fijos y propiedades inherentes a esos bienes, que debe analizarse en las políticas públicas en lugar de ser objeto de una ocultación por aparentes conceptos técnicos. Vid. MALKIN, Jesse. y WILDAVSKY, Aaron. "Why the traditional distinction between public and private goods should be abandoned?" en *Journal of Theoretical Politics*, v. 3, n.4, 1991. p. 355-378.

Por otra parte es central, y relacionado con este mismo esquema y sus mecanismos asociados, el papel del nivel político como gestor, que revela insuficiencias en el desempeño de las funciones definidas en las competencias constitucionales ante la necesaria capacidad directiva que se desprende del modelo privado de gestión. Todo ello lleva, entre otros aspectos, a la evolución a modelos de gobernanza donde intervienen todos los sectores citados con intereses en presencia y atribuciones de gestión de los servicios en instituciones públicas y organizaciones privadas que adquieren diversas formas de titularidad, creación de órganos de regulación independientes del poder político y, dentro de las instituciones administrativas que son dirigidas por el gobierno, funciones directivas con atribuciones gerenciales de acuerdo con un importante paquete de competencias profesionales y técnicas⁵⁴⁵.

Por otra parte la evolución de la estructura pública y privada en la prestación de los servicios públicos se pone en función de al menos tres aspectos que modifican las políticas de reforma administrativa proyectando diferentes resultados. En primer lugar, la fortaleza institucional de los Estados, cuya eficacia en el cumplimiento de las políticas y madurez organizacional potencian o limitan su posición en el escenario reformista. Como segundo aspecto la capacidad del sector privado interno, que encuentra en la efectividad de los mercados del Estado nación la capacidad de asumir las necesidades sociales en la prestación de servicios públicos. Por último, en ausencia de los anteriores, la opción de liberalizar los mercados a fuerzas privadas con relaciones de dependencia políticas y económicas con resultados variables en función del grado de desarrollo público y privado interno.

De algún modo la correlación entre el ámbito público y privado en la cultura jurídica, económica y social pueden determinar el tipo ajuste de las políticas de gestión pública y el éxito de su aplicación en un sentido u otro del equilibrio entre ambos, todo ello sin perjuicio de que la tendencia viene determinada por la inclinación hacia el ámbito privado y la reubicación en ella de la función del Derecho público bajo la premisa de su papel esencial en las reformas del funcionamiento de las instituciones⁵⁴⁶.

⁵⁴⁵ Losada aporta una genérica pero ilustrativa visión subjetiva de las funciones y actividades de un directivo público, equivalente en nuestra función pública a un puesto político o de mando en la gestión. Vid. LOSADA i MARRODÁN, Carlos. "La función de dirigir en la Administración Pública" en *¿De burócratas a gerentes? Las ciencias de gestión aplicadas a la administración del Estado*, (ed. Carlos Losada i Marrodán). Washington, Banco Interamericano de Desarrollo, 1999, p. 395-432.

⁵⁴⁶ Estos análisis del papel de las instituciones en las políticas de gestión pública cobran un especial interés en áreas de países emergentes de cultura liberal y liberal-democrática, como sería el caso de Latinoamérica, donde las directrices de gestión económica se han debido someter a corrección por fórmulas jurídico-políticas y administrativas a fines de los noventa y principios del siglo XXI. Vid. BERGARA, Mario y PEREYRA, Andrés. *El proceso de diseño e implementación de políticas y las reformas en los servicios públicos*. Washington, Banco Interamericano de Desarrollo, 2005. p. 5-6.

Capítulo IV. La actividad de la Administración en las relaciones entre los fundamentos jurídicos y técnicos de la gestión pública.

IV.1 Premisas generales.

Examinadas las bases jurídicas que concurren en los fundamentos de la modernización administrativa, esta investigación se plantea profundizar en las conclusiones obtenidas de dicho examen. Con la irrupción de las políticas públicas como uno de los principales elementos que caracterizan al Estado del bienestar, la parte de funcionamiento prestacional adquiere un importante volumen en el que el ordenamiento administrativo todavía encuentra formas de adaptación a su fundamentación jurídica. En todo caso, donde encuentra dificultades, la delimitación marcada por la regulación jurídica pública se fija en el ámbito de la acción potestativa, mientras que las nuevas figuras técnicas y jurídico-privadas actúan plenamente en servicios prestacionales de ejecución extrajurídica. Sin embargo, la modernización arrastra una nueva modalidad de políticas en el marco de la gestión pública que es llamada a renovar todas las actividades del servicio público, incluyendo, a través de la desregulación de las mismas, ciertas actividades potestativas. Introduce para ello métodos de gestión con nuevos procedimientos técnicos a los que el alcance del Derecho queda supeditado. En este capítulo se pretende estudiar determinados aspectos que expliquen cómo se producen estas relaciones, que afectan a los fundamentos del marco jurídico en los que pasa a desenvolverse la Administración pública, especialmente en el bloque de los procedimientos administrativos.

IV.2 Premisas jurídicas y técnicas de la transformación en la actividad pública.

IV.2.1 Concurrencia de los principios jurídicos y los métodos técnicos en el funcionamiento de la Administración.

Con la aparición del Estado del Bienestar los servicios se transforman en el eje de una oferta impulsada por las políticas públicas. Una línea de esta investigación ha de profundizar en las contradicciones, dentro de la organización burocrática del Estado liberal, entre regulación jurídica y las citadas políticas en la provisión de los servicios que es imperativo analizar. Esta dicotomía entre regulación y políticas públicas expansivas en inversión y gasto, que amenaza un colapso funcional del Estado, supone la aparición de una nueva generación de políticas, llamadas de gestión pública, que tienen como objeto genérico la implementación de las políticas públicas que respondan con la mayor economía de recursos a los objetivos planteados en éstas. El desarrollo de esta racionalidad, en principio neutral, está en realidad sujeta a contenidos políticos, pero previamente a esa consideración, se puede

observar que la racionalidad técnica de la gestión puede entrar en conflicto de intereses con la racionalidad jurídica del Estado de Derecho⁵⁴⁷. Se trata pues de abordar qué principios deben regir esta relación, dado que dichas políticas de gestión pública no bastan para la regulación práctica de las políticas públicas. Todo ello, ya sea en los servicios administrativos como en el resto de servicios públicos que el Estado debe prestar a través de sus administraciones, y que conceptualmente se unifican con el fin de simplificar y racionalizar su gestión. Finalmente, procede indagar en un nuevo ámbito de relaciones con el sector privado que penetra tanto en la prestación de estos servicios, como en la gestión interna de la propia Administración.

Es posible sostener que el Estado liberal democrático, en sus principios de neutralidad y objetividad, bajo la tutela de un Derecho propio que garantiza el ejercicio de su potestad, sufre problemas específicos de adaptación en su marco jurídico cuando las funciones del servicio público producen un incremento de las actividades prestacionales. La propia Administración, al constituirse como sujeto garante de la legalidad de sus actuaciones, se crea una obligación que, en ciertos casos, incide más en las acciones limitadoras de derechos que en su obligación de reconocimiento de los mismos. Sin embargo, la mera posibilidad de prescindir de este régimen jurídico crea un gran riesgo de arbitrariedad e inseguridad en las funciones de regulación y control de la acción pública, dada la potestad ejecutoria que el Estado confiere a la Administración por razones de eficacia.

En este contexto las políticas públicas, que son de naturaleza interventora, devienen en nuevas políticas de gestión pública ante la quiebra en el sostenimiento organizativo burocrático del Estado social. De algún modo, las políticas utilizadas para intervenir en la vida social deben dirigirse a nuevas políticas públicas, que conducen a un reajuste en la forma de producir los servicios públicos. En una primera aproximación, puede considerarse que tales políticas se basan en un nuevo marco técnico que debe convivir con el marco jurídico público. Sin embargo, en ese marco técnico entran en juego especialidades, metodologías, incluso teorías de aplicación de las actuaciones en la gestión pública, que no sólo no se complementan con el marco jurídico, sino que lo pueden anular, al anteponer principios que contradicen ciertos fundamentos del Derecho.

Las políticas de gestión entran en conexión con el principio cardinal de servicio de la Administración a los intereses generales, que si bien han encontrado una definición cambiante a lo largo del Estado Liberal, la lectura constitucional actual conecta con el principio democrático a través del pluralismo político, que deposita la soberanía nacional en el pueblo (art. 1.2 CE), los ciudadanos, del

⁵⁴⁷ NASS, Otto. *Verwaltungsreform durch Erneuerung der Verwaltungswissenschaft*. Tubinga, Mohr, 1950.. p.11 “Toda la teoría del Derecho administrativo ha sido desenvuelta casi exclusivamente por hombres que no querían exponer teorías sobre el mejor modo de administrar, sino que se fijaban únicamente en el Derecho, tal como ellos lo concebían” (Trad. Garrido Falla en GARRIDO FALLA, Fernando. "Sobre el Derecho administrativo..." Op. Cit. p. 45).

que emanan los poderes del Estado. En su desarrollo jurídico administrativo supone que “el servicio a los intereses generales por la Administración debe efectuarse de acuerdo con el criterio de servicio a los ciudadanos (art. 3.2 LRJPAC)”⁵⁴⁸. Por consiguiente, “los intereses generales no son un concepto unitario, monolítico, aprehensible apriorísticamente por la Administración gracias a sus medios personales y materiales. Los intereses generales están formados por los intereses privados y por los intereses públicos y ambos deben ser ponderados antes de tomar decisiones administrativas”⁵⁴⁹.

Ante la institucionalización del principio democrático en el Estado y su sustanciación en las políticas públicas se produce la exigencia por la Administración de ciertas garantías jurídicas, presumiblemente excesivas, para el ejercicio de derechos por el ciudadano, que pueden quedar limitados ante la mera falta de acreditación de los requisitos reglados a partir de una presunción de desconfianza en favor de la protección del interés general, bien superior a los derechos del administrado atribuido a la función administrativa tradicional. En la praxis, a falta de materializar el principio de participación de forma efectiva, la imputación del interés general a la Administración la convierte en sujeto de derechos, que amparados en garantías, resultan lesivos para los intereses de los administrados, categoría que afecta a los individuos y se extiende a todos los sectores de la actividad económica privada. Así, cuando nuevos criterios políticos modifican la atribución de las actividades públicas a sujetos privados queda transferido a ellos el amparo del interés general.

“[...] se ajusta especialmente a la legislación al uso, considerando el empleo que frecuentemente ésta hace del término «interés general». Por ejemplo, el sector gasista se define, en la Ley de Hidrocarburos, como actividad de interés general; en la LGT se menciona igualmente la protección del interés general”⁵⁵⁰.

El marco técnico busca, frente a la eficacia formal del marco jurídico, que puede dificultar la ejecución material de la actividad administrativa, lo que se podría denominar una eficacia real. En el problema de ejecución de los derechos se trataría *in fine* de encontrar un compromiso de aplicación del caso más favorable al ciudadano, si por su parte cumple determinadas condiciones objetivas, sin obstáculo de otras formales de cuyo conocimiento dispone la Administración, flexibilizando el criterio formal al que se anteponen otros más utilitarios⁵⁵¹. El perjuicio general, evaluable en costes, ocasionado por excesivos controles formales que se aplican al reconocimiento de ciertos derechos, puede justificar la asunción del riesgo de otorgar, excepcionalmente, derechos indebidos. En este nuevo principio de

⁵⁴⁸ PONCE SOLÉ, Juli. *Deber de buena Administración...* Op. Cit. p 85.

⁵⁴⁹ Con este enfoque Juli Ponce asumirá el papel de la participación en la formación de las decisiones discrecionales que toman en consideración los intereses privados singulares y colectivos para el logro de decisiones acertadas y oportunas. Vid. Ibid. p 87-88.

⁵⁵⁰ GONZÁLEZ-VARAS IBÁÑEZ, Santiago. “¿Del servicio público a los mercados de interés general?” en *Cuadernos de Derecho Público*, n. 12, enero-abril, 2002. p. 65.

⁵⁵¹ Vid. ROBBINS, Stephen P. y DECENZO, David A. *Fundamentos de Administración. Conceptos generales y aplicaciones*. Mexico, Prentice Hall, 2002. 2ª ed. p. 411-437.

eficacia, el balance entre beneficios y pérdidas se sitúa como criterio del interés público, tanto por la disminución del coste material de los servicios públicos como por una eficaz tutela de los derechos para el conjunto de la sociedad⁵⁵².

IV.2.2 Condicionantes de eficacia al cumplimiento de los principios formales en la actividad administrativa.

El Derecho puede establecer, con los principios formales del procedimiento en la actividad administrativa, un condicionamiento estrictamente jurídico de los medios de ejecución, que se muestra cuando la delimitación sustantiva de ambos se traspasa a la práctica de su aplicación. En el primer caso tenemos los principios del ordenamiento y las garantías jurídicas, mientras en el segundo aparecen los recursos técnicos para la ejecución material de los fines de la Administración, entre los que se incluyen la buena interpretación y eficacia de la norma jurídica. Este doble enfoque se revela en la relación entre los principios de legalidad y seguridad jurídica. Si el primero sólo requiere para su cumplimiento y ejecución jurídicamente eficaz la existencia de una norma, el segundo exige su interpretación precisa, que en ausencia de claridad presenta más incertidumbre para su correcta aplicación.

De acuerdo a esta distinción, no queda probado que la eficacia jurídica se perfeccione con garantías preventivas en controles formales a los actos previos de la resolución administrativa, aunque tampoco puede cumplirse con eficacia la actividad administrativa sin aplicación del principio de legalidad, pues la misión de éste se traduce en el ordenamiento del servicio a los intereses generales de la actividad social, que las actuaciones administrativas basadas en las estipulaciones jurídicas tratan de introducir. Si la eficacia de la actividad pública y el control de legalidad deben complementarse será a través de medios de adaptación del procedimiento a su mayor eficacia. Se deduce por ello, como hipótesis, que el control del cumplimiento de las obligaciones no debe recaer principalmente, y menos aún exclusivamente, en la Administración, sino en gran medida sobre el propio ciudadano, pues la desconcentración de los controles de la actividad en el sujeto ejecutor de la demanda de actuación administrativa permite mejorar su eficacia, que por el principio de legalidad son imprescindibles.

Parece razonable así, que la Administración actúe un agente dinamizador antes que ejecutor exclusivo del procedimiento, lo que obliga a tomar las medidas de seguridad jurídica relacionadas con la claridad en la comprensión de las normas por la parte iniciadora o solicitante que permite hacer recaer con toda la fuerza ejecutoria los controles *a posteriori*, que permiten repartir las cargas del control entre

⁵⁵² En la aplicación de este principio se inserta la COM (2006)691 final. *Medir los costes administrativos y reducir las cargas administrativas en la Unión Europea*. Bruselas, 14.11.2006. Este documento de trabajo de la Comisión presentado al Parlamento y el Consejo Europeo, ya citado como ilustración del concepto de productividad en el capítulo 1, impulsa la estrategia de medición y reducción de las cargas administrativas, vinculando éstas al desarrollo económico a través de su incidencia directa en el incremento del PIB. Muestra como las políticas de gestión pública modulan los criterios del interés general a resultados materiales de carácter económico y social.

los sujetos receptores de la actuación pública y la propia actividad ordinaria de la Administración. Este cambio permite replantear la correlación entre los procedimientos técnicos, de contenido material, y la mitigación de los procedimientos jurídicos formales con nuevas pautas y principios para el ejercicio de la autoridad administrativa. La cláusula tradicional de policía o control de la Administración se supedita al refuerzo de los procedimientos inspeccionador y sancionador, que aplican con mayor efectividad las actuaciones de la Administración al cumplimiento de la legalidad respecto a las técnicas formales apriorísticas y ablatorias⁵⁵³. La relación entre las potestades de la Administración y el derecho de los ciudadanos a la tutela judicial bajo la forma de control *ex post*, apoyada en el principio de confianza legítima, se convierte en obligación de cumplimiento de la legalidad por aquellos y vigilancia por ésta, que frente a un arcaico sentido paternalista cobra una noción contractual⁵⁵⁴.

IV.3 Las relaciones entre las garantías jurídicas y la eficacia de la gestión pública.

IV.3.1 Adecuación del sistema garantizador a los fines materiales de la Administración.

El cumplimiento de la legalidad en la actividad administrativa tiene como objeto el servicio de los intereses generales⁵⁵⁵ y la protección de los derechos particulares⁵⁵⁶. Para este propósito se establece

⁵⁵³ La doctrina desreguladora inspirada en la exigencia de crear condiciones de igualdad de competencia en la actividad económica que persigue la Unión Europea se aproxima a estos principios. Véase como ejemplo normativo, en el marco de la estrategia de Lisboa, la Directiva 2006/123/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 12 de diciembre de 2006, relativa a los servicios en el mercado interior cuya trasposición a la legislación estatal se realiza en la Ley 17/2009 de 23 de noviembre, sobre el libre acceso a las actividades de servicios y su ejercicio.

⁵⁵⁴ Este planteamiento encuentra disonancia con otros. Parejo, afirma en torno al nuevo carácter sustantivo que cobra la Administración en el papel de prestador de servicios e instrumento del poder público, que otorga al orden constitucional la primacía en el estatuto de dicho poder lo siguiente: “Se recupera de esta forma toda la importancia propia del interés general (art. 103 CE), [...] del cual forma parte justamente la diversidad de las posiciones del ciudadano (en algunas de ellas éste se ofrece más potente que la propia Administración: así en materia de derechos fundamentales, por ejemplo el derecho a la vida, a la integridad física o a la inviolabilidad del domicilio). Se recobra también el plano de las relaciones materiales sobre las que la Administración proyecta sus potestades (y cuyo ejercicio da lugar a la relación formal tipo, de carácter procedimental, tradicionalmente teorizada). Emerge así al plano del Derecho Administrativo la vida real, que exige la incorporación a la relación jurídico-administrativa típica del principio clásico de las jurídico-privadas: la buena fe, incluso en la formulación de origen germánico de confianza legítima, que con buen criterio y acuerdo, el proyecto de Ley de modificación de la LRJAP pretende incorporar como principios generales de la actuación de las Administraciones” (negrita mía). (PAREJO ALFONSO, Luciano. *El ciudadano y el administrado...* Op.cit. p.557). El profesor Parejo en este argumento parece compensar la situación flexible y dominante de los ciudadanos respecto a la Administración en el ejercicio de sus derechos fundamentales con la posición potestativa de ésta en la relación procedimental clásica. Sin embargo esta asignación de atribuciones desde la relación jurídico-privada supuestamente introducida adolece de un carácter contractual equiparable entre las partes, por más que ofrezca como contrapartida el principio jurídico-privado de buena fe o confianza legítima, ya que la potestad material de la Administración favorecería su discrecionalidad, pues sin contenido material las cláusulas citadas sólo pueden apreciarse como una concesión de sesgo paternalista.

⁵⁵⁵ Una de las definiciones más consagradas de interés general equivalente a interés público la dicta el profesor Sánchez Morón: “lo que afecta o interesa a la generalidad, es decir, al común de los ciudadanos que componen una comunidad política. Es el interés de esa comunidad como tal, organizada políticamente” (Vid. SANCHEZ MORÓN, Miguel. “Interés General”. En VV.AA. *Enciclopedia jurídica básica*. 4 tomos. Editorial Civitas, 1994).

⁵⁵⁶ En este sentido los derechos individuales guardan una equivalencia con los intereses particulares, que se conciertan mejor con los intereses generales: “El Estado como conjunto, es el depositario último de todos los intereses en juego en su seno: del interés general y de los intereses particulares” (Vid. FERNÁNDEZ MANJÓN, Desiderio. *La colaboración...* Op. Cit. p. 44).

un sistema garantizador en el desempeño de la actividad administrativa: los controles y la seguridad jurídica.

La definición del sistema garantizador, tan complejo y prolífico en la doctrina, se podría afrontar mediante un primer acercamiento subjetivo. La Administración, como instrumento público de gestión y en una perspectiva finalista, se propone el servicio al ciudadano, ya sea en su cualidad abstracta, como terceros que se relacionan con las instituciones públicas, o concreta, en tanto que individuos poseedores de derechos reconocidos pero también de obligaciones que se establecen de acuerdo al interés general⁵⁵⁷. Bajo esa perspectiva, el sistema de garantías que el citado ordenamiento dispone y la Administración ejecuta posee dos dimensiones: una interna, en la medida que trata de asegurar el servicio al interés general mediante su consideración en la ejecución de los actos administrativos; otra externa, que ajusta al cumplimiento de la legalidad cada actuación concreta que afecta a los particulares que con ella se relacionan. Así, la defensa del interés general recae sustancialmente sobre la propia Administración y se convierte en una actividad interna que emplea una interpretación de la legalidad y medidas de fiscalización propias, mientras que los actos administrativos, sujetos al citado fuero del interés general amparado en la norma administrativa, tienen una repercusión que recibe los controles externos pertinentes.

La conceptualización subjetiva del sistema de garantías permite que ante la imprevisión de mecanismos de control internos el interés general pueda convertirse en rehén del interés particular de la Administración, pues ante cada actuación concreta la norma jurídica se revela insuficiente, cuando no deficiente. Esto provoca una suplantación de los ciudadanos, objeto de los instrumentos jurídicos garantizadores y sus mecanismos de control externo, por la propia Administración a través de sus funcionarios⁵⁵⁸. Finalmente acaba extendiéndose esta situación, ya contra garantizadora, al conjunto de la Administración, desde los actos, normas y actuaciones en planes, programas o instrucciones hasta el nivel técnico y administrativo, en su resistencia a la efectividad de los mecanismos garantizadores. Las actuaciones administrativas, en suma, como consecuencia de este sistema, se producen más en el

⁵⁵⁷ Respecto a la calidad de ciudadano se emplea la acepción amplia utilizada finalmente en la Redacción de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común, que no penetra en la restricción del uso de derecho de ciudadanía que otorga la CE, ni evidentemente la contradice, o de la distinción de personas jurídicas y otros sujetos públicos. Vid. EMBID IRUJO, Antonio. *El ciudadano y la administración*. Madrid, MAP, 1994. p. 36-39.

⁵⁵⁸ PRATS CATALÁ, Joan. "Las transformaciones..." Op. Cit. p. 62. El autor describe numerosos estudios empíricos concluyen que los burócratas (en el sentido de los funcionarios y empleados insertos en una estructura burocrática pública) no son sólo servidores de los intereses generales si no que toman en cuenta en primer lugar sus propios intereses funcionariales, se cuestiona así "la imparcialidad política, económica y social real de los funcionarios públicos".

cuidado a la forma del fundamento jurídico que al fondo de la motivación concreta que debe sustentar la prestación de los servicios públicos⁵⁵⁹.

En segundo término se debe destacar el concepto de derechos individuales, que en el ordenamiento administrativo se impone con el mandato constitucional (art. 9 CE). Su determinación no resulta directamente imputable a la especialidad administrativa, que vuelve a manifestarse como de Derecho estatutario, aunque bajo sujeción al Derecho público⁵⁶⁰. Como ya se manifestó, en su conexión con los intereses generales existe una equivalencia entre derechos individuales e intereses particulares, que en el marco jurídico administrativo se transforma en una nueva generación de derechos en su ámbito. La Ley 30/1992 (LRJCAP), introduce este elemento clave de los derechos particulares, en la transformación del ordenamiento jurídico administrativo que representa el Estado constitucional, como elemento diferencial de sus antecedentes pre-democráticos en la Ley, de 17 de julio de 1958, de Procedimiento Administrativo (LPA) y la Ley, de 26 de julio de 1957 sobre Régimen Jurídico de la Administración del Estado (LRJAE). El profesor Embid Irujo procede a establecer una clasificación de los derechos de los ciudadanos de los que es portadora esta nueva legislación, que de forma sustantiva la diferencia de la anterior⁵⁶¹. Se sirve para ella de un criterio de ubicación de la condición especial del ciudadano en el procedimiento, no en la perspectiva general típica de los Derechos Fundamentales, sino en la calidad de interesado o partícipe de una relación con la Administración, que a su carácter de reglada, la nueva legislación añade unas garantías que atañen a sus derechos individuales como sujeto activo de la actividad pública. Así distingue los siguientes grupos de Derechos:

a) Derechos que operan en el ámbito de las condiciones presupuestas para la tramitación de un procedimiento, tales como la identificación de autoridades y funcionarios y la elección de la utilización de las lenguas oficiales en el territorio de la Comunidad Autónoma.

b) Derechos que pueden ejercitarse en cualquier momento de la tramitación de un procedimiento, entre los que distingue: Derecho a conocer, en cualquier momento, el estado de la

⁵⁵⁹ El garantismo jurídico se conecta aquí con la negación de la discrecionalidad de los actos de la Administración, lo que no impide su realidad fáctica sino que, paradójicamente, disminuye la eficacia en el control de la aplicación de las normas y principios jurídicos a la actuación administrativa. Vid. PONCE SOLÉ, Juli. "Procedimiento administrativo..." Op. Cit. p. 93-94.

⁵⁶⁰ Vid. MORELL OCAÑA, Luis. *Curso de Derecho Administrativo. Tomo I*. Pamplona, Aranzadi, 1999. p. 51-57, entre las innumerables menciones a la categoría doctrinal de Derecho estatutario, sirve por su concisa determinación. Como fuentes acreedoras del concepto debe mencionarse GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo. "Verso un concetto de Diritto Administrativo come Diritto Statutario" en *Rivista Trimestrale de Diritto Pubblico*, n. 23, 1960.

⁵⁶¹ Vid. EMBID IRUJO, Antonio. *El ciudadano...* Op. Cit. p. 70-81. A su vez considera otros criterios clasificadores como los de Da Silva Ochoa y Santamaría Pastor. Vid. DA SILVA OCHOA, Juan Carlos "Estudio sistemático de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común" en *Administraciones Públicas y Ciudadanos* (coord. B. PENDAS). Barcelona, Praxis, 1993. p. 302 y s. y Vid. SANTAMARÍA PASTOR, J.A. *Comentario sistemático a la Ley de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común*. Madrid, Libros Jurídicos Carperi, 1993.

tramitación de los procedimientos (art. 35.a.); Derecho a obtener copia sellada de los documentos que presenten, aportándola junto a los originales, así como a la devolución de éstos (art. 35.c), que diferencia el carácter pormenorizado de su regulación en la LPA de 1958, respecto a su formulación como derecho en la Ley 30/1992; Derecho a formular alegaciones y a aportar documentos en cualquier fase del procedimiento anterior al trámite de audiencia (at. 35.f), derecho ya reconocido en términos similares por la legislación anterior, pero ahora objeto de garantías jurídicas sujetas a su desarrollo reglamentario expresamente señaladas en la primera redacción de la disposición final de la Ley para este artículo.

c) Derechos que sólo pueden ejercitarse en relación a procedimientos administrativos concluidos, en referencia al derecho al acceso a archivos y registros administrativos (art.37.1).

d) Derechos que se desarrollan al margen de un procedimiento administrativo concreto, entre los que Embid Irujo destaca: Derecho a obtener información y orientación acerca de los requisitos jurídicos y técnicos que las disposiciones vigentes impongan a los proyectos, actuaciones o solicitudes que se propongan realizar (art.35.g), aunque Embid establece en éste una vigencia del art. 33 de la LPA de 1958, vuelven a aparecer grandes diferencias entre el carácter regulador de uno y el declarativo como derecho del otro que obliga a un posterior desarrollo garantizador; Derecho a ser tratados con respeto y deferencia por las autoridades y funcionarios (art. 35.j), que se conjuga con las consecuencias disciplinarias de su violación en el ordenamiento jurídico de los funcionarios; Derecho a exigir las responsabilidades de las Administraciones Públicas y del personal a su servicio cuando así corresponda (art. 35.k.), que se conecta con la institución de la responsabilidad patrimonial.

De este tipo de Derechos individuales bajo el fuero de la Administración destacan una serie de rasgos de impronta política, que en coherencia, pero de forma paralela e independiente en la mayoría de los casos, recibe el marco jurídico administrativo de los principios que inspiran el nuevo ordenamiento constitucional. En primer lugar la naturaleza garantizadora que conlleva su ejercicio, en el que priman las garantías materiales sobre las jurídicas y jurisdiccionales, que hace necesarias dotaciones y regulaciones complementarias capaces de asegurar la efectividad material y temporal, es decir, garantías técnicas que aseguren su cumplimiento. En segundo término, los derechos ciudadanos del nivel administrativo, que acaban por establecer una relación donde la equiparación entre derechos y obligaciones de los ciudadanos otorga una nueva dimensión de los controles a la Administración, que contrae obligaciones moduladoras de los mecanismos típicamente jurisdiccionales del sistema administrativo liberal. Conectado con el anterior, y en tercer lugar, su formulación no como meras regulaciones formales, sino como derechos, es cierto que formales asimismo, permite e incluso impele a desarrollos garantizadores que promueven actuaciones materiales por parte de la Administración, es decir, instrucciones que se deben concretar en cambios funcionales y dotaciones presupuestarias vinculadas a la actividad pública.

Este recorrido ya no sólo vincula a los servicios públicos prestacionales, si no a los administrativos puros, que por su carácter inmaterial quedaban más expuestos a la discrecionalidad, lo que constituye una definición homogénea de la conexión entre los medios jurídicos y la concreción material de los servicios públicos en el control de la regulación jurídica de la acción pública. Por este camino se emprenden los desarrollos de la legislación más vinculada a la modernización de la gestión pública a través de la normativa estatal, regional y comunitaria⁵⁶².

IV.3.2 Cuestiones sobre la seguridad jurídica como principio garantizador.

El principio de seguridad jurídica supone una de las cláusulas fundamentales en el ejercicio de los poderes públicos. Su rango lo acredita el art. 9.3 CE y la doctrina del Tribunal Constitucional que considera al concepto omnicompreensivo del conjunto de principios de garantía de la actuación administrativa.

Hemos dicho con relación al principio de seguridad jurídica, que ésta viene a ser la suma de certeza y legalidad, jerarquía y publicidad normativa, irretroactividad de lo no favorable, interdicción de la arbitrariedad, equilibrada de tal suerte que permita promover, en el orden jurídico, la justicia y la igualdad, en libertad [...] Es decir, la seguridad jurídica entendida como la certeza sobre el ordenamiento jurídico aplicable y los intereses jurídicamente tutelados [...] como la expectativa razonablemente fundada del ciudadano en cuál ha de ser la actuación del poder en la aplicación del Derecho [...] como la claridad del legislador y no la confusión normativa [...]"⁵⁶³.

Se trata, por ende, del principio que unifica básicamente los elementos que la Constitución proclama como garantías jurídicas, que se define como la propiedad de certeza y claridad del ordenamiento jurídico que invalida cualquier confusión normativa y otorga una expectativa razonablemente fundada y previsible sobre la actuación del poder en la aplicación del Derecho⁵⁶⁴.

Como objeto de la seguridad jurídica se puede por lo tanto situar a la norma, que debe ser previsible y de clara interpretación. Además exige el mantenimiento de un régimen jurídico en el que se basa la confianza legítima del ciudadano, para lo que se deben prever en caso contrario regímenes transitorios. La seguridad jurídica va, en resumen, a la estabilidad, coherencia y perdurabilidad del sistema normativo y el ordenamiento jurídico, se puede decir que se trata de una institución conservadora en la preservación de su objeto y en la finalidad de proteger a los sujetos que la utilizan⁵⁶⁵.

⁵⁶² Aquí y a lo largo de esta investigación, el término regional se utiliza en sentido amplio, de acuerdo a la definición dada en el artículo 3.2 de los Estatuto de la Asamblea de las Regiones de Europa, (ARE), que en el caso de España incluye las nacionalidades y regiones que la integran (art.2 CE) con sus diferentes desarrollos de autogobierno previstos en el Título VIII. Sobre el origen asimétrico de las aspiraciones políticas de las competencias regionales plasmadas por el constituyente. Vid. SOLOZÁBAL, Juan José. "Sobre el Estado Autonómico Español" en Revista de Estudios Políticos, n.78, octubre-noviembre, 1993. p. 105-109.

⁵⁶³ STC 104/2000.

⁵⁶⁴ LAVILLA RUBIRA, Juan José. "Seguridad Jurídica" en *Estudios para la Reforma de la Administración Pública* (Dtor. Fernando Sainz Moreno). Madrid, INAP, 2000.

⁵⁶⁵ No obstante, la seguridad jurídica se formula más como una obligación de los poderes públicos que como un derecho de los ciudadanos como se puede ver con abundante citación de doctrina en UGARTEMENDIA ECEIZABARRENA, Juan

Por otro lado, y desde el punto de vista subjetivo, es patente la concurrencia de intereses en la interpretación y materialización de las normas jurídicas. Si bien su finalidad formal, propia de un sistema garantista, es proteger al sujeto pasivo en la aplicación de las normas bajo un principio de legalidad fundado en la confianza, transparencia y certidumbre en sus resultados, a menudo su aplicación presenta la divergencia de intereses de los sujetos que intervienen en ella.

En el nivel de elaboración, bien por el legislador o la propia Administración en el uso de la potestad reglamentaria, existe la tendencia general a desvincularse de la responsabilidad de la información e interpretación que la propia ejecución de la norma produce en sus actuaciones. Tal vez, para evitarlo, se recurre, entre otras, a la técnica jurídica de la concreción y diversificación, lo que desemboca en un entramado normativo que, sin embargo, reduce la propia certeza y estabilidad que se persigue, pues el abuso de la concreción somete a las normas a frecuentes cambios. Como una de las causas de este fenómeno se destaca la elevada demanda de actuaciones prestacionales que, sujetas al régimen jurídico público, se obligan a un exceso de regulación normativa. Además, la reglamentación minuciosa, a menudo puede observarse como una forma de autoprotección por la propia Administración en el ejercicio de sus actos administrativos, en tanto que como sujeto activo de la materialización de las políticas públicas, permite limitar los derechos que se deben amparar en la ejecución de sus actuaciones. Aparece pues este blindaje como divergente con la seguridad jurídica requerida por los ciudadanos y fomentando la desconfianza en la actuación pública. Paralelamente tampoco promueve el principio de responsabilidad, si no que, ante la ineficacia jurídica que permite la ambigüedad o confusión del entramado normativo o los supuestos positivos que debe contemplar, acaba favoreciendo la utilización de ámbitos informales o la aparición de regímenes diversos y contradictorios basados en un entramado de órganos superpuestos para la resolución de la materia regulada.

Como principio garantizador, la seguridad jurídica se instituye en una obligación para la Administración y un derecho para los ciudadanos. Sin embargo no puede verse como un instrumento meramente formal, pues requiere de medios materiales suficientes en el sujeto garante que permitan sustanciar los derechos del sujeto que pueda ejercerlos⁵⁶⁶. Por lo tanto, al principio de seguridad jurídica lo limitan diversos factores entre los que cabe destacar los siguientes: por un lado la ya mencionada

Ignacio. “El concepto y alcance de la seguridad jurídica en el Derecho constitucional español y en el Derecho comunitario europeo: un estudio comparado” en *Cuadernos de Derecho Público*, n. 28, mayo-agosto, 2006. p. 19.

⁵⁶⁶ LAVILLA RUBIRA, Juan José. “Seguridad Jurídica...” Op. Cit. p. 150-151. Lavilla establece un conjunto de medidas tendentes a dotar de medios materiales y organizativos el cumplimiento de la seguridad jurídica. Entre otros establece una catalogación ordenada de normas vigentes, para lo que sirve de ejemplo la CFR de EE.UU (*Code of Federal Regulations*) indicando la posibilidad de acceso web al catálogo – en mi opinión cualquier publicación que no incluya el medio electrónico como mínimo se opone a la intención de la Ley 11/2007 de Acceso Electrónico de los Ciudadanos a los Servicios Públicos-. El otro aspecto que se aborda es la publicación de resoluciones a efectos de conocimiento de precedentes y previsibilidad del contenido de los actos, integrando resoluciones o acuerdos de las correspondientes administraciones.

complejidad de la actividad prestacional del Estado dificulta el criterio de claridad normativa que requiere el principio de seguridad; en segundo término, las políticas que fomentan modelos de gestión pública con regímenes jurídicos fraccionados, superpuestos y heterogéneos sin producir adecuados sistemas de colaboración, cooperación y coordinación⁵⁶⁷; la falta de coherencia entre los criterios normativos jurídicos y técnicos, quedando los primeros fuera de múltiples ámbitos de regulación que son amparados por figuras privatistas que escapan al control público⁵⁶⁸; la insuficiencia de pautas homogéneas en la producción de normas jurídicas que velen por la calidad técnica en los criterios de la seguridad jurídica⁵⁶⁹. Como consecuencia, la tensión que sobre la Administración ejerce la doble obligación de la seguridad y responsabilidad promueve la dificultad de acceso de los ciudadanos a los servicios públicos, produciéndose innumerables trabas administrativas y burocráticas. Sin embargo, las barreras administrativas se solventan, como ya se citó con anterioridad, mediante la pérdida de controles en aquellas actuaciones en las que debe primar la ejecutoriedad inmediata en la toma de decisión administrativa. Se producen para ello mecanismos de expresión de voluntad informales, con actos basados en deliberaciones verbales, acuerdos no escritos y uso de procedimientos formales a posteriori. Sin desconsiderar la necesidad de incorporar estas prácticas a las actuaciones administrativas con el fin de mejorar su eficacia, su falta de reglamentación o no contemplación como formas establecidas y suficientemente regladas fomentan la desigualdad y la discriminación.

La conexión entre seguridad y garantía, ya enunciada al principio de este epígrafe, encuentra una clave para su comprensión en el origen de ésta en el Código Civil (CC). En efecto, como señala Luis Morell, la presunción de legitimidad de la Administración reposa sobre “el amparo conveniente a los fines del interés general” que otorga el legislador, cualidad protectora que se aplica como criterio en el artículo 1250 del CC donde “las presunciones que la Ley establece dispensan de toda prueba a los

⁵⁶⁷ Tal vez un ejemplo de la relación entre formas fraccionadas de gestión y garantías jurídicas lo constituye la legislación de Contratos Públicos, particularmente la Ley 30/2007 de Contratos Públicos, de 30 de octubre. Para Carlos Lesmes esta normativa amparada por la Directiva 2004/18/CE supone una vuelta al Derecho administrativo de figuras que habían emprendido la “huida del Derecho público” característico de la regulación público-privada. Sin embargo este propósito regulador, dada por otra parte su gran complejidad en la gestión administrativa aparejada, puede que por una parte no evite la coexistencia con otras formas de gestión de servicios públicos de obligación, cuya regulación queda dispersa en normas de liberalización, privatización e intervención muchas de ellas de base legislativa y origen comunitario de tipo sectorial, así como administraciones independientes (comisiones y agencias) y un sinnúmero de formas que quedan dispersas y métodos muy variados de financiación privada. Vid. LESMES SERRANO, Carlos. “La externalización...” Op. Cit. p.19-43.

⁵⁶⁸ “En la concepción ya clásica, se sustantiva una distinción entre actividad *jurídica* y actividad *técnica* de la Administración. Correlativamente, se entiende que es la primera la que queda sometida a la legalidad; la segunda, en cambio, queda conceptuada como una especie de ‘discrecionalidad técnica’ que escapa en la práctica, a los mecanismos de control, incluido el jurisdiccional” (Vid. MORELL OCAÑA, Luis. *Curso...* Op. Cit. p. 68).

⁵⁶⁹ LAVILLA RUBIRA, Juan José. “Seguridad Jurídica...” Op. Cit. p. 152-153. En el mismo sentido anterior de toma de medidas y respecto a la producción de normas de carácter orgánico en el plano más organizativo Lavilla propone la potenciación de las SGT a las que ahora corresponde en la AGE un informe preceptivo de sustanciación de procedimientos reglamentarios –n.m. aplicable a las administraciones autonómicas- con el actual inconveniente de tener el mismo rango que la Direcciones Generales ante cualquier oposición frontal en dictamen vinculante; creación de comisiones técnicas normativas dependientes del departamento de Presidencia con presencia de especialistas por cada Departamento.

favorecidos por ellas”⁵⁷⁰. Sin embargo, como ya queda ampliamente mostrado en la personificación de la Administración y la teoría subjetiva del carácter estatutario de su régimen jurídico, la Administración, en nombre del interés general, se transforma en un sujeto de derechos y obligaciones, que por la presunción de la validez de los actos, artículo 57 de la LRJCAP, adquiere un principio de superioridad sobre el resto de sujetos con los que se relaciona. Por una parte, el interés general aparece como la contraprestación de un sujeto abstracto y legitimador de los actos de la Administración y los poderes públicos a los derechos, sólo aplicables a personas naturales o jurídicas, que diluye cualquier principio de garantía jurídica. Ante ello, la función garantizadora del Régimen Jurídico Administrativo vinculada al interés general restringe otras obligaciones ante otros, excepto los Derechos fundamentales que establecen un principio de aplicación inquebrantable pero carente de especificidad en las relaciones jurídicas de la Administración, a menos que se instituyan y desarrollen los Derechos de los ciudadanos ante la Administración, proceso ya iniciado en la adaptación constitucional y democrática de sus normas.

IV.4 Elementos contradictorios en los métodos de control de las actuaciones administrativas.

En el Estado de Derecho, a la facultad de ejercicio de la autoridad por parte de la Administración a través de actos se opone la aparición de controles por aquellos que en dicho ejercicio son sujetos de obligaciones y acciones limitativas de sus privilegios ejecutorios. Para ello, en el control jurídico al que se somete a la Administración pública aparecen dos grandes sistemas de control de su actividad potestativa por los citados sujetos. En primer término el sistema de recursos administrativos y jurisdiccionales, que forman en su conjunto un primer bloque. En segundo lugar, dadas sus especiales características de afectación material directa o indirecta al sujeto, el bloque de controles de responsabilidad patrimonial. Este último, como se tratará de mostrar más adelante en este capítulo, corresponde dentro de la clasificación general de las actividades de la Administración, a las actuaciones pasivas, así entendidas por sostenerse en un régimen jurídico objetivo en el que la Administración “se autolimita” en sus actos a través de la asunción de las consecuencias en su ejercicio de autoridad⁵⁷¹.

⁵⁷⁰ Vid. MORELL OCAÑA, Luis. *Curso...* Op. Cit. p. 267.

⁵⁷¹ REBOLLO PUIG, Manuel. “Sobre la reforma del régimen de responsabilidad patrimonial de la administración” en *Estudios para la Reforma de la Administración Pública* (Dtor. Fernando Sainz Moreno). Madrid, INAP, 2000. p. 215-216 Veamos lo que dice al respecto de este bloque: “La responsabilidad patrimonial de la Administración Pública no es un aspecto más de su régimen jurídico. Además de constituir una garantía esencial de los administrados, perspectiva desde la que la consagra la propia Constitución (art. 106.2), es un cauce capital del control del funcionamiento de los servicios públicos y, en definitiva, de la Administración y de sus autoridades y funcionarios. Hasta puede y debe ser un instrumento para determinar los comportamientos administrativos correctos y los niveles de calidad exigibles a los servicios públicos, así como para estimular su buen funcionamiento, mejorar la gestión y corregir sus defectos, perspectivas éstas que alcanzan especial relevancia en el Estado social y democrático de Derecho. Pero también puede ser, si la regulación no es la

En este análisis jurídico-técnico de la actividad en la gestión pública, no interesan de manera particular los controles políticos ejercidos a través de los órganos parlamentarios, por corresponder a mecanismos constitucionales de los poderes públicos que extralimitan, en la división de poderes del Estado, los vinculados directamente a la Administración. Sin embargo, sí se tratan aquellos que dentro de la función parlamentaria gozan de plena capacidad para intervenir en la actividad de la Administración a través de instituciones como las comisiones, interpelaciones y preguntas, todas ellas no legislativas y de carácter más técnico.

La importancia de los métodos jurídicos de control de las Administraciones toma gran trascendencia, pues son fundados como parte esencial de las garantías que acreditan, legitiman en realidad, la potestad de la que aquellas se ven investidas. Extendido el concepto de ciudadanía y la cláusula social del Estado de Derecho, parecería que los sistemas de control deben, en aras a preservar el principio de legalidad de la forma más estricta, sujetarse al cumplimiento de las formas jurídicas que la regulación administrativa exige. Se trata además de alcanzar el aseguramiento material de los derechos con la reparación de los daños que las actuaciones administrativas puedan producir, pues son bienes tutelados por el principio de legalidad, que quiebra si no se establece una restitución de aquellos derechos incumplidos. Externamente actúan jurisdicciones, ajenas a garantizar *stricto sensu* la eficacia de la potestad administrativa, o los controles políticos del sistema constitucional, que en la mayoría de las ocasiones no están previstos para obtener ninguna eficacia inmediata en esos actos. Sin embargo, la potestad de la Administración y la eficacia del Derecho resultan atribuciones inseparables para el funcionamiento óptimo del Estado, y la existencia de la primera requiere los controles que lleva la segunda, de forma que el sistema sea sostenible como garante del interés general o público que ostenta.

Por otro lado, a los métodos de control jurídicos se superponen o complementan otros controles de origen técnico, cuyos fundamentos aparecen directamente vinculados a las nuevas formas de gestión pública. El examen de sus diferentes modalidades se debe realizar dentro de la unidad en la principal forma de subdivisión que pretende conceptualizar esta investigación entre lo jurídico y lo técnico. En primer término los controles técnicos manifiestan su condición transversal, pues afectan tanto a las actuaciones y órganos regidos por el Derecho público como por el Derecho privado, produciendo en cada uno diferentes efectos en su relación con los controles jurídicos. A nivel interno los controles técnicos aparecen con diferentes orígenes y grados de adaptación, aplicación y eficacia de acuerdo con los objetivos que plantean. El estudio de las contradicciones entre los controles jurídicos y técnicos debe

adecuada, un obstáculo para conseguir esos objetivos y hasta un freno para la actividad administrativa. Por ello, no es ocioso ni impertinente que un informe general sobre las necesidades de una reforma administrativa aborde la responsabilidad patrimonial, máxime si, como es el caso, se cree que ciertas modificaciones legislativas podrían contribuir a que cumpla más adecuadamente y con mayor seguridad jurídica esas funciones.

servir, por lo tanto, para alcanzar una generalización de las formas de aplicación de los controles públicos en la Administración bajo el criterio de efectividad en los servicios de la Administración a la ciudadanía. Este criterio basado en ambas formas de control, desde la perspectiva constitucional que inspira la ordenación general del Estado de Derecho donde se hacen presentes la cláusula social y de legalidad, invita a considerar asimismo la cláusula democrática, que permite a los ciudadanos ser sujetos activos del control público a la Administración como portadores de derechos particulares y políticos.

IV.4.1 Métodos de control jurídico: limitaciones, problemas y vías de superación.

Los métodos de control jurídico dentro de la Administración son aquellos que emanan de la aplicación del Derecho público, bien en su técnica jurídica administrativa o a través de los órganos, instancias y mecanismos previstos en el ordenamiento constitucional y que tienen por objeto el control de las actuaciones administrativas. En todos ellos se dirigen a las actividades de la Administración medios internos y externos, cuya característica general es su regulación por el Derecho.

En la perspectiva jurídica de los sistemas control, no aparecen numerosos estudios sobre la reforma de la Administración que partan de una visión crítica y sistemática, sin duda por la exigencia autocrítica que conlleva adoptar desde posiciones jurídicas intentos de superación del estatu quo que vayan más allá de la comúnmente aceptada discusión doctrinal. Sí han sido objeto de reiterados análisis desde la ciencia política y organizacional de la Administración, pero esas disciplinas realizan una abstracción del enfoque jurídico que no ahonda en el marco competencial que se pretende abordar. Merece por lo tanto una especial atención el análisis realizado por Santamaría Pastor, que obligado a centrar el objeto de la reforma de la Administración pública dentro de una obra colectiva y multidisciplinar, plantea una propuesta de reforma sin abandonar la perspectiva jurídica⁵⁷². Este trabajo presenta un doble interés, por los métodos de control analizados y por su planteamiento sistematizador en el marco de referencia jurídico, que atiende al enunciado de problemas, las vías de superación y el horizonte de sus propias limitaciones.

⁵⁷² Debido a la integridad argumental y fundamentación realizada respecto a esta materia se sigue en este apartado lo expuesto por SANTAMARÍA PASTOR, Juan Alfonso. "Los controles sobre la actuación de las administraciones públicas" en *Estudios para la Reforma de la Administración Pública* (Dtor. Fernando Sainz Moreno). Madrid, INAP, 2000. p. 179-214. No obstante, el campo extenso que se aborda implica una gran variedad de obras prácticas que fija la doctrina académica en su divulgación y aplicación. LINDE PANIAGUA, Enrique. *Procedimientos, actos y recursos administrativos: cuestiones prácticas*. Madrid, Colex, 2012. 6ª ed. Este trabajo inminentemente práctico e introductorio, permite adentrarse en las características de los recursos administrativos en su contexto real: el procedimiento administrativo y los elementos básicos de los actos y recursos. TÁBOAS BENTANACHS, Manuel. *Los recursos administrativos: una visión práctica*. Barcelona, Ediciones Experiencia, 2003. La aplicación de los recursos administrativos se ve rodeada según su especialidad de un conjunto de formalidades que la dotan de complejidad en su elaboración e interpretación, Táboas trata de encontrar una aproximación básica para facilitar su utilización práctica. ESCUIN PALOP, Vicente. *Los recursos administrativos*. Cizur Menor (Navarra), Aranzadi-Thomson Civitas, 2011.

IV.4.1.a Bloque de controles por recursos administrativos.

La sujeción a controles se considera una consecuencia natural de los poderes de la Administración en su sometimiento al ordenamiento jurídico en dos vías: la revisión interna de la legalidad a través de los recursos administrativos y el enjuiciamiento *ex post* por órganos independientes y externos, sean jurisdiccionales o no. Sin embargo, como nos disponemos a ver a continuación, ninguna agota las circunstancias en la que este control se hace necesario.

Por un lado el Gobierno realiza una labor de vigilancia al asegurarse que la Administración: cumpla los planes, las instrucciones y el programa político que recibe en cada sector de su competencia; actúe con el asesoramiento necesario para no incurrir en responsabilidad ante terceros; y disponga de los recursos necesarios para hacerlo con eficacia. En el bloque de constitucionalidad aparecen, además del control que sobre la Administración ejercen el Gobierno y los Tribunales, otros órganos constitucionales como las Cortes, el Tribunal de Cuentas y el Defensor del Pueblo. Esquema análogo se da en las Comunidades Autónomas⁵⁷³.

Los métodos de control de legalidad son, por diferentes circunstancias, los que han obtenido mayor preponderancia frente a otros de eficacia interna, en opinión de Santamaría Pastor, quizá por su repercusión social y el mayor interés para la generalidad de los ciudadanos. Entre dichos métodos de control se cita en primer lugar el sistema de recursos administrativos, los cuales, en una aproximación real antes que formal, se observa que sufren una inanidad en los fines institucionales que se proponen. Esto es, no constituyen un mecanismo efectivo del cumplimiento de la legalidad que contribuya en su conjunto a legitimar el sistema administrativo. En este sentido es relevante considerar que la percepción utilitaria de los recurrentes, como es obvio, no persigue que la actividad de la Administración se acomode a Derecho, si no a sus intereses, pero tampoco la Administración pretende esa acomodación al partir de la premisa de que actúa conforme a la ley, por la que el recurso se resuelve con un talante dialéctico en la búsqueda de los argumentos que lo desestimen con fundamento, antes que en su ajuste a la legalidad. La prueba de la falta de idoneidad del sistema se muestra en el número de recursos administrativos desestimados respecto a aquellos que en la instancia contenciosa se estiman a favor del recurrente (gráfico 7.1)⁵⁷⁴. Estos recursos tampoco se dirimen a través de un instrumento de control interno independiente, pues su resolución material se realiza por funcionarios profesionales sin que ascienda a una instancia jerárquica superior. El sistema produce una alta conflictividad y malestar que

⁵⁷³ SANTAMARÍA PASTOR, Juan Alfonso. “Los controles...” Op. Cit. p.180.

⁵⁷⁴ Aunque la falta de una serie estadística consistente y duradera en este ámbito impide enriquecer el análisis y ampliar su certidumbre, el año seleccionado, 2006, puede considerarse que corresponde al periodo de máxima maduración de los procesos de modernización administrativa. Tampoco, como es sabido, más allá de las reformas legales, se produce ningún proceso especial en la reforma del sistema judicial, pudiendo considerarse consolidados los efectos de la Ley 29/1998, de 13 de julio, de la Jurisdicción Contenciosa Administrativa.

afecta a un importante número de ciudadanos, que quedan con la percepción de que han sido objeto de una decisión injusta o ilegal con independencia de que yerren en la valoración jurídica.

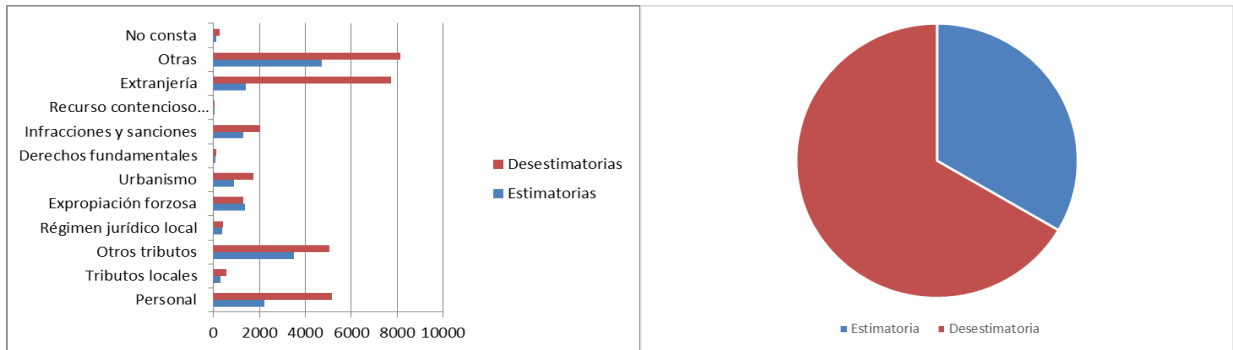


Gráfico 4.1. : Estimación según fallo y materia de Recursos contenciosos ante los Tribunales Superiores de Justicia. Año 2006.
Fuente: Elaboración propia a partir de los datos del INE.

En suma, los recursos administrativos generan una alta conflictividad que es trasladada al orden jurisdiccional sin filtro ni depuración alguna, cuyo fallo puede demorarse cinco o más años en una sola instancia, lo que aumenta el malestar causado por la conflictividad administrativa. Parece razonable que los recursos administrativos más rápidos e informales puedan alcanzar el nivel de estimaciones que evite la pérdida de credibilidad y el colapso que el sistema contencioso sufre. En la regulación arcaica se mantienen dos tipos de recursos (alzada y reposición), que en la práctica son resueltos materialmente por el mismo órgano, con una inexplicable previsión de dos plazos distintos (tres meses y uno respectivamente), para dos estudios que no requieren diferentes tiempos. Finalmente Santamaría recoge la entonces vigente interposición obligatoria de recursos administrativos, que califica como un “intolerable privilegio de las Administraciones Públicas, dudosamente compatible con un Estado de Derecho digno de tal nombre” agravado por su inutilidad. Esta situación junto a los plazos de silencio de hasta tres meses, que constituyen un pretexto para demorar la elevación a un tribunal, quedó parcialmente subsanada. Durante este periodo la Administración puede ejecutar el acto impugnado creando un estado de cosas irreversible (art.111 de la Ley 30/1992, reformado en Ley 4/1999), que resulta agravado ante los exiguos plazos para el recurso, cuya caducidad priva de toda posibilidad de revisión judicial⁵⁷⁵.

De acuerdo con estas premisas, Santamaría Pastor formula diversas propuestas de reforma en el sistema de recursos, cuyo resumen sistemático puede verse en la Tabla 4.1. También, en la línea

⁵⁷⁵ SANTAMARÍA PASTOR, Juan Alfonso. “Los controles...” Op. Cit. p.181 a 184. La Ley 29/1998, de 13 de julio, reguladora de la Jurisdicción Contencioso-administrativa considera en su art. 25.1 admisibles a trámite los recursos “en relación con las disposiciones de carácter general y con los actos expresos y presuntos de la Administración pública que pongan fin a la vía administrativa, ya sean definitivos o de trámite, si estos últimos deciden directa o indirectamente el fondo del asunto, determinan la imposibilidad de continuar el procedimiento, producen indefensión o perjuicio irreparable a derechos o intereses legítimos” también en el arto.25.2 “el recurso contra la inactividad de la Administración y contra sus actuaciones materiales que constituyan vía de hecho, en los términos establecidos en esta Ley”. Por lo tanto el fin de la vía administrativa queda delimitado por la LRJPAC.

apuntada por el art. 107.2 de la Ley 30/1992, reformado en la Ley 4/1999, que introduce otras medidas de flexibilidad basadas en alternativas o complementos al sistema de recursos administrativos por otros procedimientos no jurídicos, son analizadas en profundidad⁵⁷⁶. A pesar de la citada reforma de la Ley 4/1999, los procedimientos de sustitución no se han llevado a la práctica, a causa principalmente de la poca preparación de la doctrina ante líneas legislativas muy ambiciosas, como los borradores de la Ley General sobre el Arbitraje Administrativo, o el propio desinterés de las administraciones por cambiar el sistema vigente. Aparecen reticencias a crear órganos cuyo poder goce de estatuto de independencia, tanto en la parte funcionarial, por lo que suponga de aumentar las resoluciones estimatorias o cuestiones sensibles de política departamental, como por parte de los órganos políticos en someterse a la revisión por órganos de composición mayoritariamente funcionarial. Con una visión anterior, pero más amplia del presunto enfoque legal, tal como menciona Santamaría Pastor, los procedimientos de conciliación y mediación remiten a técnicas de convenio o transacción que, o bien se prestan a supuestos con vicio de la voluntad ante la presión de un acto administrativo ejecutorio que limita la libertad en la solución del conflicto, o a posibles prácticas de corrupción de todo tipo⁵⁷⁷. Por último, el papel del arbitraje tampoco permite resolver las dudas sobre la admisión de personas u órganos ajenos a la Administración que permitan aplicar la equidad junto al Derecho.

Propuestas para la reforma	Medidas y objetivos de gestión establecidos
1. Simplificación del sistema de recursos	<ul style="list-style-type: none"> - Reducción a uno de los recursos ordinarios dando siempre al recurrente carácter potestativo - Ampliación del plazo de interposición - Revisión favorable del régimen de suspensión de los actos recurridos, sin perjuicio de la necesidad del privilegio de decisión ejecutoria de la Administración en supuestos de interés público
2. Devolución de credibilidad y utilidad social	<ul style="list-style-type: none"> - Suspensión en los casos singulares que prevé la actual legislación - Considerar los procedimientos sumarios para el régimen de suspensión con evidente lesión al interés público
3. Diseño de los órganos de resolución de recursos	<ul style="list-style-type: none"> - Independencia de los órganos de resolución de recursos de la Administración activa - Separación de la línea jerárquica con funcionarios inamovibles bajo un sistema de selección objetiva
4. Estudio de la conflictividad procesal	<ul style="list-style-type: none"> - Análisis del volumen y coste de los recursos por tipos de resolución - Soluciones específicas por cada una de las materias de impugnación - Definir un marco teórico de alcance general - Proceso ordenado de experimentación normativa
5. Diseño de órganos de mediación administrativos	<ul style="list-style-type: none"> - Modelo de órganos independientes en la Administración: comisiones de selección del personal, mesas de contratación, tribunales económico-administrativos, y otros órganos colegiales permanentes o temporales

⁵⁷⁶ Vid. Ibid. p.185 a 192.

⁵⁷⁷ Finalmente la Ley 60/2003, de 23 de diciembre, de Arbitraje, despejó las dudas acerca de la ineficacia de su regulación, dando lugar a una norma caracterizada por su carácter formal, supletorio, potestativo de las partes y sin ámbitos de ejecución vinculantes, en ningún caso, al régimen administrativo

Propuestas para la reforma	Medidas y objetivos de gestión establecidos
	<ul style="list-style-type: none"> - normas reguladoras por los sectores de actuación administrativa con márgenes a transacciones en cada tipo de supuesto. - Consulta de soluciones transaccionales en la red - sistemas de conciliación y mediación en fases del procedimiento cercanas a la resolución final - dotación de garantías en cuanto a su personal
6. Diseño de órganos de arbitraje independiente	<ul style="list-style-type: none"> - funciones de servicio público independientes de la Administración recurrida - resolver el régimen de elección y funcionamiento: colectivos de personas pertenecientes al sector del empleo público o asimilados de carácter imparcial - aprobación y fiscalización de los acuerdos transaccionales por parte de alguna autoridad superior - Sujeto a la libre decisión del recurrente (sin exigir el consentimiento de la Administración)

Tabla 4.1: Propuestas de mejora del régimen de recursos administrativos.

Fuente: Elaboración propia a partir de SANTAMARÍA PASTOR, Juan Alfonso. "Los controles..." Op.Cit. p. 185-187.

IV.4.1.b Bloque de controles jurisdiccionales.

Respecto a los recursos contencioso-administrativos, que representan el ámbito del control jurisdiccional especializado, desde una perspectiva de organización y funcionamiento adolece de resultados insatisfactorios para las dos partes⁵⁷⁸. Los ciudadanos recurrentes perciben pocas posibilidades de éxito respecto al resto de los órdenes jurisdiccionales, lo que lleva a considerar un comportamiento proclive a la postura de las administraciones demandadas, basado en apreciaciones subjetivas que ven una prolongación de las decisiones administrativas en un régimen jurisdiccional propio. Las percepciones transmitidas por estos recursos proceden de su mismo origen, situado dentro de las funciones de la Administración, y la proporción de recursos desestimados, tal y como muestra el Gráfico 4.1, alentados por la exclusividad de la figura del recurrido⁵⁷⁹. Entre las causas objetivas del deficiente funcionamiento figura la inexistencia de una segunda instancia, que derive a otro órgano las sentencias sobre asuntos, que por su carácter jurisdiccional típico, lo requieren, la dificultad de adopción de medidas cautelares que prolongan el privilegio ejecutorio, y por último la acumulación de litigios pendientes.

⁵⁷⁸ Se pasan por alto en este punto los enfoques relacionados con los métodos jurídicos respecto a la esencia del procedimiento administrativo que se prolonga en la función jurisdiccional. Estos se ven en esta investigación en las perspectivas del control de la discrecionalidad, el servicio del interés general y la fiscalización del procedimiento, entre otros. También el uso de los principios generales contra las inmunidades de la actividad administrativa forman parte de las herramientas y los límites jurisdiccionales, que no jurídicos, en los que no se profundiza, aunque si se advierte alguno de los pronunciamientos académicos, como las elocuentes aportaciones de Juli Ponce. PONCE SOLÉ, Juli. *Deber de buena Administración...* Op. Cit. p. 687-707

⁵⁷⁹ Es revelador en dicha estadística que la estimación de los recursos sólo se equipara a su contrario en el caso de los expedientes de expropiación, cuando los sólidos intereses económicos del recurrente permiten motivar el amparo al Tribunal.

Ante este marco de los recursos contencioso-administrativos Santamaría Pastor propone también unas líneas generales para la reforma⁵⁸⁰. De estas propuestas es notable su carácter organizativo y operativo en la gestión, con claros objetivos de eficacia y eficiencia:

Propuestas para la reforma	Medidas y objetivos de gestión establecidos
1. Realización de estudios estadísticos que promuevan el conocimiento sobre los fallos y sus materias	- Desvanecer la impresión general sobre el sesgo favorable a los actos y disposiciones administrativos impugnados
2. Reflexión sobre la existencia y límites de la segunda instancia	- Reconsiderar la atribución de competencias condicionadas por la paridad exigida entre los órganos judiciales y los administrativos - Reconsideración del régimen de medidas cautelares y ejecución de resoluciones judiciales
3. Solución a la congestión de asuntos pendientes en la vía de aumentar la productividad	- Cambio en los sistemas de evaluación de la carrera judicial (sustitución de criterio de número de resoluciones por número de asuntos resueltos. - Restricción del número de litigios aceptados.
4. Comunicación entre los órganos judiciales y los servicios públicos	- Facilitar la movilidad entre funcionarios y jueces - Favorecer el conocimiento de la realidad del conflicto y las razones de fondo no necesariamente jurídicas

Tabla 4.2: Propuestas de mejora del régimen jurisdiccional contencioso.

Fuente: Elaboración propia a partir de SANTAMARÍA PASTOR, Juan Alfonso. "Los controles..." Op.Cit. p. 197-202.

A partir de estas y otras propuestas estructurales sobre el control contencioso se acomete el Anteproyecto de Ley para la eficiencia de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa (JCA), en el seno de la Sección Especial de la Comisión General de Codificación para la Eficiencia de la JCA. Jesús López Medel, como miembro de esta Comisión, con dicho anteproyecto aún en estudio, destaca las líneas de actuación para la reforma parcial de la citada JCA. En primer lugar, la conexión de la litigiosidad con la fase administrativa, que supone volver a la revisión de los recursos administrativos. Hasta ahora se ha hecho evidente y cumplido en las reformas de la LRJPAC, el criterio de simplificación, que al asumir el papel de trámite de ese bloque de recursos, obvia la calidad de la revisión procedimental, cuando es esencial para los objetivos de eficiencia y eficacia del sistema de control de legalidad en su conjunto⁵⁸¹. En el criterio de agilización aparece la estrategia de la política de excepcionalidad procesal, con la propuesta de extender la creación de tribunales especializados, como el económico y de contratación, a otras materias de gran litigiosidad: empleo público, extranjería y tráfico. La propuesta de facilitar la suspensión de procedimientos con asuntos repetitivos en materias pendientes de resolución judicial. Por último, perfeccionar la extensión de los efectos de las sentencias a los

⁵⁸⁰ Vid. SANTAMARÍA PASTOR, Juan Alfonso. "Los controles..." Op. Cit. p. 192 a 201.

⁵⁸¹ Juli Ponce desarrolla este concepto en su propuesta para una revitalización de la trascendencia de los vicios procesales. PONCE SOLÉ, Juli. *Deber de buena Administración...* Op. Cit. p. 759-796. Si bien parte del entendimiento de la razón parcial que asiste a la crítica de la jurisprudencia a los excesos del formalismo procedimental cuando éste no es ponderado "[...] el procedimiento administrativo no puede ser visto como elemento puramente formal del acto administrativo. El procedimiento es una institución jurídica con relevancia constitucional propia conectada con el fondo, con la sustancia de la decisión en cuanto al modo de desarrollo de la función administrativa. Como se advirtió el elemento causal de toda decisión exige una adecuación entre ésta y el interés general al que sirve. El seguimiento del procedimiento administrativo permite que el elemento causal se cumpla, al propiciar esa adecuación [...] En consecuencia, los vicios procedimentales, lejos de ser vicios formales, es decir, relativos al aspecto externo de la decisión, inciden en el fondo, en la sustancia del asunto, viciando su causa". (Ibid. p.759-760).

recursos administrativos, regulados en los artículos 110 y 111 de la LJCA, que apenas se utilizan, presumiblemente en mi opinión, por la intrincada, además de limitada en materias, ejecución procesal del citado procedimiento de extensión⁵⁸².

IV.4.1.c Bloque de controles preventivos.

La fijación de estos controles puede ser de varios tipos: por el sujeto de aplicación a los procedimientos clasificados en internos o externos. Los primeros cuando el cuadro de expertos es provisto por la propia Administración a través de órganos o personal propio especializado. Respecto a los controles externos, se refieren a servicios demandados ad-extra, que generalmente requieren su contratación. También pueden clasificarse estos controles por su forma de aplicación como ordinarios o extraordinarios. Los ordinarios se insertan en el procedimiento de toma de decisión de forma preestablecida y reglada, incorporándose al mismo por norma cuando la actuación se realiza en las funciones típicas administrativas. Los controles extraordinarios se producen ante determinadas actuaciones motivadas por razones de oportunidad, urgencia o circunstancias especiales de una actuación administrativa ordinaria que va a tener importantes consecuencias públicas.

En ambos casos, los principios de objetividad e independencia requieren que los sujetos del control preventivo sean distintos a los sujetos de la ejecución de la actuación, o que al menos, queden delimitados ambos en fases con la debida especialización. La consideración de un criterio material de efectividad, y no meramente formal de objetividad, aconseja el seguimiento de estos controles, realimentar empíricamente el conocimiento sobre su aplicación, evaluar los resultados y mejorar el propio proceso de control.

De acuerdo a la clasificación de Santamaría Pastor, la clase de controles preventivos se aplica a priori sobre la actuación administrativa. En este sentido pueden considerarse los más discutibles en la perspectiva de su eficacia, pues se basan en la presunción del perjuicio que ocasiona a los servicios públicos su no aplicación. Esta valoración cambia cuando el criterio aplicado es el cumplimiento de la legalidad, que convierte en obligación de la Administración justificar la legalidad de todos sus actos como fin prioritario. El control de legalidad deviene a menudo en este vicio cuando se aplica a medidas fundadas en la generalización del principio de desconfianza, o a formas de prevención ajustadas a cada acto que se contradicen con la capacidad de previsión o planificación previa exigible a la gestión

⁵⁸² Vid. LÓPEZ-MEDEL BASCONES, Jesús. “Propuestas para la reforma de la jurisdicción contencioso administrativa” en *Abogacía Española. Consejo General*. 19 de junio, 2013. <http://www.abogacia.es/2013/06/19/propuestas-para-la-reforma-de-la-jurisdiccion-contencioso-administrativa/> (Consultado el 13/02/2014). El propio López-Medel asume la impredecibilidad de la asunción de estas propuestas por el Ministerio de Justicia para el citado proyecto de Ley, lo que permite asumirlas dentro de las propuestas de reforma en que nos movemos. También es notable destacar como especialmente en las propuestas más puntuales, el punto de vista y los intereses de la abogacía del Estado, que no dejan de ser una parte interesada de la reforma en cuestiones de plazos y garantías a la parte demandada.

pública, opuesta al uso del control previo en actos singulares. Resultan, sin embargo, convenientes en medidas relacionadas con líneas generales de actuación, mediante sistemas de asesoramiento, cuya finalidad permite evitar los controles ex-post. Constituyen, con el fin de controlar las actuaciones administrativas bajo métodos de evaluación objetiva, la instrumentación de un marco previsor de facultades potestativas en forma de asesoramientos independientes de la gestión.

Según la propuesta de Santamaría Pastor, entre los controles fijados por medio de niveles de asesoramiento que operan con carácter previo para garantizar la adecuación eficaz de las actuaciones administrativas, subraya los siguientes: ajuste a Derecho de la medida que se trata de adoptar a fin de prevenir conflictos jurídicos, mediante el uso de asesoramientos; eficiencia económica del gasto propuesto verificado con el beneficio obtenido, a través de la incardinación entre la intervención fiscalizadora y el asesoramiento económico-financiero; coherencia con el programa político del Gobierno, o los planes y directrices que el órgano ejecutivo haya podido establecer, mediante la introducción de informes de naturaleza confidencial para analizar la coherencia y el impacto ante terceros de medidas y resoluciones, que cuando son más creativas pueden aconsejar fórmulas de participación, negociación o diálogo; oportunidad de la decisión, a través de la previsión de las incidencias sobre terceros, reacciones posibles y repercusión en medios de comunicación (tabla 4.3)⁵⁸³.

Propuestas para la reforma	Medidas y objetivos de gestión establecidos
5. Asesoramiento jurídico	<ul style="list-style-type: none"> - Efectivos internos de la Administración de formación jurídica - Actuación de forma independiente con aceptación previa de su función no subordinada a los objetivos de la gestión pública - Funciones de asesoramiento en régimen de proximidad, sin abuso de informes escritos y sin elaboración en proyectos de decisión
6. Asesoramiento económico-financiero	<ul style="list-style-type: none"> - Reclutamiento en cuerpos de intervención - Función de asesoramiento independiente de los órganos fiscalizadores de origen - Dependencia jerárquica del gestor del gasto
7. Asesoramiento político	<ul style="list-style-type: none"> - Incorporación de informes al trámite normal de determinados procedimientos administrativos - Introducción de fórmulas participativas en procedimientos creativos - Fiabilidad basada en su confidencialidad, más deseable que su inexistencia

Tabla 4.3: Propuestas de mejora de los controles preventivos basados en funciones de asesoramiento.

Fuente: Elaboración propia a partir de SANTAMARÍA PASTOR, Juan Alfonso. "Los controles..." Op.Cit. p. 205-207.

IV.4.1.d Bloque de controles políticos dirigidos al Gobierno y extensibles a la Administración.

Los controles parlamentarios poseen al menos dos vertientes, en primer término la vertiente política como medio para el ejercicio de la oposición y desgaste del Gobierno, en segundo, su función

⁵⁸³ Cfr. SANTAMARÍA PASTOR, Juan Alfonso. "Los controles..." Op. Cit. p. 201 a 207

de cauce de rendición de cuentas de las actuaciones de la Administración pública en sede parlamentaria. La separación de ambas representa una clara disociación que conviene analizar.

En la vertiente política Santamaría Pastor afirma que en un sistema de partidos los gobiernos gozan de estabilidad por lo que el control parlamentario debe combinarse con la difusión en los medios para que la labor de erosión y cambio de mayorías se produzca de forma paulatina. Este tipo de control no persigue un cambio de comportamiento del Gobierno y la Administración, lo que produce una delimitación de la afectación de los controles parlamentarios a las actuaciones administrativas que vemos más adelante. Con estas premisas Enrique Guerrero realiza un análisis crítico de la función política del control parlamentario en el que se destacan los siguientes puntos⁵⁸⁴: Desplazamiento de los fines establecidos por los mecanismos de la acción de control político parlamentario hacia el creciente papel de los medios de comunicación, esto se debe primordialmente a que el sujeto del control del propio Gobierno y la actuación administrativa ha pasado a la opinión pública y los instrumentos que fijan directamente su voluntad, como los medios de comunicación, la justicia y las encuestas; como consecuencia, la pérdida de valor del trabajo de investigación parlamentaria y su argumentación se sustituyen por las ventajas de mensajes menos elaborados, pero aptos para su consumo en los cortos plazos de tiempo que aumentan el rendimiento en la formación de la opinión pública, su consecuencia es la pérdida de eficacia en el control de las políticas y actuaciones públicas⁵⁸⁵.

Desde la afectación a los procedimientos administrativos interesan aquellos controles parlamentarios que no pueden calificarse de naturaleza constitucional, sino de control de la actividad de la Administración: las preguntas e interpelaciones, las comparencias, o controles informativos, y las comisiones de investigación. Respecto a los controles informativos, Santamaría Pastor realiza las siguientes propuestas de reforma: posibilidad de recabar la comparencia de miembros de niveles superiores de la función pública que con mayor nivel de información proporcionan más interés en la discusión por el control de los datos y la solvencia técnica; sesiones ejecutorias completas con un responsable durante un periodo de tiempo, en lugar de interpelaciones sobre decisiones o acontecimientos singulares; entrega previa a la oposición de la información de que vaya a hacerse uso; agilización del debate abreviando las intervenciones; y por último abrir la posibilidad a valoraciones finales por escrito cuya publicidad supere los Diarios de Sesiones. También dentro de los controles

⁵⁸⁴ GUERRERO SALOM, Enrique. "El control parlamentario del gobierno" en *Administraciones Públicas y Constitución. Reflexiones sobre el XX Aniversario de la Constitución Española de 1978*, (Coord. Álvarez Conde). Madrid, MAP, 1998. p. 446-450.

⁵⁸⁵ "El problema que plantean las posibles innovaciones es que, como ha sido señalado, la verificación, la rendición de cuentas y la responsabilidad son elementos básicos de la democracia representativa; pero en las democracias parlamentarias actuales la tendencia se dirige hacia la sanción directa y ex-post por parte de los propios votantes. De manera que las democracias parlamentarias se convierten en menos parlamentarias en la medida en que acentúan su carácter democrático". Ibid. p. 435.

parlamentarios en las Comisiones de Investigación se propugna una función basada no en la indagación de responsabilidades subjetivas, sino en la búsqueda sustentada en un mínimo grado de consenso de las fuerzas parlamentarias con soluciones globales a los problemas⁵⁸⁶. Puede que en estas propuestas se acuse un celo administrativista, que infravalora la función política de las cámaras legislativas, bajo cuyo criterio se instrumentan las intervenciones del trabajo parlamentario en uso de una división de poderes que no precisa prolongar las competencias de la Administración.

Por otro lado, en las propuestas de Guerrero Salom se apuntan diferentes debilidades en el sistema de controles parlamentarios. En primer lugar, los problemas de burocratización y falta de simplificación administrativa en los procedimientos de control parlamentario, ante la necesidad de que la agilización de tiempos case en plazo con las demandas de información de la opinión pública. También, en segundo término, la cesión de competencias a órganos supranacionales, no controlados parlamentariamente. La diversificación de agencias y entidades públicas que se reparten las competencias y áreas de responsabilidad diluyendo sus responsabilidades entre el sector público y el privado, propiciado por “la huida del Derecho”, impide que los mecanismos tradicionales de control puedan ejercer sus funciones, sin que otros les sustituyan para la rendición de cuentas en sede parlamentaria. Además, en cuarto lugar, la falta de medios de las cámaras para acceder a información “relevante y propia” y la no disposición de oficinas para el desempeño de sus funciones en la generación, preparación y análisis de la información, mientras el Gobierno y la Administración, con apoyos amplios y externos, disponen de las fuentes de información, limitan las funciones de control o la capacidad de supervisión de las actividades de los entes administrativos o empresariales públicos, sin que pueda eludirse el carácter confidencial de las actividades privadas o el secreto de las públicas. Por último, la supeditación a la mayoría que otorga la confianza al Gobierno, de todas las decisiones de la cámara, debería reconsiderarse en la función de control dando la necesaria capacidad a la minoría para ejercer el acceso a la información y la utilización de esos mecanismos, con el principio de pluralismo como máxima en la regulación reglamentaria, sin que tenga que subordinarse este aspecto a la mayoría⁵⁸⁷.

Se observa además, que no son ajenos a los medios de control los procedimientos de gestión de los propios órganos de la Administración, en la medida que se trata de procedimientos administrativos sometidos a su régimen jurídico o a las obligaciones que imponen las normas sectoriales, que pueden ser susceptibles de simplificación y mejora. Ante ello, la supremacía del marco jurídico inspirado en normas

⁵⁸⁶ Vid. SANTAMARÍA PASTOR, Juan Alfonso. “Los controles...” Op. Cit. p. 207 a 214.

⁵⁸⁷ “Pongamos el ejemplo de la fiscalización de la Cuenta General del Estado y del Informe del Sector Público que, con las propuestas del Tribunal de Cuentas, deben realizar las Cortes; en su supuesto óptimo se produce a los tres años del cierre de ese ejercicio, de manera que en el caso de que una legislatura agotara su mandato, el Gobierno no tendría que soportar más que la fiscalización de su primer año de ejercicio”. GUERRERO SALOM, Enrique “El control...” Op. Cit. p.447.

directamente constitucionales, se presenta como la única garantía efectiva de la rendición de cuentas de la Administración, que sólo puede corresponder a los órganos políticos en que se deposita la soberanía del sistema público. El marco técnico, como conjunto de métodos que sirven para ejecutar la gestión y facilitar la información necesaria para el eficaz funcionamiento y control de las actuaciones públicas, actúa principalmente como depositario de los contenidos objeto del control.

IV.4.1.c Bloque de controles del régimen de responsabilidad patrimonial.

El sistema de recursos constituye una forma de control, unida como posibilidad a cualquiera de los actos de la Administración, que por lo tanto queda vinculada directamente a ellos como contenido potestativo e instrumento garantizador de los ciudadanos. En el caso del bloque de responsabilidad patrimonial se trata de una actuación propia de la Administración, que puede ser independiente de un acto previo o, en todo caso, dar lugar a un acto nuevo basado en un régimen que auto limita su capacidad de actuación, pues le crea la obligación de considerar y prolongar las consecuencias incidentales de sus actos⁵⁸⁸. Es apreciable por lo tanto que el ámbito de la institución de la responsabilidad patrimonial se puede clasificar en dos planos: como materia de actuación, que se somete a un régimen jurídico particular que sólo actúa ante la responsabilidad consecuente de un hecho no deseado ni previsto, que por así decirlo, sobreviene, lo que le obliga a reaccionar bajo una figura que se puede calificar como actuación pasiva, distinguiéndose en la forma de prestarse como servicio público⁵⁸⁹; como instrumento de control de la Administración, que a diferencia de otros controles, especialmente del jurídico de recursos, extiende la rendición de cuentas de la Administración, con efectos indemnizatorios, a hechos debidos a responsabilidades extracontractuales, y en general, no regulados como obligación de la Administración ni derecho activo de los ciudadanos, sino resultado del establecimiento de una causalidad suficiente de tipo incidental ante el funcionamiento normal de la Administración.

Este régimen produce formalmente, por lo tanto, un ejercicio limitativo de las facultades de la Administración, con especialidades en actuaciones expresamente reguladas, en particular las del régimen de expropiación, que contiene claros elementos potestativos. Cuando el régimen patrimonial cubre los daños en los bienes y derechos lesionados, no distingue la actuación administrativa, bien sea anormal, deficiente o normal, es decir, ni precisa la culpa o negligencia previa, basta que el daño se

⁵⁸⁸ Vid. SANTAMARÍA PASTOR, J. Alfonso. *Principios...* Op. Cit. p.483. Se mencionan dos doctrinas que sitúan la responsabilidad o bien en la mera producción de un daño como efecto de hechos o actos que no persiguen ese fin, distinguiéndose así de los que persiguiendo ese fin se regulan en su propio procedimiento para compensarlo, o en la realización de un acto ilícito previo, pero siempre sobre una materia en la que la Administración ha regulado su actividad.

⁵⁸⁹ Vid. Ibid. p. 241. Stricto sensu se encuentra más vinculada a la actividad de ordenación o policía, aunque este autor no da especial importancia a la cuestión de la clasificación. "...la actividad sancionadora y expropiatoria; dos manifestaciones que algún autor incluye dentro de la actividad de policía" por extensión y afinidad a la actividad expropiatoria y como parte de los contenidos típicos de la actuación administrativa.

produzca y se cumplan unos requisitos sujetos a una fuerte interpretación jurídica por los órganos administrativos y jurisdiccionales⁵⁹⁰. Para el acceso de un ciudadano a la reparación, basta su condición de portador de derechos que no exige patrimonio, siempre y cuando sean, entre otros requisitos, derechos evaluables económicamente, aunque su valoración sea opinable y sujeta a una convención.

El régimen de responsabilidad patrimonial se inspira en una forma de control de las actuaciones administrativas que limita sus prerrogativas y tutela los derechos de los ciudadanos ante aquellas. Por lo tanto, las imperfecciones que encuentra en el cumplimiento de su finalidad sólo pueden explicarse en la técnica jurídica a la que se encuentra sometido, que se basa en la delimitación restrictiva de la norma para reconocer el Derecho que concede (art.139.3 LRJAP). Las actuaciones, sean jurídico administrativas o jurisdiccionales - por lo que atañe en este caso a la resolución por recurso en la instancia contenciosa-, pueden incumplir su fin tutelar y autolimitador por la necesidad de dotar de seguridad jurídica los principios de responsabilidad de la Administración. La seguridad pretendida que estipula la regulación previa y especial de los actos de responsabilidad, excluye aquellos derechos cuya aplicación al caso concreto la legislación o la norma no puede precisar. Con ello, la responsabilidad patrimonial puede sustanciarse sólo en las situaciones, por muy general que trate de definirse el objeto de protección, que resulten expresamente especificadas en la norma, de forma que mientras el desarrollo normativo no recoja específicamente cada caso, se retorna en la práctica a la doctrina anterior, con la tendencia a proteger a la Administración en todas las instancias jurídicas de la limitación de sus actos y la tutela de los derechos de los ciudadanos.

IV.4.2 Métodos de control técnicos y problemas de conexión con los jurídicos.

Los métodos de control jurídico de la actividad de la Administración previamente revisados en su problemática formal, deben verse también en la dimensión de su contenido. Se constata así, que el contenido de las actuaciones que conforman esa actividad, se adapta a los actos jurídicos delimitadores de los derechos de los administrados, pero no lo hacen del mismo modo con los actos técnicos que determinan gran parte de las actuaciones materiales de la Administración. Esta inadaptación da lugar a la aparición de otros métodos, que para su entendimiento simplificado, también en esta investigación, se significan como extrajurídicos y de carácter técnico en sentido estricto. Sin embargo, la enajenación de los métodos jurídicos, provocada en gran medida por los propios planteamientos y prácticas jurídicas,

⁵⁹⁰ REBOLLO PUIG, Manuel. “Sobre la reforma...” Op. Cit. p.223-226. Sobre el funcionamiento normal de los servicios públicos y la inseguridad que produce su escasa delimitación jurídica en la aplicación de la responsabilidad patrimonial en estos supuestos, Manuel Rebollo se pronuncia por una mayor precisión de la Ley a los casos y condiciones de responsabilidad, pues de lo contrario se sigue aplicando la responsabilidad a lo que se considera funcionamiento anormal o deficiente, forzando los presupuestos objetivos a interpretaciones en las deben intervenir requisitos de culpa o ilegalidad, o en otros casos, aplicándose la responsabilidad objetiva –principio que ignora esa distinción primigenia-, lo que genera inseguridad jurídica.

obvia el papel director del Derecho de la organización pública y su brazo ejecutor, la Administración, lo que provoca contradicciones que plantean su resolución⁵⁹¹.

En este sentido, la aplicación eficaz del interés público en la ejecutoriedad y autonomía de las actuaciones técnicas de la Administración, obliga a atenderlas con métodos de control jurídico recogidos en la categoría de la discrecionalidad técnica⁵⁹². Esta figura queda sujeta a la LRJCPA que, en su art. 54.1, previene la necesidad de motivar los actos discrecionales y permite adoptarlos fijando los criterios con los cuales se tomará una determinada decisión jurídica. Esta pauta de comportamiento supone un avance que el desarrollo constitucional del Estado de Derecho aporta a las limitaciones impuestas por la jurisdicción contenciosa en la legislación anterior, sin embargo, no es menos cierto que las nuevas medidas llevadas a la práctica tratan de asegurar la tutela judicial de la legalidad, antes que establecer un control efectivo de la actuación administrativa, al situar la conexión entre los motivos y la resolución adoptada en la apreciación realizable por un tribunal. Los métodos de control técnicos no aducen a menudo razonamientos meramente lógicos, si no constataciones o procedimientos cuyo trasfondo jurídico sólo se puede determinar tomando en consideración el fondo de la actuación, pues la resolución, una vez firme, se limita a cumplir su objeto formal. Así, la fundamentación de la resolución como intento de superación del indiferente jurídico, si bien perfecciona los excesos de la discrecionalidad que se prestaba a abusos, no evita la dificultad de convivencia entre la utilización de los métodos técnicos y su conexión jurídica⁵⁹³. En este sentido Alonso Mas trata de rebatir los límites del Derecho en su propio marco jurídico, no admitiendo la doctrina formalista en términos jurisdiccionales, que constriñe la búsqueda de la mejor solución sin desbordar la racionalidad jurídica. Por ello rechaza el concepto de la supuesta incapacidad judicial por manejar datos extrajurídicos, como muestra la prueba pericial, y acepta la racionalidad jurídica de éstos para la elección de la solución idónea de la acción administrativa⁵⁹⁴.

⁵⁹¹ El concepto de dirección, recogido en el término *Steuering*, se desarrolla por la Nueva Ciencia del Derecho administrativo alemán. “The new Science of Administrative law as the preceding remarks have explained does by no means render the Juristic Method superfluous. It is only being complemented by different layers of reflection. But the insights gained there must again be re-examined with respect to their transformability into normative statements; [...] It is thus a matter of productively combining a legal act perspective with an action perspective. The common goal in this respect is a rational, reliable and practice-adequate elaboration of administrative law”. (VOBKUHLE, A. «The reform approach in the German Science of Administrative Law: the «Neue Verwaltungsrechtswissenschaft»», en *The transformation of administrative law in Europe*, (ed. Matthias Ruffert.). Munich, Sellier, 2007. p. 141).

⁵⁹² Concepto recogido en DIAZ LEMA, José Manuel. “La Constitución...” Op. Cit. p. 25 y s. T.R. Vid. Fernández Rodríguez, *Arbitrariedad y discrecionalidad*. Civitas, Madrid, 1991, p. 101 y s.

⁵⁹³ El absentismo en el juicio del núcleo jurídico de la decisión, que ocupa el razonamiento técnico, era la tónica de la doctrina. “Hasta el momento, se ha considerado que el núcleo mismo de la decisión discrecional era un elemento ajeno al Derecho, indiferente para éste, por lo que la Administración era libre de tomar la decisión que considerara más pertinente” Vid. PONCE SOLÉ, Juli. *Deber de buena Administración...* Op. Cit. p 30.

⁵⁹⁴ Vid. ALONSO MAS, María José. *La solución justa en las resoluciones administrativas*. Valencia, Tirant lo Blanch-Universitat de Valencia, 1998. p. 373.

Para superar esta contradicción se puede advertir que en la ejecución de los actos administrativos aparece el marco jurídico en diferentes ámbitos. El más directo de apreciación es el jurisdiccional, que interviene de dos formas: en la aplicación cuasi-jurisdiccional de la norma jurídica en la resolución administrativa, y ya en el ámbito judicial, a posteriori del propio acto, en la interpretación de la norma dentro del marco jurídico, que actúa en la jurisdicción contenciosa sólo cuando es requerida por recurso a instancia de parte. En segundo término se puede someter el marco jurídico de los actos y disposiciones administrativas a la oportunidad de las actuaciones, que interviene al menos en dos situaciones jurídicas, la interpretación de las disposiciones normativas y su aplicación al caso concreto⁵⁹⁵. No fuera de este último término de oportunidad, pero sí de las competencias del primero en la doctrina jurisdiccional, afloran los elementos técnicos, que aparecen como los factores sustantivos o materiales de la actuación administrativa⁵⁹⁶.

El esfuerzo doctrinal en el control jurídico de los actos administrativos se ha encaminado a relacionar el objetivo de legalidad en la discrecionalidad considerando la capacidad de establecer una resolución posible, pues la norma no establece una sola posibilidad, y por ello elegir la mejor en lo jurídico de acuerdo a la aplicación de los principios generales a cada caso concreto⁵⁹⁷. La discrecionalidad técnica no vulnera la legalidad y la oportunidad toma el elemento técnico directamente de una resolución o un acto administrativo. La cuestión de oportunidad no corresponde en el sentido jurisdiccional al marco jurídico, pues se trata de las cuestiones racionales o técnicas que condicionan la

⁵⁹⁵ Comentando las aportaciones de Jean Rivero, Aranguren describe los rasgos característicos del Derecho administrativo en la búsqueda de su unidad, propia de otras disciplinas jurídicas. que ha partido de una necesidad práctica: “la delimitación entre la competencia administrativa y la judicial [...] La función administrativa consta de decisión, ejecución y control [...] La función de ejecución comprende ‘el conjunto de innumerables y multiformes operaciones por las que cada servicio pasa las decisiones tomadas a la realidad’. Alguna de estas operaciones puede tener un aspecto jurídico, pero la mayor parte de ellas son de naturaleza técnica. La función de control trata de comprobar si la ejecución se ajusta a la decisión. Este control puede ser técnico, financiero, administrativo, de legalidad, y su objeto puede encaminarse tanto a la Administración Pública como a los particulares”. (Vid. ALLI ARANGUREN, Juan-Cruz. *Derecho...* Op. Cit. p. 158-159. Cit. RIVERO, Jean. *Droit administratif*. Dalloz, Paris, 1959. p. 338).

⁵⁹⁶ Sentencia de la Sala Quinta del TS de 24 de septiembre de 1980 y STC 39/83 de 16 de mayo, que resuelve el recurso de amparo presentado ante la anterior. La relevancia de esta doctrina al efecto de los elementos técnicos se describe con precisión en los términos literales del extracto del BOE a la STC: “La exigencia de control judicial sobre la legalidad de la actuación administrativa y su sumisión a los fines que la justifican -art. 106.1 de la C.E. - puede encontrar en algunos casos límites determinados, como ocurre en cuestiones que han de resolverse por un juicio fundado en elementos de carácter exclusivamente técnico que escapan a control jurídico, aunque éste habrá de ejercerse, naturalmente, en la medida en que el juicio técnico afecte al marco legal en que se encuadra”. O dentro de los fundamentos de la misma en la siguiente argumentación: “Dado que no se aduce ninguna otra posible causa de anulación de la clasificación impugnada, como podría ser, por ejemplo, la desviación de poder, hay que concluir que el juicio sobre el puesto que en la relación de elegibles mereció el recurrente al Consejo Superior de la Armada no es una cuestión de legalidad, sino una cuestión técnica, y escapa, por tanto, al control jurisdiccional”. <http://www.boe.es/aeboe/consultas/bases_datos/doc.php?coleccion=tc&id=SENTENCIA-1983-0039> (Consultada el 19 de abril de 2011).

⁵⁹⁷ Esta correlación conceptual aparece en el clasicismo de la nueva escuela de administración: “Quedan de esta forma matizadas las diferentes relaciones que mantienen con la potestad discrecional los principios generales del Derecho, el fin de la Ley y el mérito (*equivale al concepto de oportunidad*) [...] El fin de la Ley autoriza también diversas medidas correctas, pero no constituye algo ajeno al acto discrecional, sino que se incorpora al propio fin del acto.” – anotación en cursiva, mía- (CLAVERO ARÉVALO, Manuel. "La doctrina de los principios generales del Derecho y las lagunas del ordenamiento administrativo" en *Revista de Administración Pública*, n. 7, 1952. p. 103).

toma de decisión en un acto administrativo. A partir de aquí un sector tradicional de la doctrina jurídico-administrativa concluye que, por una parte, no cabe atribuir al elemento técnico discrecionalidad susceptible de arbitrariedad e ilegalidad, y por otra, que corresponde a ese marco jurídico (cuasi jurisdiccional o jurisdiccional) juzgar la discrecionalidad de la aplicación de la norma con la conveniencia del criterio de oportunidad utilizado por razones de interés público⁵⁹⁸. Dicho interés público se conjuga dentro de la actuación administrativa en lo que para Alonso Mas sería un sentido prejurídico de las actuaciones de oportunidad, cuya clasificación se situaría, sin embargo, decididamente dentro del marco jurídico⁵⁹⁹. La propia María José Alonso Mas, si bien con una cierta identificación de lo jurisdiccional con lo jurídico tan apropiada para la doctrina francesa, clarifica esta posición superando la interpretación convencional del Consejo Nacional:

De esta anfibología se deriva el error de creer que toda apreciación de la conveniencia, por ser cuestión de oportunidad, es discrecional y exenta de control judicial [...] En todo caso, entender que el juez no puede acudir a criterios de ‘oportunidad’, sino sólo a los de estricta legalidad para fiscalizar la actuación administrativa [...] supone olvidar el papel de la razonabilidad en el Derecho⁶⁰⁰.

En esta argumentación se constata el intento de identificación del marco jurídico con el ámbito jurisdiccional para la incorporación plena a éste de la apreciación, la valoración del fondo del asunto y la calificación de toda discrecionalidad, que parte en la actuación administrativa de criterios de oportunidad formados por la concurrencia de hechos concretos y elementos técnicos (sicológicos, sociológicos, económicos, de gestión de recursos, ingenieril y de cualquier otra índole extrajurídica necesaria para materializar la actuación). Se afirma que la necesaria utilización de los principios generales y el criterio de concreción del interés público no bastan para resolver jurídicamente una actuación administrativa, si no se contempla el conocimiento del fondo de los hechos que materializan la actuación. Lo que supone la reconsideración, necesaria y exigente, de la instancia jurisdiccional, que amplía la perspectiva del marco jurídico y se opone a su abstención ante la discrecionalidad técnica⁶⁰¹.

⁵⁹⁸ Sobre la discrecionalidad, el interés general o interés público, términos equivalentes, y el supuesto único de solución jurídica Vid. VILLAR PALASÍ, José Luis. *Principios de Derecho Administrativo*. I, Madrid, Universidad de Madrid, 1982, p. 32-33 y SÁNCHEZ MORÓN, M. *Discrecionalidad administrativa y control judicial*. Madrid, TECNOS, 1995. También tiene ya gran importancia la argumentación basada en el deber de buena Administración de Juli Ponce, finalmente enunciada en los nuevos Estatutos de Autonomía de Cataluña, Andalucía (aquí expresamente), Balear y Valencia, por el cual “el servicio a los intereses generales por la Administración Pública debe efectuarse de acuerdo con el criterio de servicio a los ciudadanos” y, en contrapeso a los crecientes ámbitos discrecionales de la Administración – ante la escasa asimilación jurídica del marco técnico de la actuación administrativa, añadido -, por el principio democrático del pluralismo se “impide que la Administración pueda encontrar el interés general, en una instancia ajena a la sociedad, sólo a su pericia y conocimiento accesible. Por el contrario, la Administración tiene que encontrar el interés general conociendo y ponderando los intereses privados y públicos de que éste está compuesto”. (PONCE SOLÉ, Juli. *Deber de buena Administración...Op. Cit. p. 85.*) y (PONCE SOLÉ, Juli. “Procedimiento administrativo...” Op. Cit. p. 92).

⁵⁹⁹ Vid. ALONSO MAS, María José. *La solución...Op. Cit. p. 367.*

⁶⁰⁰ *Ibid.* p. 369.

⁶⁰¹ Obviamente a la responsabilidad jurisdiccional le corresponden medios adecuados para su cumplimiento, al respecto se pueden destacar propuestas de reformas procesales que se deben ver acompañadas para su viabilidad de recursos técnicos de gestión, al respecto, en el contexto del proyecto de reforma de la LRJC dentro de un enfoque doctrinal que de

Más allá del planteamiento jurisdiccional, volviendo a la clasificación, basada en el estudio de Santamaría Pastor y expuesta al inicio de este epígrafe, de los controles administrativos, se puede plantear que el principio de oportunidad está presente en un marco jurídico más amplio y aplicable desde la propia ejecución de la actividad administrativa, ya sea en ámbito normativo más o menos tasado, en la objetivación de la misma dentro del ordenamiento procedimental interno, o en la aplicación de las medidas de oportunidad y de carácter técnico que llevan a la ejecución de la actuación. De modo que en la función de control interno, el marco jurídico administrativo debe dotarse de las herramientas que trasladen el conjunto de la actuación, con sus previsiones y realizaciones técnicas, a la racionalidad del Derecho, de forma que se interprete el verdadero sentido de la acción en su cumplimiento, que traduce los principios de legalidad y del servicio al interés general a una ejecución que entra en el fondo de la misma acción. La obligación de cumplimiento por la Administración del marco jurídico parece que se opone a la discrecionalidad que le brinda su fuero potestativo, pero también parece requerir no ceñirlo a la instancia voluntaria de recursos ni al orden jurisdiccional, si no a los propios mecanismos de control interno de la Administración. Puede que esa traducción no consista, por las materias propias de la especialidad jurídica, en saber aplicarse todos los elementos técnicos a la actuación administrativa, pero si al menos entender de forma concreta aquellos utilizados en la gestión pública que permitan una amplia calificación jurídica de su finalidad⁶⁰².

De acuerdo con este criterio aplicable al marco jurídico propio de la Administración en la decisión, ejecución y control de su actuación, se hace imprescindible recurrir al principio de motivación de la actuación administrativa, cuya sustancial composición de elementos técnicos no exime de la obligada tutela, no ya judicial (art. 24 CE), si no jurídica en la formulación de la actuación, que debe aportar una doble garantía, tanto en el proceso de la actuación administrativa, que puede apreciar el propio ciudadano, como en la habilitación jurídica de la tutela judicial⁶⁰³. Ahora bien, si nos movemos

organización procesal CALVO ROJAS, Eduardo; PICO LORENZO, Celsa y SABÁN GODOY, Alfonso. "La Reforma de la jurisdicción contencioso-administrativa" en *Jueces para la Democracia*, n. 28, 1997. p 63-69.

⁶⁰² Parece que el control jurídico de las decisiones técnicas requiere un esfuerzo en al menos dos direcciones, por una parte el control interno que parte del derecho a la información del sujeto pasivo de la resolución administrativa, pues el conocimiento de la fundamentación razonada de los actos permite al ciudadano su toma de decisión, por otro el acercamiento de esa racionalidad técnica al recurso jurisdiccional como garante de sus derechos que porta. De lo contrario el poder exorbitante decae en arbitrario de la mano de marco técnico inescrutable de la decisión: "Así pues la interdicción de la arbitrariedad se ciñe a un control jurídico de la "razonabilidad" entre soluciones jurídicamente indiferentes al ser todas ellas objetivamente no arbitrarias. Es indiscutible que ante varias opciones razonables, con motivación suficientemente explicitada, no puede el Tribunal de lo Contencioso-administrativo sustituir el criterio de la administración". PICÓ, Celsa. "El control de la actividad discrecional y el poder de sustitución del juez en la decisión administrativa" en *X Congreso de Jueces para la Democracia*. Zaragoza 9, 10 y 11 noviembre 1995.

⁶⁰³ Ibid. Como expone en esta ponencia la Magistrada del TS Celsa Picó, ante los actos basados en la competencia técnica material y la imposibilidad jurídica de que los órganos judiciales sustituyan a los órganos administrativos (STC 353-93, de 29 de noviembre) se impone: "la exigencia de una motivación real no estereotipada del juicio técnico que permita controlar el error evidente es condición sine qua non para una adecuada intervención judicial garante del Derecho a la tutela

en el concepto de traducción entre los elementos jurídicos y técnicos dentro de una única motivación, no parece razonable que el autor de aquella conozca sólo uno de los idiomas, como tampoco resulta viable que cualquiera de las partes domine los dos lenguajes. Se imponen fórmulas de colaboración en el procedimiento que conduce a la resolución entre ambas partes, que no priven al proceso de eficacia jurídica, pero tampoco impongan a la racionalidad de este proceso la razonabilidad de su contenido. Se tratará pues de encontrar la forma en que la racionalidad técnica queda sujeta en todas las fases del procedimiento (formulación, decisión, ejecución y control), a su traducción en términos de razonabilidad jurídica y por consiguiente apta para su comprensión mediante este acercamiento de ambas partes al mismo objetivo, tanto por el sujeto que recibe la actuación como a su potencial tutela jurisdiccional. Entender así, que los problemas de conexión vienen dados por las exigencias de especialización que conlleva la eficacia de la actividad, pero que por otra parte, dicha eficacia se pierde si no cumple los fines a que obliga la materia pública.

IV.5 Aspectos nuevos de la regulación y cooperación pública y privada en la prestación de servicios públicos.

IV.5.1 Ciertos aspectos básicos de la conjugación del Derecho privado en la prestación de los servicios públicos.

IV.5.1.a La doble obligación de eficacia formal y material en una acción pública diversificada.

Una vez más es necesario detenerse en las peculiaridades de los servicios públicos como materia de las actuaciones administrativas. La existencia de una disociación entre las funciones limitadoras y prestadoras del Estado de Derecho emerge como premisa cuando se consagra constitucionalmente la cláusula social del Derecho público, con el advenimiento del Estado del bienestar⁶⁰⁴. Consecuencia de

efectiva”. Como casos de aplicación de actos de competencia técnica se citan a modo de ejemplo la selección de personal, el derecho deportivo o el urbanismo.

⁶⁰⁴ El Cap. III del Título I. de la CE establece las bases jurídicas del Estado social cuyas garantías se ponen dentro de este capítulo en conexión con la política económica que a este fin obliga a su cumplimiento por los poderes públicos. Esta adjetivación del Estado asciende en el Texto Fundamental al art. 1. De esta forma las bases del Estado social se consagran como rasgo fundamental en la norma suprema que rige el Derecho público. En el Derecho comparado los derechos sociales ya son elevados a rango constitucional en la Constitución de Querétaro de 1917, y dos años después en la Constitución de Weimar, pero en el Estado del bienestar o social, se elevan a obligaciones del Estado y sus poderes. Es en la citada Constitución de Weimar donde se acuña el concepto de “Derechos sociales”, paradójicamente, aunque no exento del nuevo contexto liberal-democrático y haciéndose eco de todos los manifiestos políticos de la clase obrera precedentes, de la mano de un liberal puro como Friedrich Naumann. “Había que considerar ahora, no solamente la relación del individuo con el Estado, sino la posición del individuo dentro de la sociedad, pues las libertades clásicas podían proteger al individuo de los abusos del Estado, pero estabilizaban al mismo tiempo el orden social existente, sin ofrecer una protección semejante respecto a sus presiones. El liberal Naumann introdujo la «idea del Estado social» en el debate de los derechos fundamentales, por la que entendía una autolimitación del orden económico capitalista, exigiendo al tiempo colocar los

ella, el ordenamiento jurídico administrativo debe ajustarse al menos a dos diferentes finalidades: el control de la legalidad, que se le exige a la Administración como sujeto garante en el reconocimiento (o la denegación) de derechos regulados por los poderes públicos, ante la petición o la acción de los ciudadanos; la actuación prestacional, donde la Administración ejecuta una actividad previamente sancionada por la norma para producir servicios cuya eficacia reside en la efectividad del fin material, que difiere del jurídico formal, pero al que siempre se debe subordinar⁶⁰⁵. Dicho de otro modo, se le pide al Derecho que trascienda la mera capacidad de alcanzar la eficacia formal de los actos regulados y facilite dentro de ella la consecución de los objetivos de ejecución material encomendados a la Administración. De algún modo se entiende que bajo los principios constitucionales garantizadores, enunciados en el Tit.I. Cap.IV CE, y la prerrogativa de la Administración como poder público sometido a la Ley y el Derecho, art. 103.1 CE, el ejercicio de la actividad administrativa queda obligada a la preservación de los derechos ciudadanos y facultada para la limitación de las pretensiones del interés privado que pueden conculcar el interés general al que sirve, que ahora, en un sentido más amplio que el liberal clásico, incluye a los no propietarios-contribuyentes. Además, en virtud de esa prerrogativa, debe asegurar el cumplimiento de las nuevas obligaciones prestacionales y la satisfacción de los nuevos derechos ciudadanos, impuestos asimismo a través de la norma. Por todo ello, los servicios públicos, en la provisión material de prestaciones, heredan el título de ejecución del que gozaban los actos potestativos o actos de voluntad de la Administración, en el reconocimiento o extinción de las situaciones jurídicas, y amplían el concepto de eficacia jurídica hacia la eficacia administrativa en todas sus actuaciones. Sin embargo, el nuevo contenido supone un cambio cualitativo, pues los derechos materiales no pueden gozar del mismo sistema de garantías jurídicas al no depender de la mera expresión de voluntad de los poderes que se autotutelan, ejecutivo y judicial, sino de otros procesos de ejecución que no se alcanzan formal, sino materialmente⁶⁰⁶.

deberes del ciudadano al lado de sus derechos". (RÜRUP, Reinhard. "Génesis y fundamentos de la Constitución de Weimar" en *Revista Ayer*, n. 5, UCM, 1992. p. 153-154.)

⁶⁰⁵ "En consecuencia, el ámbito natural del principio de eficacia está constituido por las actividades de la Administración sujetas al principio de vinculación negativa a la Ley, actuando ambos como un parámetro de valoración de las mismas". Es importante reseñar como Santamaría resuelve la dicotomía entre legalidad y eficacia subordinando ésta a aquella "No hay eficacia contra el Derecho: la eficacia comienza justamente donde el Derecho termina" (SANTAMARÍA PASTOR, Juan Alfonso. *Principios...* Op. Cit. p.105).

⁶⁰⁶ Sobre el principio de eficacia jurídica no nos vamos a detener en su amplia literatura, en general bien fijado por la dogmática y lleno de matices en la amplísima doctrina, interesa considerar aquí su procedencia en la peculiaridad del acto administrativo en su comparación con el resto de los actos jurídicamente amparados: "Lo trascendente es que este fenómeno creador o extintivo [*de las situaciones jurídicas*] reposa únicamente sobre la voluntad de la Administración: el acto es una declaración de voluntad que no precisa de otra voluntad, ni siquiera la del sujeto a quien impone una obligación. En tanto los sujetos de Derecho común no pueden invadir la esfera jurídica ajena, para insertar en ella un deber o una obligación, sin el consentimiento del afectado, la Administración goza d este privilegio". (Vid. MORELL OCAÑA, Luis. *Curso...* Op. Cit. p. 269).

IV.5.1.c *Planteamientos jurídicos mixtos: Derecho administrativo privado y actos separables.*

Comencemos por aclarar que nos movemos en el ámbito administrativo en el sentido amplio, que incluye todas las actuaciones que tienen su origen directo en órganos y entidades dependientes de la Administración pública. Dentro de este escenario se deben entender todas las formas jurídicas que han tratado y tratan de crear marcos diversos de regulación que, grosso modo, se debaten entre la diferente afectación o acercamiento a formas públicas o privadas. La adscripción de este ámbito administrativo y sus formas jurídicas de regulación interna al Estado de Derecho se basa en el control de la legalidad por medio de un régimen jurídico propio. En este campo es donde se encuentra la doctrina de origen alemán del Derecho administrativo privado, que se pretende considerar como un caso de la adaptación del Derecho a la heterogeneidad de las actuaciones administrativas, tras un proceso de iuspublicación de sus normas civiles previas.

En este ámbito la regulación pública de las relaciones de la Administración son de aplicación limitada, pues reconoce por un lado un régimen de Derecho privado cuando la Administración realiza actuaciones mercantiles puras, y no se admite en actuaciones o Administraciones que ejercen funciones de autoridad. Buscando, pues, una definición basada en la delimitación del ámbito de aplicación se puede destacar la formulación realizada por Santiago González Varas: “Encaja, así, dentro de la ‘Administración prestacional’ (Leistungsverwaltung), pero no dentro de la ‘Administración de limitación’ (Eingriffsverwaltung). Desde el prisma jurídico español, puede decirse que su ámbito de aplicación se centra esencialmente en torno a la gestión de servicios públicos”⁶⁰⁷. Ya desde el punto de vista de su función y finalidad encontramos otras definiciones como la que realiza Javier Barnés: “Esta doctrina pues, pretende distinguir entre la actividad privada de la Administración, que se somete por completo al mero ordenamiento privado, de aquella otra que se sujeta a un *Derecho Privado Administrativo*, por cuya virtud algunas normas del Derecho público modifican, completan o sustituyen las reglas del Derecho privado general”. Se trata, pues, de una doctrina cuya vocación no reside en consagrar la privatización del Derecho público, sino por el contrario y como se verá, en moderar los efectos de su uso modulando la capacidad de elección de la Administración para instrumentar su

⁶⁰⁷ Previamente, en la p.104, González-Varas ha introducido el concepto bajo una argumentación doctrinal muy esclarecedora “La libertad de elección y concretamente la posibilidad de acudir al Derecho privado, *se justifica* ante la mejor disposición de éste para ayudar en la eficaz y ágil gestión de las competencias administrativas. En este sentido, la doctrina alemana califica este fenómeno por el cual los poderes públicos hacen un uso de las formas de organización privadas, como de privatización formal. Esta expresión sirve para definir la situación por la cual un determinado ente que cumple funciones administrativas se rige por el Derecho privado y se contrapone a la privatización material (real o auténtica) por la cual la privatización no afecta sólo al régimen jurídico (por ser éste privado) si no que también ocasiona una transferencia o traspaso de la misión desde la Administración a los particulares. En relación con la privatización formal, desde el momento en que el régimen jurídico privado respeta el Derecho administrativo no existe huida del Derecho administrativo: existe una privatización formal admisible.” (GONZÁLEZ-VARAS, Santiago. *El Derecho...* Op. Cit. p.106.).

organización y actuaciones en un régimen jurídico u otro, según la materia que se aborda y de acuerdo con el criterio sustantivo de poder público⁶⁰⁸.

El fundamento teórico de esta doctrina se basa en la capacidad de la Administración para establecer dos niveles de aplicación en el marco jurídico de sus relaciones, bien sea el público o el privado y tiene su origen, siguiendo con la doctrina alemana en la teoría del fisco. Ésta consagraba el principio de la capacidad de elección entre el derecho público y privado, siendo la Administración susceptible de adoptar una personalidad u otra según conviniera a la necesidad de actuar como sujeto del derecho común o, en funciones de ejercicio de la soberanía, adoptar el Derecho público. En el resto de instituciones del Derecho continental de origen francés, el Derecho administrativo queda vinculado a una herencia de la Monarquía absoluta en la que, desde el periodo de la Ilustración, se comenzaron a delimitar los derechos patrimoniales de las prerrogativas soberanas, hasta su introducción para regular el funcionamiento del nuevo Estado liberal⁶⁰⁹. En esta doble línea de desarrollo del Derecho continental, la llegada de la teoría del servicio público, que se produce en Francia y es seguida en España, no lo hace en Alemania, donde las relaciones contractuales, patrimoniales y del personal se siguen rigiendo a través del Derecho privado⁶¹⁰. Esta evolución paralela encierra interesantes conclusiones y supone un enriquecimiento al acervo del Derecho Administrativo continental.

En el caso alemán, partiendo de la teoría del fisco que consagra la doble personalidad de la Administración, la recepción del Derecho administrativo privado se produce a través de la progresiva *iuspublificación* de los servicios públicos. Así, de forma concurrente, se permite regir la actividad prestacional de la Administración a través de un régimen jurídico-privado derivado de la costumbre junto a la progresiva implantación de un principio de regulación jurídico-pública que penetra en todos los servicios públicos. Su evolución no se sustancia en asumir la previa institución del ordenamiento público en todas las actuaciones administrativas, sino en ir incorporando los principios del Derecho administrativo a las relaciones privadas de los servicios públicos.

En la otra vertiente, la doctrina francesa acude a finales del siglo XIX, a través de la jurisprudencia del Consejo de Estado, a la teoría de los actos separables que, por recoger el aspecto de interés que aquí presenta el concepto en cuyo amplísimo desarrollo no se entra, prepara el camino para

⁶⁰⁸ Vid. BARNES VÁZQUEZ, JAVIER. "Introducción a la doctrina alemana del Derecho privado administrativo" en *Administración instrumental. Libro homenaje a Manuel Francisco Clavero Arévalo. I*, (coord Pérez Moreno). Madrid, Civitas, 1994. p. 229-230. Siguiendo a este autor, la doctrina del "Doctrina del Derecho Privado Administrativo"

⁶⁰⁹ Véase la exposición sobre el origen del Derecho administrativo del capítulo 2. Esta causalidad entre el Antiguo Régimen y el fuero administrativo del Estado liberal en el ámbito continental, que parte del Estado absolutista francés, ya es enunciada por José Ramón Parada precisamente en el análisis de figuras que representan la frontera entre lo público y lo privado. Vid. PARADA VÁZQUEZ, J.R. *Los orígenes del contrato administrativo en el Derecho español*. Sevilla, Instituto García Oviedo, 1963. p.21.

⁶¹⁰ Vid. GONZÁLEZ-VARAS, Santiago. *El Derecho...* Op. Cit. p. 98-101.

descomponer los actos de la Administración en partes discretas que permiten aplicar principios jurídicos diferentes a cada una. Su aparición en la ejecución de los contratos públicos señala la intención de dirigirse a los instrumentos que delimitan el ámbito público y privado, hasta encontrar su plena utilización en la jurisprudencia expropiatoria o en la constitutiva de los organismos públicos de Derecho privado⁶¹¹. En todos ellos, la prestación de los servicios públicos admiten que, en la relación con los sujetos y entes privados, las fases iniciales sean de norma administrativa y las ejecutivas de ordenamiento privado, así, Macera-Tiragallo concluye que esta teoría se pone en la práctica procesal, su verdadero carácter originario, al servicio contrario de la administrativa con la utilización del Derecho privado⁶¹².

Estas regulaciones jurídicas público-privadas van trascendiendo a los actos que podríamos calificar de mixtos, en cuanto son reguladores de derechos potestativos del Estado pero conllevan la realización de un servicio público, tales como la subvención, la contratación o el acceso a prestaciones basadas en servicios, equipamientos o bienes de patrimonio público, que se distinguen de los actos privados referidos al negocio patrimonial entre entes públicos y personas privadas. Sin embargo, a florado el concepto, esta dualidad no se detiene en los actos singulares, y se aplica a los entes que crea la Administración, cuyo régimen de funcionamiento permite la elección entre el Derecho público o el Derecho privado en aquellas funciones públicas que se ejercen fuera del ejercicio de soberanía, por medio de actos jurídico-privados no potestativos, o a través de una actividad de tipo empresarial y titularidad pública que concurre plenamente con el ámbito privado. El concepto de Derecho administrativo privado implica, por ende, la sujeción de cualquier actuación emanada de órganos o entidades públicas a los principios constitutivos y normativos de la Administración. Se podría decir que bajo este marco la Administración puede someterse voluntariamente en sus relaciones a formas del régimen privado, pero sigue obligada a los principios del ordenamiento del régimen jurídico público. En general, el Derecho administrativo privado trata de regular la elección de régimen jurídico de cualquier ente creado por la Administración, sin perjuicio de aplicar singularmente en los actos divisibles los límites que marcan las dos esferas del Derecho, sea la vinculación al Derecho privado en la actuación mercantil y al Derecho administrativo cuando la Administración realiza funciones de potestad o cuando determinadas leyes especiales imponen el régimen jurídico público⁶¹³.

⁶¹¹ Merece especial mención el rico análisis jurisprudencial sobre la aplicación de la teoría de los actos separables en GONZÁLEZ-VARAS, Santiago. "Entidades de derecho privado y jurisdicción contencioso-administrativa". En *Seminario sobre la relación entre lo público y lo privado en el Derecho Administrativo*, Zaragoza, 2004. p. 3-13.

⁶¹² Vid. CARRETERO PÉREZ, Adolfo. "La Teoría de los Actos Separables" en *Revista de Administración Pública*, n. 61, 1970. p. 83-117. La bibliografía sobre el tema es amplísima y se renuncia a su reiteración en el mismo sentido de su profundización, si se destaca por su sistematización y cierta visión crítica a MACERA-TIRAGALLO, Bernard Frank. *La teoría francesa de los actos separables y su importación en el Derecho público español*. Barcelona, CEDECS, 2001.

⁶¹³ GONZÁLEZ-VARAS, Santiago. *El Derecho...* Op. Cit. p. 103-106

IV.5.1.c *Fundamentos críticos a la penetración jurídica privada en el ámbito administrativo.*

Naturalmente la figura del Derecho administrativo privado tiene su propia lectura crítica, sin entrar en el detalle del debate doctrinal, cabe decir que en estas críticas se penetra en el fondo de la función del marco jurídico en la Administración⁶¹⁴. Por un lado, ésta debe responder a su misión objetiva de establecer un Derecho capaz de dar validez y estabilidad a todos los principios sobre los que se deben asentar sus relaciones internas y con otros sujetos, por otro, disponer de capacidad de adaptación a los requisitos de funcionamiento que las necesidades de la sociedad impulsan desde las políticas públicas a través del desarrollo legislativo y reglamentario⁶¹⁵.

El dinamismo de las políticas públicas, desarrolladas en el Estado del bienestar, ha propiciado su conexión con nuevas políticas de gestión pública en los procesos de modernización, a las que el Derecho también se trata de adaptar mediante fórmulas que sean capaces de mantener la estabilidad del sistema que, en la tradición continental, tiene en el Derecho público la premisa de su funcionamiento. Se considera así, que el debate sobre las fórmulas que propone la doctrina del Derecho administrativo privado conecta todos estos aspectos de una forma muy enriquecedora. El Estado liberal establece un hilo conductor al moderar el equilibrio entre el ámbito público, que evoluciona desde el Estado censitario al democrático, y el ámbito privado, que va orientando su actividad industrial a la creciente tecnificación de los servicios. Estos ámbitos son impelidos por las necesidades que surgen en el desarrollo de la sociedad, que propicia las formas de conexión entre la intervención pública y la gestión privada. De esta dualidad se deduce la precedencia del Derecho en el Estado liberal, con el fin esencial, entre otros, de que la actividad privada se desarrolle en condiciones de igualdad jurídica bajo los principios de legalidad, neutralidad y objetividad de la Administración en el servicio a los intereses generales, como garantes del sostenimiento del sistema liberal que llevan al establecimiento del Derecho Público. En este orden, fórmulas como el Derecho administrativo privado, no pueden verse en su abstracción jurídica, pues sobrevienen ante la necesidad de hacer eficaces estos principios del Derecho en el funcionamiento de la Administración como prestadora de servicios públicos.

⁶¹⁴ El trabajo de González-Varas se formula en la recepción de la doctrina alemana del Derecho administrativo privado como cierta réplica a la hipótesis de la “huida del Derecho”, que encaja la privatización del Derecho administrativo estableciendo cargas de éste en el originario Derecho común alemán, encarnado en la Teoría del Fisco. De alguna forma, esa huida, en este paradigma evolutivo, se produce del Derecho privado al público e invierte los términos del debate. Vid. *Ibid.* p. 107-108

⁶¹⁵ Sobre este particular debate son muy oportunas las acotaciones de Giannini al respecto trayéndolo a colación en una muy importante reflexión heurística: “Otra causa de equívoco es que a menudo se confunde entre rama normativa y disciplina científica; quien dice ‘derecho privado’ o ‘administrativo’ piensa frecuentemente en la ciencia del derecho privado o administrativo antes que en la normativa que constituye el derecho privado o administrativo. Esto crea equívocos...” Vid. GIANNINI, Massimo. *Derecho Administrativo...* Op. Cit. p. 73

Finalmente, la función prestadora de la Administración evoluciona, desde la década de los años setenta del siglo XX, de aquellas políticas públicas que la instauraron por las insuficiencias circunstanciales del sector privado, a políticas de gestión pública que tratan de devolver al ámbito privado la iniciativa en la actividad económica consustancial al sistema liberal. Con ellas, el Estado liberal trata de recuperar su estatus absentista desde la privatización de los servicios públicos creados por la Administración en el Estado del Bienestar. En este escenario de conjugación de la titularidad pública y la necesidad de ejecución de un servicio de materia prestacional el Derecho administrativo redefine las funciones potestativas que procuren la eficacia formal y material que exige el servicio público con los siguientes presupuestos:

a) En el plano subjetivo, la sujeción al Derecho privado de tales servicios supone un marco natural de relación en el que los intereses privados actúan con mayor libertad en su relación económica, pero también se muestra más eficaz en la relación prestacional, que provoca un vínculo privado directo en la satisfacción de las necesidades personales y la consecución de los objetivos públicos.

b) En el plano objetivo, la neutralidad y legalidad exigible a la Administración en el negocio jurídico de sus actuaciones se cumple dentro del sistema de Derecho público en la sujeción al Derecho administrativo como instrumento que garantiza esos requisitos.

c) La compleja convivencia entre los planos servicial y garante propicia determinadas políticas de superación del marco prestacional público para transferirlo al privado, sin embargo, al no desaparecer las obligaciones públicas impuestas por la cláusula social, la disminución del papel de la Administración en la ejecución de estos objetivos de interés público conduce a la deslegitimación del sistema político⁶¹⁶.

En este sentido, la crítica a esta transformación en los márgenes de flexibilización del Derecho administrativo, se basa en la conexión de las obligaciones constitucionales sustantivas de la Administración ante la aparición de dos elementos de soporte jurídico: la objetividad, por el modo de prestar servicios sin perder la titularidad pública, recurriendo a la *privatización formal*, que permite la introducción del Derecho privado en la ejecución y gestión de los órganos y actuaciones administrativas; el servicio a los intereses generales, ante la *privatización material* de los servicios públicos, que han adquirido carácter universal una vez consolidada su demanda por la sociedad, por su potencial pérdida,

⁶¹⁶ La identificación entre interés público y gobierno es un tema estudiado por Olías de Lima. Extrapolable en este comentario al modelo gerencial, la responsabilidad indirecta del ámbito público sigue marcando la agenda de las demandas sociales, por más delegaciones gerenciales, o en el caso de las privatizaciones, desprendimiento de competencias que desde el gobierno se realice de las prestaciones públicas: “ La afirmación de que el gobierno no puede presuponer lo que valoran los ciudadanos implica dar a los directivos de las organizaciones públicas una considerable discrecionalidad para identificar los servicios valiosos para la comunidad. Esto conlleva una relativa pérdida de poder para los políticos y es un riesgo potencial para su legitimidad [...] El impacto de esta desilusión en la percepción de la acción de gobierno puede repercutir en la adhesión democrática y en la gobernabilidad”. (Vid. OLÍAS DE LIMA, Blanca. “La mejora de los servicios públicos...” Op. Cit. p.1).

incluso, en ciertos casos, en servicios de condición indivisible conectados con derechos fundamentales. En la controversia, estos elementos privatizadores se legitiman en el supuesto de la superioridad del ámbito de relaciones privadas, por el que estos cambios en el régimen jurídico de la gestión y ejecución de los servicios públicos representan una ventaja para obtener, bajo intereses privados, una eficacia en la prestación, mejorando el desarrollo económico y social que beneficia los fines del interés general. De acuerdo con estos fines los servicios se realizan con reserva al Estado de la actividad administrativa en la aplicación de las regulaciones formales como gestor y garante de la legalidad y depositario de la potestad pública.

Pueden quedar otros aspectos centrales por resolver de la crítica al Derecho administrativo privado⁶¹⁷. Según la corriente legitimadora del mismo se acepta su aplicación a las actividades mercantiles o de tráfico económico, pero excluyendo las actividades administrativas limitativas de derechos, dado el carácter de la gestión fundamentalmente económica de aquellas que permite prescindir de parte de los controles típicos del Estado de Derecho. Los medios de control tampoco recaen apenas en las actividades que son de titularidad pública, cuya subordinación respecto a los órganos políticos y constitucionales pueden ser indirectas y complejas por corresponder a órganos públicos no sujetos a procedimientos potestativos de rendición de cuentas ad-extra ni de subordinación jerárquica ad-intra. A veces, incluso una vez asumido el régimen jurídico público por los órganos administrativos, la forma en que se fijan los procedimientos no propicia el cumplimiento de garantías de tutela judicial de la actividad, lo que puede generar tensiones en las sucesivas reformas del sector y la gestión pública:

En tanto en cuanto el Legislador no afirme la plena sujeción a Derecho administrativo de la actuación de las distintas entidades públicas que gestionen servicios públicos o realicen funciones públicas en general, la jurisdicción contencioso administrativa tendrá que mostrarse especialmente atenta frente a la existencia de posibles fraudes de una Ley administrativa que corresponda ser cumplida por una entidad que, pese al carácter público de su actividad, se hace regir por el Derecho privado⁶¹⁸.

Las posturas críticas a la penetración jurídico privada en el ámbito administrativo pueden, por lo tanto, llegar a adoptar diferentes puntos de vista, donde los elementos privatizadores formales y materiales quedan imbuidos de un mismo fin de delimitación entre lo público y lo privado. Cabe inducir que la superación de esta contradicción se abre camino en la medida en que el Derecho administrativo encuentra soluciones concretas a los problemas de la gestión pública si sus instrumentos sirven al objeto de la gestión pública, en nada distinto a atender desde la Administración las demandas o intereses de la

⁶¹⁷ “A este régimen jurídico previsto para cuando la Administración haga uso del Derecho privado para el cumplimiento de funciones públicas, serviciales o prestacionales puede llamársele, convencionalmente, "Derecho administrativo privado". El ‘Derecho administrativo privado’ afirma un sistema de vocación judicial (aplicable por los Tribunales y Juzgados de la jurisdicción contencioso-administrativa), de alcance por tanto esencialmente procesal. *El Derecho administrativo privado, como su propio nombre indica, es el Derecho administrativo que regula la actividad de Derecho privado de la Administración o de sus empresas*”. (Vid. GONZÁLEZ-VARAS, Santiago. Entidades de Derecho... Op. Cit. p. 30).

⁶¹⁸ Vid. Ibid. p. 1.

sociedad cumpliendo las obligaciones de control de la gestión política-administrativa y la tutela de los derechos de los ciudadanos (CE arts. 24, 103.1, 106, y 108 a 111). Soluciones, que incluso en ciertos casos, “superan el dogma liberal de la incapacidad industrial del Estado para asumir la prestación directa, sin concesionario interpuesto, de servicios públicos de carácter comercial o industrial”⁶¹⁹.

IV.5.2 Instrumentos del ordenamiento público en el ámbito privado: ordenación, regulación, intervención y privatización.

IV.5.2.a Principio de delimitación en equilibrio por el marco jurídico del ámbito público y privado.

En el Estado liberal democrático existe, por su origen fundacional e inherente a las propias funciones para las que ha sido creado, un condicionante que trasciende a sus transformaciones y adaptación a la realidad social cambiante en la que subsiste: “[...] se puede alegar que la ratio económica privada es el determinante de la coherencia social y de la coherencia organizativa de las estructuras públicas, que dependen de ella en su financiación”⁶²⁰. Lo que parece cierto es que, desde los diversos planteamientos en que se puede formular esta cuestión en el Estado liberal democrático, el punto de partida lo constituye la separación de la esfera pública de la privada para favorecer el desarrollo de ésta sin los vínculos que entre el poder soberano y el dominio patrimonial establecía el Antiguo Régimen en beneficio de unos grupos específicos de interés formados por la aristocracia y la propia institución monárquica. Desde esta perspectiva, la nueva realidad de política y administrativa se basa en la transformación del ordenamiento jurídico, con el fin de que los sectores privados con intereses en presencia, que representan nuevas formas económicas de acumulación patrimonial, se encuentren en igualdad en sus relaciones con el poder político y jurisdiccional. Estas premisas han exigido desde el principio a ese Estado, a través de su Administración, los medios formales y materiales que aseguraran la igualdad jurídica garantizada por los poderes públicos que impulsa el libre ejercicio económico del sector privado. Por otra parte, la hipótesis de partida expone que el proceso de configuración y adaptación del Estado liberal forma una evolución no lineal, que encuentra su eje de transformación en la forma de establecer las relaciones entre el sector público y el privado. Tampoco resulta completamente riguroso considerar dos sujetos independientes y totalmente diferenciados, pues la misión del uno se ha concebido al servicio del otro, en el cual se han gestado sucesivas demandas impelidas por los niveles de desarrollo económico y social que se producían, dando lugar a cambios que al final se sustancian en la organización político-administrativa. Estas transformaciones, desde la óptica

⁶¹⁹ Vid. GONZÁLEZ-VARAS, Santiago. *El Derecho...* Op. Cit. p. 118.

⁶²⁰ Vid. SÁNCHEZ BLANCO, Ángel. “La Agencia Estatal de Administración Tributaria. Atipicidad jurídica y determinismo de lo residual como expresión de la crisis del modelo organizativo de las Administraciones Públicas” en *Administración instrumental. Libro homenaje a Manuel Francisco Clavero Arévalo. I*, (coord Pérez Moreno). Madrid, Civitas, 1994. p. 756.

de la Administración pública, han supuesto un proceso modernizador discontinuo caracterizado en su conjunto por la conservación esencial de las premisas de la organización administrativa con sustanciales reformas que establecen a largo plazo diferentes relaciones entre los ámbitos público y privado.

La dinámica resultante de esta relación supone un equilibrio inestable, por su esencia dialéctica, de complementariedad y exclusión entre aquellos ámbitos. En la perspectiva jurídica de estas relaciones se aprecia que existen instrumentos dentro del Derecho público que tratan de ordenar formalmente la inestabilidad de este equilibrio sustantivo. En la dimensión jurídico-política los instrumentos de definición legislativos, reglamentarios y técnicos, delimitan los intereses públicos, que prevalecen, de los intereses privados⁶²¹. En la dimensión jurídico-administrativa, la Administración contrae dos grandes obligaciones, por un lado el servicio al interés general, que se ha de anteponer a los intereses particulares cuando colisionan entre sí, por otro, la garantía de los derechos del ciudadano frente a las actuaciones y potestades de la Administración.

Dichas obligaciones se sustentan en la cláusula de legalidad que convierte a la Administración en sujeto garante de todos los derechos y obligaciones en presencia, como ejecutor de la regulación de las relaciones internas del ámbito privado y las de éste con el ámbito público. Además, el sistema público somete a la Administración a controles políticos y jurisdiccionales que regulen las actuaciones de la Administración respecto a los intereses privados, individuales y colectivos. Por último, para la elevación de esos intereses desde sus propios sujetos, interviene la cláusula democrática, que permite dotar de eficacia la obligación de la Administración de delimitar objetivamente los intereses generales (art.103.1 CE) a través de: uno, el reconocimiento de la pluralidad política en la dirección administrativa reglada por norma constitucional; dos, de carácter más discrecional pero susceptible de ser reglada, la participación ciudadana; y tres, de manera indirecta, por el cumplimiento de la legalidad emanada de los órganos representativos de la voluntad popular.

IV.5.2.b Las técnicas jurídicas de supremacía del ámbito público: ordenación, regulación e intervención.

Entre las formas de relación entre los ámbitos público y privado encontramos la categoría de la ordenación, que surge en el Estado Liberal como una de las primeras manifestaciones de actividad de la Administración ante el sector privado, Schmidt-Assmann la define del siguiente modo:

⁶²¹ Se encuentra una definición positiva de los intereses públicos como aquellos que tienen su origen en la Ley, como se ve en la siguiente proposición, donde los recursos a la jurisdicción administrativa “pueden encontrarse disponibles dentro del ordenamiento jurídico para garantizar los derechos de los ciudadanos y los intereses públicos tutelados por la Ley”. Bajo esta perspectiva la yuxtaposición entre ambos sólo la marca la norma legal, cuya tutela debe abarcar a unos y otros. (ORTEGA MARTÍN, Eduardo. "El control judicial de la actividad de la Administración Pública" En VV.AA *Seminario sobre Derecho público y Derecho privado en la actuación de la Administración Pública*. Barcelona, Generalitat de Catalunya, Institut d'Estudis Autònoms, Marcial Pons, 1999. p.89),

La actividad de ordenación⁶²² es, según su imagen tradicional aquella que se ocupa de la evitación de peligros. La Administración reacciona ante situaciones concretas y dominables. Se trata de una Administración de vigilancia que interviene ocasionalmente, en especial mediante órdenes, prohibiciones y controles de apertura, en sectores regidos por lo demás por sus propias reglas de actuación. La actividad de ordenación se vale principalmente de instrumentos regulatorios o imperativos, y pone límites a la persecución de intereses privados. Por eso, se trata típicamente de una actividad restrictiva de derechos que se desarrolla en el seno de relaciones jurídico-administrativas bilaterales⁶²³.

En la definición dada por Schmidt-Assmann, la actividad de ordenación resulta una acción simple y singular, para la que existen normas codificadas destinadas a reproducir actos de limitación de los derechos, y recoge en este sentido una de las funciones primarias de la Administración, el control y la policía. Esta actividad de ordenación da origen como subespecie a la regulación, que participa de sus propiedades generales, sin embargo, ante el uso actual, este término recoge un salto cuantitativo origen de un significado cualitativamente nuevo referido a otro fenómeno de control público.

La regulación es, si tomamos la definición aportada por el Diccionario de Términos Jurídicos de Comares en su segunda acepción, “Conjunto de normas”, es decir, se trata de una actividad más compleja por su dimensión, tanto en el volumen de normas que la forman, como en el conjunto de objetos a que se dirige, si bien éstos pueden considerarse un área de actividad homogénea sea de origen público o privado. Como ejemplo, siguiendo los casos relevantes citados por el mismo diccionario, tenemos la regulación económica y social como “Conjunto de normativas gubernamentales tendentes a corregir los fallos del capitalismo clásico por medio de conductas económicas y sociales impuestas a las empresas”; o para un área de actividad de origen público, que afecta a las restricciones económicas impuestas desde éste, la regulación tributaria, perfecto ejemplo de fenómeno ordenado en un vasto conjunto normativo que va desde la Constitución, leyes tributarias singulares y disposiciones reglamentarias, hasta los regidos por “tratados o convenios internacionales [...] normas de la UE y otros organismos internacionales o supranacionales”⁶²⁴.

No obstante, las dos figuras anteriores responden a una forma pasiva y garante de injerencia de la autoridad pública en la vida privada, pues en resumen, ambas se basan en la publicación de normas cuyo cumplimiento se ejecuta por medio de garantías de los poderes públicos, bien a través de la fuerza coercitiva de la Administración, a través de los agentes de autoridad, o a través de la aplicación de la “actividad restrictiva de derechos”, que mencionaba Schmidt-Assmann, sustanciada simplemente en la desautorización que imposibilita emprender la acción privada que se persigue. Sin embargo, ordenación y regulación, que se inscriben como técnica o instrumento de variación del equilibrio entre el ámbito

⁶²² (N. del T.): *ordenende Verwaltung*, es equivalente a lo que se denomina actividad de policía, limitación o garantía.

⁶²³ Vid. SCHMIDT-ASSMANN, Eberhard. *Teoría general...* Op. Cit. p. 181.

⁶²⁴ Vid. VILLA-REAL, Ricardo y DEL ARCO TORRES, Miguel Ángel. *Diccionario...* Op. Cit. p. 461.

público y el privado, no agotan las formas de limitación de la actividad privada por parte de la acción del Estado.

La intervención, en el ejercicio del intervencionismo, supone un “sistema..., que confía a la acción del Estado el dirigir y suplir, en la vida del país, la iniciativa privada”⁶²⁵, en el mismo diccionario jurídico de Comares se encuentran diferentes modos de tratamiento del término, como las figuras procesales (adhesiva, de bienes litigiosos, del ejecutante,...), otras orgánicas, como la Intervención general de la Administración del Estado o la Intervención presupuestaria. Todas ellas hacen referencia al éxito secular que el término posee en los poderes públicos, pero es en la acepción de intervencionismo, como sistema de medidas, donde comienza a percibir su pleno significado de política pública en la actuación integral del Estado. Se encuentran al menos dos caracteres que le diferencian de la regulación:

a) El carácter sistémico, que no se soporta exclusivamente en un conjunto de normas cuyo cumplimiento se basa en un procedimiento de garantías, si no que se basa en un sistema de medidas de acción pública que incluyen la disposición de medios materiales para sustituir la actividad privada.

b) El carácter activo, es decir, que convierte a la Administración en sujeto emprendedor de aquella actividad restringida previamente al ámbito privado, pudiendo generalmente convertirse total o parcialmente en agente exclusivo de una actividad de interés público, económico y social.

Por lo tanto, si la intervención es una acción que el Estado liberal siempre ha contemplado como parte de su actividad pública, ya sea en la esfera jurídica, procesal, fiscal o presupuestaria, el intervencionismo es un conjunto de acciones de intervención coordinadas para conseguir los resultados de determinadas políticas públicas, generalmente de política y fomento económico, que desplazan el ámbito privado a favor del ámbito público como garante material de la actividad económica y social dentro de su misión de tutela del interés general. El intervencionismo aparece históricamente cuando un conjunto de derechos sociales se incorporan al acervo del Estado liberal-democrático, por lo tanto se asocia al Estado social y al Estado del bienestar⁶²⁶. Por otra parte el afloramiento de estos derechos viene dado por la percepción de que el Estado liberal con políticas de liberalismo económico no puede

⁶²⁵ Ibid. p. 277.

⁶²⁶ Tal y como afirma Enrique Linde, “La intervención de la Administración en la sociedad es una constante desde la creación de los Estados modernos, aún antes, de manera que lo singular de nuestra época no es el fenómeno mismo de la intervención administrativa en la sociedad [...], sino la concurrencia de dos caracteres sobresalientes como son: que la habilitación de la de la Administración para intervenir en la sociedad se encuentra consagrada en el texto constitucional; y la extensión e intensidad del intervencionismo”. Resulta a todas luces acertada esta afirmación que llega a corroborar el matiz que aquí se trata de introducir entre la intervención, como una actividad común en la Administración liberal, y el intervencionismo, como una práctica asentada dentro del Estado social. Más adelante, con la irrupción de la modernización administrativa y sus aparejadas reformas en la gestión pública, convendrá delimitar la concurrencia de ésta con la construcción del Estado social en el caso de España, que puede llevar al equívoco a los efectos de esta investigación, entre el concepto de regulación e intervención. (LINDE PANIAGUA, Enrique. "Presupuestos constitucionales de la intervención de la Administración en la Sociedad" en *Parte especial del Derecho administrativo. La intervención de la Administración en la sociedad*, (coord. Enrique Linde Paniagua). Madrid, Colex, 2007. p. 44).

garantizar esos derechos a través de su régimen político y administrativo en vigor, porque entre otros factores, el sistema productivo, bajo estos principios entra en crisis de producción cíclicas que finalmente pueden llegar a paralizar la actividad económica, la riqueza y los umbrales mínimos de bienestar social⁶²⁷.

La base jurídica del intervencionismo público en el orden político y económico se encuentra por consiguiente en el seno del propio Estado liberal-democrático, que evoluciona dentro de sus premisas desde el Estado absentista hacia el Estado social, y desde el Estado censitario al Estado democrático. Evolución que se ha visto acompañada del desarrollo consecuente del marco jurídico del Derecho público en su vertiente constitucional y jurídico-administrativa⁶²⁸. En el Estado constitucional, encuentra sus límites en obligado equilibrio o principio de proporcionalidad en las relaciones entre el ámbito público y el privado, el servicio al interés general a través del cumplimiento de la legalidad y la tutela de los derechos fundamentales, las libertades políticas, la libre iniciativa empresarial, las asociaciones de interés económico, político y social, en suma, todas las entidades que representan el ámbito privado de la sociedad⁶²⁹. Si bien este principio, plenamente establecido en el Derecho Europeo especialmente en la doctrina de su Tribunal, es de aplicación a normas, resoluciones y fallos judiciales, se ampara para todos los casos singulares civiles, penales y administrativos en el Derecho constitucional. El principio de

⁶²⁷ “...el intervencionismo del Estado en materia económica se lleva a cabo, de forma global, a través de la planificación y, para que sea eficaz, es necesario contar con un sector público fuertemente constituido [...] Este intervencionismo económico, por otra parte, y como ha puesto de manifiesto STAMMATI, se ha acentuado por dos factores: la presión ejercida por un reparto diverso de la renta por los movimientos obreros surgidos de la revolución industrial y, por otro lado, la decadencia de los mecanismos espontáneos de reequilibrio de la economía capitalista” (Vid. RIVERO YSERN, Enrique. "Derecho público y Derecho privado en la organización y actividad de las empresas públicas" en *Revista de Administración Pública*, n. 86, 1978. p.12). Vid. JIMÉNEZ DE CISNEROS, F.J. *Los organismos autónomos en el Derecho Público español: Tipología y régimen jurídico*. Madrid, INAP, 1987.

⁶²⁸ Rivero Ysern analiza las bases jurídicas y el modelo organizativo del sector público intervenido que estaba ampliamente legislado en el periodo preconstitucional por las propias Leyes Fundamentales, híbridos anómalos de regulación programático-política del Estado que eran tenidas por “normas constitucionales”, Ley de 7 de mayo de 1958 de Principios del Movimiento Nacional, que en el Principio X señala que: «... La iniciativa privada, fundamento de la actividad económica, deberá ser estimulada, encauzada y, en su caso, suplida por la acción del Estado.»; el propio Fuero del Trabajo de 9 de marzo de 1938 ya establece tales previsiones en tan temprano periodo conformador el Estado autocrático en su Punto XI: «En general, el Estado no será empresario, sino cuando falte la iniciativa privada o lo exijan los intereses superiores de la Nación.»; la Ley de 26 de diciembre de 1958 de Régimen Jurídico de las Entidades Estatales Autónomas “que escinde tajantemente la empresa pública del organismo autónomo, confundiendo naturaleza jurídica del ente con las normas que regulan su actividad” en referencia a la vinculación del régimen jurídico público o privado al tipo de órganos y actividad que realizan.; la Ley de 15 de junio de 1972 del Plan de Desarrollo Económico y Social que en el art. 5.1 establece los requisitos para la creación de empresas nacionales recogiendo parte de la doctrina administrativa comparada y que fija en el art. 5.1 en la “insuficiencia de la iniciativa privada”, la “conveniencia para impedir prácticas restrictivas de la competencia” y “los imperativos de la defensa o alta interés nacional”. “Por tanto, para actividades materialmente objeto de empresas públicas nuestro legislador adopta lo que él piensa son técnicas jurídico privadas y técnicas públicas. (Vid. *Ibid.* p. 20)

⁶²⁹ Merece especial mención la referencia a la STC 55/1996 en el Fundamento jurídico tercero que cita Perello Domenech para entender por posible analogía su aplicación al menos a la formulación de las normas de intervención pública como al contenido de las políticas que las propician: “Que la proporcionalidad no constituye en nuestro ordenamiento un canon de constitucionalidad autónomo cuya alegación pueda realizarse de manera aislada respecto a otros principios constitucionales” como serían los que aquí se mencionan. (Vid. PERELLO DOMENECH, Isabel. "El principio de proporcionalidad y la jurisprudencia constitucional" en *Jueces para la Democracia*, n. 28, 1997. p. 72-74).

proporcionalidad en la regulación de las relaciones público-privadas afecta directamente a los derechos que consagra, lo que incluye tanto la protección de los intereses generales que recaen sobre la Administración como el derecho a la propiedad (art.33.1 delimitado por la función y el interés social o la utilidad pública en los art. 33.1 y 33.2 CE) así como las especialidades de Derecho administrativo aparejadas a esa delimitación, como la expropiación⁶³⁰.

IV.5.2.c *El ajuste jurídico-público por la liberalización del sistema intervencionista en sus técnicas de desregulación y privatización.*

Con el intervencionismo como acción del Estado a través del brazo de la Administración, sólo caben los procedimientos de legalidad públicos, que incluyen técnicas de Derecho administrativo-privado, pero su aplicación trae consecuencias políticas y económicas que el desarrollo doctrinal predominante considera contrarias al interés general. Es lo que históricamente sucede con los procesos inflacionistas y de estancamiento económico que surgen en la década de los setenta del siglo XX. Como ya se ha mencionado en otros apartados de esta investigación, se acompañan de una crítica a la burocracia como sistema de gestión caracterizado por las restricciones a la libertad económica, instrumentadas en los procedimientos jurídico-administrativos del Estado social⁶³¹.

Ante estas circunstancias se desarrollan en las nuevas doctrinas, principios y técnicas que con el advenimiento de la modernización administrativa y las políticas de nueva gestión pública se caracterizan por el conjunto de medidas liberalizadoras y desreguladoras, que dado el encaje jurídico anterior, requerirán de nuevas normas con el fin de desmontar las vigentes en el Estado interventor⁶³². Entre todas las figuras destaca la privatización, cuyo encaje jurídico se presenta como novedoso, pues como las

⁶³⁰ Vid. CRUZ FERRER, Juan de la. "Una aproximación al control de proporcionalidad del Consejo de Estado francés: el balance costes-beneficios en las declaraciones de utilidad pública de la expropiación forzosa" en *Revista de Derecho Administrativo*, Civitas. n. 45, 1985. p 71-83

⁶³¹ Estos procesos ya fueron anticipados por la escuela económica austriaca desde principios del siglo XX, coincidiendo con la creciente tendencia de intervencionismo público en ese proceso ante el desarrollo industrial y las necesidades de infraestructuras y regulaciones sociales que llevó aparejados. Lleva a su maduración, tras la crisis de los años 30 que desemboca en el Estado social junto a la crisis de liberalismo económico y político clásicos: Vid. HEINRICH EDLER VON MISES, Ludwig. *La Teoría del Dinero y el Crédito*. Madrid, Unión Editorial S.A., 1997. (obra escrita en 1912); HEINRICH EDLER VON MISES, Ludwig. *Liberalismo*. Madrid, Unión Editorial S.A., 1997. (obra escrita en 1927). La doctrina económica fundamentaba un enfoque político economicista, y en cierto modo antijurídico en el derecho público – supremacía del interés individual y negación del interés general más allá de la protección intersubjetiva de los derechos individuales-, que sostenía que la inflación, consecuencia del excesivo intervencionismo público y administrativo, desemboca en una inadecuada distribución de los recursos y el estancamiento de la producción. Entre las referencias más significativas destacan, en el campo de la filosofía política como gran inspirador del liberalismo antiestatista en la década de los 70, NOZICK, Robert. *Anarquía, Estado y Utopía*. Mexico, FCE, 1990.

⁶³² La magistrada Concepción Montero desvela con un razonamiento lúcido las claves de la reacción frente al intervencionismo ya en una perspectiva histórica post neoliberal: "Los problemas y distorsiones en la economía que se imputaban a los poderes públicos, provocaron una reacción frente a la intervención estatal en el mercado. No obstante, es de advertir desde ahora, que las críticas se centraban en la intervención directa en él, del Estado como operador económico, no así en el ejercicio de potestades de regulación en el mismo, cuya utilidad nadie cuestiona y que se considera el medio idóneo para controlar sus desajustes. (MONTERO ELENA, Concepción Mónica. "Empresa pública y privatización" en *La intervención administrativa en la economía* (Dir. Germán Fernández Farreres). Madrid, Consejo General del Poder Judicial, 1996). p. 71.

anteriores, viene a quedar sujeto a un principio abstracto de proporcionalidad de cuya alusión en este apartado de la investigación no se pretende dar cuenta concreta, pero sí apuntar su razonamiento jurídico.

Desde el punto de vista administrativo, la privatización supone un proceso histórico de enajenación del patrimonio de empresas y servicios de naturaleza pública que busca al menos dos aspectos relacionados con los problemas del Estado interventor: por una parte alcanzar la eficiencia en la gestión empresarial de las empresas públicas, sustanciada en la rentabilidad y el volumen de actividad; en segundo lugar la disminución del déficit público en dos vías, la disminución del gasto que ocasionaban las actuaciones públicas y el aumento de los ingresos con las enajenaciones del sector público. En el caso británico se acomete mediante el saneamiento previo con el fin de hacer más atractiva la inversión y evitar la posible desviación de las actividades productivas y la descapitalización humana como consecuencia de su falta de rentabilidad⁶³³. Otra característica propia del sistema anglosajón, que había participado plenamente del Estado intervencionista tras la II Guerra Mundial, es la falta de limitaciones jurídicas en las actuaciones privatizadoras⁶³⁴.

La clasificación de las técnicas privatizadoras, elaborada por Montero Elena, engloba el fenómeno de la privatización en todas sus manifestaciones⁶³⁵:

a) Venta de la empresa pública, que puede ser directa o mediante licitación pública, admitiéndose en ambas la forma abierta –mediante oferta pública en la directa y concurso o subasta en la licitación- , restringida – con selección previa de participantes- o negociada en Bolsa en la venta directa.

b) Inclusión de capital privado hasta obtener el control mayoritario mediante el incremento del capital no suscrito.

c) Transferencia de la producción o prestación del bien o servicio que conserva la titularidad pública, lo que permite contemplar la figura concesional dentro de la categoría de la privatización.

d) Sometimiento de la empresa al ordenamiento jurídico privado sin transferencia de titularidad. Esta importante consideración lleva a entender que los procesos de privatización se inician bajo esta figura con anterioridad, durante el periodo del Estado de bienestar.

⁶³³ Vid. GONZÁLEZ, Manuel Jesús. *¿Adónde va el sector público? Del Estado del bienestar al bienestar con menos Estado*. Madrid, Informes del Instituto de Estudios y Análisis Económicos-Ministerio de Economía y Hacienda, 1994.

⁶³⁴ Villar Rojas establece tres etapas en el proceso de privatizaciones británico, las cuales se caracterizan por: 1. Empresas públicas que ya concurren en un mercado de competencia; 2. Grandes servicios públicos, con la venta de BT; 3. Monopolios de suministros energéticos, agua e infraestructuras de transporte. Vid. VILLAR ROJAS, Francisco José. *Privatización de servicios públicos*. Madrid, Tecnos, 1993.

⁶³⁵ Vid. MONTERO ELENA, Concepción Mónica. "Empresa pública..." Op. Cit. p. 75.

e) Liberalización del mercado, o desregulación, en concurrencia con el sector público, o con abandono por éste de la actividad desregulada. No implica acción material, si no formal, si bien positiva en tanto se acompaña de la sustitución de normas reguladoras.

f) Es importante contemplar cómo la situación jurídica condiciona el concepto de la privatización en la situación formal o el contenido material del bien público privatizado⁶³⁶. Así, cabe disociar la situación formal, en la que el control por la Administración no evita la privatización, como se muestra en el caso d), respecto a la situación material, donde en el caso c) de la concesión, cabe una gestión y posesión de derechos reales privados bajo un régimen jurídico público. Este sentido amplio de la privatización se define:

“bien porque la titularidad de una empresa pública es transferida, bien porque no siendo alterada tal titularidad, se acude a la gestión privada de la misma, o porque la actuación de la Administración se sujeta a normas jurídico privadas, o bien [en un sentido incompleto, pero suficiente para quedar recogido por esta figura –nota mía–] porque se admiten nuevos operadores económicos en sectores antes reservados a la iniciativa pública.”⁶³⁷.

Se detecta por lo tanto, ya desde los albores del Estado del bienestar, el distanciamiento entre la práctica pública y su juridificación consecuente ante el fenómeno de la privatización⁶³⁸. La diversificación de formas en la que el Estado intervencionista promueve actividades con la justificación de tutelar el interés general no puede ser asimilada por el tráfico jurídico administrativo. Estas contradicciones, entre otras, contribuyen con la fragmentación y profusión al aislamiento reglamentario de la iuspublicación administrativa ante las políticas de gestión pública bajo un programa materialmente privatizador⁶³⁹. Por otra parte, acaban reforzando la conexión de la agenda neoliberal con la renuncia a los principios del Estado social ante la imposibilidad de conexión entre el régimen jurídico administrativo y el Estado prestacional. Finalmente, y prosiguiendo con la privatización material que la modernización administrativa acompaña de las reformas pertinentes en la gestión pública, se cargan de

⁶³⁶ Realiza la distinción entre privatización formal, cuando prevalecen los criterios jurídico privados en la gestión, y privatización material, cuando prevalece el criterio patrimonial de la iniciativa privada. Vid. *Ibid.* p.76.

⁶³⁷ *Ibid.* p. 76.

⁶³⁸ “La empresa pública, o si se prefiere, el protagonismo directo del Estado en la economía es uno de los fenómenos que sirve para caracterizar a nuestra época. Sin embargo, en la era de la juridificación exhaustiva de la realidad social, económica y política, podría decirse que los cultivadores de nuestra ciencia llegaron tarde, o no llegaron a tiempo de apresar en formas jurídicas los nuevos comportamientos del Estado” (LINDE PANIAGUA, Enrique. "Aspectos jurídicos de la organización y del control de la empresa pública española" en VV.AA. *La empresa pública española*. Madrid, Instituto de Estudios Fiscales, 1980. p. 334).

⁶³⁹ Su máxima expresión se produce en la propia jurisprudencia cuando en la fundamentación llega a reconocer las prerrogativas ante la tutela del interés general como justificación de las formas de gestión y organización que la Administración quiera adoptar. Así en la STS de 28 de septiembre de 1978 con el ponente J.L. Ruiz Sánchez, se puede ver en su tercer considerando: “La Administración, para el logro de los distintos intereses públicos económicos y la prestación de los correspondientes servicios, puede acudir, y de hecho acude a una variada gama de formas organizativas, entre las cuales se encuentran las empresas personificadas con personalidad jurídico-privada y capital mixto” que lleva a un fallo de exención en el pago de un tributo local.

argumentos las reformas basadas en el abandono de competencias públicas materiales por incongruencia con el régimen jurídico del que éstas deben dotarse por su propia definición.

IV.5.3 Principios jurídicos de inserción del régimen y sector privado en los servicios públicos

IV.5.3.a Las implicaciones jurídicas de la inserción privada en el ámbito público.

La delimitación entre el sector público y privado en la prestación de los servicios públicos resulta, como se ha introducido en el epígrafe anterior, un principio de la doctrina jurídica. El régimen jurídico público se ha originado y especializado en un terreno propio de actuación: el giro o tráfico administrativo, es decir, aquellas funciones que están vinculadas a competencias en limitación de los derechos, vigilancia del cumplimiento de la legalidad y seguridad pública, que a menudo la doctrina considera el sustrato básico de las competencias de la Administración pública, que se han denominado siguiendo una tendencia común en la doctrina, servicios administrativos.

En el sentido más amplio, la delimitación entre los servicios administrativos y el resto de los servicios públicos de la Administración los hace excluyentes, lo que no debe evitar establecer sus numerosos puntos fronterizos y de contacto que dejan al análisis del caso su calificación y concreción. La definición de servicio público puede servir por lo tanto para entrever los matices que requiere la citada delimitación entre ambos. La doctrina alemana lo ha identificado con la distinción entre “competencia pública” y “competencias estatales o de los poderes públicos”, estas últimas implican el ejercicio de autoridad y se refieren en sentido estricto a la salvaguarda de la seguridad y el orden o la actividad de policía. Menos restrictiva y orientada a la preeminencia del ámbito privado es la definición de servicio público que se designa en la categoría de “competencia pública” (*öffentliche Aufgabe*) como toda función susceptible de ser ejecutada por los particulares⁶⁴⁰. En general estas delimitaciones tienden a simplificar la extensa gama de situaciones que otorga una gran libertad de elección del régimen jurídico de los servicios públicos de titularidad administrativa. Facultad que permite a la Administración optar en la forma de prestación de los servicios públicos por un régimen jurídico público o privado con los diferentes tipos de controles administrativos a que se someten sus prestaciones.

Previamente a cualquier clasificación orientada a entender la aplicación de los principios jurídicos sobre la dinámica de la modernización administrativa, algunos esquemas de la doctrina alemana permiten esclarecer la generalidad de los ámbitos jurídicos público y privado⁶⁴¹. Así, Ingo von Münch clasifica las formas jurídico-privadas de actividad administrativa en tres tipos⁶⁴²: primero, de carácter auxiliar, cuyo objeto es satisfacer las necesidades y el funcionamiento de la Administración;

⁶⁴⁰ GONZÁLEZ-VARAS, Santiago. *El Derecho...* Op. Cit. p. 136 y nota (91).

⁶⁴¹ BARNES VÁZQUEZ, Javier. “Introducción...” Op. Cit. p 230-231.

⁶⁴² MÜNCH, Ingo Von. "Verwaltung und Verwaltungsrecht im demokratischen und sozialen Rechtsstaat" en *Allgemeines Verwaltungsrecht* (Eds. H.U. Erichsen y W. Martens). Berlin-New York, Walter de Gruyter, 1975. p. 1-51.

segundo, la actividad económico empresarial, no dirigida a la satisfacción directa de los fines públicos; tercero, la que tiene por objeto la prestación de servicios bajo formas jurídico privadas (*Verwaltungsprivatrechtliche Tätigkeit der Verwaltung*).

Al establecer una traducción a los términos utilizados en esta investigación más cercanos a la doctrina jurídica y la práctica administrativa en España, el primer tipo de Münch se corresponde con los servicios de soporte a la actuación administrativa asociados a la contratación de bienes y servicios y dentro de éstos a los medios humanos y materiales con que se dota la gestión administrativa o pública. El segundo y tercer tipo guardarían una delimitación algo imprecisa, pues la distinción entre formas empresariales de organización y prestaciones administrativas de servicios públicos podrían confluir en muchos casos, por lo que parece preferible aplicar una delimitación por el contenido material de la actividad entre los servicios de fomento económico, que no repercuten de forma inmediata en el servicio público, y las prestaciones de servicios públicos de interés general.

Esta clasificación puede responder así a criterios de actividad administrativa que permiten distinguir aquellas susceptibles de formas jurídico-privadas, donde las dos últimas caben en una tipología reconocible en los contenidos típicos de fomento y servicios públicos prestacionales. La primera, no reconocible dentro de la trilogía clásica de estos contenidos, podría conectarse a la ordenación o policía, función o materia que queda en su ejecución fuera del ordenamiento privado, como corresponde a las actuaciones potestativas incuestionables, e incluye el ordenamiento patrimonial, considerado en las clasificaciones más específicas de las actuaciones típicas diferenciado del resto⁶⁴³.

IV.5.3.b Fórmulas de homogeneidad del marco jurídico administrativo con el contenido privado.

De acuerdo a esta realidad afloran diferentes formas de implicación entre el Derecho público y privado en el ordenamiento administrativo y las consecuentes atribuciones jurídicas que recibe la gestión pública, cuya máxima expresión doctrinal se desarrolla en el Derecho administrativo privado. Esta convención define las fórmulas de inmersión en la Administración de principios del Derecho público a través del Derecho privado “como Derecho que se aplica (en especial judicialmente) en

⁶⁴³ Santamaría Pastor añade dentro de las materias típicas de las actuaciones administrativas al menos tres nuevos tipos a los clásicos atribuidos a Jordana de Pozas. A saber, las actividades sancionatoria, expropiatoria, responsabilidad patrimonial y bienes públicos. El propio autor otorga una relevancia menor al criterio clasificador, pero sí lo hace a su establecimiento para el análisis que le lleva a distinguir las dos primeras por su importancia y volumen aunque las considere afines y dentro de las actividades de ordenación o policía. Respecto a las dos últimas, aunque integradas en la parte de Contenidos típicos, podrían considerarse formas de actuación o manifestaciones funcionales de la Administración, en tanto integran la gestión patrimonial, que como tal y dentro de la citada clasificación tiene su efecto inmediato como medio de soporte material de la gestión administrativa o pública. En tal sentido, en un ajuste a la extensión extraordinariamente simplificada de la trilogía de Münch, se podrían considerar formas de actuación pasiva del contenido ordenador de las actuaciones administrativas. Vid. SANTAMARÍA PASTOR, Juan Alfonso. *Principios de Derecho Administrativo General. v.II*. Madrid, Iustel, Portal Derecho, S.A., 2009. 2ª ed. p. 251-597.

aquellos casos en que el legislador o la Administración ha optado inicialmente por el Derecho privado partiendo de que el tipo de función administrativa exige dicha aplicación”⁶⁴⁴.

Ante dichas formas de implicación resulta de interés establecer una clasificación de fórmulas jurídicas de ejecución de los servicios públicos en un sentido generalizador y homogéneo, es decir, eludiendo la distinción entre administrativos o prestacionales, que permita delimitar los modos de penetración del sector privado en la Administración desde la perspectiva de los diferentes instrumentos jurídicos que intervienen en ellos. Estos instrumentos se rigen fundamentalmente por dos ordenamientos complementarios, el que marca la normativa reguladora presupuestaria en el ámbito estatal con la Ley 47/2003, de 26 de noviembre, General Presupuestaria, que clasifica las entidades del sector público bajo ese criterio, y el que rige su régimen de funcionamiento en la Ley 6/1997, de 14 de abril, de Organización y Funcionamiento de la Administración General del Estado (LOFAGE). Si bien la sustanciación institucional de los servicios públicos en entidades dependientes de la Administración permite establecer una correlación entre la característica funcional de su objeto, el ordenamiento presupuestario y el régimen jurídico de funcionamiento, para su exposición comparada se pueden agrupar en la combinación de estos rasgos que finalmente señalan la tipología positiva que marca la legislación⁶⁴⁵:

a) En primer lugar se situaría el bloque de servicios públicos prestados sobre las normas del régimen jurídico administrativo, regidos por el Derecho administrativo, en la que se amparan los servicios administrativos, o sector público administrativo, cuya división en diferentes órganos parte del tronco de la Administración pública en la que todos poseen esa consideración⁶⁴⁶. En la Administración estatal, donde son de aplicación preceptiva, su definición orgánica se recoge en el Título II para los servicios troncales y en el Título III, Capítulo II de la LOFAGE para los unificados en la categoría de Organismos Autónomos. También, dentro de este bloque en el sector público estatal, se acogen al régimen administrativo la Seguridad Social y sus entidades de gestión dependientes, las Entidades Estatales de derecho público con un régimen diferenciado recogidas en las disposiciones 9ª y 10ª a las que se aplica el régimen jurídico establecido para los organismos autónomos, si bien quedan reguladas por leyes específicas, por lo que son susceptibles de entrar o no en este régimen jurídico administrativo. Para el sector público autonómico se atiende de forma general a este bloque lo establecido en las normas

⁶⁴⁴ Se habla en todo momento de un Derecho administrativo privado formal, pues materialmente no existe esa figura propia del Derecho público alemán, sin embargo sus situaciones concretas se resuelven judicialmente mediante las técnicas del levantamiento del velo y los actos separables, que vienen a reconocer la posible doble aplicación de ambos. GONZÁLEZ-VARAS, Santiago. *Tratado de Derecho administrativo. Tomo I*. Aranzadi Civitas, Col. Nuevos clásicos. p. 31.

⁶⁴⁵ Como relación detallada y sistemática de las instituciones del sector público estatal, régimen de organización y su normativa reguladora Cfr. GALÁN RUIZ, Javier. "La intervención de la Administración en el sector público" en *Parte especial del Derecho administrativo. La intervención de la Administración en la sociedad*, (coord. Enrique Linde Paniagua). Madrid, Colex, 2007. p. 1187-1229.

⁶⁴⁶ Vid. *Ibid.* p. 1202-1204.

presupuestarias que le son de aplicación común y competencia exclusiva del Estado (excepto en los territorios de régimen foral), sin perjuicio de lo que establece cada Comunidad en el ejercicio de sus competencias estatutarias. De acuerdo a lo previsto en el artículo 2.1.c por RDL 2/2007 de 28 de diciembre, que aprueba el Texto Refundido de la Ley General de Estabilidad Presupuestaria, vigente hasta el 1 de mayo de 2012, (LGP): “La Administración de las comunidades autónomas, así como los entes y organismos públicos dependientes de aquélla, que presten servicios o produzcan bienes que no se financien mayoritariamente con ingresos comerciales” se entienden dentro de este bloque por derivación del régimen presupuestario de competencia estatal al que se acogen, que los delimita de aquellos también públicos que reciben financiación con dichos ingresos comerciales.

b) En segundo lugar el bloque de servicios públicos prestados por entidades de actuación sujeta al Derecho privado en las variantes estatutarias jurídicamente reconocidas que las administraciones han establecido para la ejecución de sus competencias⁶⁴⁷. En estas entidades prima la distinción formal sobre su objeto material de actividad, que está sujeto a un déficit interpretativo al determinar la forma estatutaria por el criterio de interés público, al que pueden acogerse prácticamente todos los tipos de actividad. Su régimen orgánico y jurídico se ampara bajo dos tipos de figuras o modalidades con distintas peculiaridades en la penetración del régimen jurídico público. Las Entidades Públicas Empresariales reguladas en la LOFAGE, Título III, Capítulo III, que deben atenerse al Derecho administrativo en la formación de la voluntad de sus órganos, el posible ejercicio de potestades administrativas, y en materia presupuestaria y financiera, a lo establecido en la LGP. Dentro de este bloque estarían también las sociedades mercantiles, limitadas para el ejercicio de potestades de autoridad, con la obligación de disponer de una participación pública mayoritaria del capital social, y exceptuado del régimen de derecho privado en las materias presupuestaria, contable, de intervención y contratación, tal y como establece la disposición adicional 12ª de la LOFAGE.

c) Un tercer bloque agrupa, también bajo un criterio formal, a los servicios públicos prestados a través de entidades de titularidad pública mayoritaria, que, bajo las condiciones subjetivas constitutivas, gozan de amplia discrecionalidad en la conformación de su régimen jurídico y presentan falta de uniformidad⁶⁴⁸. Dentro del sector público empresarial se encuentran en este grupo los consorcios y entidades de Derecho público diferenciado que se rigen por sus propios estatutos para la ejecución de convenios de colaboración interadministrativos entre el Estado, las Comunidades autónomas y los consorcios locales al amparo del Decreto de 17 de junio de 1955, por el que se aprueba el Reglamento

⁶⁴⁷ Vid. *Ibid.* p. 1205-1206.

⁶⁴⁸ Vid. PANIZO GARCÍA, Antonio. “El Sector Público Estatal en la nueva Ley 47/2003, de 26 de noviembre, General Presupuestaria” en *Presupuesto y Gasto Público*, n. 36, Instituto de Estudios Fiscales. p. 7-26.

de Servicios de las Corporaciones Locales y la legislación autonómica sobre régimen local⁶⁴⁹. Los fondos conforman una figura patrimonial que queda sujeta a controles económicos de aprobación de cuentas por sus órganos específicos de administración y gestión, pero pueden realizar operaciones de inversión en entidades financieras privadas, como se establece en la disposición adicional decimocuarta de la LGP. Por último, las fundaciones del sector público estatal, que poseen entidad propia como sector público fundacional y se regulan en el capítulo XI de la Ley 50/2002, de 26 de diciembre, de Fundaciones, deben poseer una participación mayoritaria del sector público estatal o del patrimonio fundacional en bienes o derechos aportados o cedidos por éstas. Además de las limitaciones de su objeto, recogidos en el art. 3.1 de la citada Ley, que cubre una gran parte de los servicios públicos con fines de interés general, se añade la misma limitación para el ejercicio de potestades públicas y las exigencias de cumplimiento de los principios comunes al régimen jurídico administrativo en control de cuentas, en los que se atiende a la LGP, función pública en la selección de personal y contratación⁶⁵⁰.

d) Un esquema análogo al estatal se configura en el sector público autonómico, dividido en las entidades de la Administración, Organismos públicos dependientes de aquella, de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 2.1.c) de la LGP, y las compañías mercantiles reconocidas en los correspondientes Estatutos de Autonomía. También el sector público local tiene reconocido en el artículo 2.1.d) de la misma Ley la existencia de las entidades administrativas, organismos y entidades públicas empresariales dentro de su regulación estatal especial, que además de la Ley 7/1985, de 2 de abril, de las Bases del Régimen Local, cuenta con la Ley de Haciendas Locales cuyo Texto Refundido se aprobó por Real Decreto Legislativo 2/2004, de 5 de marzo⁶⁵¹. Naturalmente las posibilidades de variación en las formas estatutarias de sendas administraciones se amplían y diversifican, sin que ahora se pretenda entrar en ese análisis, en función de sus títulos competenciales, que en el marco de la legislación Presupuestaria estatal, producen figuras propias y diferentes al sector público estatal.

e) Se añade, dentro del ámbito público, el grupo de servicios que se encuentran arrendados o concesionados a empresas privadas⁶⁵². Estos servicios son de titularidad pública y tutelados por el

⁶⁴⁹ Vid. Ibid. p.1206-1207

⁶⁵⁰ Quedan regulados en el artículo 6 apartado 5 de la LRJAP, artículo 87 de la Ley 7/1985, de 2 de abril, reguladora de las bases del Régimen Local y de la LGP que concreta los casos de los consorcios del sector público estatal en el artículo 2.1.h) y de las entidades de derecho público con un régimen jurídico distinto a las entidades públicas empresariales y organismos autónomos mencionados en el artículo 2.1.g).

⁶⁵¹ Vid. Ibid. p 1208-1209.

⁶⁵² Más conocidos en el ámbito del mercado privado de servicios públicos como externalización de servicios, o, en términos importados desde el ámbito anglosajón de las TIC: *outsourcing*. Sobre la externalización en sus repercusiones con las necesidades de gestión del Estado Vid. OLÍAS DE LIMA, Blanca. “Cara y cruz de la externalización” en *Crisis y externalización en el sector público ¿Solución o Problema? Monografía del Grupo de Investigación para el estudio del Empleo Público*, (Dtor. Luis Ortega Álvarez). Madrid, INAP, 2011. p.37-68. En la misma obra sobre los límites jurídicos de la externalización, en torno a las funciones potestativas es muy interesante la exposición de CANTERO MARTÍNEZ, Josefa. “La decisión administrativa de externalizar y su repercusión en el empleo público. Límites y pautas para su

Derecho administrativo en el régimen de contratación, bajo las cláusulas de licitación y ejecución de los servicios que aquel establece. El régimen de contratación, en el que se entrará en detalle más adelante, supone el vehículo por el cual el Régimen jurídico administrativo va a permitir la ejecución de los servicios públicos por las entidades privadas. Las normas de contratación en que se ampara han dado lugar al establecimiento de una legislación crecientemente compleja recogida en la Ley 30/2007 de 7 de octubre, de Contratos del Sector Público (LCSP). Un carácter destacado del régimen concesional es la amplia discrecionalidad que encuentra como regulación pública.

f) En último lugar, y ya fuera del ámbito público, pero originado en él, se pueden consignar los servicios públicos de titularidad privada en régimen de monopolio formal, exclusivo o compartido, en algunos casos participados parcialmente por entidades públicas. Estos servicios proceden principalmente de los procesos de privatización material del sector público industrial y los servicios de interés general, aunque, por su carácter y origen, se encuentran fuertemente controlados por las regulaciones públicas⁶⁵³.

IV.5.3.c Inconsistencias entre los medios jurídicos y técnicos en la asimilación pública de lo privado.

Dentro del marco jurídico parece que aflora un doble conflicto que ha sido explorado por las diferentes orientaciones de las políticas de gestión pública aplicadas tras la crisis del Estado social. Si los servicios públicos no sólo son sustituibles por el sector privado, sino que ya se prestan en esta condición, deben entrar en juego las leyes que regulan la libertad económica, pues la Administración del Estado liberal entra a ejercer su actividad en condiciones de competencia⁶⁵⁴. Si por el contrario, esos servicios surgen de forma motivada ante las insuficiencias del sector privado, la necesidad de prestar los servicios o crear las condiciones que promuevan a través de una actividad de interés público el desarrollo social y económico con una redistribución equitativa de rentas en un marco de estabilidad (art.40 CE), se hace discutible si debe imperar el derecho privado en la regulación de la prestación de

adopción” en *Crisis y externalización en el sector público ¿Solución o Problema? Monografía del Grupo de Investigación para el estudio del Empleo Público*, (Dtor. Luis Ortega Álvarez). Madrid, INAP, 2011. p.69-118.

⁶⁵³ La percepción del fin de la utilidad de la empresa pública empieza en España al final de la década de los 70: “De esta forma, la empresa pública, en vez de ser un medio de generar un excedente económico sometido al interés público, actúa como un elemento más del sector no productivo público. Realiza una actividad que se financia en gran parte a través de recursos presupuestarios, es decir, recursos que se sustraen al proceso productivo y que revierten en un aumento del déficit estatal”. (CAMPO SAINZ DE ROZAS, Julián. *El futuro de las empresas públicas: propiedad pública y propiedad privada*” en VV.AA. *La empresa pública española*. Madrid, Instituto de Estudios Fiscales, 1980. p. 309 a 324).

⁶⁵⁴ STS n. 1.278 de 19 de octubre de 1989, el ponente Antonio Bruguera, establece en el FD Tercero: “[...]todas las actuaciones de los Órganos de la Administración Pública deber responder al interés público que en cada caso y necesariamente siempre ha de concurrir (art. 103.1 de la Constitución), tanto si se trata de actos de autoridad, como de actuaciones empresariales, pues en cuanto a estas últimas el art. 31.2 de la propia Constitución también exige una equitativa asignación de los recursos públicos y que su programación y ejecución responda a criterios de eficacia y de economía, lo cual no es compatible con actuaciones empresariales públicas carentes de justificación. Por otra parte, la coexistencia de empresas públicas con fines empresariales (art. 128.2 de la Constitución) y de empresas privadas (art. 38 de la misma) en el marco de una economía de mercado, y la pertenencia de España a la Comunidad Económica Europea, exigen que se garantice y salvaguarde la libre competencia, y para ello han de regir las mismas reglas para ambos sectores de producción público y privado”.

estos servicios públicos, pues entre otros factores, en él se establecen reglas de juego que cobran eficacia en el mercado en libre competencia, cuyas condiciones ya se han mostrado insuficientes. Estas cuestiones pueden crear cierta inseguridad jurídica a las formas de prestar los servicios públicos por parte de la Administración, sin embargo, es una realidad, que durante el periodo de expansión del Estado del bienestar y aún después, con la aparición de las nuevas políticas de gestión pública, la actividad administrativa se ha orientado a la proliferación de estos servicios. Además a esta posible inseguridad ha contribuido notablemente, amparado en la proliferación de la aplicación del Derecho privado en la Administración, la expansión de un marco técnico que ha importado directamente del sector privado métodos, técnicas y procedimientos que han podido provocar una disminución de los mecanismos de control basada en la creciente inaplicación de los procedimientos que estaban presentes bajo la regulación jurídica pública.

A sensu contrario, cabe considerar que para el cumplimiento de las obligaciones de protección social y fomento económico pueden resultar insuficientes los mecanismos que asisten al Derecho administrativo, más centrados en aplicar el principio la igualdad jurídica que al cumplimiento material que tales obligaciones requieren. Afortunadamente la doctrina es clara en la prevalencia del Estado de Derecho, pero esta jerarquía formal de principios debe examinarse en función de las prioridades materiales que la práctica de las políticas públicas impone. De hecho estas obligaciones materiales prevalecen sobre las formas ejecución de los servicios públicos, pues con independencia de quién sea su titular y prestador, prima el interés público como ente receptor del servicio. En este sentido la elección del Derecho privado ha brindado ventajas evidentes en la flexibilización del marco de eficacia de los servicios públicos y ha ofrecido una amplia gama de opciones a la Administración para prestarlos. Coincide esta realidad con el sustrato de los principios del Estado liberal, que en el acerbo común de la tradición continental da preferencia a la autotutela legal en las prerrogativas de control, seguridad pública y limitación de los derechos frente a la prestación servicios públicos en lugar de la iniciativa privada, en aplicación de los principios de libertad económica a los bienes y servicios que la propia sociedad demanda. La revisión del Estado social ha llevado a reinstaurar estos principios en las políticas públicas, cediendo unos activos en el entramado de servicios que presta, de las que han surgido diferentes clasificaciones doctrinales o dispositivas que conectan con la modernización administrativa⁶⁵⁵.

⁶⁵⁵ Dentro del desarrollo en España de las entidades administrativas no vinculables al Derecho administrativo se debe destacar por su significación histórica el Texto Refundido de la Ley General Presupuestaria de 23 de septiembre de 1988 en sus artículos 6.1.a y 6.1.b, que regulan las sociedades estatales como sociedades mercantiles en cuyo capital sean mayoritaria la participación de la Administración del Estado, sus Organismo Autónomos y entidades de Derecho público, así como aquellas de éstas con personalidad jurídica que por Ley se ajustan al ordenamiento jurídico privado. También los organismos autónomos (art.4) de carácter administrativo, sujetos al Derecho público, o de carácter comercial, industrial,

IV.5.3 Marco regulador delimitador de las relaciones público-privadas en la gestión pública: la contratación administrativa.

IV.5.3.a Fundamentos de la contratación administrativa en el marco jurídico público.

La contratación administrativa representa de forma genuina el marco de aplicación del régimen jurídico público a la regulación de las relaciones entre el ámbito público y privado. Estas relaciones se han examinado en las dos vertientes de conexión: en primer lugar, la incursión de los poderes públicos en el ámbito privado a través de su ordenamiento jurídico regulador; en segundo término, la inserción del régimen jurídico privado en el sector público por medio de situaciones jurídicas de privatización formal de la organización, hasta llegar a las formas de privatización material de la actividad de los servicios públicos. En esta última conviven los elementos del tráfico público y privado con un instrumento jurídico, la contratación administrativa, que conforma un elemento básico para entender los mecanismos de ajuste en el desarrollo de la modernización administrativa y las contradicciones entre lo público y lo privado con sus correspondientes marcos jurídicos.

En el modelo continental, erigido en las premisas del régimen jurídico administrativo, la contratación administrativa, dentro de la preceptiva autotutela de la legalidad en la actividad de la Administración recoge los mecanismos de control de sus prerrogativas. Por ello, la iuspublicación no queda tan vinculada a esas prerrogativas como a la tutela de la libre competencia, es decir, a factores de protección de los intereses de funcionamiento del sistema privado en conjunción con las obligaciones de la Administración para actuar en función del interés general. Factores que imponen las limitaciones a la capacidad de contratar libremente en la estipulación de las cláusulas contractuales y la selección del adjudicatario del contrato.

Sin embargo, una vez más en esta investigación se debe considerar que, dentro del régimen de contratación, la iuspublicación continental no es la única forma garantizadora que aparece en el Estado de Derecho. Por ello, el análisis comparado entre sistemas jurídicos permite desvelar las claves sustantivas y los principios comunes del contrato administrativo en el Estado liberal, para lo que resulta esclarecedor el análisis de la contratación pública británica⁶⁵⁶. Siguiendo a González-Varas, en el caso del Reino Unido, en sentido contrario al modelo continental, se vislumbra que son los principios básicos en la posición subjetiva de la Administración los que condicionan el sistema de relaciones con los contratistas privados, a partir de la prerrogativa y el deber del interés público, que llegan hasta la obligación de no dar validez a los contratos en su ejecución si comprometen actos futuros cuya

financiero y análogo, regidos por el Derecho privado. Por último los Entes especializados, públicos con autonomía garantizada por la CE como las Universidades o regidos por una normativa específica (art.6.5) tales como la AEAT, CNMV y AENA. GONZÁLEZ-VARAS, Santiago. *El Derecho...* Op. Cit. p. 116-119.

⁶⁵⁶ Vid. GONZÁLEZ-VARAS, Santiago. *El contrato administrativo*. Civitas, Madrid, 2003. p. 251-268.

determinación debe ser valorada en función de dicho interés público⁶⁵⁷. En su aplicación, aunque las bases jurídicas son formalmente del Derecho común, como la *Sale of Goods Act* de 1979 y la *Supply of Goods and Services Act* de 1982, actúan materialmente otras fuentes de regulación y control:

a) En primer término, la jurisprudencia, que aplica los principios generales de las prerrogativas públicas, incardinadas en las potestades de la Corona, como personificación formal del gobierno heredera de las atribuciones potestativas de la tradición británica, y por lo tanto de rango constitucional consuetudinario (*statutory powers*). El control de los límites jurídicos de esos poderes cuando sobrepasan las potestades que les han sido conferidas, instituidos en la regla de *ultra vires*, actúa en la doctrina de la *executive necessity* definida en la sentencia “The Amphitrite”, por la que quedan impuestos los límites al ejercicio de la libertad contractual que instituye de facto un régimen público de contratación⁶⁵⁸.

b) En segundo lugar, las cláusulas materiales de la contratación circunscritas a los formularios (*standard form contracts*) y los pliegos de condiciones de contratos (*standard conditions*), que en el caso de los administrativos tutelan la finalidad del interés público y la garantía de supervisión en la ejecución del contrato, pero sobretodo, consagran las prerrogativas como la capacidad de resolver e interpretar las diferencias, modificar el precio, imponer sanciones, obtener ingresos por enriquecimiento especial del contratista, rescindir el contrato, notificar la delegación en un subcontratista, etc⁶⁵⁹.

La doctrina pública británica que afecta a la ejecución de los contratos, queda por lo tanto sujeta al carácter privado en las fases de licitación y adjudicación o selección del contratista. Esta situación crea determinados efectos que diferencian al sistema del Reino Unido del sistema continental: uno, supone un distanciamiento de las directivas comunitarias que imponen “un deber de legislar y un deber de sujetar la voluntad contratante a criterios de legalidad”⁶⁶⁰; dos, origina carencias en la regulación pública de los contratos, cuyas políticas de privatización imponen una creciente actuación administrativa por contratos resuelta mediante el uso discrecional de las prerrogativas, lo que aumenta la necesidad de intervención pública ante una actividad privatizadora poco delimitada⁶⁶¹; tres, los llamados efectos

⁶⁵⁷ Vid. Ibid. p.252-258. Son numerosas las sentencias a las que alude González Varas que refuerzan este principio del régimen de contratación pública en el Derecho británico.

⁶⁵⁸ La considerada sentencia inicial de la doctrina conocida como “The Amphitrite” (1921) 3 KB 500, que en la resolución de un contencioso entre una naviera (sueca) y el gobierno británico establece como fundamento la doctrina de la *executive necessity*, por la que se reconoce la desvinculación del gobierno de un contrato comercial comprometido por sus funcionarios y establece en palabras de su ponente Rowlatt J. en la p 503 de la sentencia: "it is not competent for the Government to fetter its future executive action, which must necessarily be determined by the needs of the community when the question arises. It cannot by contract hamper its freedom of action in matters which concern the welfare of the State". (Vid. Ibid. p.252)

⁶⁵⁹ Vid.Ibid. p.259-260.

⁶⁶⁰ Directivas 93/36, 93/37, 93/38, 89/665, 92/50, 92/13 citadas en Ibid. p. 262.

⁶⁶¹ Vid. CRAIG, P. and RAWLINGS, R (eds.). “Law and Administration in Europe” en *Essays in Honour of Carol Harlow*. Oxford University Press, Oxford, 2003. p. 123 y s.

colaterales, que obligan a imponer diferentes condiciones a los criterios objetivos de adjudicación con normas que favorecen al interés de las políticas públicas del gobierno y limitan la libertad de negociación de la Administración. Este incumplimiento de los niveles comunitarios por el modelo privatista británico, que incluye el vacío de una legislación procesal de recursos, lo va a someter a una intensa iuspublicación impulsada por el propio TJCE⁶⁶².

Mientras que el modelo británico gozaba de prerrogativas que le permitían plena libertad en la licitación y selección del contratista, posteriormente cuestionada por la normativa europea, en la doctrina continental las prerrogativas de la Administración, a diferencia de otros sectores de actividad pública donde la ejecutoriedad otorga plena capacidad de actuación (artículo. 94 LRJAP), quedaban limitadas en la adjudicación. Por lo tanto, esta normativa, lejos de otorgar un sistema de privilegios, sitúa a la Administración en el ejercicio de la libertad de contratación por debajo del umbral de cualquier entidad privada al amparo del régimen civil. Así, las normas de contratación pública establecen un marco de regulación jurídica que obliga a la Administración y limita los privilegios de la licitación y selección de los contratistas.

En ambos casos, británico y continental, las prerrogativas se mantienen y amplifican respecto al ordenamiento común en la ejecución del contrato, mientras en la licitación, establecidas las diferencias formales entre ambos sistemas, con o sin ordenamiento administrativo, con la prerrogativa o la libre competencia como el bien jurídico tutelado que guía los actos de la Administración y el control jurisdiccional en la ejecución de sus acciones en virtud de los intereses públicos, materialmente, “El quid está no tanto en las prerrogativas [...]. Está en la adjudicación del contrato conforme a los criterios objetivos”⁶⁶³.

Así, finalmente, es el marco procedimental el que resuelve el sistema garantizador de la contratación, que permite una laguna jurídica en el contenido material de las condiciones contractuales, pues al garantizar el principio de objetividad que ampara la libre competencia, deja otros elementos del interés público fuera del control administrativo y jurisdiccional, que plantean al menos tres áreas de actuación susceptibles de perfeccionamiento en el marco jurídico de la contratación:

a) En primer lugar los posibles requisitos restrictivos respecto al procedimiento de licitación y adjudicación. La Comisión Nacional de la Competencia (CNC) se ha pronunciado en su dictamen sobre el Real Decreto que desarrolla la nueva Ley 30/2007, de 30 de octubre, de Contratos del Sector Público (LCSP), que traspone la Directiva 2004/18/CE de 31 de marzo: “[...] a la hora de diseñar el sistema de clasificación previa es importante tener en cuenta en qué medida el mismo puede generar barreras de

⁶⁶² GONZÁLEZ-VARAS, Santiago. *El contrato...* Op. Cit. p. 267.

⁶⁶³ *Ibid.* p.319.

entrada que tengan un efecto sobre la competencia”⁶⁶⁴. También en el procedimiento la misma CNC ha considerado la aplicación práctica de las condiciones contractuales dentro de la elaboración de los pliegos de condiciones:

“El pliego es el principal elemento del juego competitivo en los procedimientos de contratación pública. Los criterios de valoración que se utilizan, junto con el distinto peso que se les otorga en la puntuación, son elementos discrecionales de la Administración contratante, que en gran medida determinan el resultado de la licitación. Estos criterios pueden restringir la capacidad de acceder al mercado de nuevos operadores, por ejemplo, mediante imprecisiones en la definición de los criterios de adjudicación, o ponderaciones excesivas de elementos de valoración que favorezcan al operador que ha venido siendo el titular del contrato en períodos anteriores”⁶⁶⁵.

b) Por otra parte, las condiciones contractuales de las cláusulas técnicas y económicas de los pliegos, sustanciadas en el curso de la licitación y sus fases previas extracontractuales, no carece de interés como sujeto de tutela jurídica, si se considera que el objeto del contrato es un bien de interés público desde su propia formulación. La regulación formal para obtener la objetividad no basta si las condiciones del objeto contractual mismo carecen de consistencia, coherencia o viabilidad técnica, y obligan a las empresas a competir en unas condiciones anómalas que sólo pueden llevar a resultados viciados en la ejecución del contrato. Este aspecto se conecta con los criterios de valoración formalmente reglados, en la medida que éstos remiten al contenido técnico y económico, que actúan en el proceso de selección. Una vez adjudicado el contrato sus términos se ciñen a los plazos, entregas, recursos empleados, niveles de calidad comprometidos y ejecución del proyecto en condiciones viables donde se extiende el pleno uso de las prerrogativas de la Administración sin límites jurídicos⁶⁶⁶. La conexión entre los aspectos técnicos y jurídicos invocan al principio de la cuestión técnica y su control jurídico y jurisdiccional, o en su defecto, a la plena autonomía del marco técnico en la materialización de los contratos capaz de eludir el control jurídico público.

c) La materia jurídica del contrato administrativo constituye el tercer ámbito, que entra en tensión con el concepto técnico anterior. Como todo elemento sustancial es originario, pues se forma en el momento mismo de surgimiento del objeto al que pertenece, y se hace permanente, es decir, una vez formado se mantiene como característica, aunque el concepto técnico evolucione. Centrados en el caso de España, encuentra su origen más reconocido en el Real Decreto de 27 de febrero de 1852 en el que se manifiesta la noción de contrato administrativo a través del control de la adjudicación mediante la publicidad, concurrencia, la subasta y remate público dentro del sistema de pliegos cerrados y, sólo más

⁶⁶⁴ COMISIÓN NACIONAL DE LA COMPETENCIA “Informe de 28 de noviembre de 2008 sobre el Proyecto de RD por el que se desarrolla la Ley 30/2007, de contratos del sector público en materia de clasificación de contratistas y órganos competentes en materia de contratación” en *Actualidad Administrativa*. La Ley. 2010-1, enero, 2010. p. 20.

⁶⁶⁵ COMISIÓN NACIONAL DE LA COMPETENCIA “Guía para la elaboración de memorias de competencia de los proyectos normativos” en *Actualidad Administrativa*. La Ley. 2010-1, enero, 2009.

⁶⁶⁶ Vid. AGUILERA IZAGUIRRE, Gustavo. “La calidad como parámetro de actuación de la Administración Pública” en *Actualidad administrativa*, n. 22, 2010. p. 1.

adelante, en el Real Decreto de 10 de julio de 1861, con la ponderación de las prerrogativas en la ejecución bajo la teoría del servicio público⁶⁶⁷. La visión sustancial puede considerarse preventiva de los riesgos asumidos por la Administración ante el contratista y previsor en el ahorro del erario público. El nuevo marco regulador de la LCSP conserva estos rasgos como reacción a la inmersión del derecho privado en el sector público, y es decididamente iuspublicado, pero también resulta en cierto modo más flexible en el entorno de colaboración público-privado. Sin embargo, ante la crisis económica sobrevenida a fines de 2008, parece que vuelve a reiterarse la doctrina inicial en las políticas de austeridad y ahorro de costes, con el abandono de criterios no pecuniarios o de control jurídico en la selección del contratista. En este sentido preventivo y previsor, se encuentran posiciones tan firmes en las posturas clásicas como las de Borja Colón de Carvajal, que postula la introducción de medidas como el criterio de valoración por precio, el abono total del precio, la colaboración público-privada que consiga diferir los pagos, las formas de financiación y la transferencia de los riesgos al sector privado⁶⁶⁸.

La misión de objetividad que tiene encomendada la iuspublicación del contrato administrativo trata de ser un indudable instrumento garante de la libre competencia en el tráfico que producen las relaciones contractuales entre el sector público y el sector privado. En la medida en que este tráfico aumenta por el peso económico del Estado del bienestar en el conjunto de la sociedad y más aún en la posterior transformación hacia el nuevo modelo de gestión pública, la contratación administrativa se transforma en un factor, directo e indirecto, trascendental para el desarrollo del sector empresarial privado.

La idea esencial del contrato administrativo, es decir, la sujeción a pautas de legalidad de la fase de adjudicación, se ha revelado un medio idóneo para la propia consecución de objetivos de mercado. [...] Aunque en principio el comercio casa mejor con el Derecho privado, la contratación administrativa internacional desecha el sistema iusprivatista de los contratos de la Administración basado en el principio de libertad de selección del contratista (“freedom to contract with whomever”). En cambio, el sistema

⁶⁶⁷ Esta norma introduce también el concepto de indemnización. Vid. GONZÁLEZ-VARAS, Santiago. *El contrato...* Op. Cit. p. 319. El citado decreto trata de equilibrar las prerrogativas de la Administración en la ejecución especialmente ante la posible falta de contratistas por las excesivas exigencias de dichas prerrogativas. Esta limitación de alguna forma se introduce en la idea del control del contenido en lo que se refiere a la parte económica-administrativa que es accesible a un control jurídico-formal, dicha idea queda expresada en la exposición de motivos del siguiente modo: “Conviene ajustar todo lo posible las prescripciones que deben regir en esta clase de contratos a los principios del derecho común [...] tampoco deberán otorgársele [al Estado, nota mía] tales privilegios que el interés privado quede sin defensa hasta un punto que rechazan igualmente la equidad y la misma conveniencia bien entendida de los intereses públicos”. Vid. CARBONERO GALLARDO, José Miguel. *La adjudicación de los contratos administrativos: origen, evolución y sistema actual. Tesis Doctoral*. Granada, Editorial de la Universidad, 2010. p. 76. Éste principio bien podría ser de aplicación a la regulación contenida en el punto 2, queda claro que el control se hace preciso y jurídicamente formalizado cuando las cláusulas son de contenido administrativo y la dificultad aparece al tratar de establecer métodos de control jurídico en la parte técnica.

⁶⁶⁸ Vid. COLÓN DE CARVAJAL, Borja. "La contratación administrativa en tiempos de crisis: tres ideas útiles para ahorrar" en *Actualidad administrativa*, n. 2, 2010.

público de contrato administrativo, basado en la ratio de la legalidad de la fase de adjudicación, se revela más adecuado con los propios fines mercantiles o empresariales”⁶⁶⁹.

Ambos aspectos: garantía de libre competencia y creciente actividad privada en el sector público, se van a conjugar para aumentar el peso de la contratación pública durante los procesos de liberalización económica y modernización administrativa, a los que no son ajenos los intereses de la internacionalización y globalización económica⁶⁷⁰.

IV.5.3.b El concepto jurídico y técnico en la colaboración público-privada.

Los procesos de privatización que acompañan a la modernización de la gestión pública recogen diferentes instrumentos que dificultan una formulación unitaria del concepto de la Colaboración Público-Privada (CPP), como muestra la compleja adecuación entre los métodos técnicos y los procedimientos jurídicos en la delimitación entre técnicas de colaboración e instituciones tradicionales del Derecho administrativo. Sobre esta disociación Alberto Dorrego destaca que existen “prestaciones accesorias o complementarias de funciones públicas que corresponden a las autoridades administrativas, aunque no se pueda hablar de un régimen jurídico sistemático de prestaciones” en el conjunto de fórmulas de colaboración público privada⁶⁷¹. En este sentido, Dorrego trata de adentrarse en las diferentes definiciones que, para la colaboración público-privada, han ido dando organizaciones e instituciones de distinta índole que desarrollan su doctrina en “textos normativos o cuasi normativos”⁶⁷². Con un criterio sintético estas definiciones se pueden clasificar en los siguientes enfoques:

a) Enfoque contractual-finalista: antepone el carácter contractual de la colaboración entre los sujetos públicos y privados, su propósito es obtener un activo público para el que se alcanzan acuerdos

⁶⁶⁹ GONZÁLEZ-VARAS, Santiago. *El contrato...* Op. Cit. p. 247.

⁶⁷⁰ Se presenta como evidencia el contenido del Acuerdo sobre Contratación Pública de la OMC, publicado en el BOE de 24 de enero de 1994: “[...] el primer punto del Acuerdo es la internacionalización y la realización de fines comerciales. El segundo, la no discriminación de los proveedores extranjeros. El tercero va a ser entonces la aplicación de criterios objetivos, en la fase de adjudicación de los contratos afectados por el Acuerdo, como medio de afianzar dos puntos o extremos anteriormente mencionados./ Es así como el Derecho comercial internacional llega a algo propio de los contratos administrativos, es decir, la sujeción de la fase de adjudicación a criterios objetivos y vinculantes, separándose del modelo privatista de contratación pública, esto es, del criterio de libertad de contratación y de selección del contratista.” (Ibid. p.214).

⁶⁷¹ Vid. DORREGO DE CARLOS, Alberto y MARTÍNEZ VÁZQUEZ, Francisco. "La colaboración público-privada" en *La colaboración público-privada en la Ley de Contratos del Sector Público. Aspectos administrativos y financieros*, (doctores. Alberto Dorrego De Carlos y Francisco Martínez Vázquez) y (coord. Jorge Villarino Marzo). La Ley, Madrid, 2009, p. 51. El acrónimo en castellano encuentra su correspondencia, por otra parte originaria, en el PPP.

⁶⁷² Vid. Ibid. p. 51. Estas definiciones son asimismo citadas en el mismo periodo por COLÓN DE CARVAJAL, Borja. "El contrato de colaboración entre el sector público y el sector privado en el ordenamiento jurídico español: orígenes, características y naturaleza de una experiencia exitosa" en *Noticias jurídicas*, octubre, 2009. <<http://noticias.juridicas.com/articulos/15-Derecho%20Administrativo/200910-3829474723947563.html#sdfootnote6sym>> (consultado el 1 de julio de 2011).

supeditados a la configuración legal y política. En esta línea se manifiestan organizaciones públicas de Derecho internacional como la ONU y la Comisión Europea⁶⁷³.

b) Enfoque relacional-colaborativo: presenta la CPP en términos de relaciones abiertas y flexibles que se basan en la prestación de recursos privados al sector público con el fin de que éste a su vez proporcione activos y servicios, forma enunciada por el Banco Europeo de Inversiones⁶⁷⁴.

c) Enfoque de prestación privada de responsabilidad pública: para esta visión la CPP se delimita en la cesión de servicios de titularidad pública al sector privado que posteriormente adquiere el sector público a cambio de contraprestaciones económicas⁶⁷⁵.

En todas las definiciones aportadas, evidentemente complementarias, se aprecia que el acuerdo que rige las relaciones establecidas entre las partes de esta forma contractual de colaboración pública y privada se caracteriza por no basarse en la contraprestación económica de la primera por la provisión material o servicial de la segunda, si no por la cesión, de un modo u otro, de unos derechos de explotación al prestador por el prestatario público⁶⁷⁶. Esto le asemeja al régimen concesional de obra y servicio público, pero su origen doctrinal de clara influencia anglosajona le dota de unas características de claro sesgo privatista en determinadas figuras que se trasladan parcialmente a la nueva legislación positiva de la Ley 30/2007, de 30 de octubre, de Contratos del Sector Público (LCSP), entre las que el mismo Dorrego destaca las siguientes:

⁶⁷³ “Una PPP puede definirse como una forma de colaboración o esfuerzo común entre los sectores público y privado con el propósito de desarrollar, construir, explotar y financiar. Una PPP está consignada por una serie de acuerdos interrelacionados entre los agentes públicos y privados por los que se definen sus respectivos derechos y obligaciones según la configuración legal y política existente”. Vid. COLÓN DE CARVAJAL, Borja. “El contrato...” Op. Cit. Vid. ONU-COMISIÓN ECONÓMICA PARA EUROPA. “Negotiation Platform for Public-private partnerships in Infrastructure Projects”. 2000. En la misma línea se encuentra la definición aportada por el Libro Verde sobre la colaboración público-privada y el Derecho Comunitario en materia de contratación pública y concesiones. Vid. COM (2004) 327, de 30 de abril de 2004.

⁶⁷⁴ “Colaboración público-privada es un término genérico para las relaciones formadas entre órganos del sector público y empresas del sector privado, normalmente con el objetivo de introducir recursos y experiencia del sector privado para ayudar a proporcionar y a entregar activos y servicios al sector público. El término CPP se usa, pues, para describir una amplia variedad de acuerdos de trabajo, desde asociaciones estratégicas, informales o flexibles, hasta contratos DBFO (Diseño, Construcción, Financiación y Operación), pasando por las empresas mixtas”. (Ibid). Vid. Banco Europeo de Inversiones. “The EIB’s role in Public-Private Partnerships”, 2004.

⁶⁷⁵ De acuerdo con la doctrina del *Value for Money* definida en la National Audit Act del Reino Unido de 1983.

⁶⁷⁶ Si revisamos las formas clásicas establecidas en el informe por la NATIONAL AUDIT OFFICE (NAO). *Examining the value for money of deals under the Private Initiative*, 13 august 1999, HC 739, la *Public Financial Initiative* (PFI) fue introducida en el Reino Unido en los años 80 ante la crisis fiscal del Estado del bienestar por el *Research Paper 03/1979*, y continuada en los 90 bajo las administraciones torie, de John Major y laborista, a finales de la década, por el House of Commons, 21 de octubre de 2003 que menciona al menos tres tipos de proyecto: *Financially free-standing projects*, donde el coste de la inversión se recupera con cánones pagados por los usuarios del servicio; *Joint Ventures*, que ante el alto coste de la inversión añade al canon de los usuarios la financiación pública de parte del proyecto; y la compra de bienes y servicios por el Estado, en la que éste asume los costes en función de la disponibilidad o la demanda de una obra o servicio por los usuarios, que lo reciben como un derecho a cargo de las obligaciones públicas (cárceles, coberturas sanitarias,...). En todos ellos se pone de manifiesto que la retribución se produce en los derechos de explotación del prestador privado.

a) La duración del negocio jurídico prolongada, que atiende a los plazos de amortización de inversiones generalmente cuantiosas y complejas por los propios requisitos impuestos en el artículo 118 de la LCSP. Esta característica encuentra un argumento legitimador en el principio de “equidad intergeneracional” al trasladarse los costes a la vida útil del proyecto que alcanza a varias generaciones que pueden beneficiarse de él⁶⁷⁷.

b) El modo de financiación, consistente en establecer el equilibrio entre los ingresos de la explotación y la remuneración de los costes incurridos más la remuneración del capital privado invertido. Además, se admite una compleja variedad de modalidades de compensación que garantice las pérdidas en la explotación del servicio tales como sufragación pública parcial a la financiación mediante subvenciones, préstamos, anticipos o aportaciones de capital. En general, contrariamente a ciertas opiniones, no suponen un remedio al equilibrio presupuestario y la reducción del déficit público, sin que pueda afirmarse que “hayan desaparecido la necesidad de endeudamiento o la responsabilidad de las Administraciones Públicas en el pago de la construcción de infraestructuras o prestación de servicios”⁶⁷⁸. Su objetivo más bien reside en la eficiencia en el empleo de recursos públicos sin llegar a prescindir de ellos.

c) El reparto de riesgos, que supone la distribución de tareas, responsabilidades y riesgos, que para el sector privado se liga a su capacidad de gestión para asumir el riesgo de demanda, basado en el volumen efectivo de uso del servicio en explotación, o el riesgo de disponibilidad en la provisión de los servicios en unas condiciones mínimas de calidad. Por parte del sector público la responsabilidad última de prestar el servicio no desaparece en la ejecución del proyecto, en la dirección y la definición de objetivos, ni en la responsabilidad política de la provisión del servicio con independencia de quien lo ejecute⁶⁷⁹.

d) La remuneración del operador privado, que se vincula al cumplimiento de unos objetivos de calidad y rendimiento estableciéndose dos modalidades de pago, una soportada por los ciudadanos en su uso y otra por la Administración en función al cumplimiento de las condiciones establecidas con arreglo a la demanda y la disponibilidad del servicio⁶⁸⁰. A sensu contrario a la opinión de Dorrego, no resulta irrelevante quién realiza el pago, pues en un caso lo soporta el entorno público retribuyendo conceptos

⁶⁷⁷ Vid. Ibid. p. 53-54.

⁶⁷⁸ Ibid. p. 54-55.

⁶⁷⁹ Entre los antecedentes a la CPP destacan figuras que ya contienen esos principios y los modulan, como el *contracting out*, en el que el sector privado sólo se ocupa de los servicios accesorios y la Administración mantiene la “plena responsabilidad sobre la provisión del servicio o la infraestructura”. En esta variante y antecedente se aprecia como el factor diferencial radica en que los riesgos recaen sobre el sector público y no son asumidos por el sector privado. (Ibid. p.58).

⁶⁸⁰ Estas formas de remuneración se pueden considerar como el elemento esencial en el que se diferencian el régimen concesional de la FPI británica.

cuyo sobrecoste frente a la explotación pública se justifica por los parámetros de calidad y los niveles de eficiencia obtenidos en la prestación, cuya medición y evaluación, con el coste adicional de la remuneración del beneficio, representa el principal mecanismo de control, mientras que en el otro caso sólo los usuarios que disfrutan del uso del bien patrimonial público realizan el pago. El primero, aunque soportar el coste puede resultar más oneroso para la Administración que en condiciones de explotación directa, sólo beneficia del uso del bien o servicio público a la parte de la población que puede soportar ese pago del servicio, dejando latente un principio de discriminación pasiva⁶⁸¹.

En conclusión, por más que se introduzca el celo en la objetividad del proceso de adjudicación y contratación, el resultado de la ejecución del CPP es un usufructo que traspasa materialmente el servicio público al sector privado, si bien es el sector público el que formalmente, a costa de ese traspaso del uso de un activo público, sea patrimonial o competencial, se reserva los medios de control y regulación que permiten mantener en la Administración su responsabilidad sobre la protección del interés público⁶⁸².

Por otro parte, se debe señalar que la CPP es una técnica contractual típica de la modernización administrativa y los objetivos de las políticas de gestión pública, que tiene en la disminución del déficit público uno de los ejes, si no el principal, del paradigma neoliberal superador de la crisis del Estado del Bienestar, cuyos programas de reducción de dicho déficit se establecen en primer término en el Reino Unido⁶⁸³. La Unión Europea lo incorpora de forma decidida al ámbito continental por medio de diferentes normas o pautas que proceden del Tratado de Maastricht en 1994. Entre los primeros instrumentos que abre dicho tratado figuran en la parte jurídica de la regulación contractual la Directiva 93/37/CEE, y el Libro Verde sobre la contratación pública en la Unión Europea” de 1996 mas el Sistema Económico de Cuentas Integradas (SEC95) en lo que se puede denominar como la parte técnica. Este último establece el procedimiento estadístico contable que desde febrero de 2000 es vinculante jurídicamente en la Unión Europea, cuyo Manual editado en 2002, resulta un instrumento de cabecera en la aplicación de los conceptos y técnicas contables que se utilizan para el control del déficit

⁶⁸¹ *Research Paper 03/1979...Op. Cit. p. 57.* No se aplica a los sujetos activos del contrato si no a los usuarios del servicio que se presta o la obra que se ejecuta para producir un activo público que posee condiciones restrictivas en su utilización.

⁶⁸² “La responsabilidad última sobre la efectiva prestación del servicio público a los usuarios que emana de su consideración de titular del mismo y garante del interés general genera la existencia de una tutela regulatoria que atenúe los fallos propios del mercado y asegure la eficiente prestación en aras del bien común de la comunidad”. (FUERTES FERNÁNDEZ, Adolfo. "Fundamentos de la colaboración público-privada para dotación de infraestructuras y servicios" en *Revista del Derecho de las Telecomunicaciones, Transportes e Infraestructuras (REDETI)*, Año X, n. 29, Mayo-Agosto, 2007. p.83).

⁶⁸³ Algunos de los ejemplos ya han quedado citados, pero el primer antecedente se sustancia en la PFI, *Research Paper* de 1979. Esta cronología denota el carácter fundamental del programa dentro del paquete de medidas administrativas adoptados por el Gobierno Thatcher como preludeo de la *New Public Management*. Finalmente el modelo madura con el *Private Finance Panel* de 1993 con el Gobierno de Major, que se anticipa a la institucionalización de las políticas sobre el déficit.público en la Comunidad Europea en el año siguiente a través del Tratado de Maastricht.

público⁶⁸⁴. En él se pone de manifiesto la conexión conceptual entre la colaboración público-privada, los objetivos del déficit y la deuda pública, que pasa a través de este procedimiento a formar parte de las medidas de control de las administraciones europeas y determinan, fundamentalmente a través de las transferencias de riesgos, las condiciones en las que los contratos de colaboración no resultan imputables contablemente al déficit o la deuda. En esta transferencia se delimita el riesgo de construcción y el riesgo de disponibilidad del servicio entre otros, de forma que, según como se produzca la asunción del riesgo por la Administración o la empresa privada, las anotaciones contables operan de modo que permitan encontrar las fórmulas idóneas para acometer la demanda de infraestructuras y servicios públicos. Basta decir que en el SEC 95 se produce una casación de casi todas las formas posibles de compra y venta de activos entre el sector público y privado, de forma que cada caso se identifica en una definición conceptual y sus imputaciones contables, produciéndose unos y otros efectos que permitan encontrar “una solución satisfactoria a la financiación de las inversiones necesarias para acometer tales proyectos sin incurrir en un crónico déficit público, desterrado ya del catálogo de las buenas herramientas de gestión pública o, incluso, fuertemente limitado en el ámbito de la UE”⁶⁸⁵.

A partir de aquí el análisis de estas formas contractuales de CPP entra en amplias zonas de incertidumbres en su valoración. Su aplicación con mayor o menor intensidad varía en los diferentes países de la Unión Europea, y llama la atención su uso más incisivo en Estados como Irlanda, Italia, Portugal y Grecia, precisamente los que a la postre se han mostrado más vulnerables a los ataques a su estabilidad financiera, lo que supone una contradicción con la finalidad práctica de la CPP que da mucho que pensar⁶⁸⁶. En este bloque cabe incluir a España, con iniciativas como la que afecta al sistema público sanitario en el caso de la construcción de equipamientos en la Comunidad de Madrid⁶⁸⁷. Por otra parte, siguiendo a Dorrego de Carlos, Estados como Holanda, Francia y Alemania practican la CPP en un contexto más moderado con un mayor uso de las técnicas más tasadas de la contratación pública, como las concesionales y las empresas mixtas, siempre en ámbitos de infraestructuras y sin entrar en los sectores sociales en Francia, y algo más innovadores en Alemania con el desarrollo de proyectos mixtos

⁶⁸⁴ Vid. COMISION EUROPEA. *Manual del SEC95 sobre el déficit.público y la deuda*. Luxemburgo, Oficina de Publicaciones Oficiales de las Comunidades Europeas, 2002.

<http://www.epp.eurostat.ec.europa.eu/cache/ITY_OFFPUB/KS-42-02-585/ES/KS-42-02-585-ES.PDF> (consultado el 9 de julio de 2011).

⁶⁸⁵ DORREGO DE CARLOS, Alberto DORREGO DE CARLOS, Alberto y MARTÍNEZ VÁZQUEZ, Francisco. "La colaboración Op. Cit. p. 66.

⁶⁸⁶ Ibid. p. 69. En estos países destaca la afectación al transporte público y la educación, como Irlanda, hasta otros ámbitos más innovadores en tratamientos de residuos y generación de residuos en el caso de Italia, gestión de aeropuertos y sector sanitario en Portugal, en el caso de Grecia las fórmulas de CPP se encuentran muy arraigadas a raíz de la organización de los Juegos Olímpicos.

⁶⁸⁷ RODRÍGUEZ VARELA, Nieves. “Modelos de colaboración público-privada. Experiencias de la Comunidad de Madrid: nuevos equipamientos sanitarios” en *Revista Española de Control Externo*, n. 28, v. X, Enero 2008, p. 89-110.

(joint foundations) y modelos concesionales clásicos⁶⁸⁸. La conclusión, quizá más cautelosa, lleva a deducir que el uso de la CPP se fomenta en función de la necesidad de financiación, siendo los países con mayor déficit los más propensos a su utilización, por lo tanto resulta precipitado establecer relaciones directas causa-efecto entre esta contratación y la posible estabilidad de las finanzas públicas⁶⁸⁹.

Esta investigación no va a profundizar en las herramientas de gestión económica previstas por la doctrina y la normativa comunitaria, aunque ésta prevé toda la operativa mercantil y financiera factible en el mercado privado en un conjunto de disposiciones técnicas cruciales para la aplicación de los procedimientos contractuales públicos. Entre ellas se incluyen las más diversas operaciones con activos, capitales, formas de financiación y contabilización, impulsados por un criterio de fidelidad técnico-económica que evita, por razones finalistas en el control del déficit, detenerse en los aspectos jurídicos de su propia racionalidad interna: “Los contables nacionales examinan cuidadosamente el contexto jurídico de las unidades y las operaciones para clasificarlas. Sin embargo, a veces es importante ver más allá de la forma jurídica de una unidad institucional o un flujo económico y transmitir la realidad económica. Esto puede aplicarse tanto a la clasificación de unidades como a la clasificación de flujos”⁶⁹⁰. Aparece por lo tanto una praxis de métodos de aplicación de la CPP que, a falta de una ordenación clara, permite establecer varios criterios de clasificación para valorar las fórmulas de CPP en presencia:

a) En función de las actividades de participación de la sociedad privada según el esquema DFBO (Design, Build, Finance, Operate), que se define por las fases en las que la infraestructura y el servicio público son asumidos por el sector privado⁶⁹¹.

b) Por los riesgos asumidos, se diversificarían de acuerdo a su reparto por las partes pública y privada en las diferentes fases, que como se ha visto, tienen repercusiones tasadas (en lo que conceptualmente se puede determinar al aplicar cada caso), en la contabilidad pública.

c) Según la forma jurídico-contractual elegida, que en la normativa legislativa abarca desde el régimen concesional de obra, la gestión de servicio público, hasta los contratos de colaboración entre el

⁶⁸⁸ DORREGO DE CARLOS, Alberto DORREGO DE CARLOS, Alberto y MARTÍNEZ VÁZQUEZ, Francisco. “La colaboración Op. Cit. p. 69.

⁶⁸⁹ Para una definición analítica de los contextos en que se produce el PPP (técnico racional, social y de riesgo) en su relación con las prestaciones de la Gobernanza junto a una presentación de caso reciente en Australia. Vid. JOHNSTON, Judy y GUDERGAN, Siegfried P. “Governance of public-private partnerships: lessons learnt from an Australian case?” en *International Review of Administrative Sciences*. SAGE Publications, v. 73, n.4, 2007. p. 572-573.

⁶⁹⁰ COMISION EUROPEA. *Manual del SEC95...* Op. Cit. p. 28.

⁶⁹¹ Para ahondar en la variedad de formas que se encuentran inscritas a las posibilidades de participación privada Vid. HUERTA BARAJAS, J. A. “Contratos de Colaboración entre el sector público y el sector privado en los programas y contratos de Defensa” en RPCA, septiembre de 2008. p. 42 y 43.

sector público y sector privado, que se asimilarían al concepto de CPP expresamente delimitado en la LCSP.

d) De acuerdo con el ámbito de aplicación en las infraestructuras y servicios públicos seleccionados, que pueden abordar desde las infraestructuras del transporte, típicamente objeto de regímenes concesionales a largo plazo y en general muy regulados, hasta la más agresiva apuesta por los servicios públicos básicos, amparados por la CE, como la Sanidad y la Educación.

En cada uno de estos criterios actúan dimensiones más privatizadoras o públicas de las figuras establecidas en el marco positivo del Derecho administrativo de contratación (concesiones, gestión de servicios, contratos de colaboración, etc.). La propia regulación del contrato de colaboración establecida en la Sección IV del Capítulo II, Título I, Libro II de la LCSP, se presenta, dentro de los numerosos requisitos procedimentales e instrumentales del contrato, lo bastante abierta para poder establecer las modalidades de relación pública-privada más diversas que admiten los procedimientos técnicos que contiene el Manual del SEC95. Esta Ley, en vigor, tiene como antecedente el conjunto de disposiciones y documentos que van apareciendo con incesante regularidad en los órganos de la UE: en primer lugar la Directiva 2004/18/CE de 31 de marzo, el Libro Verde sobre la colaboración público-privada, el Derecho comunitario en materia de contratación pública y concesiones [COM(2004)327] de 30 de abril y la Resolución del Parlamento Europeo sobre la colaboración público-privada y el Derecho Comunitario en materia de contratación pública y concesiones, de 26 de octubre de 2006.

Es en la Directiva 2004/18/CE donde se prevén las fórmulas de licitación para la adecuación del objeto del contrato de la Administración a la oferta del mercado, equilibrio que inspira como principio las adecuaciones de los procedimientos de contratación pública. El criterio de flexibilidad preside la formulación del diálogo competitivo y el procedimiento negociado con esa finalidad genérica que acompaña a los tipos de contrato de obras y servicios, pero encuentran su radicalmente innovadora formulación en la CPP, si bien todos los casos quedan motivados por la captación de oferta adecuada y eficaz a los requerimientos de la Administración en el sector privado.

IV.6 Nuevos principios rectores en las relaciones de la Administración y el ámbito privado ante la transformación de la gestión pública.

IV.6.1 Ejes de la interrelación entre los principios públicos y la legitimidad privada.

La nueva propuesta de interrelación pública y privada, tras la dilución del Estado del bienestar e interventor, encuentra su legitimidad en el reforzamiento de ciertos ejes de interrelación que contrae la iuspublicación de su actividad. En este sentido, el Estado ampara su legitimidad en principios

constitucionales cuya traslación desde el Derecho público al ámbito privado merece ser tomada en consideración, pues presenta importantes elementos nuevos inequívocamente incorporados desde dichos principios⁶⁹².

Uno de los rasgos característicos en la recepción de las profundas y continuas reformas que sostienen el proceso de modernización administrativa viene significado por los cambios legislativos que acompañan el nuevo marco jurídico de la gestión pública y, sin embargo, la escasa afectación de los sistemas constitucionales, salvo por razones de actualización de la organización territorial, o por incorporación de ciertos Estados al régimen liberal-democrático. Por lo tanto, no se trata aquí de delimitar tan amplios principios del Derecho público, motivo de los más extensos tratados y fuentes de fundamentación de la doctrina jurídico pública, sino situar aquellos conectados con la cooptación de que son objeto en el nuevo contexto de relaciones entre el ámbito público y privado en el proceso de modernización de la Administración pública.

IV.6.1.a El principio de libertad económica.

El principio de libertad económica queda garantizado en la obligación de tutela por los poderes públicos de los Derechos y Libertades (Tit. I. Cap. II. CE) con el reconocimiento del derecho a la propiedad privada (art. 33 CE) y a la libertad de empresa (art. 38 CE), que se conjugan con la imparcialidad y sujeción a la legalidad de la Administración pública en el servicio objetivo a los intereses generales (art. 103.1 CE). Si bien el artículo 33 establece en el apartado segundo la reserva legislativa de toda limitación del derecho a la propiedad por su función social y en el apartado tercero por “causa justificada de utilidad pública o interés social”, así como el artículo 38 establece la garantía y protección de este derecho sujeto a la “defensa de la productividad, de acuerdo con las exigencias de la economía general y, en su caso, de la planificación”, queda claro por lo tanto, su reconocimiento entre los derechos fundamentales y las libertades públicas (Tit. I. Cap. II. Secc. 1ª. CE), que informan con la máxima jerarquía normativa a todo el ordenamiento jurídico, como criterio regulador de la actuación pública. Respecto a la conjugación con el artículo 103, que rige el principio general de funcionamiento de la Administración, más allá de su posible invocación al orden jurisdiccional en su “sometimiento pleno a la Ley y al derecho”, permite a la actividad administrativa limitar la actividad privada en aplicación del principio de eficacia en cualquiera de sus disposiciones o actos, ejecutando así, entre otras, cualquier decisión concreta y fundamentada sobre la utilidad pública, el interés social, las

⁶⁹² Artículos 33.1 y 38 CE respecto al principio de libertad económica, art. 103.1 CE respecto al principio y deber de eficacia y artículo 33, que en su apartado segundo pone en conexión la propiedad privada con la función social y en el apartado tercero da preeminencia a la utilidad pública o interés social sobre el derecho a la propiedad privada en el que se puede encontrar la conexión con el nuevo eje de responsabilidad social adoptado por las actividades privadas empresariales, al que desde luego se deben vincular otras motivaciones ligadas a su propia naturaleza privada.

exigencias de la economía general o la planificación⁶⁹³. Ante los posibles márgenes de discrecionalidad, obligados por los supuestos de imperiosa necesidad que arrastran esos límites, los principios de objetividad y sometimiento a la Ley y el Derecho suponen la base de una factible conjugación de múltiples intereses privados en presencia.

El reconocimiento del principio de libertad económica del Estado liberal viene causado por la concentración del poder económico en el poder político durante el Antiguo Régimen, cuyas normas se dirigen a proteger las relaciones que asignan derechos y obligaciones desiguales en la sociedad bajo el sistema de privilegios. Sin embargo, una vez corregidos éstos por el sistema liberal, el ejercicio de la propiedad privada en un régimen jurídico absentista tiende a alterar materialmente el principio de igualdad ante la ley, basada formalmente en la protección pública del ejercicio de la libre actividad económica, el patrimonio privado y el gasto orientado al fomento de la actividad mercantil. Así, las desigualdades económicas fácticas restringen la libre adopción de los acuerdos privados, por prescindir el citado absentismo político de dar protección jurídica material a la igualdad de las partes. La mayor parte del ordenamiento jurídico se dirige, por consiguiente, a la tutela y el fomento de la propiedad, que se acumula en sectores minoritarios de la sociedad. Como consecuencia práctica la Ley no sirve a todos por igual y permite, por el estado de necesidad, la imposición de condiciones desproporcionadas en las formalmente libres relaciones contractuales.

Las correcciones graduales de este marco jurídico, motivadas indudablemente bajo la presión de los movimientos sociales que acompañan las transformaciones políticas, se sustancian en el desarrollo jurídico positivo de los derechos sociales y la intervención del Estado en un largo proceso que abarca, en su sentido más amplio, casi un siglo⁶⁹⁴. Este fenómeno de reconocimiento material de los derechos

⁶⁹³ Respecto al artículo 33 corresponden al ámbito legislativo de la Administración las leyes de expropiación que constituyen uno de los bloques de contenidos típicos en los que la doctrina clasifica la actividad administrativa, al artículo 38 podrían asociarse en el mismo orden, entre otras, a la actividad promocional o de fomento y la legislación de planificación económica, implícita cuando menos en las leyes presupuestarias del Estado y su Administración y las aplicaciones fiscales ejecutadas por las diferentes administraciones tributarias. A estas últimas pueden agregarse todas las normas de privatización que corresponden a la gestión de los bienes públicos que evidencian la exigencia del requisito de objetividad tanto en los procedimientos de enajenación de dichos bienes como en la misma contratación pública. Vid. DORREGO DE CARLOS, Alberto y MARTÍNEZ VÁZQUEZ, Francisco. "La colaboración..." Op. Cit. p. 47.

⁶⁹⁴ Es interesante en este punto traer a colación la delimitación entre los derechos y prestaciones sociales derivadas de éstos y los servicios sociales cuya precedencia radica en el ámbito de la acción social. Juan-Cruz Alli Turrillas, que estudia su situación jurídica y antecedentes históricos, los sitúa con acierto en una categoría de prestaciones cualitativamente distintas cuyo substrato cultural reside en el principio religioso de la caridad cristiana. Destaca su carácter voluntario que se incorpora tempranamente el Estado liberal a través de la Beneficencia. Si bien el desarrollo de ésta confluye en parte con las conquistas de los derechos sociales y sus prestaciones consecuentes, siendo un antecedente indudable entre otros de la Seguridad Social obligatoria, siempre cabe distinguir, - desde su origen y aún en la actualidad- a este bloque de prestaciones de las denominadas de bienestar social o servicios sociales. Con todo, resulta difícil no establecer relación entre ambos desarrollos como un conjunto o sistema y los movimientos sociales de los sectores asalariados a fines del siglo XIX. Vid. ALLI TURRILLAS, Juan Cruz. "Capítulo XI. La intervención de la Administración en el ámbito de la acción social" en *Parte especial del Derecho administrativo. La intervención de la Administración en la sociedad*, (coord. Enrique Linde Paniagua). Madrid, Colex, 2007. p. 607-636.

sociales queda a su vez sometido, ante la crisis estructural en la década de los setenta del siglo XX, a la posterior revisión de las políticas públicas que vuelven a retomar, bajo nuevas premisas, el principio de libertad económica, y en relación con esas políticas, la gestión pública que se somete a procesos de privatización⁶⁹⁵.

Los fenómenos de desarrollo privatista del sector público y su parangón en la liberalización económica nacen por consiguiente de ese importante principio. Así, tras un periodo de intervención pública marcada por el Estado de bienestar, son las medidas de desregulación, fuertemente impulsadas por las políticas y el desarrollo de las normas europeas, las que han devuelto el criterio rector de la libertad económica a la ejecución de las políticas públicas. El esquema neoliberal parte, por otro lado, de una nueva realidad más compleja que el liberalismo inicial, debido, entre otros, a los procesos de privatización del patrimonio público, que exigen una profunda regulación⁶⁹⁶.

IV.6.1.b El principio de eficacia y eficiencia.

En el proceso de modernización administrativa se puede destacar como segundo eje de interrelación el principio de eficacia, recogido como concepto de gestión desde el principio jurídico público⁶⁹⁷. Tal vez, esa regulación que exigen los procesos de privatización material, a diferencia de la privatización formal cuyos procesos son en realidad meramente liberalizadores, no se limita a la acción externa, sino que interviene internamente en la gestión pública, transformando el concepto de eficacia al prescindir en la gestión pública de instrumentos jurídicos propios y dejar paso en ella a nuevos mecanismos técnicos importados del sector privado. Mecanismos propiciados en gran medida por las transformaciones en la innovación científica y tecnológica motivados por las carencias y limitaciones de

⁶⁹⁵ En cuanto a un modelo típico de prestación social encontramos la Sanidad, aquí Jesús Fuentetaja Pastor ilustra sobre el carácter regulatorio de su desarrollo normativo, legislativo y reglamentario, a partir del mandato constitucional del artículo 43 CE que lo informa "...la importancia de la acción sanitaria superó incluso su concepción y articulación como servicio público para pasar a constitucionalizarse como derecho a la protección de la salud, perspectiva desde la que será necesario e imprescindible afrontar la regulación y el estudio de la sanidad. Especialmente teniendo en cuenta que ni el servicio público ni su calificación como derecho constitucionalizado permiten sustraer a la sanidad del mercado". En este sentido se trata de un servicio público que sirve directamente a la protección de un Derecho social – principio rector de la política social - consagrado en toda su extensión en el citado artículo 43 CE, especialmente en la garantía que se introduce en el párrafo segundo. A los efectos de la discusión entre intervención y regulación este servicio presenta, como destaca Fuentetaja, su carácter privado originario y por ende su existencia previa en el mercado. La conjugación de ambas realidades se complejiza cuando en la parte del servicio público garantizador se procede a la privatización parcial mediante las formas jurídicas públicas, destacadas por el autor, de concesión y concierto. (FUENTETAJA PASTOR, Jesús y MEDINA GONZÁLEZ, Sara. "Capítulo XIX. La intervención de la Administración en la Sanidad" en *Parte especial del Derecho administrativo. La intervención de la Administración en la sociedad*, (coord. Enrique Linde Paniagua). Madrid, Colex, 2007. 1189-1252).

⁶⁹⁶ "Señala la doctrina que privatización y regulación vienen siempre unidos; cuando la Administración deja de operar de forma directa en el mercado, somete el mismo a una regulación encaminada a subsanar sus fallos, reservándose facultades de policía y correctoras sobre los agentes intervinientes en él". MONTERO ELENA, Concepción Mónica. "Empresa pública..." Op. Cit. p. 78.

⁶⁹⁷ "[...] una acción es eficaz si consigue el objetivo deseado. Esta idea la hace suya la Administración en la actualidad, ante el objetivo necesario de racionalizar el gasto público". VILLA-REAL MOLINA, Ricardo y DEL ARCO TORRES, Miguel Angel. *Diccionario...* Op. Cit. p. 179.

aquellos instrumentos jurídicos utilizados en exclusividad. En este sentido, el concepto de eficacia jurídica abre paso a la eficacia en la gestión, al *public management* y las disciplinas y teorías de la organización y la Administración desarrolladas en el estudio del sector público iniciado en el apogeo del Estado del bienestar y la crítica a la burocracia. Quizás, ya no se trata de un mero Estado absentista, pues los intentos de imposición radical de la liberalización económica por la NGP entran en crisis ante sus propias contradicciones en la década de los noventa del siglo XX, sino de un Estado que interviene en la sociedad mediatizado por las corporaciones y los grupos de interés privado, pero que, en definitiva, debe atender conjuntamente con eficacia las necesidades y demandas de una sociedad compleja en discontinua pero persistente evolución ante los avances tecnológicos y económicos que condicionan al conjunto de la actividad social.

Respecto a la correspondencia de esa eficacia en la acción externa de las políticas públicas del Estado y la Administración, se presentan en coherencia con los postulados que llevan a las reformas en el sector público. Dicha conexión se deduce del objeto de los procesos de privatización y liberalización en la producción y servicios de pertenencia al ámbito competencial o patrimonial de la Administración. Sin que aquí importe la regulación jurídica pública o privada, pues el vínculo con la primera quedaba establecido en su origen y tutela por los poderes públicos y la autoridad administrativa, basada como mínimo en la doctrina de los actos separables o la aplicación de técnicas del Derecho administrativo privado, cuando no sujetos completamente al Derecho administrativo.

En esencia, la liberalización ha buscado introducir mayor eficiencia en la prestación de estos servicios a través del aumento de la competencia entre proveedores, en un proceso que ha ido acompañado en muchos países de la privatización de los antiguos monopolios públicos y que, implícitamente, prometía un cambio en la estructura de oferta, un incremento de la competencia entre proveedores, el fomento de la eficiencia de los operadores, una reducción generalizada de los precios y el desarrollo de la calidad de los servicios de las empresas⁶⁹⁸.

En realidad, el concepto de eficiencia sirve en su correlación dialéctica al mismo principio de eficacia, más allá de su distinción, tanto como la equivalencia que en el enunciado de Antón Costas encuentran, en el nivel sintético propuesto, liberalización y privatización. Lo sustantivo del concepto es la búsqueda por el Estado, mediante la privatización o liberalización de los monopolios públicos, de una eficiencia, (eficacia en sentido amplio), que permita aumentar la calidad en la prestación de los servicios, de los que se beneficia implícitamente la sociedad a la que el Estado sirve⁶⁹⁹.

⁶⁹⁸ COSTAS, Antón. "Regulación y calidad de los servicios públicos liberalizados" en *GAPP*, 32, Enero-Abril, 2005. p. 9.

⁶⁹⁹ Vid. AGUILERA IZAGUIRRE, Gustavo. "La calidad como parámetro de actuación de la Administración Pública" en *Actualidad administrativa*, n. 22, 2010. p. 1

IV.6.1.c *El principio de responsabilidad social.*

Por último, en el tercer eje de interrelación entre el ámbito público y privado que aquí se propone quedan y se abren hueco las demandas que surgen de las necesidades sociales, comunitarias y medio ambientales, que no renuncian a cumplir estándares de calidad de vida en gran medida asentados en el Estado del bienestar. En su sustitución, de algún modo, la pérdida de la capacidad de materialización del principio social por la acción pública debe ser reemplazada como forma de legitimación que el sector privado está obligado a cubrir en su ocupación del ámbito público. Surge aquí, entre otros, pero de forma paradigmática, el principio de responsabilidad social, que supone sin duda una aportación surgida del ámbito privado desde finales de los años setenta y adopta, a partir de finales de la década de los noventa, un marcado carácter plural en su definición y adopción por entidades nacionales e internacionales públicas, privadas de interés público y organizaciones empresariales. Importa en primer término su aplicación a las corporaciones privadas que Woods define en 1991 como, “*a business organization’s configuration of principles of social responsibility, processes of social responsiveness, and policies, programs, and observable outcomes as they relate to the firm’s societal relationships*”⁷⁰⁰.

Su origen puede situarse, como gran parte de las figuras del ámbito empresarial, a mediados de siglo XIX con el movimiento cooperativo y las iniciativas surgidas del socialismo utópico, que cobran un impulso definitivo a finales de ese siglo, precedencia que no puede quedarse en una consideración retórica pues se debe retomar para aclarar ciertos conceptos vigentes en la actualidad⁷⁰¹. Si bien toda la reglamentación que se origina desde estos tempranos momentos pasa al ámbito del Derecho civil y mercantil⁷⁰², cuyo objeto escapa a esta investigación, trata de recoger desde el principio un área que va más allá de ese impreciso territorio de los límites de las disciplinas del Derecho cuando se regulan, como en este caso, aspectos de interés público⁷⁰³.

Del mismo modo que se puede considerar ese antecedente de la economía social como una sustitución de la acción pública en el ámbito privado, que una vez surgida en éste es regulada jurídicamente con posterioridad, en la perspectiva que se pretende analizar, también la responsabilidad social supone una iniciativa empresarial que, ya en un escenario de marginalidad del Derecho

⁷⁰⁰ WOOD, Donna J. “Corporate social performance revisited” en *Academy of Management Review*, v. 16, n.4, 1991. p. 691-718.

⁷⁰¹ Se considera que *La Rochdale Equitable Pioneers Society*, cuyos principios siguen vigentes en la actualidad, da origen al cooperativismo desde 1844.

⁷⁰² En España está vigente la Ley 27/1999 de Sociedades Cooperativas de España de 16 de julio. Debe considerarse que esta competencia se encuentra transferida a las Comunidades Autónomas que legislan sobre ella. Profundizando en sus antecedentes se encuentra Ley de Cooperación de 2 de enero de 1942 desarrollada por Decreto 11/1943 que aprueba su Reglamento.

⁷⁰³ De hecho se pueden aplicar a las normas, como éstas del ámbito de la economía social, principios comunes al Derecho administrativo del mismo modo que sucede con el Derecho laboral, pues en las relaciones privadas interfieren órganos administrativos de regulación pública con su marco jurídico interno, en este caso el Ministerio o las Consejerías de Trabajo

administrativo, se adopta a través de entidades de Derecho internacional privado, e institucional público⁷⁰⁴. Todo ello no evita la aparición de un conjunto de disposiciones que en este ámbito recogen instrumentos como los informes institucionales, los dictámenes legislativos y otras fuentes no vinculantes a las que se antepone un marco regulador privado, pues si al principio posee un carácter voluntario, gradualmente se va incorporando a la práctica de las empresas y corporaciones. El siguiente aspecto de esta figura resulta de la autoimposición de obligaciones que corresponden a principios de responsabilidad pública, pero que en los mandatos constitucionales no superan las disposiciones orientativas no vinculadas a garantías jurisdiccionales. En este sentido, aparecen recomendaciones y ciertas legislaciones que van añadiéndose al marco jurídico, como sucedió con las prácticas de la economía social⁷⁰⁵. Así lo muestra el Código de Comercio francés que incorpora los primeros preceptos de esta índole, entre los que destaca en su artículo L225-102-1 el siguiente texto:

Les informations sociales et environnementales figurant ou devant figurer au regard des obligations légales et réglementaires font l'objet d'une vérification par un organisme tiers indépendant, selon des modalités fixées par décret en Conseil d'Etat. Cette vérification donne lieu à un avis qui est transmis à l'assemblée des actionnaires ou des associés en même temps que le rapport du conseil d'administration ou du directoire.

Aunque para algunos autores el conjunto de innovaciones legislativas en el Derecho laboral, mercantil y de regulación medioambiental pueden formar un corpus de responsabilidad social, se trata en realidad de un campo al que las organizaciones se adscriben de forma no preceptiva bajo el compromiso mínimo del cumplimiento de la legalidad, único verdaderamente exigible, junto a la aplicación de principios sociales y económicos que incluyen los métodos de funcionamiento interno⁷⁰⁶.

La responsabilidad social corporativa equipara a las organizaciones públicas y privadas como actores sociales y económicos, además constata la necesidad de colaboración ante el desbordamiento del control jurídico de los derechos sociales no garantizados por el sistema público que se sustancian en

⁷⁰⁴ Son numerosas las instituciones de carácter internacional privado o público que comienzan a intervenir en la regulación de la Responsabilidad social: la OIT, especialmente respecto a la responsabilidad social interna en la protección de los derechos de los trabajadores sin descuidar otros ámbitos Vid. OIT. *Declaración tripartita de principios sobre las empresas multinacionales*. Ginebra, 2006. <<http://www.ilo.org/public/spanish/support/lib/resource/subject/csr.htm>> (consultado el 4 de junio de 2011); la OCDE, tratando de fijar recomendaciones que afectan ya el campo de la competitividad empresarial; o los organismos de certificación y normalización, decididamente volcados en este ámbito mediante la auditoría y expedición de marcas de acreditación de su cumplimiento, donde en materia de responsabilidad social se presenta la norma ISO 26000:2010. Tocado el tema monográficamente en la perspectiva de las entidades parapúblicas de normalización, vid. UNE. *La Revista de Aenor. Responsabilidad social*. Madrid, n. 258, marzo, 2011.

⁷⁰⁵ La Resolución del Parlamento Europeo, de 13 de marzo de 2007, sobre la responsabilidad social de las empresas: una nueva asociación 2006/2133 (INI) incorpora recomendaciones no legislativas a los Estados miembros.

⁷⁰⁶ Para su incorporación al ámbito legislativo en España se ha preferido utilizar el término responsabilidad social empresarial tal y como figura en la LO 3/2007, de 3 de marzo para la igualdad efectiva de hombres y mujeres, en aplicación de los art. 9.2 y 14 CE como principios de actuación de los Poderes Públicos, derechos y deberes y medidas que afectan a los sectores públicos y privados. En esta norma del bloque de constitucionalidad se vinculan las disposiciones del Título VII a la figura de la responsabilidad social en los arts. 73 a 75, manteniendo el mencionado carácter voluntario, además de la autorización de hacer uso de la publicidad como claro incentivo para la rentabilidad ante su cumplimiento.

procedimientos y medios técnicos de gestión y control, como los regidos por los departamentos de observación y elaboración de memorias, y los organismos de certificación⁷⁰⁷. Ante ellos la responsabilidad social representa una oportunidad de las entidades privadas que se presenta, ante la falta de una regulación potestativa, como un factor competitivo, donde el cumplimiento de dichos compromisos es valorable por la sociedad y actúa a través del mercado a modo de jurisdicción privada que contribuye a la rentabilidad, estabilidad y sostenibilidad de la actividad empresarial a largo plazo⁷⁰⁸. Por lo tanto, es posible entender la consolidación de esta figura ante dos realidades: por una parte la ocupación de un marco vacío de garantías jurídicas de Derechos fundamentales de la cláusula social, que las nuevas organizaciones privadas en el desplazamiento del ámbito público pueden cubrir como un nuevo activo empresarial; por otra parte, la ausencia de garantías públicas permite desarrollar ese espacio como un factor competitivo más dentro de una sociedad que, tras la experiencia del Estado del bienestar, es receptiva ante la contribución voluntaria a la defensa de los valores comunitarios⁷⁰⁹.

Sin embargo queda claro que ante cualquier fallo en el conjunto, el sistema sólo admite una responsabilidad global y que en último término la responsabilidad subsidiaria en el terreno social, en el sentido amplio que incluye los factores económicos y ambientales, corresponde a los poderes públicos por los principios ya establecidos en el marco constitucional, donde el Título. I Capítulo III CE, asigna a estos poderes en cada uno de sus artículos las obligaciones deducidas del reconocimiento material de esos derechos sociales en la aplicación de los principios rectores de la política social y económica. Ante el ejercicio de esa responsabilidad parece desprenderse que corresponde a estos poderes disponer de garantías a través de sus políticas, y a la Administración, como su brazo material, su sustanciación en las actuaciones de control e intervención bajo los principios objetivos de un marco jurídico especial debidamente dotado de medios para su ejecución⁷¹⁰.

⁷⁰⁷ Todo un intento de recopilar la dispersa normativa que puede constituir el bloque legal afectado por el concepto de responsabilidad social corporativa figura en la codificación de DE LA TORRE GARCÍA, Carlos (ed). *Responsabilidad social corporativa*. Navarra, Códigos básicos-Aranzadi, 2008. Se trata de un intento de atribución legislativa y normativa a esta figura, por lo demás pendiente de concreción doctrinal y jurídica.

⁷⁰⁸ “La memoria de sostenibilidad pretende dar cuenta de las actividades e impactos que la organización mantiene con su entorno socioeconómico, entendidas éstas con un enfoque de triple cuenta de resultados (económico, ambiental y social). De esta manera, los grupos de interés clave son conscientes, juzgan y premian –a través de sus decisiones de mercado- las políticas y estrategias adoptadas” (RUIZ, Isaac. "Transparencia y competitividad: un binomio necesario" en *UNE. La Revista de Aenor*, n. 258, marzo, 2011).

⁷⁰⁹ En el campo del razonamiento económico de la responsabilidad social corporativa aparece este interesante análisis: Vid. ORLITZKY, Marc; SCHMIDT, L. Frank y RYNES, Sara L. "Corporate Social and Financial Performance: A Meta-analysis" en *Organization Studies*. London, SAGE Publications, n. 24. p. 403–441.

⁷¹⁰ “A la postre, no son los derechos y libertades como pretensiones subjetivas un fin en sí mismos; su ejercicio ha de venir orientado, antes bien, a realizar la institución garantizada”. Aquí se entiende que el concepto de *institución garantizada* expresa no exclusivamente los medios de prestación directa que garanticen el cumplimiento material de los derechos inspirados en los principios rectores sino al menos cualesquiera de los contenidos típicos de la actividad administrativa que puedan utilizarse para garantizar esos derechos. (LÓPEZ PINA, Antonio. “Artículos 39 a 55 de la Constitución Española de 1978” en *Comentarios a la Constitución Española de 1978*, (dir. Oscar Alzaga Villamil). Madrid, Edersa, 1998. p. 17-42).

IV.6.2 Distorsiones jurídicas en la legislación de la modernización administrativa y necesidad de nuevos planteamientos.

IV.6.2.a La proliferación normativa.

La inmersión del ámbito privado en el público puede que se acompañe de una tendencia general de ampliar la legislación que limite la capacidad de interpretación de los principios jurídicos tanto en el ámbito jurisdiccional como doctrinal⁷¹¹. El sustrato legislativo y reglamentario a menudo se va haciendo denso y lejos de proporcionar mayor seguridad jurídica va disminuyéndola en un entramado de normas que, especialmente en las disposiciones normativas de la Administración, aumentan la concurrencia de definiciones de los conceptos jurídicos y con ellas su ambigüedad o las meras contradicciones de las categorías que los forman. La polisemia conceptual no representa mayor problema en el debate científico, pues los puntos de vista confrontados suponen enfoques del objeto tratado que no hacen sino enriquecerlo y en su deliberación ampliar el conocimiento sobre el mismo. También el debate doctrinal en el Derecho o el resto de las ciencias sociales que abordan el mismo objeto: el Estado, la Administración, el ejercicio político y la gestión pública, están sujetos a la misma cualidad. El problema se encuentra en trasladar estas licencias del método científico al ámbito jurídico positivo, a las normas o a las resoluciones jurisdiccionales que, si bien por la propia naturaleza del objeto tratado, siempre estarán sujetas en su ejecución a la interpretación de la aplicación del caso a la norma, no pueden por ello sufrir un exceso de fuentes de generalización de las definiciones y menos aún contradicciones entre ellas que lleven a que dos interpretaciones contrapuestas puedan sustentarse con diferentes argumentos normativos. Se puede entrar aquí en el ámbito de los efectos antijurídicos producidos por el exceso y la concurrencia de normas que pueden resolverse en la jurisdicción constitucional u ordinaria aplicando los principios de jerarquía y competencia dentro de los subsistemas jurídicos, ya sean internos o externos del Derecho internacional, sin embargo dichos efectos vienen a ser sintomáticos de un fenómeno generalizado ante la profusión normativa⁷¹².

La normativa legislativa, que pertenece al tipo de generalización, o la reglamentaria, que sirve a la especificación de los casos de aplicación, tienden a crecer sin una detenida consideración de su adecuación, o bien por la naturaleza de la materia tratada que requiere estabilidad normativa y acuerdo consociacional, o por la simple irrelevancia del *adendo* que una norma hace a la legislación y doctrina existente en su aplicación a las actuaciones públicas, o porque las especificaciones dadas sobre limitan un adecuado grado de concreción de la necesidad general o accidental de la norma. En tales extremos

⁷¹¹ En esta óptica, a efectos de la investigación, la doctrina no sólo la constituye la jurisprudencia como interpretación formal vinculante en la aplicación de las normas, sino la obra científica basada en el principio probado de conocimiento y autoridad de los investigadores o tratadistas, cuya obra, o en ocasiones informes y dictámenes, gozan de reconocimiento en el campo de la investigación o el asesoramiento jurídico.

⁷¹² Vid. REQUEJO PAGES, Juan Luis. "Conjunción de sistemas normativos y reordenación del sistema de fuentes" en *Revista de Estudios Políticos*, n. 90, Octubre-Diciembre, 1995. p. 113-128.

acudimos a un desiderátum de inseguridad jurídica. En este sentido, en el ámbito del Derecho administrativo son continuas las peticiones de desarrollo legislativo y reglamentario a menudo más allá de lo que la ciencia y técnica jurídica están en condiciones de regular⁷¹³.

La necesaria transparencia del sistema normativo, que es presupuesto básico de la certeza del Derecho, se ve suplantada por su creciente opacidad: el Derecho positivo resulta inaccesible incluso para los propios especialistas, resquebrajando el valor de la seguridad jurídica con la permanencia de normas inoperantes por falta de información, situación que puede ser calificada como de "decadencia de la seguridad jurídica"⁷¹⁴. Por este motivo la técnica legislativa ha de encargarse no sólo de los aspectos meramente formales, sino de la calidad material en la elaboración de leyes susceptibles de ser cumplidas⁷¹⁵.

Ahondando en las raíces materiales de este proceso de sobredimensionamiento legislativo, Ángeles Galiana Saura sitúa estas características dentro del Estado social o del bienestar. Todo ello queda enmarcado en un sistema que rompe el principio estricto de la separación de poderes, en el que poderes y funciones se entremezclan, y el poder ejecutivo cobra un papel preponderante en la legislación a través del ejercicio de la potestad reglamentaria, los proyectos y las autorizaciones legislativas que recogen directamente las necesidades cotidianas o motivaciones técnicas⁷¹⁶.

⁷¹³ Las medidas desreguladoras invocan el principio de simplificación normativa, guiadas por estrategias sectoriales, como es el caso de Ley 20/2013, de 9 de diciembre, de garantía de la unidad de mercado y el Plan de Racionalización Normativa dentro del Programa Nacional de Reformas 2013. Se trata de revisar todas las normas estatales y autonómicas para garantizar el principio político de Unidad de Mercado. Sin embargo, para ello se recurre a una nueva norma legislativa estatal situada en la diana de la invasión de competencias autonómicas de ámbito constitucional que la Generalitat de Catalunya se plantea recurrir y declara que perjudica la competitividad empresarial. Con independencia del resultado jurisdiccional, la simplificación normativa no puede ser incoherente con un principio superior del ordenamiento jurídico. GOVERN DE LA GENERALITAT DE CATALUNYA. "El Govern demana un informe al Consell de Garanties Estatutàries sobre la Llei de garantia d'unitat de mercat" en *Acords de Govern 14 de gener de 2014*. p. 10-11. <http://www.govern.cat/pres_gov/AppJava/govern/govern/consell-executiu/acords-govern/acordgovern-4221.html> (consultado el 16 de enero de 2014).

⁷¹⁴ PÉREZ LUÑO, Antonio Enrique. "La seguridad jurídica" en *Boletín de la Facultad de Derecho*, UNED, n. 15, 2000. p. 36.

⁷¹⁵ "Ha sido en el terreno de los hechos desde donde, sin resquicio a duda, se han perpetrado los ataques más implacables al valor jurídico de la seguridad [...]. La *inflación normativa* se ha visto acompañada del grave menoscabo de la propia estructura formal de las normas legales. La certeza del Derecho, en cuanto a la posibilidad real de sus destinatarios de conocer y cumplir sus prescripciones, se ha resentido del aluvión normativo y de su continua modificación, pero en grado no menor de la *prolijidad, complejidad y equivocidad de lenguaje* en el que se expresaba las disposiciones legales". (Ibid. p. 35).

⁷¹⁶ Vid. GALIANA SAURA, Ángeles. *La legislación en el Estado de Derecho*. Madrid, Dykinson, 2003. p. 73-78. En esta obra se propugna la disciplina de la Metodica legislativa que junto a la Técnica legislativa forma parte de la Ciencia de la legislación. Esta se ocupa de la producción de las leyes o la legislación como actividad, cuyo propósito, a diferencia de la interpretación y aplicación de los textos legales, consiste en analizar la forma y el contenido de las leyes con "el propósito de encontrar los criterios de una legislación racional". También queda señalado por Pérez Luño, el origen de la "inflación normativa" en el Estado del bienestar. "El tránsito del Estado liberal al Estado social de Derecho ha comportado una presencia creciente de los órganos administrativos en diferentes sectores de la sociedad civil. Pero la satisfacción de esa procura existencial (*Daseinvorsorge*) a través de las consiguientes prestaciones y servicios públicos, que distingue al *Welfare State* ha tenido su coste en términos de erosión del principio de legalidad. La multiplicación de intervenciones normativas del Estado se realiza, las más de las veces, por vía de medidas o providencias administrativas. Con ello, se

“Está claro, por tanto, que el Estado Social de Derecho ha producido un cambio profundo en la actividad legislativa. Las diversas formas de incidencia legislativa sobre la economía y el mercado de trabajo y la presencia creciente de los órganos administrativos en diferentes sectores de la sociedad civil remiten a una nueva configuración del instrumento legislativo, de manera que la Ley contemporánea incorpora cada vez más medidas tendentes a regular las relaciones socio-económicas de sus destinatarios, con lo que asume poco a poco un decidido "carácter contractual", y se transforma, así, de general y abstracta, en individual y concreta”⁷¹⁷.

Es notable cómo se traza en esta ubicación del Estado social el antecedente que asienta la evolución y continuidad del Estado, pues el fortalecimiento del ejecutivo no es sino una tendencia histórica que en el Estado social se refuerza, aunque germina en los propios orígenes del Estado liberal. También la mencionada mezcla entre funciones y poderes recuerdan la vieja teoría formal-sustancial que asentó la doctrina del Derecho administrativo desde la pandectística y la escuela histórica que forjaron su dogmática⁷¹⁸. Sin embargo, es hacia adelante, interpretando la continuidad del Estado social en las raíces de su reforma privatizadora y neoliberal, como conviene seguir la lectura de los problemas normativos en la modernización administrativa y la nueva gestión pública.

IV.6.2.b Tecnificación normativa y garantías jurídicas.

De acuerdo al análisis recogido por Joan Prats, la OCDE reconoce que la primera etapa desregularizadora desde finales de los setenta a los años ochenta del siglo XX fracasa en su intento de liberalizar y combatir la inflación y confusión normativa mediante codificaciones y simplificaciones de las regulaciones. Ante esta incapacidad, en una segunda fase de fines de los 80 a la década de los 90, se fija en el Consejo de la OCDE de 1985 el objetivo de la calidad de las regulaciones mediante la introducción de pasos extrajurídicos para la información, la consulta y la participación públicas. Sin embargo, la tecnificación del mejoramiento regulatorio, que algunos países aspiran o pasan a convertir en principios jurídicos para la elaboración de normas legislativas, pierde la perspectiva del sistema en su conjunto por su aplicación a cada nueva regulación individual. Por último, se pasa a una tercera fase que trata de crear la capacidad institucional para dirigir el sistema regulador, estructura que se agrega a la anterior ante la falta de competencias de estas nuevas funciones en las instituciones vigentes que se dedicaban a las regulaciones singulares⁷¹⁹.

El sistema regulador propuesto finalmente por la OCDE y seguido por numerosos Estados en diferentes formas y grados, no es sino un epítome de las reformas propuestas ante la gran demanda de

disuelve la tradicional división de funciones entre el legislativo y el ejecutivo: las clásicas leyes formales (*Rechtsgesetze*) se han visto, de forma paulatina, suplantadas por leyes medida (*Massnahmegesetze*)”. (PÉREZ LUÑO, Antonio Enrique. "La seguridad jurídica"... Op. Cit. p. 35).

⁷¹⁷ Vid. GALIANA SAURA, Ángeles. "La actividad legislativa en el Estado social de Derecho" en *Cuadernos Electrónicos de Filosofía del Derecho*, n. 2, Universidad Rovira i Virgili. 1999. <<http://www.uv.es/cefd/2/galiana.html>> (consultado el 19 de febrero de 2014).

⁷¹⁸ Véase el epígrafe 2.3.3 de esta investigación.

⁷¹⁹ PRATS CATALÁ, JOAN. "Las transformaciones..." Op. Cit. p. 76-80.

regulación que existe más allá de las fronteras del Estado social, sin desdeñar su origen en él y aún su vigencia en los Estados liberal-democráticos de la Europa continental. En realidad la demanda y disgregación normativa surgida en el apogeo regulador del Estado social no hace sino continuar y agravarse ante "los caracteres de nuestra sociedad, condicionada por una amplia diversificación de grupos y estratos sociales que participan en el mercado de las leyes. Dichos grupos dan lugar a una acentuada diferenciación de tratamientos normativos, sea como implicación empírica del principio de igualdad del llamado Estado social (para cada situación una disciplina adecuada a sus particularidades), sea como consecuencia de la presión que los intereses corporativos ejercen sobre el legislador"⁷²⁰. A esta naturaleza cuasi contractual de la actividad normativa siguen, tras los procesos privatizadores, las efectivas demandas reguladoras que la liberalización de los mercados arrastran como un escenario que marca las reglas de protección de la actividad privada o simple vigilancia de su competencia por el árbitro público⁷²¹.

Por otro lado la carencia de referentes jurídicos y jurídico-administrativos situarían en el centro de la ejecutoria pública la subjetividad y discrecionalidad de sus actuaciones, sin que un debido criterio técnico, a menudo sujeto a la interpretación disciplinar anteriormente enunciada, asegure una formación de voluntad acorde con los intereses generales o los principios democráticos que deben presidirla. Es la práctica la que revela cómo en muchos casos, debidamente sustentado el marco jurídico, es el marco técnico el que dentro de él puede y debe ostentar plena capacidad de acción para la toma de decisiones o ejecución de los actos y ordenación de las disposiciones que afectan a la propia actuación pública, todo ello sin que esto suponga la exención del juicio jurídico y el amparo del Derecho⁷²².

Por lo tanto, se puede sostener que si bien es acertado considerar al Estado social en el sentido constitucional como la forma de régimen político que da lugar, por las múltiples evidencias analizadas, a la hipertrofia de la legislación positiva y los excesos reglamentistas que causan la quiebra del principio de seguridad jurídica, no parece menos cierto que dicha tendencia se ve acentuada por la reglamentación que introduce la nueva gestión pública y la modernización administrativa. En este último caso con la decidida proliferación de normas de carácter técnico extrajurídico, que muestran, entre otras, la función del Derecho comunitario ante el ordenamiento jurídico-económico liberalizador, las normas homologadoras que garantizan la libre competencia en su espacio económico interno, o los estándares de producción de sus mecanismos proteccionistas en el orden externo. Por otra parte, la privatización de

⁷²⁰ ZAGREBELSKY, G. *El Derecho dúctil. Ley, derechos, justicia*. Trotta, Madrid, 1995, p. 37.

⁷²¹ Como expone el propio Joan Prats "Dentro de la propia agenda neoliberal, aunque la tendencia general fue la desregulación, nunca se renunció a construir una capacidad reguladora del Estado que remediara los innegables fallos del mercado, sin dejar de considerar en ningún caso lo que la economía de la elección pública ha llamado los «fallos del Estado». PRATS CATALÁ, Joan. "Las transformaciones..." Op. Cit. p. 71.

⁷²² Como se ha visto en otras partes de la investigación la figura de la discrecionalidad técnica también aparece vinculada a ciertos excesos de la seguridad jurídica. Vid. MORELL OCAÑA, Luis. *Curso...* loc.cit.

la gestión pública obliga a sustituir el intervencionismo anterior por una regulación mínima que trata de garantizar la igualdad y neutralidad de los poderes públicos en el libre acceso del ámbito privado a la transferencia patrimonial y gestión de servicios básicos de infraestructura, de interés público, o titularidad competencial pública, para asegurar la continuidad de estos servicios en el régimen de explotación privada⁷²³.

IV.6.2.c *Hacia nuevos planteamientos.*

Esta realidad presenta una importante consecuencia en la valoración de la figura jurídica que soporta la diversidad y especialización normativa recogida por el Derecho administrativo, que Enrique Linde agrupa en su Parte Especial, de la que manifiesta que: “La extensión e intensidad del intervencionismo administrativo en la sociedad impide un análisis exhaustivo del mismo”⁷²⁴. No se trata en líneas generales, desde las premisas de esta investigación, de intervencionismo, sino fundamentalmente de regulación, que acompaña a los procesos privatizadores, o en su intensa relación dialéctica por mostrar una contradicción aparente, con los procesos liberalizadores, es decir desregularizados *stricto sensu*, que sin embargo demandan la protección y el ordenamiento necesario para garantizar la libre competencia o la seguridad jurídica particularizada que requieren los nuevos mercados creados en esos procesos. Si se trata de una legislación reguladora *ex-ante* que puede presentar una labor codificadora *ex-post*, tal vez su intensidad impide, como señala Linde, el verdadero esfuerzo doctrinal al que se enfrenta el marco jurídico administrativo para la objetivación y síntesis que constituye el reto sin el cual dicho marco no puede absorber, en los términos prácticos que se persiguen, la ingente reglamentación técnica que preside la gestión pública de la modernización administrativa. En suma, el reto de facilitar una adecuada comprensión y aplicación del Estado de Derecho bajo el principio rector e ineludible de la seguridad jurídica.

Tras la crisis del Estado del bienestar aparece una introducción de las políticas públicas en la gestión pública, es decir, definición y ejecución de objetivos premeditados por el Gobierno para intervenir en la organización de la Administración. Introducción que debe servirse de fuentes legitimadoras en las que el ordenamiento jurídico, en la aplicación de los principios constitucionales y las políticas de gestión pública, trata de obtener una Administración como brazo ejecutor de los poderes públicos al servicio de los ciudadanos. Servicio cuyo principal fin es ordenar la realidad social y

⁷²³ “Las industrias de servicios en general, incluyendo la banca y los servicios financieros, seguros, servicios profesionales, pensiones, sanidad y servicios públicos domiciliarios, han estado sometidas en los últimos años a un generalizado proceso de liberalización. Este proceso ha sido especialmente intenso en el caso de las industrias de servicios públicos de red (*public utilities*): telecomunicaciones, electricidad, gas, agua, transporte y servicios postales”. (COSTAS, Antón. “Regulación...” Op. Cit. p. 9).

⁷²⁴ LINDE PANIAGUA, Enrique. "Introducción" en *Parte especial del Derecho administrativo. La intervención de la Administración en la sociedad*, (coord. Enrique Linde Paniagua). Madrid, Colex, 2007. p. 41-42.

procurar la “vida buena” de acuerdo con las bases de derechos y libertades que el Estado para ese fin ha establecido en su ordenamiento jurídico presidido por el deber de cumplimiento de la legalidad⁷²⁵.

Desde el planteamiento que afecta a esta investigación la modernización de las administraciones públicas es consecuencia de los cambios de la sociedad y de las transformaciones que en ella operan. En este sentido las políticas de gestión pública inciden en nuevas técnicas de gestión que pueden, dentro del citado ámbito público, acometer programas y acciones que actúan sobre nuevos fenómenos sociales y requieren nuevas formas de procurar los bienes públicos⁷²⁶. Por otra parte los instrumentos jurídicos son el soporte de la acción que asegura una finalidad basada en el interés público, pero no siempre su cumplimiento efectivo. Por ello se tratan de implantar elementos que perfeccionan la equidad práctica del sistema jurídico y otros medios de gestión que aseguran la eficacia de los programas, las acciones y los servicios que despliegan sobre ese sustrato legal la ejecución del Gobierno y la Administración⁷²⁷.

El ciudadano como sujeto del sistema político y el usuario de la Administración como objeto al que se dirigen sus prestaciones públicas presupone la seguridad y los controles necesarios que aseguran la equidad del ejercicio del poder en las actuaciones de ambos entes. Las garantías públicas que demanda el ciudadano son la sustanciación de los derechos y la facilitación de los servicios que sólo pueden satisfacer los poderes públicos. Por lo tanto, podría afirmarse que aparece un nuevo marco material del Estado de Derecho basado en los medios de gestión que aseguran la eficacia en la satisfacción de las necesidades de los ciudadanos. Marco material que por las premisas expuestas sigue llamado a encontrar una base jurídica eficaz y proporcionada para conjugar los intereses generales y particulares.

⁷²⁵ Vid. ARISTÓTELES. *Política...* Op. Cit. p.269. Se vuelve a invocar el principio rector de la misión del Estado en la tradición occidental que arranca del Estagirita: “Es misión del legislador competente considerar en una ciudad, casta humana, o cualquier otro tipo de comunidad, como pueden alcanzar una vida buena y la felicidad que les está permitida”.

⁷²⁶ PRATS CATALÁ, JOAN. “Las transformaciones...” Op. Cit. p.34. Sobre los nuevos desafíos que la globalización plantea a la Administración el autor expone como altera decisivamente las tareas tradicionales y obliga a plantear otras nuevas. “La procura de bienes públicos (servicios *uti universitatis*) objeto de la tradicional función de policía, se plantea de forma completamente diferente...no puede hacerse sino de modo parcial y subordinado mediante las intervenciones tradicionales de reglamentación inspección y sanción. Las tareas fundamentales hoy son otras: creación de observatorios, sistemas de información y conocimiento, sistemas de alerta temprana...Incluso intervenciones clásicas como las regulaciones cambian de sentido. Pues al darse a nivel supranacional, o hasta global, requieren capacidades para influir efectivamente en la regulación –no siempre formal- en que la globalización existe.”

⁷²⁷ Las normas también exigen no sólo una fundamentación suficiente sino la consideración de los diversos intereses y la posibilidad de deliberación informada entre todos ellos bajo el concepto de “calidad de las normas”, “no sólo en términos de rigor técnico y seguridad jurídica, sino también de legitimidad democrática, medida a su vez por las posibilidades de información y participación deliberativa efectivamente otorgadas a los diversos grupos de interés concernidos por la norma”. (Ibid. p.34-35).

Capítulo V. La organización pública: condicionantes formales y funcionales de su transformación.

V.1 Premisas generales.

La revisión de las normas y procedimientos que rigen la actividad de la Administración, caracterizados en el capítulo anterior, encuentran su dimensión complementaria en la organización pública. En este sentido, si los procedimientos rigen la estipulación de los procesos de la actividad administrativa, la organización muestra las relaciones entre los sujetos que los utilizan, constituyendo dos aspectos separables en el análisis de una misma realidad en su funcionamiento. En este capítulo trataremos de adentrarnos en la composición formal y funcional que obedece, de acuerdo a los fundamentos de dicha actividad, a las pautas regladas y las efectivas, ideales y reales, en correspondencia a las características de los ámbitos jurídico y técnico en los que se crea la organización pública. El objetivo de fondo es confirmar si en la transformación administrativa la capacidad del ámbito jurídico y la necesidad del ámbito técnico permiten proporcionar un marco eficaz de funcionamiento de la Administración pública capaz de resolver las contradicciones inherentes a los aspectos de la actividad o la organización. También, en la confirmación de esta hipótesis, poder mostrar algunos elementos de la transformación organizativa en los procesos de modernización, sus efectos prácticos y las vías de evolución y desarrollo que muestran.

V.2 Aparición de nuevos elementos funcionales en la transformación del Estado liberal-democrático.

La organización del Estado se enfrenta dentro del proceso de modernización a una transformación marcada por elementos tecnificados que la distancian de su inicial conformación casi exclusivamente jurídica. En la perspectiva de su organización esa transformación queda condicionada por la aparición de funciones que transforman la naturaleza de su regulación normativa. Las actividades del Estado van creando nuevas necesidades de organización a medida que crece su complejidad funcional. En esta gestación, además, parecen influir no sólo los ámbitos de actuación nuevos desde la formulación democrática avanzada en el Estado social y del bienestar, que pueden verse en la actividad promotora de infraestructuras, prestadora de servicios y reguladora de la actividad privada, entre otras de intervención pública. Además, y principalmente, la transformación del desarrollo normativo en la organización administrativa, se ve afectada por los nuevos métodos de gestión y funcionamiento que, desde los antecedentes plasmados en la organización burocrática, introducen otros elementos en las normas, sujetos, estructuras, articulación de políticas y formas singulares de organización, que en este epígrafe se tratan de caracterizar y delimitar.

V.2.1 Antecedentes y premisas doctrinales de la organización en el Estado burocrático.

V.2.1.a Aspectos históricos en la conformación del Estado.

La concreción que aporta el enfoque histórico permite introducir este apartado sin recurrir a la delimitación del objeto de la organización en la Administración pública⁷²⁸. La incursión aislada en dicho objeto siempre ha dado lugar a intentos de abstracción por parte de cada una de las disciplinas que lo abordan, que tratan de obtener en su enfoque una visión integral y sistémica de la Administración. Así, la organización es dotada de una subjetividad de su comprensión científica bajo un conjunto de técnicas y métodos que en cada especialidad arroja por sí misma resultados aplicables. No hay duda de que la organización de la Administración pública ha dado lugar a perspectivas *per se* muy respetables y a interesantes apreciaciones sobre sus implicaciones, pero, una vez más, únicamente cada enfoque por sí mismo considerado corre el riesgo de incurrir en una discusión epistemológica que puede arrojar más propuestas teóricas que instrumentos de diagnóstico eficaces⁷²⁹.

En el enfoque histórico de la formación del Estado liberal la función pública recorre desde su origen figuras que han ido conformando este concepto en un proceso donde se van delimitando especializaciones profesionales, funciones y órganos. Ya con carácter previo a la formación del Estado liberal, el poder público discurre en una especie de desdoblamiento subjetivo de elementos, cuya sucesiva aparición parte en cada una de sus etapas de un sustrato permanente de los anteriores. El

⁷²⁸ La concreción del método histórico puede entenderse en el sentido que menciona Edward H. Carr, es decir, no como la mera sucesión de hechos, si no como fruto de la interacción entre los hechos y su interpretación, a su vez modulada por los puntos de interés que presenta la realidad actual. Sin teoría o hipótesis no hay hechos con significado, y ésta surge del hilo de los hechos en el tiempo que permite formularla de modo no estático y abstracto, sino, si bien seleccionados por el interés actual, a partir de hechos reales que se interrelacionan cronológicamente. “Y es que los hechos no se parecen realmente en nada a los pescados en el mostrador del pescadero. Más bien se asemejan a los peces que nadan en un océano anchuroso y aun a veces inaccesible; y lo que el historiador pesque dependerá en parte de la suerte, pero sobre todo de la zona del mar en que decida pescar y del aparejo que haya elegido, determinados desde luego ambos factores por la clase de peces que pretenda atrapar”. CARR, Edward, H. *¿Qué es la historia?* Barcelona, Ariel, 1987. p. 77-78.

⁷²⁹ Situado el debate en la relación entre teoría política y de la administración se parte del supuesto acerca de una Ciencia de la Administración Pública originada en la Ciencia Política y conjugada con las ciencias de gestión empresarial (con minúsculas por el autor), y sólo en la tradición continental aparece como segundo padre el Derecho Administrativo, siendo este último “[...] fuente de influencia [...] beneficiosa para la formalización del conocimiento acerca de la Administración Pública, pero [...] limita metodológicamente lo que se conoce y dificulta el crecimiento independiente de la Administración Pública, a modo de esos padres posesivos a los que repugna la madurez de sus descendientes”. (BAÑÓN, Rafael. “*Los enfoques...*” Op. Cit. p. 18). A partir de la distinción entre política y Administración de Wilson, se vincula la lógica de la construcción doctrinal del Estado liberal (Ley y Estado), a la política, tutelada por la Ciencia Política, quedando la Administración Pública sin tutela disciplinar. Tales enfoques, en mi opinión, empobrecen la comprensión del objeto tratado, pues sin duda, como al menos la que aquí se propugna, sólo la visión multidisciplinar ofrece propuestas globales a objetos complejos. No es objetivo aquí por lo tanto establecer una discusión epistemológica que además pueda encubrir aspectos de índole corporativa. Más bien deben reconocerse las diferencias que en el análisis científico y técnico de un mismo objeto genéricamente considerado, pueden existir según la forma en que históricamente ha quedado construido en cada tradición cultural, pues esta es en definitiva la naturaleza del objeto tratado (la Administración Pública como constructo organizacional y social), sin perjuicio de las generalizaciones e influencias recíprocas aplicables a dichas tradiciones. Por lo tanto, ateniéndonos a la no mencionada por el autor importancia del enfoque histórico en la aplicación de la interpretación de los fenómenos sociales, se puede sostener que la Administración Pública en la tradición continental es directamente deudora del Derecho Administrativo, lo que no excluye el análisis de las contradicciones que la evolución de aquella hace decaer sobre el sistema vigente, en el marco de esta investigación.

maestro García de Enterría recurre al enfoque histórico para esclarecer las categorías que conforman la estructura de la Administración en España que se va formando desde poderes privados diseminados hasta alcanzar un poder soberano unipersonal homogéneo. A partir de este enfoque la conformación del Estado se puede entender en el proceso de vertebración del poder desde ese principio de autoridad pública o política caracterizado en cuatro etapas⁷³⁰:

a) Surgimiento del ejercicio del poder desde el coactivo o militar y patrimonial - que extiende el ejercicio de la propiedad desde la posesión material al dominio sobre las personas -, hasta el político, ya de marcado carácter jurídico por estar basado en normas objetivas y preestablecidas rescatadas del Derecho germánico y principalmente del Derecho romano, en cuya síntesis es posible reconocer el origen del Derecho común europeo⁷³¹. Este periodo madura en la Alta Edad Media como fruto de las relaciones entre los señoríos y los reinos feudales.

b) Aparición de las primeras formas de organización funcional, que avanzan desde el anterior enfundamiento a la consolidación institucional de la monarquía como herencia del Imperio Romano en la forma carolingia del *traslatio imperii* y la patrimonialización de los oficios de los funcionarios imperiales.

c) Primer periodo absolutista, originado en España, Inglaterra y Francia en el siglo XVI, que establece la organización colegial o de consejos, como intento de superación de la enajenación privada de las competencias del poder soberano concentrado en la monarquía, mediante la delegación de la gestión a órganos jurisdiccionales y administrativos.

d) Segundo periodo absolutista durante los siglos XVII y XVIII que separa el ejercicio político de la función pública con la aparición de los comisarios reales, de carácter revocable, precedentes de la creación de funciones inicialmente temporales para pasar a permanentes, disociadas de la persona que las ejerce. Se separa por primera vez, sobre el principio de legalidad, la función política de promulgación de la Ley, cuya potestad normativa impide al funcionario concentrar el ejercicio del poder público y privado.

Se considera así, que para la interpretación y capacidad de articulación de propuestas de transformación, resulta conveniente situarse en un enfoque histórico que muestre la evolución de la organización administrativa en la realidad social a la que sirve⁷³². Bajo este enfoque, la organización

⁷³⁰ Vid. GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo. *La Administración Española*. Madrid, Alianza Editorial, 1961. cap. 6 p. 101 y sigs.

⁷³¹ Vid. MONTES SALGUERO, Jorge J. " La recepción...Op.Cit. p. 353-357.

⁷³² "El Estudio de la Administración Pública y del Derecho que la regula [...] debería comenzar por un intento de delimitación conceptual de estos fenómenos. Sin embargo, esta tarea de delimitación es punto menos que imposible si pretende hacerse de forma rigurosa: la complejidad de la Administración Pública y del Derecho administrativo, y su

administrativa y el régimen estatutario instituido por el Estado liberal aparece, ante las necesidades prácticas de control social de los poderes públicos, en la asignación de la responsabilidad jurídica, al delimitar la asignación de funciones y competencias del órgano donde se inserta la persona que ejerce el servicio público. Dicha responsabilidad permite establecer las garantías que ordenan una organización administrativa que persigue la neutralidad y previsión racional de sus funciones, que para ello se sirve de principios de objetividad y seguridad de naturaleza jurídica, cuyo desarrollo a través de instrumentos normativos de la Administración facilita la aplicación eficaz de esas garantías.

Dentro de esos principios las primeras instituciones representativas del liberalismo político, las cámaras legislativas, utilizan como cauce el sistema de partidos, que ocupan las funciones del Estado donde ejecutan sus actuaciones a través de los cargos electos. Sin embargo, la ocupación por esos cargos de funciones en toda la organización político-administrativa acaba afectando a las garantías de objetividad, eficacia y estabilidad del funcionamiento público, originándose el *spoils system* americano, el *patronage* británico o hasta 1918 las cesantías en España⁷³³. Para evitar este efecto se instituye en 1855 en Inglaterra y 1883 en Estados Unidos la inmovilidad de los funcionarios públicos con la profesionalización de los *civil servants* a través de una relación estatutaria y no contractual⁷³⁴. A través de esta medida jurídica especial sobre la organización administrativa queda asentado el paso decisivo en la conformación del Estado Liberal, que asegura el papel instrumental y la neutralidad de la Administración respecto al nivel político. Se puede considerar que una vez alcanzada esa estructura organizativa se facilita la ejecución del objetivo de la Administración pública en la producción de servicios, bien sean administrativos o públicos.

V.2.1.b Aspectos jurídicos de la conformación de la organización administrativa en el Estado Liberal.

A medida que la organización administrativa resulta más difícil de dissociar de su especialidad política en la organización pública, sustanciada en instituciones y estructuras organizativas, adquiere una función administrativa más homogénea para cualquier potestad o función política del Estado. Se podría decir que todo el Estado precisa del instrumento de la Administración en tanto en cada uno de sus

profunda interpenetración con la sociedad y con otras ramas jurídicas hacen inútil cualquier pretensión de definición precisa; no sólo en términos universales, válidos para todos los tiempos y países, sino incluso limitada a un Estado y un momento históricos concretos. Ello se debe a que ambas nociones aluden a realidades históricas, a las que únicamente cabe aproximarse contemplando el proceso de su formación a lo largo del tiempo". Más allá de que el autor propone de mantener un enfoque o interpretación jurídica de la Administración Pública, la afirmación de la necesidad de una aproximación histórica a un objeto que es fenómeno social y cultural opino que tiene carácter general. (SANTAMARÍA PASTOR, JUAN ALFONSO. *Principios de Derecho Administrativo General*. v.I. Madrid, Iustel, Portal Derecho, S.A., 2004. p.26).

⁷³³ Estos fenómenos ya han sido citados en otros puntos de la investigación, pero aquí se encuadran en la problemática de la organización pública a la que se encuentran adscritos.

⁷³⁴ BELTRÁN VILLALVA, Miguel. *La acción pública...* Op. Cit. p.97-98

poderes o instancias actúa o ejecuta sus acciones recurriendo a procedimientos análogos de gestión pública. Tendencia homogenizadora que considera funcional y jurídicamente los ámbitos competenciales y de soberanía en el Estado, bien delimitados en el bloque constitucional.

En este sentido se admite tempranamente por la doctrina que en primer término la Administración pública se refiere formalmente al instrumento del Gobierno o poder ejecutivo, pero materialmente a cualquier actividad que el Estado requiere para el ejercicio de sus funciones, según la dogmática formal-sustancial introducida por Laband⁷³⁵. El mismo fenómeno es recogido por Kelsen cuando formula su teoría gradualista - crítica con Laband - que proclama la regla de subordinación de las actividades del Estado para estructurarlas, sin ataduras funcionales, en la ejecución y la norma⁷³⁶. En ambos casos, como se decía, la dogmática de la teoría jurídico-pública viene a constatar una misma realidad bajo diferentes enfoques, en la que funciones y actividad se conjugan para caracterizar en el diseño de la organización pública un marco jurídico.

Sea consignada jerárquicamente la sucesión entre norma y ejecución, que contempla tanto la concatenación de dichos actos en un órgano, como la subordinación de los órganos públicos al generar normas que son ejecutadas por otros órganos, en el caso de la teoría pura del Derecho⁷³⁷, o sea en la doctrina formal-material, que capacita a todos los órganos tanto a ejercer sus atribuciones formales como las materiales propias de otros poderes para aplicar plenamente los actos normativos y ejecutivos necesarios en el ejercicio de sus competencias, se abre el camino de la fundamentación jurídica del Estado y la Administración que, formada en el Derecho positivo, va adquiriendo la dogmática jurídica de la organización.

En ese desarrollo aparece también la teoría del pluralismo o institucional de Maurice Hauriou y Santi Romano y su escuela⁷³⁸. Para ella el Estado como tal se manifiesta pluralmente con una estructura

⁷³⁵ “La separación de los aspectos material y formal, tanto en el análisis de las funciones como en el de los actos del Estado, constituye el núcleo de la teoría de Laband, que es la primera construcción dogmática del concepto de función y la primera elaboración jurídica del problema de la separación de poderes [...] Con el análisis de Laband y de la dogmática alemana de fines de siglo se hace posible distinguir dentro de las funciones encomendadas a cada órgano...” (OTTO PARDO, Ignacio. *Derecho Constitucional. sistema de fuentes*. Barcelona, Ariel Derecho, 1987. p. 175). Otto Pardo señala la importancia de esta doctrina funcional para entender, salvadas sus contradicciones, la configuración de las fuentes normativas, en definitiva la base de los procedimientos que rigen la actividad pública y la conexión de la técnica jurídica con la organización del Estado en todos sus órganos y niveles de actividad.

⁷³⁶ GIANNINI, Massimo. *Derecho Administrativo. v.I*. Madrid, MAP, 1991. p. 80. La teoría pura del Derecho de Kelsen, en opinión de Giannini, supone uno de los grandes avances en la simplificación y comprensión de la esfera jurídica pública que se superpone a las múltiples formas de organización al captar las reglas de Derecho a la que todas ellas se pueden adaptar.

⁷³⁷ “La función legislativa es, sin embargo, un grado superior respecto a cada una de las funciones estatales, y si las normas positivas atribuyen esa titularidad a órganos distintos a los parlamentos, esto quiere decir que existen normas secundarias que serán ejecutivas respecto a las primarias, pero tendrán un carácter superior mediante aplicaciones preceptivas individualizadas”. (*Ibid.*) con lo que Giannini ilustra la jerarquización entre ejecución y norma.

⁷³⁸ Entre sus trabajos más significativos, algunos ya citados. Vid. ROMANO, Santi. *El ordenamiento...* Op. Cit. Vid. HAURIOU, Maurice. *Principios de derecho...* Op. Cit.; Vid. HAURIOU, Maurice. *Obra escogida*. (Trad. Juan Antonio

administrativa, que bajo los criterios funcional y territorial, da lugar al concepto de Administraciones Públicas. Por una parte se trata de poderes ejecutivos interrelacionados entre sí a través de competencias recogidas en la norma constitucional, que poseen instituciones representativas de la soberanía popular con facultad de legislar en sus correspondientes ámbitos competenciales. Subordinados a ellas aparecen, bajo la dirección emanada de dichas instituciones, los órganos políticos y administrativos que ejercen el gobierno y la gestión de tales competencias. Sobre estas premisas se construyen los principios de la organización administrativa, que ante todo poseen, al menos en la tradición continental, la presunción de ser principios jurídicos con plena eficacia.

En su analogía entre el Derecho público y el privado Ramón Parada no se detiene en la eficacia jurídico-administrativa cuando muestra la eficacia funcional común de las normas jurídicas de organización pública con las organizaciones civiles y en particular las mercantiles y presentar sus similitudes sustanciales. Así, las normas de unas y otras, públicas y privadas, rigen el funcionamiento y conforman sus respectivas estructuras, sin las cuales los métodos de gestión no podrían disponer de un marco de relación para la ejecución de su actividad, a través de “órganos representativos y las funciones legislativas como la junta general, órganos de carácter ejecutivo como el consejo de administración e, incluso, órganos con funciones de vigilancia que recuerdan los órganos judiciales del Estado, como los consejos de vigilancia o los censores de cuentas...”⁷³⁹.

Bajo el paradigma jurídico funciona con eficacia el principio de jerarquía entre la fuente normativa, la ejecución y el control político a partir de la elaboración de la norma que el Derecho administrativo, más allá de la interpretación doctrinal, delimita en la ejecución de la actividad y sus formas de control. Permite entender asimismo que los principios jurídico-administrativos no se ciñen a determinar la forma burocrática de la organización pública, sino que pueden establecer cualquier otra forma que admita el reconocimiento de la potestad y el sujeto jurídico, del que se ramifican, entre otras, la función de policía, que establece la teoría del órgano como fuente de autoridad y responsabilidad, hasta el nivel unipersonal; la competencia, como sustrato de la responsabilidad y la función; y en torno a ella, la jerarquía y la descentralización.

Sea como fuere, la potestad de la organización, situada en su contexto propio – la dialéctica entre organización y poder para establecerla –, no se agota en la perspectiva jurídica, razón por la que se la ha abordado desde siempre también – contemplando la dinámica de toda organización – como instrumento técnico y de gestión de procesos en tanto medio al servicio del fin de hacer operativo al Estado. Sin perjuicio de la importancia indudable de esta dimensión, la concentración en ella hace perder profundidad

Santamaría Pastor y Santiago Muñoz Machado). Madrid, Instituto de Estudios Administrativos, 1976. Vid. ROMANO, Santi. *Lo Stato moderno e la sua crisi: saggi di diritto costituzionale*. Milano, Giuffré. 1969.

⁷³⁹ PARADA VÁZQUEZ, J. R. *Derecho Administrativo I...* Op. Cit. p. 26.

al problema organizativo, cuya sustancia última es de índole jurídico-política, sede en la que se mueve el poder de la organización y determina, por tanto, su dinámica instrumental⁷⁴⁰.

En este sentido se persigue una teoría jurídica de la organización que asuma el carácter dogmático de su formulación típica con la renovación exigida por los nuevos conceptos, categorías y técnicas incorporados a la organización pública. Dentro de una profunda recepción de la doctrina jurídica alemana Luciano Parejo formula una serie de retos de gran interés en el nivel de la formación de una estructura dogmática⁷⁴¹:

a) Recuperación de la relativa indistinción en la clasificación jurídica entre el Derecho material y el organizativo, que evite la disociación esquemática de órganos con la regulación de las relaciones entre sujetos o personas. Se trata de establecer las relaciones en la ordenación jurídica de personas, órganos y su interior, que penetren en el análisis jurídico de las unidades básicas, desde la función al puesto de trabajo y el conjunto de tareas con el que se diseña.

b) Superación de la perspectiva limitada a la dimensión estructural o institucional. Trascender la condición de órgano indiferenciado por las personas que lo invisten y actúan en él, evitando una articulación rígida y esquemática basada en el principio de jerarquía. Supone una exploración interior del Estado sin incurrir en la metodología sociológica, es decir, abordándose en una perspectiva normativa-institucional que permita al legislador dotarse de categorías estables y definitorias del destinatario de las normas y al ciudadano dirigirse al interlocutor jurídicamente responsable. Para ello se debe complementar el enfoque estático de la técnica de la personalidad con la dimensión dinámica del Derecho procedimental. que combina organización y procedimiento, estructura y funcionamiento como dimensiones del mismo fenómeno organizativo.

c) La delimitación de las normas en las decisiones organizativas que permita su definición dentro del ordenamiento jurídico. Las medidas organizativas adoptadas como normas precisan determinar la competencia del legislador o del “complejo Gobierno-Administración”⁷⁴², la atribución de la potestad en el segundo caso, la adecuada inserción en el sistema general de fuentes, puesto que al no ser la norma organizativa una categoría jurídica independiente no existe ninguna predeterminación al

⁷⁴⁰ PAREJO ALONSO, Luciano. *Organización y poder de la organización. Las potestades organizatoria y reglamentaria del complejo orgánico-funcional Gobierno y Administración*. Madrid, Iustel, 2009. p. 22.

⁷⁴¹ Destacar la obra germana recibida por el profesor Parejo con una prolija mención a las fuentes doctrinales de finales del siglo XIX y principios del siglo XX, entre otros, P. Laband, G. Anschütz, Arndt y los austriacos R.H. Herrnritt, JCB. Mohr y A. Merkl, que entroncan la doctrina jurídica-política y administrativa del ordenamiento monárquico con el constitucional moderno de W. Burckhardt, Forsthoff, el propio Kelsen y actual de F.Enmarcora y W. Weber. No obstante, entre sus referencias contemporáneas directas a su tesis sobre una teoría de la organización se debe aludir a Schmidt-Assmann en *Teoría general del Derecho...* Op.Cit., E.A. E.H. Ritter y Schnapp. Vid. Ibid. p. 28-35.

⁷⁴² La utilización de este sintagma, expresado literalmente, alude en mi opinión a reconocer la riqueza de modalidades con las que pueden producirse las disposiciones y resoluciones normativas, formalmente establecidas y jurídicamente válidas, por el Poder Ejecutivo en su pluralidad orgánica y funcional. Vid. Ibid. p.22.

respecto. La norma organizativa no puede asimilarse a un acto administrativo por no decaer en el instrumento legislativo o reglamentario. La cualidad jurídica de una medida organizativa sólo puede establecerse en su análisis concreto. Al no existir un canon de Derecho de materias organizativas se exige una tarea sobre el fenómeno, que evite a su libre forma de actuación la manipulación del sistema de tutela.

d) La ubicación del núcleo de la potestad de organización en el poder ejecutivo emana de las previsiones constitucionales que le asigna una función material para garantizar la efectividad de la actuación estatal. Su amplio campo de acción no determina si su régimen de desarrollo o límites quedan prefigurados por Ley, pero sí la responsabilidad de poner los medios para cumplir el servicio al interés general a través de normas materiales que establezcan un sistema diferenciado de funciones, instituciones y órganos hasta llegar a la realización de la tarea debida frente al ciudadano, de donde se deduce su potestad organizatoria

e) La clarificación de la competencia de dirección del proceso organizativo en las alternativas que ofrece la dirección parlamentaria y la potestad organizatoria del ejecutivo. Esta tarea debe descansar en la regulación organizativa directamente constitucional.

f) La definición del régimen jurídico de validez de las medidas organizativas en la perspectiva de las competencias de los órganos, sus derechos y obligaciones como tales órganos a exigir y ser exigidos por un estricto cometido de esas competencias que llegue a la distribución de tareas por el funcionario. Abordaría también el régimen de las relaciones por la distribución de competencias en organizaciones, órganos e intraorgánicas, sin descender al derecho de la función pública, pero en coherencia con él.

En la exposición de de Luciano Parejo, recogida de la nueva escuela alemana del Derecho administrativo, la rápida evolución jurídico-positiva de la dinámica de funcionamiento de la Administración precisa observar la institución de trabajo, la comunicación con la organización privada, las medidas informales y descentralizadas y los procesos de privatización con sus consecuencias de una organización pluralista y reguladora del mercado. La organización y el Derecho suponen un instrumento de dirección para el desempeño de las tareas del poder público que exige contemplar conjuntamente el encuadre orgánico, la estructura, el funcionamiento y el procedimiento conectados, y el régimen de los medios personales y presupuestarios⁷⁴³.

⁷⁴³ Vid. SCHMIDT-ASSMANN, Eberhard. "Die Verwaltung als Organisation und die Bedeutung des Organisationsrechts" en *Das Allgemeine Verwaltungsrecht als Ordnungsidee*. Heidelber, Springer, 1998. p. 205-233. Assmann recoge en este capítulo la adecuación de la organización jurídico-administrativa a una correcta organización material que recoja las nuevas prácticas en una dimensión dogmática, que más que actualizar el Derecho administrativo, permita someter aquellas al control del sistema jurídico desde nuevas premisas.

V.2.2 Premisas jurídicas y técnicas de la organización en la reforma de la gestión pública.

V.2.2.a Antecedentes doctrinales en la reforma de la organización administrativa.

En la hipótesis propuesta dentro de esta investigación, la confrontación entre las reglas técnicas y las normas jurídicas no surge en como consecuencia directa de las cuestiones abiertas ante la reforma y modernización del Estado social, sino que reside en la forma de organización del negocio público-administrativo. Giannini apunta en sus premisas generales del Derecho Administrativo cómo la ciencia de la Administración se desarrolla a través de pensadores jurídicos que en los orígenes detectaron la posible incorporación de otras disciplinas a esa ciencia para sumarse a las materias del nuevo Derecho. Por ello se puede señalar que en los albores del Derecho administrativo existía una indistinción entre esta ciencia de la Administración y las ciencias no jurídicas que posteriormente se pierde con la introducción de la pandectística iuspublicista⁷⁴⁴.

Hacia finales del siglo pasado [XIX] hubo una reforma de las ciencias de gestión administrativa, derivada de disciplinas y técnicas antiguas como la contabilidad, la ordenación de archivos, etc., las cuales sufrieron entonces profundas transformaciones. Estas englobaron también los hechos administrativos colectivos, y tuvieron dos direcciones principales: la primera en el sentido de plantear una ciencia (o técnica) de la organización que se ocuparía incluso de la organización pública. La otra, sosteniendo que era demasiado limitado el horizonte de la organización, ha reasumido la ciencia de la administración como una técnica de la sociología, de la economía, de la ciencia política: en sustancia constituiría una ingeniería de las Administraciones Públicas. Efectivamente una disciplina con este contenido tiene un papel importante⁷⁴⁵.

Tales palabras de un administrativista tan cercano a nuestra realidad y lectura de la Administración pública como Gianinni resultan toda una invitación a reconsiderar las relaciones entre el marco técnico y jurídico en la organización administrativa. Sin perjuicio de la línea equivocada, que él mismo señala, de las primeras posiciones al respecto de Romagnosi primero y Stein después sobre un Derecho administrativo aún tan inmaduro jurídicamente como las propias disciplinas técnicas que estos autores trataban de asimilar, ahora el reto resulta cualitativamente diferente⁷⁴⁶. Sin embargo, aquel acercamiento intuitivo a afrontarlo a partir del reconocimiento de una misma identificación del objeto de la gestión pública no deja de tener vigencia. Intuición que se prolonga en las palabras de Gianinni a su mención de la ciencia de la Administración como una “ingeniería de las Administraciones Públicas” que anticipa la repercusión especial que en la modernización de la gestión pública van a tener las innovaciones tecnológicas como instrumento integrador de estas disciplinas. La tecnología, en definitiva, supondrá dotar a los diferentes instrumentos jurídicos y técnicos de una estructura formal que

⁷⁴⁴ Por este orden se consideran obras precursoras de esta ciencia de la administración arcaica: Vid. STEIN, L.V. *Die Verwaltungslehre*. Stuttgart, Hauptgebiet, 1868. Vid. ROMAGNOSI, Gian Domenico. *Instituzioni di diritto amministrativo*. Milano, Cesare Orena, 1814. Vid. ROMAGNOSI, Gian Domenico. *Introduzione allo studio del diritto pubblico universale*. Milano, Giovanni Silvestri, 1836.

⁷⁴⁵ Vid. GIANNINI, Massimo. *Derecho Administrativo*. Madrid, MAP, 1991.v.I. p.89-90.

⁷⁴⁶ Vid. ROMAGNOSI, Gian Domenico. *Introduzione allo studio...Op. Cit.* STEIN, L.V. *Die...Op. Cit.*

los interrelaciona en un único sistema de funcionamiento, que conduce a todos ellos a la consecución de fines comunes.

V.2.2.b *Rasgos de la asimilación jurídica de la reforma de la organización administrativa en España.*

En el ámbito de España la capacidad de especialización de la organización administrativa se produce por medio del desarrollo de las normas básicas estatales en las que se profundizará más adelante. En cuanto a las investigaciones sobre la gestión pública, es ante el proceso creador de las administraciones autonómicas donde se muestran numerosas y enriquecedoras desde todos los puntos de vista, especialmente las propuestas en ciencia y teoría de la administración y la organización. Destaca Cataluña, por su carácter de referencia y el volumen investigador en el ámbito de la *Generalitat de Catalunya* y sus administraciones locales. También se puede ver el desarrollo legislativo autonómico dependiente de la legislación básica estatal en la gestión de servicios de las administraciones autonómicas en general⁷⁴⁷. Dicha capacidad permite, entre otros aspectos, adaptar las normas jurídicas a las características especiales de competencias que soportan en mayor medida los servicios públicos sin dejar de asumir importantes funciones administrativas de autoridad⁷⁴⁸. Precisamente esta última característica asoma elementos que apuntan no sólo el hecho diferencial como causa política, sino el ámbito de gestión como elemento de desarrollo de un régimen jurídico administrativo propio:

*A partir de la caracterització inicial es planteja la pregunta de si la “funció pública autonòmica” com a institució vigent a la Generalitat de Catalunya resulta ser una mera rèplica de la institució vigent a l’Administració General de l’Estat, representa una configuració alternativa comuna per a totes les administracions autonòmiques o cadascuna d’elles disposa del seu propi arranjament institucional diferenciat*⁷⁴⁹.

En este sentido, dentro del ámbito legislativo, ciertas Comunidades Autónomas se anticipan a la redacción final y promulgación del Estatuto de la Función Pública que “siguiendo lo que propone el informe de la comisión de expertos nombrada por el Ministerio de Administraciones Públicas, reduce los preceptos básicos de manera que permite a las comunidades autónomas una esfera más amplia de potestades normativas para definir la función pública propia” como dice en su Exposición de Motivos la

⁷⁴⁷ Vid. SALVADOR, Miquel. "Innovació institucional i capacitats de gestió a l'administració autonòmica: el caso de la Generalitat de Catalunya" en *Revista d'Estudis Autònomicos i Federals*, n. 7, octubre 2008. p. 236-267. Vid. RAMIÓ, Carles y Miquel SALVADOR. "La configuración de las administraciones de las comunidades autónomas: entre la inercia y la innovación institucional" en *Veinte años de autonomías en España. Leyes, políticas públicas, instituciones y opinión pública*, (eds. J. Subirats, y R. Gallego). Madrid, CIS, 2002. p. 99-134

⁷⁴⁸ Vid. BALLESTEROS, A. "La función pública de las Comunidades Autónomas" en Martín Retortillo, S. *Pasado, presente y futuro de las Comunidades Autónomas*. Madrid, Instituto de Estudios Económicos, 1989. p.165-230. El ya citado politólogo Miquel Salvador recurriendo a interesantes estudios comparados analiza las razones de la replicación del modelo autonómico y estatal de gestión pública y establece dos causas principales: la necesidad de ajuste a la legislación básica del primero y la inercia en la transferencia de recursos entre ambas administraciones. Vid. SALVADOR, Miquel. "La función pública autonómica como institución: ¿buscando alternativas o reforzando un modelo? Los casos de la Comunidad de Madrid y la Generalitat de Catalunya" a *Revista Española de Ciencia Política*, n. 12, 2005. p.129-151.

⁷⁴⁹ SALVADOR, Miquel. "Innovació institucional..." Op. Cit. p. 244.

Ley 3/2007 de la Función Pública de la Comunidad Autónoma de las Islas Baleares, que en su artículo 2 establece los principios informadores cuya fuerza sintética y voluntad modernizadora anticipa la posterior norma estatal de la Ley 7/2007, de 12 de abril, del Estatuto Básico del Empleado Público:

1. La función pública es un instrumento para la gestión y la satisfacción de los intereses generales que tiene encomendados la administración autonómica, y se ordena jerárquicamente de acuerdo con los principios de legalidad, objetividad y neutralidad, servicio a la ciudadanía, eficacia, eficiencia y transparencia en la gestión.
2. La función pública de la Administración de la comunidad autónoma está integrada por el conjunto de personas que prestan servicios mediante una relación de carácter especial, regulada por la normativa administrativa o laboral e informada por los principios constitucionales de igualdad, mérito, capacidad y publicidad.
3. El personal al servicio de la administración autonómica, en el ejercicio de las funciones que tiene encomendadas, actuará sometido a los principios de imparcialidad, profesionalidad, diligencia, buena fe y responsabilidad⁷⁵⁰.

El examen de los nuevos elementos de la reforma en proyecto del Estado junto a las características propias de la Administración Balear en el ámbito competencial autonómico permite caracterizar la eficacia jurídica de los principios utilizados.

a) En el primer punto, los principios de legalidad, objetividad y neutralidad encuentran una inmediata garantía de cumplimiento de la norma⁷⁵¹. Garantía de aplicación a los procedimientos jurídicos que pueden no sólo ejecutarse dentro de las resoluciones administrativas que presentan los casos concretos de aplicación, si no desarrollarse en una motivación que asegure dicho cumplimiento en las instancias jurisdiccionales. En otros, sin embargo, la ausencia de un criterio calificador que delimite el servicio a la ciudadanía, la eficacia, la eficiencia y transparencia en la gestión, deja su interpretación a la discrecionalidad de la práctica administrativa, pues se trata de principios que apenas pueden concretarse con objetividad jurídicamente⁷⁵². La ausencia de criterios materiales y de procedimiento capaces de determinar una interpretación jurídica, dificulta normar o vincular la actuación administrativa a tales principios, y fijarlos como obligaciones cuyo incumplimiento se pueda calificar y fallar. Cobran así, si esa definición no se perfecciona en un desarrollo que permita sustanciar las garantías formales y materiales, un mero carácter admonitorio.

⁷⁵⁰ El parlamento balear se anticipa a legislar, reformando la anterior Ley 2/1989, de 22 de febrero, sobre su norma de función pública en base a los resultados parciales de la Comisión de Expertos, sin esperar la promulgación de la Ley Estatal, EBEP.

⁷⁵¹ G. Rossi expone una interesante y profunda reflexión sobre la dialéctica entre los principios y las normas, el carácter normativo de los primeros, si se inducen de los segundos o se deducen éstos de los primeros. En conclusión no aparece un único criterio aplicable, que variará según las circunstancias en que se presenta el hecho jurídico, si bien el enfoque sustancialista, que parte de la inducción de los principios como fuente normativa, se presenta como el más aplicado en la creciente tendencia antiformalista. Vid. ROSSI, Giampaolo. "Método jurídico y Derecho Administrativo: la investigación de conceptos jurídicos elementales" en *Cuadernos de Derecho Público*, n. 21, enero-abril 2004. p. 11-16.

⁷⁵² El problema de la indeterminación jurídica nace del propio componente semántico de los así llamados conceptos, cuya ambigüedad parte de ser esencialmente controvertidos. Vid. IGLESIAS VILA, Marisa. "Las fuentes de indeterminación del Derecho" en *Cuadernos de Derecho Público*, n. 28, mayo-agosto 2006. p. 65-72.

b) En el segundo punto el principio de publicidad en cuanto al acceso a la función pública resulta al menos no directamente aplicable. En ese sentido la publicación de la oferta pública al que parece aludir el mencionado principio de publicidad de la norma autonómica resulta menos determinado del que informa sobre la transparencia que figura en el artículo 1.3.h. de la posterior Ley estatal relacionado con el contenido de la información pública de los procedimientos que afectan al proceso de selección.

c) Por parecidos motivos, resultan también de valor orientativo los principios que se añaden en el tercer punto respecto a la diligencia, buena fe y responsabilidad, cuyas obligaciones sobre el ejercicio de las funciones del empleado público se vinculan a enunciados del procedimiento administrativo que se recogen en el artículo 3 de la Ley 4/1999 de 13 de enero. Si bien es cierto que resultan más apreciables para su aplicación jurídica por la doctrina al corresponder a categorías mejor delimitadas en ésta⁷⁵³.

V.2.2.c *Los métodos técnicos y sus fundamentos privatistas en la nueva organización pública.*

Mientras los enunciados jurídicos establecen la organización administrativa de manera formal y sustantiva, los criterios de organización funcionales fundados en procedimientos técnicos son capaces de establecer factores objetivos de eficacia y eficiencia que califican materialmente los compromisos del servicio y los requisitos de transparencia que se consideran exigibles. Sin embargo, estos factores parecen carecer de instrumentos que puedan reconocerse por el ámbito jurídico público y apenas permiten su valoración por éste fuera del ámbito técnico originario. Por lo tanto, todas las formas de organización que nacen del intento de aplicación de estos métodos técnicos tienden a confrontar su cumplimiento con valores adscritos a los fines que autónomamente quieran fijarse y con los medios que por estos criterios se establezcan, sin que el actual ordenamiento pueda dotarlos de eficacia jurídica⁷⁵⁴. Criterios que por consiguiente necesitan acompañarse por principios de gestión pública no jurídicos, tales como la receptividad y otros, que son impulsados de forma destacada por instituciones como la OCDE: Los organismos públicos y los gestores deben de “aprender a aprender, a observar constantemente en su entorno para adaptarse a él dentro de los límites establecidos por las normas de la democracia, y con la preocupación fundamental de mejorar sus resultados sobre el propio terreno”⁷⁵⁵.

⁷⁵³ Sobre el principio de buena fe como institución con origen en el Derecho Romano, dentro del tráfico civil y mercantil, Fernández de Buján propone un cierto presupuesto de igualdad entre las partes que se opone a las prerrogativas de la Administración. Vid. FERNÁNDEZ DE BUJÁN, Antonio. "El papel de la buena fe en los actos, arbitrajes y contratos" en *Revista de Derecho de la UNED*, n. 7, 2010. p. 275-330.

⁷⁵⁴ SÁNCHEZ BLANCO, Ángel. "La Agencia Estatal..." Op. Cit. p. 757-758. En la concisión crítica de este jurista "El modelo que se propone está sintetizado en que la Administración tiene que ser autorregenerada por las demandas cambiantes, plurales y variadas de la sociedad, sin que sus responsables políticos y sus medios personales se agobien por el peso de la norma y sin que ésta encubra la irresponsabilidad del funcionario, cuyo nuevo perfil exige adecuarse a la necesidad de gerentes, negociadores y planificadores, mediante la integración del funcionario en la organización con el cumplimiento espontáneo de normas y adecuación a los objetivos de la estructura organizativa".

⁷⁵⁵ VILLORIA, Manuel. "Modernización administrativa..." Op. Cit. p.90-91. Sobre este concepto de la receptividad, Villoria resume nueve aspectos que resumen sus actuaciones que sintéticamente son los siguientes: a) la diversificación de la organización de servicios públicos y creación de organismos de fines especiales, b) Reforzamiento de la responsabilidad

Indudablemente se entra en un nuevo formalismo técnico que sustituye el vacío que deja el Derecho ante diferentes enunciados de eficacia que la nueva Administración se propone.

A este formalismo técnico, en el sentido de extrajurídico, se le reconoce por las nuevas reglas que se introducen en la gestión pública relacionadas “[...] con el sentido de organización y dirección de recursos para alcanzar el resultado deseado”⁷⁵⁶. Bajo este criterio quedan notoriamente desplazados los principios jurídicos en los que se funda la relación entre la organización pública administrativa con sus obligaciones como sujeto garante del Derecho a través de los mecanismos que debe establecer en procurar la eficacia jurídica, para atender en su lugar a los propósitos utilitarios de los objetivos de funcionamiento. La orientación funcional de este propósito podría proceder de la necesidad de gestionar los servicios públicos que demanda la sociedad, cuya provisión el sector privado no puede sostener por sí mismo ni tampoco puede ser acometida por los métodos de gestión administrativa tradicionales, por lo que el ideario de la nueva gestión pública los transforma en métodos de gestión extraídos de, o en colaboración con, el sector privado.

Métodos y técnicas que se extienden a la gestión a través de estructuras orgánicas independientes, como las agencias públicas, o fórmulas contractuales e institucionales de colaboración público-privada, que permiten aplicar este modelo técnico a funciones que en el sustrato del Estado liberal correspondían a una formalización jurídica de funcionamiento aplicado a las actividades limitadoras de derechos, reguladoras o de fomento público de la actividad económica. La evolución del Estado liberal presenta así, en sus diferentes formas históricas entendidas en una abstracción sintetizadora, una línea cronológica que avanza hacia un modelo técnico en detrimento del modelo jurídico administrativo, que sin embargo oscila en las políticas públicas de actuación económica y social que aplica dicho Estado, propiciando diferentes grados de intensidad en las políticas de intervención pública o de impulso de la actividad privada, tal y como trata de mostrar la siguiente representación conceptual:

de la administración con los ciudadanos, c) transformación del diseño de políticas hacia la participación de los clientes y directivos de línea, d) importancia de los recursos humanos y transformación de las políticas de personal, e) La mejora sustancial de los puntos de contacto con el ciudadano f) Prácticas administrativas de refuerzo de la receptividad basadas en el análisis de la percepción de los clientes g) Uso de las tecnologías de la información que agilizan el acceso del ciudadano y la respuesta de la administración, h) Formación de clientes que participen en la toma de decisiones i) Renovación de la gestión pública y cambio de cultura hacia una gestión emprendedora.

⁷⁵⁶ ALLISON, Graham.T. "La gestión pública y la privada ¿son fundamentalmente similares en todos los aspectos importantes?" en *Clásicos de la Administración Pública*. Colegio Nacional de Ciencias Políticas y Administración Pública, FCE. Mexico, 1999, p.741.

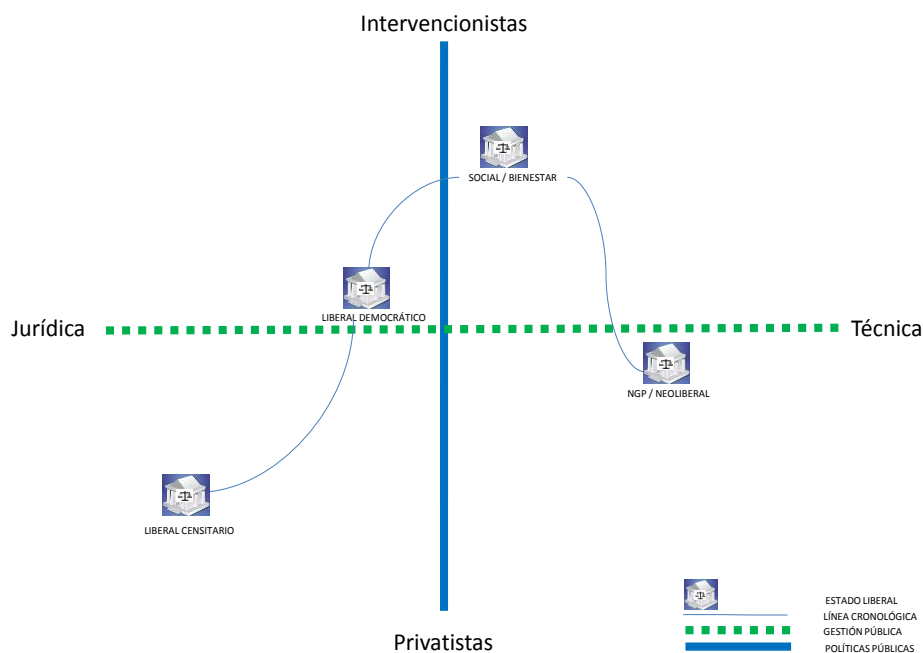


Figura 5.1.: Representación conceptual de situación del Estado Liberal en la relación entre los tipos de formalización procedimental y las políticas públicas

Fuente: Elaboración propia

Entendiendo las políticas y los métodos de gestión pública como dos variables independientes que operan en una misma función, es más fácil apreciar las contradicciones en la organización administrativa entre los objetivos de las políticas públicas y el uso de los recursos del sector privado. Entre ellas destaca que en los procesos de modernización de los servicios públicos originados por las meras insuficiencias del ámbito privado deban aplicarse técnicas de gestión pública de origen privado. Sin embargo, esto se puede examinar como una contradicción dialéctica o aparente si se considera que, previamente, las formas de organización jurídico-públicas no han podido alcanzar la eficacia en la gestión requerida para la prestación del servicio.

En el desarrollo de este análisis, Graham Allison destaca las diferencias sustantivas entre la gestión pública y privada haciéndose eco de fuentes que inician la discusión sobre el modelo público administrativo⁷⁵⁷. Dentro del modelo público las formas ineficaces se encuentran tanto en el control político, que actúa con vaguedad en la definición de los objetivos y la evaluación de los resultados, como, ante todo, en los factores ambientales, determinados por:

- a) Las limitaciones jurídicas, que, de acuerdo con Allison, se pueden superar con políticas en las que se propone, en analogía con una gran organización privada, “mayor diversidad de la intensidad de influencias externas informales sobre las decisiones” y “mayor necesidad de apoyo de ‘terceros interesados’”.

⁷⁵⁷ ALLISON, Graham “La gestión pública...” Op. Cit. p. 758-759.

- b) El mercado, donde las técnicas de gestión privadas son eficaces si se aplican en un entorno de competencia que les lleva a perfeccionar el modo de obtener sus resultados bajo el estímulo de la capacidad de elección de sus clientes.

Tal vez sea el factor de competencia la clave en el análisis del paradigma técnico privatista de los procesos de modernización administrativa. En gran medida la ausencia en un ámbito de mercado de recursos y servicios demandados por la sociedad ha llevado a asignarlos al entorno público, cuyo desempeño eficaz aumenta, sin embargo, en dicho entorno competitivo. De forma que fuera de él, es decir, en condiciones de monopolio, resulta al menos dudoso que mejore por la vía privatista la eficacia prestacional del bien o servicio público por el mero empleo de criterios de flexibilidad y simplificación que evitan los controles políticos y condicionantes jurídicos en la estructura de los procesos de gestión. Tal vez porque dichas técnicas de organización y gestión precisan condiciones de competencia y se incumplen también en la empresa privada cuando estas condiciones no están presentes⁷⁵⁸.

Ante estas premisas la provisión de servicios públicos esenciales apunta a dos opciones: procurar que sean prestados en condiciones de competencia por la actividad privada, para lo que se requiere una capacidad de los sectores privados implicados a través de un comportamiento del sector empresarial capaz de planificar los beneficios a largo plazo para garantizar su provisión; o promover políticas de gestión pública que favorezcan principios competitivos propios del ámbito privado, tales como la capacidad de elección, la diversificación administrativa en el ejercicio de competencias concurrentes como forma de competencia, o la fijación de objetivos programáticos claros y evaluables en términos de percepción, eficacia y ejecución presupuestaria.

En este sentido, las condiciones de monopolio se prohíben en el mercado privado y se hacen obligatorias en el sector público, bien cuando la prestación de un servicio requiere regular la iniciativa privada, o bien al prestar directamente una necesidad básica demandada por la sociedad. De la necesaria regulación imparcial de estas condiciones para el eficaz funcionamiento del mercado se deducen buena parte los principios de actuación restrictivos de las potestades del Estado liberal-democrático, tales como la objetividad, la interdicción de la arbitrariedad y la regulación procedimental jurídicamente garantizada del funcionamiento interno que procure la neutralidad de los poderes públicos ante los sujetos que actúan en el ámbito privado. Por el contrario, donde no alcanza el juego subjetivo del

⁷⁵⁸ Al respecto De la Quadra-Salcedo reflexiona sobre el sentido constitucional de la liberalización y los límites que desde ésta se imponen al concepto, no sólo desde la obligación de la supresión de trabas a la iniciativa privada, si no sobre la actividad administrativa in-vigilando que requiere la supresión de los monopolios. Vid. DE LA QUADRA-SALCEDO, Tomás. "Constitución y modelo económico liberalizador" en *Cuadernos de Derecho Público*, n. 9, enero-abril, 2000. p. 27-46.

mercado, éste debe someterse a una regulación e intervención del sistema público que evite la imposición de potestades del ámbito privado a los intereses públicos⁷⁵⁹.

Los contrapesos entre ambos sectores de la actividad socioeconómica puede permitir entender la creación de funciones públicas regidas por diferentes fines, y por ende, por diferentes reglas de gestión que no evitan el trasladar principios generales de un tipo de organización al otro, como el análisis de los procesos, la identificación de los costos y el valor, la observación de las prácticas que conducen al éxito y el diseño institucional, de forma que “La lección más provechosa que puede dar la gestión privada a la pública es la perspectiva de lograr una mejora considerable mediante el reconocimiento y la conciencia de la función de la gestión pública”⁷⁶⁰. De ahí, como señala Graham Allison, la importancia de extraer la propia experiencia de la organización pública a través del análisis de casos, particularmente en los niveles intermedios e inferiores. De este modo, para la correcta introducción de la práctica privada, la investigación comparatista del ámbito público parte de las especificidades que ofrece la gestión pública para definir un modelo que permita su separación de los planteamientos apriorísticos de la organización y gestión administrativa característica del ámbito jurídico público tradicional⁷⁶¹.

V.2.3 Caracteres subjetivos de la transformación organizativa

V.2.3.a Encaje del ciudadano como sujeto activo.

En la transformación jurídica y organizativa de la Administración se realiza un reposicionamiento de los sujetos que la conforman e inciden en la definición doctrinal. El reconocimiento de los ciudadanos como sujetos titulares y al mismo tiempo usuarios de la Administración desplaza la concepción del Estado desde un ente concretado en los funcionarios y la burocracia como principal sujeto de la organización pública, a la aparición de nuevas condiciones para cambiar el paradigma de funcionamiento de la Administración.

Entre las primeras y más influyentes perspectivas sobre este sujeto figura la de Mark H. Moore, que disocia la condición de ciudadano y cliente como actores independientes en la actuación pública. La categoría de cliente se corresponde sin ambages al papel de beneficiario al que, desde la perspectiva administrativa, ahora se hace referencia. A partir de una concepción sujeta a la idiosincrasia en EE.UU. de prioridad del modelo privado, impulsado desde la década de los setenta en la *Kennedy School of Government* de Harvard, Moore establece un paradigma de la función de la gestión pública basado en

⁷⁵⁹ Vid. BALDWIN, R. y CAVE, M. *Understanding regulation: theory, strategy, and practice*. Nueva York, Oxford University Press, 1999. p. 15-24. Exponen el contenido de los principios motivadores de la regulación del sector privado por el público ante el examen racional de yuxtaposición entre los intereses privados y los intereses generales. (ver la tabla de la pag. 24).

⁷⁶⁰ ALLISON, Graham “La gestión pública...” Op. Cit. p. 775.

⁷⁶¹ Ibid. p. 776-777

una percepción cultural y subjetiva de “mal necesario” o subsidiaria respecto a la gestión privada, que en el análisis comparado entre ambas propone sus diferencias de fondo por medio de analogías de forma: “En resumen, en ambos casos, [público y privado] tanto los propietarios como los clientes deben estar satisfechos con lo que el directivo hace”⁷⁶². Sin querer simplificar la importancia y riqueza de su análisis profundamente esclarecedor de la condición sustantiva del sector público, en gran medida acometida por su teoría subjetiva sobre la creación del valor público, su análisis se orienta a un enfoque utilitarista en el que predomina una relación contractual en el que las instituciones y reglas se definen por su carácter instrumental. Así, “Las aspiraciones ciudadanas, expresadas a través del sistema representativo, constituyen la preocupación central de los directivos públicos [...] parecen ser de dos tipos. El primero se refiere a bienes colectivos que los ciudadanos desean y consumen individualmente [...]; y el segundo consiste en las aspiraciones políticas que reúnen condiciones sociales adicionales [...] el valor de la actividad se debe juzgar en relación a las expectativas ciudadanas en términos de justicia y equidad, así como de eficacia y eficiencia”⁷⁶³.

Por otra parte, ya dentro de la tradición continental, en el marco jurídico público, como sustrato que determina la función objetiva de las reglas y la técnica imparcial de equidad mencionadas por Moore, el concepto angular de ciudadano en las relaciones organizativas de la Administración emana de los ordenamientos constitucionales con la obligación de proteger los derechos ciudadanos y la obligación de satisfacer la demanda de servicios públicos. Los sujetos activos de la Administración se presentan en las fuentes jurídicas con dos categorías básicas: la titularidad del Estado y el poder sobre las obligaciones de su actividad. La CE establece dos anclajes para ambas. Para la primera, el artículo 1.2, fija el principio de residencia de la soberanía nacional en el pueblo como expresión de la titularidad del Estado liberal-democrático. En la segunda categoría, recogida en el artículo 103.1 CE, se proclama que “La Administración Pública sirve con objetividad los intereses generales...” que expresan el poder originario de las obligaciones de la Administración. Ciertamente pueblo e intereses generales representan categorías abstractas que requieren una delimitación jurídica para su personificación como sujetos individuales o colectivos. Por una parte, el pueblo, en tanto titular colectivo del Estado, se vincula a la condición de ciudadano como sujeto individual a través de los derechos políticos que concede en el artículo 11 y su conexión con el artículo 23. Queda por lo tanto al desarrollo legislativo la concreción como sujeto activo de los “intereses generales” en cuanto portadores de las obligaciones públicas que contrae la Administración.

⁷⁶² MOORE, M.H. *Gestión estratégica y creación de valor en el sector público*. Barcelona, Paidós, 1999. p. 87.

⁷⁶³ *Ibid.* p. 87-89.

Así, ya dentro del desarrollo positivo de la legislación reguladora de la Administración se comienza a delimitar el sujeto que corresponde al principio abstracto de ese interés general con la Ley 6/1997, de 14 de abril, de Organización y Funcionamiento de la Administración General del Estado (LOFAGE), en cuya Exposición de Motivos dentro del apartado II razona la concatenación de principios del siguiente modo:

"Por su parte, los intereses generales, de acuerdo con la doctrina del Tribunal Constitucional, deben definirse a través de una acción combinada con las instituciones sociales y teniendo muy en cuenta los legítimos derechos e intereses de los ciudadanos de acuerdo con el principio constitucional de participación. Además, el artículo 9.2 de nuestra Norma Fundamental señala claramente que la Administración pública debe remover los obstáculos que impidan la libertad y la igualdad de la persona y de los grupos en que se integra. Y, por otra parte, el artículo 10.1 de la Constitución dispone solemnemente que el libre desarrollo de la personalidad es uno de los fundamentos del orden político y la paz social. Por eso, la Administración General del Estado, a través de sus diferentes modalidades de actuación debe tener presente que el servicio a los ciudadanos es el principio básico que justifica su existencia y que debe presidir su entera actividad". (Resaltado en negrita mío).

Más adelante en el apartado III, del mismo texto se señala de forma concluyente:

"El servicio a los ciudadanos y a los intereses generales debe estar caracterizado, como ha dispuesto la Constitución, por la objetividad. Es decir, la transparencia en la actividad administrativa debe ser, no sólo una garantía para los ciudadanos, sino un criterio de actuación general del aparato público. Los titulares de los diferentes órganos administrativos no son más que gestores de intereses ajenos, los del cuerpo social, por lo que debe rendir cuentas de su gestión ante los ciudadanos". (Resaltado en negrita mío).

Posteriormente, la Ley 4/1999, de 13 de enero, de modificación de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común (LRJAP) en la exposición de motivos apartado I, párrafo quinto, se plantea el principio de orientación ciudadana en su conexión con el interés general en concordancia con lo establecido en la LOFAGE, modificando para ello "los aspectos más problemáticos de la LRJAP, según la opinión de la doctrina y de los aplicadores del derecho". Finalmente la reforma de la Ley sustancia este principio en disposiciones más favorables al ciudadano en el sentido de reforzar sus garantías jurídicas frente a la actuación de la Administración.

La conexión entre ciudadanos e intereses generales sigue, no obstante, separando a estos últimos en un concepto abstracto que no se acaba de aclarar si puede suponer una especie de reserva fáctica administrativa a la interpretación de las relaciones con los ciudadanos que se dirigen a la Administración, pero traen a colación las obligaciones de transparencia y rendición de cuentas como principios garantizadores en dicha relación. En definitiva, estas actualizaciones abren la puerta a un nuevo enfoque de la organización pública basado en los cambios del modelo de relación entre la Administración y el Ciudadano, al que se reconocen más garantías y mayor capacidad de actuación.

V.2.3.b Factores contradictorios de la transformación organizativa.

Se considera que la ejecución de las demandas ciudadanas y el ejercicio de las funciones encomendadas al personal en la estructura directiva y técnica de los órganos de la Administración confluyen en el ordenamiento jurídico. Dentro de este ordenamiento entran de lleno los procedimientos administrativos que requieren el control de legalidad de los procesos del servicio público. Es con ello, dentro del acceso al público, donde surgen contradicciones entre los fines de las demandas ciudadanas y los medios jurídicos de que dispone la organización, que plantean medidas de eficacia jurídica, descentralización en la organización que simplifique el acceso de los ciudadanos a los servicios públicos y de mejora en la regulación de la responsabilidad administrativa.

El Estado del Bienestar, que responde a la formulación jurídica y constitucional del Estado social, ponía de relieve la capacidad limitada de adaptación de las estructuras departamentales clásicas de la Administración burocrática a las necesidades de las prestaciones públicas. Su racionalidad organizativa y normativa previa llega a representar el único mecanismo conocido para asegurar las garantías a los principios de igualdad y seguridad jurídicas, la asignación de los recursos bajo el principio del interés público, el bienestar social que protege las libertades políticas y la regulación amparada en el interés general⁷⁶⁴. En definitiva, en todo momento el Estado de Derecho parece abocado a realizarse a través del diseño racional de su organización, alcanzado a través de las estructuras burocráticas.

El Estado burocrático conformado por la maduración del régimen administrativo liberal constituye un sustrato de la Administración al que se superponen, sin sustituirlo, la revisión y reformas modernizadoras de acuerdo con nuevas necesidades de la sociedad que el proceso de modernización produce, incorpora transformaciones asentadas en los estadios de funcionamiento anteriormente alcanzados. En este contexto deben entenderse los modelos de organización gerencial de la Administración pública que suceden al modelo burocrático⁷⁶⁵. Por consiguiente, estas formas de organización surgen en procesos de transformación de naturaleza heterogénea en el ámbito anglosajón,

⁷⁶⁴ Ninguno de los principios enunciados son ajenos al origen del pensamiento liberal, que propugna un estadio superior de la organización política al que se acoge una sociedad civil dispuesta a delegar al Estado la imposición de normas que defiendan los intereses particulares y ampare el interés público. "Pero aunque los hombres, al entrar en sociedad, renuncian a la igualdad, a la libertad y al poder ejecutivos que tenían en el estado de naturaleza, poniendo esto en manos de la sociedad misma para que el poder legislativo disponga de ello según lo requiera el bien de la sociedad, esa renuncia es hecha por cada uno con la exclusiva intención de preservarse a sí mismo y de preservar su libertad y su propiedad de una manera mejor, ya que no puede suponerse que criatura racional alguna cambie su situación para ir a peor" (LOCKE, John. *Segundo tratado sobre el gobierno civil*. (Trad. Carlos Mellizo). Madrid, Tecnos, 1990. p. 127).

⁷⁶⁵ Introducción del modelo gerencial en su formulación dentro de la realidad de España. Vid. MENDOZA MAYORDOMO, Xavier. "Técnicas gerenciales y modernización de la Administración Pública en España" en *Documentación Administrativa*, n. 223, julio-septiembre, 1990. p. 261-290. Dentro de la aplicación de este modelo destacan las Administraciones locales que empiezan a producir literatura teórica y didáctica, Vid. PRATS CATALÁ, Joan. "Formación, modelos organizativos y perfiles gerenciales en las Administraciones Públicas españolas", en *La formación para la Administración local en los noventa*. Barcelona, Ayuntamiento de Barcelona, 1989.

norteamericano y continental, sobre la conformación de diferentes sustratos superpuestos internamente y la influencia recíproca entre sus respectivos desarrollos en un acervo común externamente⁷⁶⁶.

Los objetivos ideales de la organización burocrática del Estado entran así en contradicción con su ejecución material en varios de los ámbitos de actuación de los servicios públicos, tales como: el papel de la discrecionalidad administrativa⁷⁶⁷; la interpretación de los intereses generales en identidad con los intereses particulares de la Administración como sujeto activo; la compleja atención a la diversidad de situaciones en la sociedad que requieren capacidades prestacionales más diversificadas y difíciles de alcanzar en la exclusiva rigidez de la organización jerárquica; también y por último, la pérdida de legitimidad por la insatisfacción de las necesidades ciudadanas, que produce la percepción de falta de responsabilidad en la gestión y de inadecuación del gasto a los resultados obtenidos.

Entre otros, estos factores desencadenan nuevas formulaciones en la gestión pública. Algunos autores, como Joan Prats, establecen un paralelismo entre las políticas públicas y el sesgo ideológico de las propuestas de gestión pública, sin embargo, esta investigación se aparta de tal interpretación por excesivamente determinista ante la realidad empírica⁷⁶⁸. En líneas generales, el Estado del Bienestar sostenido por una organización burocrática se basaba en políticas sociales bajo la dirección de diferentes sectores, y las políticas públicas aplicadas prevalecían de forma transversal a las propuestas ideológicas de unos y otros partidos. Tampoco en el inicio de las reformas en la Administración la política económica y su desarrollo posterior contienen una exclusividad partidista en su gestión política, encontrándose con frecuencia más matices en las diferentes circunstancias nacionales y cronológicas. Todo sin descartar, por supuesto, el impulso que los grupos de interés dan a las diferentes fuerzas políticas para llevar a la práctica programas específicos en los diferentes ámbitos del Gobierno.

Más bien parece que cuando el Estado altera las actuaciones que basa en el principio de igualdad y el fomento de los servicios básicos de titularidad y ejecución pública, el modelo quiebra antes por la incertidumbre de la pérdida de la provisión de estos servicios que por las demandas sociales de su

⁷⁶⁶ Vid. PRATS CATALÁ, Joan. "Las transformaciones..." Op. Cit. p. 61-70. También cabe citar a la OCDE como gran organización impulsora de las reformas del sector público transversales a todas las tradiciones nacionales administrativas, clave por su difusión internacional Vid. OCDE. "The Public Sector: Issues for the 1990s", *Working Papers*, n. 90, diciembre, Department of Economics and Statistics, 1990.

⁷⁶⁷ "Desde el punto de vista del juego de equilibrios de los grupos de interés en una sociedad pluralista, **la discrecionalidad administrativa** cobra la máxima relevancia. La acción pública se ejerce, entre otros cauces, a través de los parlamentos y con la legislación. Ahora bien, las leyes son acuerdos, pactos o transacciones de los grupos de interés y por tanto son, con frecuencia, generales y vagas en exceso. La definición posterior de las leyes se realiza a través de los reglamentos y de su implantación material en la gestión cotidiana. De ahí que sea la administración, en este caso sus burócratas los que tengan la responsabilidad de reconciliar las diferencias de los grupos de interés y hacer efectivos y viables los compromisos alcanzados en la fase legislativa parlamentaria...El ajuste de la administración al sistema democrático también reside en el control de su actuación para asegurar su sumisión al Derecho." (BAÑÓN, Rafael. "Los enfoques..." Op. Cit. p. 24).

⁷⁶⁸ Lo que denomina agenda política determina la relación entre los programas políticos y las formas de organización del Estado, bien matizado por la posibilidad de asumir parcialmente las agendas respectivas entre los partidos. PRATS CATALÁ, Joan. "Las transformaciones..." Op. Cit. p. 63

mantenimiento en el seno del Estado. Esto lleva a que se planteen nuevas formas en las que la Administración considere la existencia de los servicios públicos con independencia de quien sea su titular y su ejecutor, sin crearse por ello una crisis política y social. Por lo tanto, sin restar ninguna importancia a los matices que las fuerzas políticas de los Estados liberal democráticos introducen en el contenido de estas políticas, todas ellas parecen converger en formas análogas de entender la actuación pública en la sociedad, y por ende, en las formas de organización acordes a las necesidades de gestión que se deducen de dichas políticas.

V.2.4 Aspectos estructurales y programáticos en la nueva organización pública.

La transformación de la Administración se encuentra en conexión con los cambios en el sustrato político considerados en al menos dos aspectos de la organización: estructural, que establece un orden y una distribución de las partes que componen la Administración, generalmente definido en el ordenamiento legislativo; y programático, establecido en el ejercicio del poder para alcanzar determinados fines fijados por las demandas públicas resueltas por medio de medidas políticas, económicas o institucionales. Esta conexión se pone de manifiesto ante los cambios que por diferentes vías irrumpen en el modelo burocrático de la Administración y su capacidad limitada de dar respuesta a las demandas que recibe. Por otro lado se concreta en la forma política en que se producen los cambios organizativos, así, es posible afirmar que la Administración ha dejado de ser un terreno formalmente neutro, porque los cambios organizativos promueven la forma más eficaz de introducir los programas políticos en su actuación con procesos de reforma donde la política pública entra de lleno en la formulación de la reorganización administrativa a través de nuevos recursos técnicos y disciplinas de análisis⁷⁶⁹.

V.2.4.a Los aspectos estructurales: enfoque orgánico y funcional.

El primer elemento formal en los cambios organizativos propuestos se basa en la transformación de la organización orgánica administrativa a funcional administrativa, es decir, de la estructura competencial y de autoridad a la función operativa y sus resultados⁷⁷⁰.

El papel del instrumento jurídico no se desenvuelve con la misma eficacia ni concreción en una que en otra, tanto por su aplicación de la regulación organizativa y funcional, como por los fines que se

⁷⁶⁹ “De lo que se trataba era de algo más que de revisar la distribución formal del poder y la participación ciudadana en las decisiones para cambiar unos por otros, era un «oleaje democrático» -un *democrático surge*- que permeó con nuevos valores la concepción de la organización social, pero, sobre todo, tuvo un significativo impacto en la concepción del gobierno. La racionalidad burocrática weberiana, en concreto el fundamento de la autoridad organizativa, se desafió por dos buenas razones: por su inoperancia para proporcionar respuestas rápidas y adaptadas a los cambios del entorno y por cristalizar las pautas de los valores adscriptivos frente a los adquisitivos” (BAÑÓN, Rafael. "Los enfoques..." Op. Cit. p. 27).

⁷⁷⁰ Véase BAÑÓN, Rafael. "Los enfoques..." Op. Cit. p. 36.

persiguen en ambos aspectos. Sánchez Blanco aprecia una cruda visión crítica en la que se pone en conexión el Estado de Derecho con un modelo organizativo liberal inservible para los fines funcionales asumidos por el Estado social. Así, según la hipótesis ya introducida en capítulos anteriores, la revisión del desajuste jurídico en la gestión del Estado social amplía la crítica al Estado burocrático, al formar ambos, tal y como señala Bañón, un sistema ineficaz e ineficiente.

La causa del desajuste se identifica en que la Administración tiene como referencia para su acción el escrupuloso cumplimiento de leyes y reglamentos que están condicionados en su aplicación por la rigidez burocrática y que son un elemento retardador de la acción pública y de la satisfacción de los intereses generales⁷⁷¹.

En el aspecto funcional la organización asume los cambios en la manera de producir el servicio público y controlarlo a través de nuevos mecanismos de gestión. Este proceso lleva, en su caracterización histórica, dos grandes etapas: una centrada en la eficiencia que se desarrolla a finales de los años setenta y la década de los ochenta del siglo XX y la segunda, a comienzos de los noventa, basada en la calidad y la orientación al cliente,. Desde el punto de vista organizativo debe considerarse cómo las técnicas de gestión se adentran en nuevas formas de organización que en cada ámbito administrativo tiene diferentes repercusiones.

a) Respecto a la primera etapa, según Bovaird se constata la introducción de los siguientes mecanismos⁷⁷²: descentralización del control presupuestario; técnicas de control y auditoría; sistemas de indicadores de rendimiento para el seguimiento y la evaluación; evaluación de las políticas, proyectos y programas; sistemas de incentivos basados en la evaluación del rendimiento; uso del mercado como base comparativa de rendimiento⁷⁷³.

b) En la segunda etapa aparecen nuevos conceptos en la gestión pública relacionados con la gestión de la calidad y el cliente. Esta evolución Manuel Villoria la considera como una generación de

⁷⁷¹ SÁNCHEZ BLANCO, Ángel. "La Agencia Estatal..." Op. Cit. p.759.

⁷⁷² BOVAIRD, Tony. "Performance Assessment of Service Quality: Lessons from UK National Initiatives to Influence Local Government" en *Quality, Innovation and Measurement in the Public Sector*, (eds. H. Hill, H. Klages y E. Löffler). Frankfurt, Peter Lang GmbH, 1996. p. 37-64. Vid. VILLORIA, MANUEL. "Modernización administrativa..." Op. Cit. p.92.

⁷⁷³ Todas estas técnicas tienen en común su importación de las organizaciones privadas, cuya fuente de inspiración es indudable, pero en las diferentes aportaciones no debe confundirse con la sustitución de un ámbito por el otro, subrayándose siempre las diferencias entre organizaciones públicas y privadas como fuente de investigación de la gestión pública. Véase MURRAY, Michael. "Comparing Public and Private Management: An Exploratory Essay" en *Public Administration Review*, v.25, n.4, julio-agosto, 1975. p. 364-371. Vid. BOWER, Joseph. "Effective Public Management" en *Harvard Business Review*, marzo-abril, 1977. Vid. HAL, G. Rainey, BACKOFF, Robert W. y LEVINE, Charles N. "Comparing Public and Private Management: An Exploratory Essay" en *Public Administration Review*, 35, marzo-abril, 1976. p. 365-372.

mecanismos blandos (“soft”), en contraposición a la saturación de los utilizados en la primera etapa, marcados por componentes ideológicos neoliberales o neoconservadores⁷⁷⁴.

V.2.4.b Aspectos programáticos de la lectura jurídico-política.

En estas dos etapas, más allá de las lecturas ideológicas en la evolución modernizadora de la Administración y sus reformas, podrían considerarse dos aspectos comparados: por un lado la continuidad entre ellas, pues ambas tratan de combatir las limitaciones impuestas por el Estado burocrático en su capacidad de prestación de servicios públicos; por otro, sus diferentes ámbitos, los métodos y técnicas de la primera etapa atienden la dimensión de la gestión interna y los de la segunda lo hacen más con la dimensión relacional o externa. Con todo ello, ambos se complementan en asegurar el establecimiento de métodos que combaten la burocracia, acercar el sistema privado al público y sustituir el monopolio y la regulación jurídica del sector público en la prestación de servicios por aquellos que, externamente al sistema público, pueda proporcionar el sector privado⁷⁷⁵.

La organización burocrática del Estado social no sufre ninguna quiebra de la doctrina jurídica liberal, pues por una parte el control de la legalidad queda generalmente asegurado en las actividades administrativas, mientras que los derechos sociales no precisan del respaldo de las garantías jurídicas, llegando a adquirir, incluso en el mandato constitucional, un carácter admonitorio. De modo que la actualización neoliberal puede desalojar con relativa facilidad en el marco constituyente a toda una gama de servicios públicos que, en términos de esa doctrina, son impropios de la regulación jurídica pública en los sistemas liberales. Así, en este desplazamiento se trata únicamente de dotar a los servicios públicos prestacionales de la eficiencia económica que carecen en el entramado burocrático y jurídico administrativo, sin imposición de especiales obligaciones jurídicas y cediendo su regulación a las figuras organizativas presentes en las nuevas técnicas de gestión⁷⁷⁶.

No obstante, en el modelo continental no es tan fácil desplazar a la solución normativa-organizativa a favor de la técnica organizacional, que se adapta mejor a la ausencia de las garantías jurídico-administrativas propias del modelo anglosajón⁷⁷⁷. Sin embargo, en ambos sistemas se

⁷⁷⁴ Este concepto que busca su expresividad en las connotaciones del sintagma anglosajón, queda ampliamente descrito y caracterizado por Daniel Sarmiento en su interesante estudio. Vid. SARMIENTO, Daniel. *El soft law administrativo. Un estudio de los efectos jurídicos de las normas no vinculantes de la Administración*. Cizur Menor, Thomson Civitas, 2008.

⁷⁷⁵ VILLORIA, MANUEL. "Modernización administrativa..." Op. Cit. p.92.

⁷⁷⁶ La reedición de los estudios del padre del régimen jurídico administrativo en España muestra la vigencia de los orígenes en la revisión de las políticas del bienestar social. Vid. POSADA DE HERRERA, José de. *Estudios sobre la Beneficencia Pública. Lecciones de administración*. Oviedo, Universidad de Oviedo, 1995.

⁷⁷⁷ Los aspectos organizacionales corresponden a un heterogéneo conjunto de técnicas que se sintetizan en la cultura organizativa y análisis de las condiciones del cambio organizativo, sean estructurales, de procedimientos, tecnológicas, pero también sociales y psicológicas de las organizaciones, como tendremos ocasión de ver en los siguientes capítulos. Vid. ROBBINS, S. *Comportamiento Organizacional*. México, Prentice Hall, 1999. 8ª edición. Vid. BURKE, W. y ROBERTSON, P. *Desarrollo Organizacional: Investigación, Teoría y Práctica*. Boston, Editores Handbook y

detecta que las técnicas de gestión sustituyen determinados principios del control jurídico público por otros que afectan a la rendición de cuentas o controles *a posteriori* y la consecución del objetivo de cohesión y legitimación social mediante otros ordenamientos singulares. Por ello, la convergencia de los fines de la actividad pública permite establecer propuestas comparatistas en el plano organizativo entre los dos modelos administrativos, anglosajón y continental, con independencia de sus diferentes mecanismos o procedimientos de control, en las que el Estado proveedor de servicios introduce nuevos elementos en su doctrina de organización⁷⁷⁸:

a) El ciudadano individualizado, que pasa a considerarse cliente, se convierte en el centro de la atención de gran parte de la actividad administrativa, creando las condiciones para satisfacer las necesidades que se derivan de la resolución de los problemas y la utilización de los servicios.

b) En segundo término el empleado público se transforma en un verdadero agente en el que se delegan facultades de actuación y decisión que son transferidas desde el sistema burocrático y jerárquico, traspasando a la discrecionalidad, en la descentralización del ejercicio del poder, la seguridad jurídica del sistema normativo. Se consigue así que los actos administrativos basados en el sustrato del Derecho se agilicen por medio de mecanismos de origen político que atienden las citadas necesidades de los clientes.

c) El siguiente elemento consiste en poner las normas y conocimientos técnicos al servicio de los resultados que para ese cliente-ciudadano produce la Administración, para ello el ejercicio de las competencias y la atención de los asuntos y trámites que el Estado burocrático procuraba bajo demanda se deben transformar en procesos cuyo objeto es la satisfacción del ciudadano a través de un servicio público de calidad. Estos procesos no presuponen el procedimiento administrativo, entendido éste como la norma de la aplicación y cumplimiento de los principios del Derecho en los actos de la Administración, si bien tampoco los evitan, sino que otorgan preeminencia ante todo a la realización eficaz del servicio público atendiendo a los intereses específicos del ciudadano en cada caso.

d) Por último, la capacidad de elección del ciudadano basada en la redundancia de servicios por la concurrencia de administraciones, cuyo principal efecto es romper la racionalidad burocrática que busca ante todo la homogeneidad y la unidad de acción de la Administración a través del principio de jerarquía. En su lugar, el objetivo se pone en asegurar la prestación de todos los servicios necesarios al ciudadano y fomentar la eficiencia y la eficacia en el sistema prestacional público introduciendo formas

Organización Psicológica, 1992. Para su introducción en la agenda de la Administración Pública se puede observar el gran éxito de este concepto en el ámbito latinoamericano por su singular recepción de la literatura norteamericana en FELCMAN, I., BLUTMAN, G. y MÉNDEZ PANES, S. *Cultura Organizacional en la Administración Pública Argentina*. Buenos Aires, Ediciones Cooperativas, 2002.

⁷⁷⁸ Vid ROSEMBLOOM, David.H. *La teoría...* Op. Cit. p.839 y s.

de competencia entre el entorno público, privado y mixto. La organización administrativa se abre a fórmulas de gestión interna y de diversidad institucional incluso en una misma Administración, asimismo se incluye la gestión política como factor competitivo en las relaciones interadministrativas.

En suma, resulta interesante desvelar como este modelo desburocratizado representa nuevas formas de alcanzar el equilibrio de poderes dentro de una Administración liberal que tiende a concentrar todo el peso del Estado a través de fórmulas, que en gran medida, deben considerarse extrajurídicas⁷⁷⁹.

V.3 La nueva articulación en la organización de las Administraciones Públicas.

Los nuevos elementos modifican las relaciones entre la Administración y su entorno: ciudadanos, programas de acción, objetivos, áreas de actuación y formas de gestión entre otros factores involucrados. Con la aparición de nuevos sujetos de la actividad pública, la respuesta de la organización administrativa afecta a la adecuación de sus funciones y a las relaciones internas en su estructura. En este sentido se considera metodológicamente pertinente para esta investigación comenzar por la articulación de estos sujetos para entender los rasgos fundamentales de la organización administrativa tras su adaptación y reforma al nuevo modelo de gestión pública. Para caracterizar estos rasgos se plantea establecer, por este orden, la necesidad de la función directiva y la maduración con ella del modelo gerencial como primer elemento diferencial de la propuesta organizativa desburocratizadora que plantea el proceso de modernización, deteniéndonos en el caso de España para su constatación empírica. Por último, se propone un criterio de observación de la nueva organización administrativa, generalizable y asimilable a los conceptos jurídicos, que delimite los ámbitos objetivo y subjetivo. En el primero el enfoque orgánico y funcional, en el segundo las relaciones entre Administración y empleados públicos, en las que se profundizará en el siguiente epígrafe como aspecto más práctico en su aplicación a la transformación organizativa.

V.3.1 La delimitación de las funciones políticas y técnicas en los puestos directivos.

El entendimiento de la reorganización administrativa tiene un significativo punto de apoyo en la aparición de la función directiva. Esto es debido a que sobre dicha función recaen las necesidades de transformación de la gestión pública que tiene su principal impulso en el sustrato político y las políticas de gestión inherentes a los procesos de modernización, se puede decir que la función directiva actúa sobre un conjunto de principios que acaban por afectar al sistema de la organización pública. En dichos

⁷⁷⁹ Conviene precisar que el uso del sintagma extrajurídico se refiere en este contexto a los procesos administrativos que prescinden de la sanción legislativa o reglamentaria orientada a asegurar las garantías de los principios del Derecho público. Expresado con maestría, Garrido Falla atribuye los factores extrajurídicos de la sociedad al Derecho privado, "cuyo objetivo no es conformar la sociedad, sino reforzar lo que se hace". Vid. GARRIDO FALLA, Fernando. "Privatización y reprivatización" en *Revista de Administración Pública*, n. 126, 1991. p. 10. En este caso se amplía el sentido de lo extrajurídico a los procedimientos de gestión que refuerzan la eficacia y eficiencia de de la acción administrativa sin entrar en las consecuencias de las relaciones Estado-Sociedad que subyacen.

procesos el sistema administrativo es valorado como un activo que se pone en valor a través de su capacidad de adaptación y transformación, y en el centro de ese activo permanece el sustrato que representa el marco jurídico público para la aplicación equitativa de los recursos públicos y los derechos ciudadanos. En palabras de Mark H. Moore este planteamiento se formula a modo de hipótesis que aplica la observancia de los sistemas privados:

[...] la organización puede aprovechar sus competencias distintivas para producir nuevas cosas que sean valiosas para los ciudadanos, la organización será más valiosa de lo que se deduce de la mera observancia de la presente actuación. De hecho, es precisamente la adaptación de las organizaciones lo que determina el valor a largo plazo de las empresas privadas. A lo mejor esto mismo se podría aplicar a las organizaciones públicas⁷⁸⁰.

Como empieza por reconocer Moore, la distinción entre la gestión administrativa clásica y la nueva gestión pública se basa en el reconocimiento de la participación de los altos funcionarios directivos en la acción política con transparencia en los objetivos que deben alcanzar⁷⁸¹. Existe, en definitiva, una franja donde se produce el contacto funcional entre la definición de objetivos de los programas políticos propuestos y el diseño técnico de su ejecución en el área de actuación administrativa utilizada. Para Beltrán Villalva esta franja constituye una garantía al control político de la Administración por los órganos constitucionales sólo debidamente articulada, al prevenir mediante su regulación funcional posibles injerencias solapadas del poder político en la acción administrativa, cuando dichas funciones no están determinadas y pueden suponer una pérdida de control efectivo en la separación de poderes. Se trata por ello de profundizar en los medios de dirección y control que el nivel de responsabilidad de los cargos políticos obtiene del nivel técnico de la Administración.

Ante ello, no se trata de definir un óptimo funcionamiento de la organización pública en los niveles directivos, sino de establecer las circunstancias en que las funciones organizativas se ven condicionadas o acaso imposibilitadas para su eficaz ejercicio.

a) Las restricciones de las clasificaciones orgánicas como método de asignación de funciones en la Administración y el conjunto de servicios públicos que evita el incumplimiento de los principios de objetividad, neutralidad, transparencia y publicidad, se hace garante de la ausencia de arbitrariedades en

⁷⁸⁰ Como se verá más adelante esta hipótesis de asimilación formal del entorno público al privado no supone una indistinción clara entre ambos sectores por parte del autor, pero sí un continuo esfuerzo comparatista entre ambos en el momento de explicar sus categorías y peculiaridades funcionales. Sin duda, en la tradición norteamericana, este hecho procede de la impronta que tiene el sector privado en la formación de la conciencia pública y comunitaria y en su conformación histórica y social, que haciendo cierta abstracción de la importancia del Welfare State en su reciente desarrollo político, se trata de recuperar en la superación de este modelo. MOORE, M.H. *Gestión estratégica...* Op. Cit. p. 87.

⁷⁸¹ Para Moore, la intervención de los altos funcionarios se disfrazaba de competencia profesional políticamente neutra haciendo imposible el examen del ejercicio de su influencia. "Por ello, tal influencia debiera ser explícitamente reconocida dentro de las responsabilidades del papel del alto administrador profesional". VILLALVA, Beltrán "La acción pública..." Op. Cit. p.121.

la asignación de desempeños públicos, y aparece como garantía de eficacia mediante los procedimientos de provisión y selección con criterios de mérito, capacidad y competencia. Sin embargo, no puede obviarse que existen otros medios eficaces basados en principios como la autonomía, la responsabilidad gestora y la rendición de cuentas, capaces de establecer métodos de control y evaluación complementarios y perfeccionadores de los principios meramente formales que se muestran insuficientes para establecer todos los contenidos de control.

b) La ambigüedad y discrecionalidad del nivel político en la gestión pública se fundamenta en la falta de previsiones políticas y administrativas por la tendencia de la esfera procedimental a utilizar exclusivamente garantías jurídicas. Ante la demanda por la gestión pública de niveles de gestión intermedios, especialmente en los organismos y sociedades instrumentales de la Administración, se produce, por la ausencia de un marco regulatorio específico, una inadecuación en la estructura funcional entre las características técnicas y profesionales requeridas y la forma de selección y provisión del puesto.

c) La indefinición jurídica de los altos niveles de administradores profesionales no políticos ni funcionariales. El vacío regulatorio en la designación de los altos niveles ejecutivos de la Administración favorece las designaciones arbitrarias o personalistas por los niveles político y técnico, y la desviación de poder en el uso de la libre designación o los nombramientos de puestos de confianza, objeto más adelante de un análisis específico en su legislación positiva de origen⁷⁸².

En definitiva, estas nuevas funciones aparecen con las necesidades de actuación de los gobiernos, que ante la modernización administrativa, amplían la importancia en los objetivos técnicos de la acción gubernamental, lo que en general desemboca en el creciente papel que los funcionarios pueden desempeñar en la determinación de la acción pública. Ante la diversidad de recursos técnicos se requiere, por lo tanto, una especialización en los medios de gestión que se incorpore a la articulación de dicha acción pública, para dirigir la transformación de las áreas de competencia que impulsaba el criterio de autoridad en la responsabilidad pública de la organización administrativa tradicional. Sin embargo, dicha especialización, donde se incluyen áreas de diseño de la gestión y con ellas de definición de políticas públicas, tales como el planeamiento y la evaluación, adolece de una incardinación estable en la estructura de funcionamiento, por lo que se produce un abuso y utilización ineficaz de los puestos de asesoría del nivel político⁷⁸³.

⁷⁸² “Se debate si los nombramientos deben apoyarse en la confianza política. El perfil de estos profesionales [los directivos públicos] no puede eludir un cierto grado de confianza personal y política, aunque atendiendo a sus rasgos el criterio discriminador debe ser la competencia demostrada y la experiencia más que ningún otro” (OLÍAS DE LIMA, Blanca. *Manual de Organización administrativa del Estado*. Madrid, Ed. Síntesis, 2006. p. 229.)

⁷⁸³ VILLALVA, Beltrán “La acción pública...” Op. Cit. p 123.

V.3.2 La sustentación jurídica del funcionamiento organizativo en el modelo gerencial.

El elemento directivo sustenta en realidad un nuevo modelo de organización y gestión propuesto como paradigma de reforma de la Administración pública que, sin embargo, no modifica el sustrato constitucional y jurídico público en general. En este contexto el modelo gerencial supone, por lo tanto, un sistema informal que propicia el desequilibrio entre la estructura técnica que se funda en la norma de Función Pública y las necesidades atendidas a través de las políticas de gestión del gobierno. Por una parte brinda un esquema sujeto a una gran volatilidad y a una intensa especialización a la postre tan rígida como tendente a la fragmentación y falta de control de la gestión política y administrativa⁷⁸⁴. Por otra parte, su incorporación en el sistema regulado por el Estatuto de la Función Pública y los desarrollos normativos en el ámbito territorial, produce una concatenación de cambios que impulsa a la gestión directiva y los principios que promueve en el conjunto de la organización pública.

De forma concisa se pueden destacar en la modernización de la organización pública que introduce la nueva perspectiva directiva, los siguientes puntos críticos:

a) Una organización orientada a resultados que se deduce de la función directiva: no es posible desarrollar una misión gestora que no pueda extenderse a la estructura que depende de ella.

b) Aplicación de nuevos principios en la función del personal cuya única opción parece consistir en establecer un régimen especial, en cuyo caso debe aplicarse la cláusula a), basada en una presunción de ineficacia por inconsistencia entre las funciones atribuidas, los objetivos fijados y los medios disponibles para alcanzarlos. Se requieren, entre otros, principios de flexibilidad con retribuciones no regladas, sistemas de incentivos y relegación de los sistemas fiscalización previa⁷⁸⁵.

c) La aparición de contradicciones en diferentes ámbitos: entre los fundamentos de la función directiva y las limitaciones para la formalización de los medios de evaluación de los objetivos y resultados en el sector público; la integridad del gobierno y la Administración ante el marco de Derecho público que se inserta con principios indivisibles en un marco político-administrativo homogéneo; por último, el principio de independencia de la función pública en el ordenamiento constitucional, que ampara el equilibrio del sistema de servicios públicos frente a la dinámica de la gestión directiva⁷⁸⁶.

⁷⁸⁴ “En Gran Bretaña la experiencia muestra que, a pesar de los grandes esfuerzos desarrollados para fortalecer las capacidades de formulación y supervisión de los ministros, las agencias ejecutivas acaban desarrollando un cuasimonopolio de la experticia en el respectivo ámbito de política. Conscientes de ello, los Ministerios para afirmar sus poderes de dirección tienden a inmiscuirse en los detalles operativos de la agencia. Por su parte, el ministro puede inhibirse de los defectos de ejecución pretextando que su responsabilidad se agota en la formulación...No parece que la configuración organizativa en base a la relación principal-agente haya mejorado la Responsabilidad política democrática pretendida”. (PRATS CATALÁ, Joan. *De la burocracia...* Op. Cit. p. 119).

⁷⁸⁵ Vid. OLÍAS DE LIMA, Blanca. *Manual...* Op. Cit. p. 230.

⁷⁸⁶ Vid. OECD (2003), *Public Sector Modernization*, Policy Brief, October.

d) Centrarse en las grandes opciones de organización de la función pública (*civil service system*) con el sistema de empleo abierto y el sistema de carrera, pero sin perder una perspectiva global del sistema de gestión pública, según destaca la OCDE que en su informe de 2004 recomienda atender para ello la resolución de los siguientes problemas suscitados ante la evolución de la demanda social y política al sector público: el aumento de necesidades de conocimiento y habilidades frente a la dificultad de atraer la cualificación del personal; la interconexión de los principales problemas públicos con los incentivos consiguientes frente a la fragmentación de la acción pública e individualización de responsabilidades; la necesidad de atraer a altos directivos con capacidad para cumplir las exigencias de rendimiento de cada departamento público sin perder una visión transversal de la cultura administrativa ligada al interés público⁷⁸⁷.

El principio de eficacia afecta a todos los sectores de la gestión pública. A la eficacia jurídica, que constituye el sustrato ordenador e impulsor, se le añaden otras áreas de actuación, bien sean administrativas o públicas, de ejercicio de autoridad o prestación de servicios, que adquieren una dimensión homogénea y flexible en la adaptación de su gestión a las necesidades del entorno social y político. Sin embargo, no se pueden pasar por alto los matices que se realizan del proceso modernizador en la evaluación de la primera etapa de la nueva gestión pública al final de la década de los ochenta del pasado siglo. En este periodo el concepto gerencial que representa la faceta organizativa es sometido a crítica y revisión por el paradigma de la Gobernanza, sin que éste acabe por fijar una doctrina organizativa que proponga la sustitución completa del modelo burocrático como el concepto gerencial hacía. En este sentido Joan Prats manifiesta de manera contundente esta visión crítica, si bien en un intento claro de legitimar el nuevo paradigma⁷⁸⁸. La realidad es que en España ambos conceptos han impregnado diferentes aspectos de la organización administrativa con desigual impacto en la pluralidad de sus Administraciones Públicas, pero nunca de una forma que de manera contundente se desviara del modelo mixto de organización administrativa impulsado por el marco jurídico propuesto por la Administración General del Estado que adquiere diferentes adaptaciones en las administraciones autonómica y local⁷⁸⁹. Por otra parte, el modelo de gobernanza de momento hace referencia a una realidad fáctica antes que a una estructura consolidada. En efecto, la necesaria subsunción de ordenamientos en un Estado compuesto, a su vez vinculado a una entidad institucional supranacional como la Unión Europea, han constituido el escenario real y práctico, donde las obligaciones y

⁷⁸⁷ Vid. OECD (2004), *Public Sector Modernization*, Modernising Public Employment, Julio. p. 7.

⁷⁸⁸ Se puede apreciar esta crítica con especial atención en el capítulo 3.3.: “De la burocracia a la gerencia: contribuciones y límites de la nueva gestión pública”. Vid. PRATS CATALÁ, Joan. *De la burocracia...* Op. Cit. p. 112-119.

⁷⁸⁹ Olías de Lima caracteriza el caso español como un sistema mixto. Paradójicamente se caracteriza por disponer en la función pública de una selección genérica, no destinada a un puesto, y una provisión a través de un puesto, “[...] en la carrera administrativa desempeña un papel decisivo el puesto de trabajo. El funcionario hace su carrera y mejora su posición a través de la ocupación de sucesivos puestos”. (OLÍAS DE LIMA, Blanca. *Manual...* Op. Cit. p. 179).

circunstancias perentorias de las administraciones han tejido un conjunto de actuaciones, que se aproximan a este modelo, más incardinado en los programas políticos de gestión que en las respectivas estructuras administrativas.

En España el modelo gerencial apenas queda recogido en la legislación positiva, pues las figuras antes mencionadas en cierto modo desvirtúan su ubicación sustantiva en la teoría administrativa. Las principales aproximaciones jurídico administrativas al modelo gerencial se producen en los servicios públicos y por lo tanto, sobretodo, en el ámbito de las Comunidades Autónomas. Así puede apreciarse en Cataluña en la Ley 15/1990, de 9 de julio, de ordenación sanitaria o la Ley 12/2009, de 10 de julio, de Educación. En la primera la Sección II define la naturaleza y funciones del Director, que en el artículo 16 recibe la dirección y gestión del Servicio Catalán de Salud, cargo nombrado por el Consejo Ejecutivo en el que quedan representados niveles políticos de las diferentes administraciones y sectores sociales representativos de los grupos de interés de Cataluña y a cuyo frente se encuentra el Consejero competente en materia de salud. El carácter gestor de este cargo en un servicio público prestacional se aproxima, sin separarse de su dependencia orgánica del Departamento de Gobierno, al perfil gerencial de las funciones atribuidas, ya desprendidas de la competencia política. También la composición del Consejo de Dirección en la Sección I y el Consejo Catalán de Salud incardinan orgánicamente a los agentes representativos de la estructura administrativa y los sectores sociales participantes en funciones de dirección y asesoramiento en el seno de una estructura administrativa jerarquizada.

En un modelo más declarativo por el peso del enunciado de derechos, obligaciones de los sujetos y principios del sistema aparece la Ley de Educación, desarrollada en aplicación del principio de autonomía característico del sistema educativo público. En este sentido los directivos de los centros deben ser funcionarios sujetos a un procedimiento selectivo en el que intervienen orgánicamente y de forma procedimentada representantes de la comunidad educativa, como el consejo escolar territorial. Sin embargo, entre los criterios de selección, además de la competencia y el mérito, aparece también el liderazgo y el proyecto de dirección presentado por los candidatos en el artículo 143. Esto no evita que dicho procedimiento selectivo se base en valoraciones establecidas reglamentariamente y no de forma directamente electiva, y tampoco que los procedimientos de rendición de cuentas sean elevados a la instancia administrativa y al Consejo Escolar, que posee carácter de designación política con regulación reglamentaria establecido en el artículo 148.

Otro rasgo destacable que conecta la vocación gerencial insertada en una norma de indudable naturaleza jurídico-administrativa como la citada Ley de Educación catalana, es la elevación a categoría

jurídica de determinadas figuras técnicas⁷⁹⁰. Así parecen operar los criterios de Organización Pedagógica de los Centros establecidos en el título II, que se definen en el artículo 77 con valores derivados en gran medida de la axiología pedagógica conectada con principios de origen constitucional, como en los epígrafes a y e, en los que subyace el principio de igualdad, el epígrafe b, que puede vincularse al artículo 35 CE, o el f, que apela al principio democrático como vehículo de la convivencia y la autoridad. También admite otros no fundados en categorías jurídicas, pero que son elevadas a este rango desde la técnica pedagógica comúnmente aceptada. Entre ellos se pueden destacar el epígrafe c, que apela al esfuerzo, pero no sólo al tradicional de contenido individual, si no al más reciente grupal, y los epígrafes 77.d y 77.e, que promueven valores amparados en técnicas pedagógicas complejas, como la adecuación a los ritmos de aprendizaje, las prácticas educativas de compensación o de estímulo, y la coeducación. Este rasgo se encuentra más acentuado en el artículo 78, pues al establecer los criterios de la educación infantil entra en un ámbito mucho más reciente de la experiencia educativa como servicio público, con introducción en la técnica pedagógica de elementos como el estímulo de la curiosidad, epígrafe b., la facilitación de la autoestima en el c, y la documentación de los procesos individuales o desarrollo de la autonomía responsable, en los epígrafes d y e respectivamente.

Estos elementos técnicos de la regulación legislativa del sistema educativo pueden aparecer por la aceptación colectiva que legitima la acción del legislador, aunque en los efectos jurídicos plenos de seguridad y eficacia cabe presumir que sólo se hacen factibles mediante la objetivación técnica deducible a evidencia o prueba, que traduce a la interpretación jurídica cualquier forma de discrecionalidad técnica. Por lo tanto, es posible que la organización gerencial y los métodos técnicos de gestión, que la acompañan inexorablemente, tengan en la regulación de los servicios públicos determinados condicionantes, pero no barreras insalvables, para establecer el ligamen entre aquellos y el régimen jurídico administrativo.

V.3.3 El encaje jurídico de la función directiva.

La función directiva podría encontrar su encaje constitucional en el artículo 103 CE y quedar sometida a los principios de acceso a la función pública, la sujeción al sistema de incompatibilidades y las garantías para la imparcialidad de sus cargos. Finalmente, la recepción del personal directivo en la legislación española, al que se adscribe la figura gerencial, se fija en el artículo 13 del Título II sobre

⁷⁹⁰ La conexión entre los elementos pedagógicos de la educación y los intereses del poder político ya se vislumbra con la expulsión de los jesuitas en 1767 en la que intervienen la crítica a los métodos de enseñanza y la denuncia de la influencia eclesíástica frente a la conveniencia de someter la enseñanza a la voluntad del monarca. La crítica es recogida en ese momento por Luis Antonio VERNEY. Vid. VERNEY, L.A. *El verdadero método de estudiar*. Madrid, Joachim Ibarra, 1760. 4 vols. Vid. MUÑOZ MACHADO, Santiago. *Servicio Público y Mercado. I Los fundamentos*. Madrid, Civitas, 1998. p. 62. También son de interés los fundamentos históricos de la vinculación entre las políticas, elevadas a ideologías, y el servicio público educativo Vid. DE FUELLES BENÍTEZ, M. *Educación e ideología en la España contemporánea (1767-1975)*. Barcelona, Politeia, 1980.

clases de personal al servicio de las Administraciones Públicas, Subtítulo I de la Ley 7/2007, de 12 de abril, del Estatuto Básico del Empleado Público (EBEP), donde quedan recogidos los principios reguladores de su perfil jurídico. Para la caracterización de dicho perfil resulta de interés considerar la interpretación de esta doctrina legislativa en el Informe de la Comisión del Estatuto Básico del Empleado Público de Abril de 2005, que desarrolla las premisas del legislador y las líneas de actuación del proyecto⁷⁹¹. Así, las directrices de la Comisión permiten la interpretación de los principios establecidos en la norma e identificar los ejes ordenadores para el personal directivo del siguiente modo:

a) Principios funcionales de clasificación: El EBEP comienza por establecer en el artículo 13.1: “Es personal directivo el que desarrolla funciones directivas profesionales en las Administraciones Públicas, definidas como tales en las normas específicas de cada Administración”. El término profesional le dota de carácter autónomo y especializado dentro de las clases de personal. En segundo lugar se atribuye la potestad reglamentaria a los diferentes ámbitos administrativos que remiten a un desarrollo propio por las administraciones de carácter descentralizado, matizando el principio de igualdad en el acceso al empleo público al permitir fuentes diversas en la regulación de sus competencias (función directiva, cargos, órganos o funciones, régimen de acceso y cese, condiciones de empleo, etc.). En la raíz del reconocimiento singular de la función se encuentra la constatación del carácter descentralizado del Estado, que establece la conexión entre la figura directiva y el conjunto de la estructura organizativa de la Administración como realidad plural y dinámica:

Ello no obstante, la Comisión ha podido constatar a lo largo de su trabajo que es prácticamente imposible adoptar un estatuto unitario para los directivos públicos, en parte porque las características y las condiciones de la función directiva no son ni pueden ser homogéneas en el conjunto de las Administraciones Públicas y de los sectores que las componen, y en parte porque la cuestión no está madura por igual en el ámbito del Estado, de cada Comunidad Autónoma y de la Administración Local en su conjunto⁷⁹².

b) Principios de acceso: En el acceso a puestos directivos el artículo 13.2 reconoce los principios constitucionales de mérito y capacidad y como elemento diferencial se incluye el criterio de idoneidad, que apunta en su laxitud a la discrecionalidad. Sin embargo, se obliga a la observancia de los procedimientos de publicidad y concurrencia que establece el artículo 55, sin que aparezca contemplada ninguna independencia ni discrecionalidad técnica en la actuación de los órganos de selección. Por otra parte, si bien para las condiciones de empleo del personal directivo se remite al ámbito establecido

⁷⁹¹ En su primer comentario el Informe no puede ser más explícito respecto al sentido que introducen los novedosos fundamentos de gestión pública: “Una Administración moderna, que no se limita ya a la aplicación impersonal y objetiva de las normas jurídicas, sino que se responsabiliza de la creación y prestación de una pluralidad de servicios, que debe responder a las demandas sociales con eficacia y eficiencia crecientes, y que se basa, por ello, una buena parte de su actuación en una lógica empresarial, necesita disponer de directivos cualificados”. (VV.AA. *Informe de la Comisión para el Estudio y preparación del Estatuto Básico del Empleado Público*. Madrid, INAP, 2005. p. 64).

⁷⁹² *Ibid.* p.67.

dentro del artículo 2 del personal funcionario y laboral, no queda inscrito expresamente. Por consiguiente, sin perjuicio del cumplimiento preceptivo de los principios generales, no se obliga al control técnico de selección, lo que por exclusión hace aplicar el criterio del nivel jerárquico superior que corresponde al de los órganos o cargos de dirección política de la Organización del Estado regulados por la LOFAGE. Ante ello la comisión se pronuncia por un estatuto del directivo público: “La regulación de un estatuto directivo público, como una ‘clase de personal’ al servicio de las Administraciones Públicas diferenciada de otras resulta por tanto, altamente conveniente, por no decir imprescindible”. La propia Comisión a lo largo de sus deliberaciones realiza una labor delimitadora de los criterios de selección y clasificación que se traslada al Título II en un Subtítulo independiente y único, señalando de esta manera que se trata de un caso especial objeto de desarrollo específico que, por otra parte, la Ley obvia acometer⁷⁹³:

Esta regulación debería abordar el acceso a este grupo profesional, que a juicio de la Comisión, no debe constituir en ningún caso un nuevo ‘cuerpo de funcionarios’, sino una estructura más flexible, pero en todo caso separada de la dirección propiamente política y del personal eventual⁷⁹⁴.

c) Principio de evaluación: El artículo 13.3 del EBEP dispone que “El personal directivo estará sujeto a evaluación con arreglo a los criterios de eficacia y eficiencia, responsabilidad por su gestión y control de resultados en relación con los objetivos que les hayan sido fijados”. Corresponden claramente a criterios técnicos propios de la actividad gestora de la función gerencial. Esta definición se incorpora, como ya se ha tenido oportunidad de examinar, de la doctrina administrativa del *public management*, constituyendo un singular ejemplo de recepción de formulaciones extrajurídicas en la legislación positiva en ámbito del Derecho Administrativo. Aparecen así principios de gestión vinculados a la función directiva: el principio de evaluación de la eficiencia, valor vinculado a la economía de la gestión, un tanto novedoso en el lenguaje jurídico público; la gestión por objetivos, una de las técnicas conectadas, entre otras, en las opciones de la gestión presupuestaria por programas. Es más que probable la inspiración en directrices de *Management* de organismos dictaminadores como la OCDE desarrollado, entre otros, en el artículo *Modernising Public Employment* del Policy Brief de 2004, de este organismo⁷⁹⁵. En este sentido, la Comisión argumenta que:

La falta de regulación de las condiciones específicas de la función directiva aumenta el riesgo no sólo de descapitalización profesional de las Administraciones Públicas, con la consiguiente merma de eficacia, sino también de ‘captura’ de quienes ejercen esas funciones por agentes privados que les pueden asegurar un mejor futuro profesional. Aunque en el Estado y en algunas Comunidades Autónomas se han dado pasos importantes hacia la formación de directivos, la ausencia de perfiles propios en la legislación vigente no puede evitar que el nombramiento para el desempeño de cargos que requieren habilidades

⁷⁹³ Los desarrollos del Estatuto corresponden al Gobierno y los Órganos de Gobierno de las Comunidades Autónomas según establece el artículo 13 del EBEP.

⁷⁹⁴ VV.AA. *Informe de la Comisión...* Op. Cit. p.66.

⁷⁹⁵ Vid. OCDE. “Public Sector Modernisation: Modernising Public Employment”, *Policy Brief*, July 2004.

gerenciales recaiga sobre personas nombradas por exclusivas razones de confianza política o personal o sobre funcionarios que carecen de ellas. De lo cual debe resentirse de inmediato el funcionamiento de los servicios⁷⁹⁶.

d) Principio de relación profesional: En este principio se excluye por omisión la sujeción de esta clase de personal a relación funcional o de cargo público y, en su caso, a la condición de personal laboral sometido a relación de carácter especial de alta dirección, como tal vez el aspecto delimitador más concreto del directivo profesional. Las posibles opciones de relación no son aclaradas y quedan abiertas en la redacción del artículo 13.4. En este sentido el Informe establece que “En consecuencia, es necesario determinar si y en qué casos el acceso queda reservado a quienes ya son funcionarios superiores o si se opta por un modelo más abierto, que incluya a profesionales procedentes del sector privado, con niveles de cualificación y experiencia adecuados” y por último, de forma más conclusiva se llega a proponer que “las leyes deberían determinar esas competencias, diferenciándolas de las que corresponden a los altos cargos de naturaleza política y a los funcionarios de carrera de los niveles superiores”⁷⁹⁷.

Acudiendo a los fundamentos del *Public Management* de la teoría de la Administración, según Mark H. Moore, la razón objetiva por la que aparece la necesidad de promover la figura del alto administrador profesional o *manager* público procede de la delimitación que debe existir entre el ámbito político y el ámbito técnico para favorecer el ejercicio del control democrático de la actividad de la Administración que se personifica en el primero de ellos⁷⁹⁸. Sin embargo, la delimitación de los objetivos políticos exige una formulación precisa y un diseño de la función directiva en la Administración. A tal fin, este alto funcionario a caballo entre la política y la ejecución de las políticas establecidas por otros, que responde directamente ante el nivel político, trata de articular la relación entre éste y el nivel administrativo y burocrático⁷⁹⁹.

Sin embargo, la legislación española no aclara en la figura del directivo público la relación de subordinación entre el nivel organizativo político y técnico, lo que supone una quiebra del principio de jerarquía⁸⁰⁰. Esta disonancia afecta a elementos esenciales del régimen de la función pública inserto en el marco jurídico administrativo, que forma un sistema integral orientado al cumplimiento de obligaciones ineludibles de objetividad, neutralidad política del aparato administrativo, ejercicio del

⁷⁹⁶ VV.AA. *Informe de la Comisión...* Op. Cit. p. 66.

⁷⁹⁷ *Ibid.* p. 66-67.

⁷⁹⁸ Véase el significado del concepto en el epígrafe *Dimensión jurídica y técnica*, del capítulo 1 de este trabajo. Vid. MOORE, MARK H. *A conception of Public Management*. Cambridge. Kennedy School of Government, Mass, 1983. Este texto se encuentra desarrollado y comentado en Beltrán Villalva, Miguel. *La acción pública...* Op. Cit. p. 116-127.

⁷⁹⁹ *Ibid.* Beltrán Villalva. p.124.

⁸⁰⁰ Acerca de las implicaciones del principio de jerarquía con la adopción de resoluciones, políticas públicas y decisiones relativas a la organización administrativa. Vid. MOREY JUAN, Andrés. *La función pública: necesidad de un análisis conceptual y de la revisión del sistema de libre designación*. Madrid, INAP, 2004. p. 79-92.

control de la legalidad y supervisión política de la Administración por los poderes legislativo y ejecutivo. Todo ello pone en riesgo el control democrático del sistema administrativo, objetivo opuesto al paradigma de gestión de Moore. El personal directivo puede recibir en el sistema jurídico actual la atribución jurídica de funciones administrativas ordinarias o, por la ejecutoriedad del nivel político sobre la dirección técnica, competencias políticas. Todas las opciones aluden a figuras ya previstas en los actuales sistemas de clasificación, selección y provisión, sin embargo, la clase de personal directivo se define como subclase asimilable a otras, con funciones especiales insuficientemente definidas y con una indeterminación de su forma de provisión y selección, donde caben las asignadas a cada clase de personal: funcionario, laboral, interino o eventual. Establecida como función esencial y de gran responsabilidad no puede estar sujeta a indefinición jurídica, menos aún alterar la estructura de la función pública con carácter excepcional cuando sus funciones parecen articulables como puestos de trabajo. En cualquier caso revela que existen problemas en el conjunto del sistema de ajuste estructural con los requerimientos funcionales de las organizaciones públicas para la adopción de un modelo gerencial, problemas que se extienden a cualquier otro planteamiento de reforma organizativa, especialmente si tiene un carácter de asimilación formal o material del sector privado.

V.3.4 Ámbito objetivo de la organización en las relaciones orgánicas y funcionales de la Administración.

V.3.4.a Conceptos generales de la estructura organizativa de la Administración.

La estructura organizativa de la Administración hace referencia a dos términos que es importante definir en su acepción jurídica más general, para lo se opta por utilizar acepciones propias del vocabulario jurídico, como las proporcionadas por el Diccionario de Comares: por estructura se entiende la distribución y orden que permite ejecutar las actividades del servicio público, en este ámbito las funciones se delimitan y articulan en órganos y unidades especializadas⁸⁰¹; respecto al significado de organización consiste en disponer de las personas con los medios adecuados para obtener un fin determinado y procurar así el funcionamiento general de la Administración con eficacia⁸⁰². Como condición de esa eficacia, se requiere un ordenamiento motivado por la racionalidad jurídica que garantice el ejercicio de la autoridad y la actividad pública de acuerdo con las normas y principios del Estado de Derecho, pues, entre otras razones, sin esta garantía dicha actividad pierde la capacidad de representación de los intereses generales o públicos. Es en este contexto donde resulta ostensible la disociación, típica en las estructuras administrativas burocráticas, entre las relaciones funcionales *de*

⁸⁰¹ Vid. VILLA-REAL, Ricardo y DEL ARCO TORRES, Miguel Ángel. *Diccionario...* Op. Cit. p.93.

⁸⁰² Vid. *Ibid.* p. 371.

facto y las orgánicas o formales *de iure*, pues entre ellas aparecen diferentes niveles de descoordinación y desajuste en el funcionamiento de la organización pública⁸⁰³.

En conexión con las estructuras citadas se detectan dos ámbitos jurídicos de la organización administrativa emanados en virtud de reserva de Ley en el artículo 103 CE. El primero se designa como el ámbito objetivo, que corresponde al art. 103.2 CE, consistente en la definición preceptiva de la estructura de órganos, funciones, actividades y puestos de trabajo, cuya regulación corresponde a la norma legal o reglamentaria. En segundo lugar lo que se va a calificar como el ámbito subjetivo, correspondiente al art. 103.3 CE, que se refiere al establecimiento de las relaciones entre la Administración y los empleados públicos. En este sentido, cada uno de los órganos públicos presenta un modelo inscrito en las relaciones entre dichos ámbitos, que da lugar a significativas variantes a partir de un modelo general definido en la legislación estatal y autonómica.

V.3.4.b *Criterio competencial del ámbito objetivo.*

Entendida la Administración como una organización que dispone de la capacidad de ejecución de los poderes públicos que tiene encomendados, prima en su diseño el criterio competencial, por el cual se efectúa una asignación de responsabilidades y facultades en el ejercicio de la autoridad pública que supone la transmisión de potestades a órganos sometidos por ello al control estricto de la legalidad.

Bajo dicho poder y autoridad se realizan todas las actuaciones que se someten en su conjunto al servicio público, en cuyo seno, en virtud de las funciones que históricamente va asumiendo la Administración, afloran actividades que no son exclusivamente de ejercicio de autoridad, sino de naturaleza prestacional por la ejecución de actos no estrictamente administrativos, o, por los medios empleados para obtener los resultados de la actividad, de índole técnica y extrajurídica. Debido a la necesidad de reducción de todas ellas a una categoría superior y comprensiva de servicio público, prevalecería, con el fin de encontrar un vínculo común que permita definir un sistema homogéneo, la definición y la provisión de los puestos bajo formas reguladas y adecuadas a su desempeño. Dicho vínculo debe hacer posible a la organización administrativa aunar los requisitos jurídicos y técnicos imprescindibles para este desempeño.

⁸⁰³ Castillo Blanco lo expresa en la contraposición entre el orden organizativo jerárquico y los objetivos de acción que funcionalmente se persiguen del siguiente modo: "el funcionamiento tradicional de nuestras Administraciones Públicas a través de unidades rígidamente establecidas, y en las que el único principio organizativo es la jerarquía administrativa dificulta, entorpece y, habitualmente, encarece la consecución de los objetivos que han de guiar la acción de éstas, siendo que su aportación a los principios de imparcialidad y neutralidad que han de guiar la acción pública, a los que normalmente se acude para justificar dichas estructuras, no es suficientemente significativa ni relevante, ni parece avalar necesariamente esas formas de actuación". CASTILLO BLANCO, Miguel. "Los sistemas de selección en el empleo público español: reflexiones y propuestas" en VV.AA. *El Estatuto de la Función Pública a debate*. Madrid, Cóllex, 2003. p. 169.

Esta estructura facilita la orientación de la organización administrativa al ámbito subjetivo, pues las relaciones del empleo público, sea en su nivel directivo o técnico, presentan a grandes rasgos, sin perjuicio de la gestión instrumental de personal necesaria, una coherencia entre la provisión de los puestos y la estructura orgánica de unidades administrativas que cubren el ámbito de funcionamiento de los órganos administrativos. Por ello la solución típica en el modelo público continental para el ejercicio de autoridad, que históricamente antecede a la actividad prestacional, ha sido y es el modelo estatutario, que facilita la asignación de funciones y la delegación de competencias para establecer una estructura orgánica con origen en la especialidad del régimen administrativo coherente con la organización funcional, pues competencias administrativas, órganos y funciones resultan a grandes rasgos compatibles entre sí⁸⁰⁴.

Por otra parte, en el Estado liberal y liberal-democrático, el sector público ha actuado históricamente para el ejercicio de sus funciones como demandante de recursos al sector privado, incluso inicialmente la gestión del Estado es administrada por el poder ejecutivo a través del régimen fiscal previa autorización por el legislativo, que en el sistema político liberal representa a la sociedad civil o, entendida de otro modo, al sector privado. Sin embargo, la irrupción de un sistema prestacional de servicios públicos, es decir, servicios no todos ellos divisibles en actos administrativos o de autoridad, ni integrables, por ende, en funciones de esta índole, complica la visión unificada y en definitiva presenta diferentes contenidos de servicios públicos provistos desde la organización administrativa.

V.3.4.c *Desajustes entre la estructura orgánica y la organización funcional.*

El régimen estatutario de la función pública queda fundado en una atribución de poder legitimada en la representación del interés general con aspectos que afectan a la estructura organizativa donde se materializa la ejecución de los servicios públicos que la Administración presta⁸⁰⁵. En dicha ejecución la organización administrativa pública encuentra dos grandes ámbitos de actuación; el

⁸⁰⁴ En una defensa de la ortodoxia potestativa de la actividad de la Administración Andrés Morey afirma que “en la normativa de nuestro ordenamiento jurídico y del europeo que se nos incorpora no existe un concepto de función pública absolutamente claro o concreto, pero sí que las pautas para determinarlo, en los casos en que se evidencian, se mueven alrededor del ejercicio de potestades y de la emisión de actos jurídicos y actos administrativos en que se manifiesta”. MOREY JUAN, Andrés. *La función...* Op. Cit. p. 39.

⁸⁰⁵ De acuerdo a lo ya citado en el subepígrafe 5.3.4.1, el artículo 103.3 CE establece la reserva de ley y la figura estatutaria para la regulación de la función pública en conexión con el 103.1 CE, que proclama la obligación de servicio a los intereses generales por parte de la Administración pública y el 103.2 CE que también deposita en el legislativo la creación y regulación de los órganos que la forman. Sin embargo en el sistema constitucional español aparece una regulación sistémica, como en otros casos, donde la regulación estatutaria de la función pública corresponde a una parte básica atribuida al Estado en el artículo 149.1.18 CE, y otra de establecimiento de competencias que corresponde a las Comunidades Autónomas y al propio Estado en su Administración General. La regulación estatutaria de la función pública se encuentra por consiguiente fuertemente incardinada en el sistema jurídico administrativo y por ende, político. Vid. FUENTETAJA PASTOR, Jesús. "El Estatuto Básico del Empleado Público" en *Revista de Administración Pública*, n. 174, sept.-dic. 2007. p. 459-460.

primero, de autoridad, debe ocuparse del cumplimiento de la legalidad y sustanciar la eficacia jurídica, el segundo, prestacional, trata de ejecutar con eficacia de la actividad pública cumpliendo los fines del servicio público técnicamente delimitados, sin perjuicio de las premisas jurídicas que lo ordenan. Como concepto general, el umbral de eficacia se sustancia en el ajuste de la estructura organizativa, que debe afrontar los ámbitos donde afloran los elementos de descoordinación del sistema en el deber de garantizar la cohesión entre los niveles de decisión política, gestión, y ejecución, que modula el régimen jurídico público, que originan problemas sistémicos de eficacia motivados por la coexistencia de regulaciones indeterminadas y soluciones organizativas ad-hoc entre los cuales se destacan las siguientes:

a) Competencias públicas sin funciones definidas. Esta situación la prevé el ordenamiento de la función pública a través, entre otros, de los puestos de confianza, que por ser de funciones de apoyo o asesoramiento basadas en la designación discrecional de medios personales no requieren una delimitación precisa. La indefinición a priori y el consiguiente margen de discrecionalidad que conlleva la asignación de tales funciones, en muchos casos insertadas en la función política, irrumpe sobre el conjunto de actividades de gestión en las relaciones de autoridad administrativa con un sistema de instrucciones extrajurídico. La previsión y regulación de estas funciones puede fomentar problemas de inseguridad jurídica, por una excesiva reglamentación descoordinada; de eficacia jurídica, en sentido contrario al anterior, por déficit de procedimentación jurídica de la actividad efectiva; o de desviación de poder, por abuso de la discrecionalidad ejercida en el uso de las prerrogativas y ausencia de controles de los órganos superiores.

b) Asignación de funciones sin provisión de medios para su desempeño. La disociación entre el plano funcional y orgánico en la organización administrativa crea competencias sin una provisión de medios humanos, materiales o presupuestarios vinculados a servicios que, sin embargo, quedan establecidos para su ejercicio. Se trata de un problema propio de cualquier estructura burocrática, cuyo fundamento se puede encontrar en los desajustes entre el modelo objetivo que se persigue y el modelo subjetivo que representa la gestión de los recursos humanos, considerando que ambos precisan un marco de estabilidad en su funcionamiento y desarrollo. Por una parte el modelo objetivo se basa en previsiones de servicio o programas de funcionamiento creados por la Administración que precisan la dotación de procedimientos jurídicamente fundamentados y reglamentación orgánica. Por otra parte la Función pública exige comportarse como un instrumento de gestión de personal que cubra la especialización, capacitación, desarrollo profesional o carrera y otros elementos de regulación subjetiva

que se corresponda a los fines de funcionamiento⁸⁰⁶. El ajuste entre el modelo objetivo y subjetivo no sólo presupone una definición del modelo de organización pública, si no una adaptación concreta y operativa entre los ámbitos orgánico y funcional⁸⁰⁷.

c) Inadecuación de la estructura organizativa a la dinámica de las necesidades funcionales. Consecuente con el anterior punto se generan efectos operativos de ineficiencia: cuellos de botella, actividades duplicadas, información no compartida, entre otros. La minuciosa regulación que define la estructura organizativa y funcional, desde la reglamentación orgánica a la definición de los puestos de trabajo, permite dar seguridad formal con una regulación precisa que limita la discrecionalidad, pero aporta una pesada carga de tramitación para la gestión de su ordenamiento. Como es previsible, el dinamismo que requiere la adaptación de la gestión pública para la ejecución de sus actividades ordinarias, junto a la aplicación extraordinaria de las políticas públicas genera una continua transformación funcional. La especialización de la regulación orgánica aumenta el coste y disminuye la capacidad de adecuación en la prestación de los servicios públicos. Por ello, el ordenamiento jurídico vinculado a esta dimensión orgánica produce con frecuencia efectos de pérdida de eficacia en el funcionamiento de los servicios o inaplicación de la norma.

V.3.5 **Ámbito subjetivo de la organización en las relaciones entre empleados y Administración.**

El ámbito subjetivo consta de elementos que para Miguel Blanco son “tendientes a superar las rigideces que plantean algunas barreras que actualmente caracterizan nuestro modelo de función pública”⁸⁰⁸: en primer lugar la corrección de los excesos de delimitación de la estructuración profesional, que dificultan la necesaria adaptación de los empleados a las funciones cambiantes y la versatilidad necesaria⁸⁰⁹; segundo, favorecer la polivalencia y limitar la excesiva especialización en la definición de los puestos de trabajo; tercero, disminuir los niveles jerárquicos favoreciendo la coordinación entre las unidades orgánicas y las unidades administrativas, sin extender la organización burocrática a servicios sectoriales que no se muestren idóneos, para fomentar en su lugar estructuras no

⁸⁰⁶ Se pone de manifiesto en el procedimiento de selección de la función pública: “Como ya hemos señalado, con casi práctica unanimidad todos los estudios realizados en el sector público y la mayoría de los autores que se han ocupado de éste, coincide en señalar algunas deficiencias del mismo que se producen más bien en el plano material y no solamente formal en cuanto respeto a los procedimientos y principios que rigen el acceso al empleo público. (CASTILLO BLANCO, Miguel. “Los sistemas...” Op. Cit. p. 171)

⁸⁰⁷ Para dotar a estas situaciones de seguridad jurídica la legislación prevé una intensa y compleja regulación altamente tasada en el Título V, VI del EBEP. El *Título v. Ordenación de la actividad profesional* mantiene una definición subjetiva, desde el plano del empleado público, aunque en realidad fija el ordenamiento de la provisión de puestos de trabajo, que no es sino el modelo de ordenación del que se sirve la organización administrativa para sus fines funcionales y operativos. Respecto al Título VI. Situaciones administrativas, sí puede considerarse más subjetivo en cuanto a la administración del personal.

⁸⁰⁸ BLANCO, Miguel. “Los sistemas...” Op. Cit. p. 176

⁸⁰⁹ En sentido horizontal, como asignación de más tareas a las escalas y subescalas y vertical, permitiendo que las funciones puedan ser realizadas por distintos niveles profesionales no adscritos a la misma titulación. Cfr. Ibid. p. 177.

permanentes que cubran los objetivos variables; cuarto, la conjugación de las acciones normativas con la gestión de modo que sea posible la compartición de empleados públicos como recursos comunes a distintas unidades o la asignación de tareas estables y temporales en el mismo puesto de trabajo; en quinto lugar, fomentar la movilidad de los recursos entre las Administraciones Públicas favoreciendo las carreras profesionales; sexto, adoptar medidas rotatorias y de flexibilidad en los puestos de coordinación de las unidades orgánicas que eviten el sobredimensionamiento jerárquico y permitan el acercamiento de los servicios públicos a los ciudadanos; séptimo, y en último lugar, conectar las medidas de promoción interna con las necesidades de gestión y planificación mediante la evaluación del rendimiento y las competencias apoyadas en procesos de formación⁸¹⁰.

V.3.5.a Propuestas de adaptación modernizadora del modelo jurídico en el ámbito subjetivo de la función pública.

El estudio de los problemas de adecuación entre el modelo funcional propuesto por la reforma modernizadora y su marco jurídico público presenta casos típicos del modelo continental en las administraciones de Francia e Italia. La observación en ambos de los procesos de modernización aplicados a la organización administrativa en el ámbito continental, arrojan diferentes vías de adaptación que son estudiadas por Jesús Fuentetaja⁸¹¹.

El modelo de Función Pública en Francia, fiel a su propia tradición fundacional, se sitúa en una decidida persistencia del ámbito estatutario del Derecho administrativo, que ante determinadas nuevas especialidades, de acuerdo al desarrollo preferentemente jurisdiccional y jurisprudencial de su marco jurídico, no duda en crear la figura de los “agentes públicos no titulares” como vía de “reforzamiento del vínculo contractual público (contratados administrativos), en detrimento de una ampliación de la contractualidad laboral”⁸¹². Por otra parte, en Italia se lleva a cabo la apuesta por el modelo laboral con una concepción independiente del empleo público, de forma que la organización pública pueda adaptarse a diversas modalidades de estructuración. Una significativa delimitación del régimen laboral lo constituye el reconocimiento de la negociación colectiva como institución típica del Derecho laboral, que Italia asume en la Ley marco de 29 de marzo de 1983 para el conjunto del funcionariado de

⁸¹⁰ Vid. *Ibid.* p. 177-178.

⁸¹¹ Estudio del primer proyecto no culminado de Estatuto de Función Pública, publicado el BOCG de 5 de julio de 1999. Vid. FUENTETAJA PASTOR, Jesús. "Modelos europeos de Función pública" en VV.AA. *El Estatuto de la Función Pública a debate*. Madrid, Cóllex, 2003. P.105-146.

⁸¹² Se trata de los auxiliares, que como afirma Fuentetaja, responden a una gran peculiaridad consistente en mantener el vínculo de acto administrativo y no de contrato, pero, a diferencia de los funcionarios, de forma temporal o no permanente, además de un Estatuto particular *mutatis mutandis* el Estatuto de los Funcionarios. Mucho más controvertida para el propio Fuentetaja Pastor resulta la figura de los contratados administrativos (contractuels) donde se unen a un conjunto de disposiciones legales y reglamentarias, de índole estatutaria, a un contrato administrativo particular que adapta a cada caso la citada normativa a cláusulas como la duración, la jornada o las condiciones de renovación. La particularidad que lleva el forzamiento del régimen estatutario hasta su más profunda contradicción al pretender fijarse para su delimitación del contrato laboral en el grado de relación del contratado con el servicio público. *Ibid.* p. 111-112.

carrera⁸¹³. Sin embargo, este modelo privatizador delimita el empleo bajo el régimen jurídico público mediante una serie de excepciones subjetivas, es decir, de categorías de empleados vinculados a materias bajo reserva de Ley que, como señala Fuentetaja, “no están afectadas por la privatización por cuanto, en sentido estricto, escapan del concepto de empleo público”, para subrayar a continuación, “Se muestra, pues, evidente la preocupación del legislador por señalar que tales materias, excluidas de la privatización, están sustraídas a la negociación y continúan encomendadas al Juez administrativo puesto que afectan a potestades discrecionales e imperativas de la Administración”⁸¹⁴. Se puede constatar así, que en la aplicación del Derecho privado al empleo público aparece el interés general como principio de aplicación de la norma privada con excepciones que, análogamente a las causas de surgimiento del Derecho administrativo, fomentan un Derecho específico “cuando las disposiciones de Derecho privado común aparecieran incompatibles con la naturaleza especial del vínculo funcional”⁸¹⁵.

El mero desplazamiento del Derecho administrativo constituye en sí mismo una forma de privatización, pero también se acompaña de necesidades estructurales en la consecución de objetivos de gestión que, en el sentido amplio utilizado desde el principio de esta investigación, se consideran del ámbito técnico. Es decir, existe un desplazamiento del marco jurídico al técnico en correspondencia a los intereses respectivos del ámbito público y privado, que establecen los objetivos de la modernización administrativa sobre nuevos principios de gestión pública, tales como: eficacia, eficiencia, capacidad de adaptación a las necesidades cambiantes o flexibilidad, economía fiscal y primacía de la dirección política.

V.3.5.b *Modelo jurídico administrativo de la función pública: caso de Francia.*

El caso francés muestra que al salvaguardar el régimen administrativo se incurre en contradicciones difíciles de resolver desde la jurisdicción contenciosa (el Consejo de Estado), pues las diversas formas de contratación de las nuevas categorías acogidas al cumplimiento de los principios jurídico-públicos dan lugar a interpretaciones contradictorias al aplicar criterios funcionales u orgánicos, tal y como sucede en el caso de los contratados administrativos⁸¹⁶. Finalmente, ante ellas, el Tribunal de

⁸¹³ Para el resto de legislación del proceso de asimilación del empleo público al privado Vid. FUENTETAJA PASTOR, Jesús. "Modelos..." Op. Cit. p.116.

⁸¹⁴ Ibid. p. 120. Si las exclusiones subjetivas afectan al empleado en el conjunto de su relación con la Administración, sujetando esos casos al Derecho administrativo, en la exclusión de materias serán éstas las que, con independencia de la relación del empleado con la Administración, siempre los dejarán sometidos al régimen jurídico administrativo. Sobre las primeras Fuentetaja se inclina a criticar la posible inconstitucionalidad de los puestos directivos, o de forma general, la privatización, por la exclusión restrictiva de ésta a ciertas categorías que no alcanzan el criterio de “titularidad de funciones públicas”. Respecto a la exclusión por materias también cuestiona que el mandato del artículo 97 de la Constitución italiana establece que la forma de relación abarca únicamente la organización de los puestos de trabajo y no aspectos de la relación de trabajo de los empleados públicos.

⁸¹⁵ Ibid. p. 122.

⁸¹⁶ La discusión heurística se establece en el concepto de Agente público que recoge con precisión Fuentetaja, con el que se pretende agrupar las categorías funcionariales tradicionales y las nuevas. Como traslada el autor, esta categoría se origina

Conflictos, se decanta por una interpretación que otorga carácter general a la contratación de Derecho público en el asunto *Berkani* el 25 de marzo de 1996, al tiempo que le confiere carácter extra estatutario⁸¹⁷. De forma diferente, pero sujeta a la misma problemática en la delimitación jurídica, se entiende el estatus del personal directivo en el artículo 25 de la Ley de 11 de enero de 1984, categoría ya introducida en el Estatuto de 1946, que establece para los cargos superiores el nombramiento discrecional como puestos de confianza política de carácter revocable que, por lo tanto, no requieren su condición de funcionarios ni, por supuesto, adquieren con él derecho a titularidad en la función pública⁸¹⁸. En la citada problemática se encuentra la lista de cargos superiores en el Decreto 85-779 del 24 de julio 1985 a la que no se vincula el criterio jurisdiccional del Consejo de Estado, que hace una interpretación basada en el contenido funcional, el nivel del cargo y en ocasiones las condiciones del nombramiento⁸¹⁹. El carácter autónomo, corporativo y hasta cierto punto elitista de la función pública en Francia, particularmente en la formación de cuadros a través de la Escuela Nacional de Administración, redundando en la excepcionalidad de la no pertenencia a ella de estos cargos, característica que en cierto modo también es típica en la Administración española para los cargos de designación política no funcionarios. Sin embargo los cargos superiores no pueden confundirse con la función directiva, que en expresión de Gerard Marcou posee “un fuerte perfil de *management*”. Bajo esta función aparece un cargo vinculado a las nuevas figuras presupuestarias de gestión de programas y proyectos, obligada además a su separación de la estructura ordinaria de cargos por su carácter transversal entre departamentos de la Administración, o unidades diversas dentro de un Ministerio. Una vez más, en coherencia con el diseño de la organización pública en Francia, estos puestos, o funciones, se reclutan habitualmente entre altos funcionarios, cuando no resulta asignado directamente a un alto cargo⁸²⁰.

Todo indica que, obviándose la diferenciación en la relación jurídica subjetiva entre empleado público y Administración, no se evita el problema de ajuste entre la atribución de competencias

en la teoría del servicio público, que a finales de siglo, con las reformas en la función pública, es cuando cobra actualidad. Vid. *Ibid.* p. 108-109.

⁸¹⁷ Vid. *Ibid.* p. 112.

⁸¹⁸ Los cargos superiores, que ocupan órganos de dirección en la forma equivalente de abordarse por la LOFAGE en España, son la categoría que Gerard Marcou define con gran precisión como “un compromiso entre las garantías estatutarias otorgadas a los funcionarios, incluidos los grados de la jerarquía administrativa, y la necesidad del Gobierno de asegurar su control sobre la «alta administración» para garantizar la ejecución de sus políticas”. Vid. MARCOU, Gérard. “La función pública directiva de la Administración del Estado en Francia” en *La función pública directiva en Francia, España e Italia* (Dtor. Miguel Sánchez Morón). Madrid, INAP, 2007. p. 22.

⁸¹⁹ Así en el Decreto se nombran en general los cargos bajo la responsabilidad directa del ministro, (tales como Directores y Directores Generales de la Administración central, Comisarios, Delegados y Secretarios Generales), de la presidencia del gobierno o delegaciones interministeriales y los embajadores, prefectos, jefe de la Inspección general de la Administración, jefes operacionales y de inspección de la policía y rectores de instituciones académicas. Mientras con el criterio del Consejo de Estado, se incluyen en el mismo tratamiento de cargos superiores a directores de Centro y grandes entidades empresariales públicas CNRS (Centre Nacional de la Recherche Scientifique),... equiparando la noción de alta función directiva relacionada con el poder político con cargo superior. Vid. *Ibid.* p. 23.

⁸²⁰ Vid. *Ibid.* p. 24-25

orgánicas y las necesidades funcionales de la gestión pública. La conciliación eficaz entre la titulación jurídica y la asignación de las funciones al socaire de la actividad pública, que el régimen jurídico francés resuelve con solvencia dentro del mantenimiento de un alto grado de competencia y reconocimiento de la función pública, no puede evitar dos tendencias: por una parte la orientación hacia la preponderancia de los criterios de eficacia y resultados que se exigen a la Administración y sus entes especializados en el sistema organizativo; por otra, consecuente con esa orientación y la directriz básica de mantenimiento de la relación jurídica en la función pública, la proliferación de normas especiales que puedan hacer compatible la casuística concreta del desempeño eficaz de las funciones del puesto con la especialidad jurídico-pública⁸²¹.

V.3.5.c *Modelo jurídico privatizado de la función pública: caso de Italia.*

En el caso de Italia, aparece una decidida apuesta por el Régimen laboral que se trata de extender a todas las funciones del empleo público. Aquí, la renuncia expresa al régimen administrativo supone, como señala Fuentetaja, una renuncia formal a las prerrogativas y poderes exorbitantes de la Administración, que queda al albur de la negociación colectiva, institución que sustancia la división entre las técnicas públicas y laborales. Una vez más las dificultades aparecen en la delimitación entre la naturaleza orgánica y material de las relaciones entre Administración y empleados públicos. Así, al tratar de establecer las excepciones de aplicación del Derecho público, ante las necesidades del ejercicio de las potestades administrativas reservadas a categorías de determinados puestos, aparecen problemas en la compleja aplicación de los casos reales a la formalidad de la norma⁸²². Pero también aparecen, tanto en la perspectiva jurídica como meramente funcional, significativas contradicciones en la aplicación del Derecho laboral al resto de la función pública, cuya consecuencia es la inestabilidad e inconsistencia del régimen regulatorio resultante.

Dicha inestabilidad regulatoria se produce en dos campos clave: desde la técnica de aplicación jurisdiccional, en la difícil asignación competencial de las materias del Derecho público y privado; hasta

⁸²¹ Entre estas normas especiales, sólo en el seno de los altos cargos de la Administración, se puede hablar del bloque estatutario general, que diferencia en cuatro leyes separadas el estatuto de la función pública conformado por las disposiciones comunes derechos y deberes de la Ley 83-634 y las leyes particulares de función pública estatal, territorial y hospitalaria. A continuación aparecen los estatutos especiales de cuerpos de la Administración, entre los que destacan las disposiciones especiales de la alta función pública de los cuerpos superiores identificados con grandes instituciones del aparato estatal (Consejo de Estado, Tribunal de Cuentas, Inspecciones generales,...) y cuerpos menores (servicios periféricos, jueces administrativos,...) todos ellos seleccionados por la ENA e y cuerpos específicos como Ingenieros, todos ellos integrantes de la alta función pública: "Se deriva de ello que la gran mayoría de los funcionarios están sometidos a estatutos particulares con disposiciones especiales." Entre ellas destaca la *Loi organique sur les lois de finances* – LOLF que desde una perspectiva presupuestaria regula la citada dimensión de *management*. A continuación las instituciones de régimen especial a través de la Ley de Autoridades Independientes y sus Decretos reguladores (Decreto 84-38 de 18 de enero 1984, y el Decreto 84-455 de 14 de junio 1984). Vid. Ibid. p. 18-21.

⁸²² Entre las categorías o exclusiones subjetivas destaca su perfil de poderes del Estado o sujetos de las actividades ligadas a los contenidos típicos de autoridad de la Administración: magistrados, Fiscales y Abogados del Estado; personal militar; policía; personal diplomático. Vid. FUENTETAJA PASTOR, Jesús. "Modelos..." Op. Cit... p.118.

la técnica organizacional, en la distinción subjetiva de categorías de personal o la objetiva de funciones o actividades administrativas, que en la asignación individual de puestos queda descoordinada de la finalidad organizativa. Los necesarios ajustes producen sucesivas reformas cuya inevitable tendencia es el reconocimiento de las prerrogativas constitucionales de la Administración y la supremacía de la Ley como fuente unilateral necesaria para el ejercicio de los poderes públicos, no sin quebrar con ello la propia coherencia del ordenamiento⁸²³:

El verdadero objetivo de la reforma de 1993 no ha sido ya la búsqueda de elementos de cohesión en el seno de la Función Pública estableciendo unos principios comunes que trataran de racionalizar las distinciones entre los diferentes sectores, sino más bien la homogeneización gradual de la Función Pública y del sector privado para todo aquello que concierna a las condiciones de empleo y ciertos derechos y obligaciones estrechamente vinculados (remuneraciones, vacaciones, flexibilidad en la gestión del personal, seguridad social, etc.), articulando para ello un sistema dual de fuentes: la Ley y el convenio colectivo⁸²⁴.

Otro tanto sucede respecto a la función pública directiva, que permite entender los objetivos reformistas privatizadores de la función pública italiana. Battini y Cimino destacan el enfoque constituyente que trataba de delimitar la esfera de la política del ámbito administrativo, obteniendo al final del proceso un resultado diametralmente opuesto:

Las vicisitudes que han afectado, en los últimos quince años, a los directivos públicos italianos, merecen ser expuestas a los oyentes extranjeros. Son significativas porque el reformador italiano ha modificado la planta normativa tradicional más profundamente de lo que se ha realizado en otros países europeos, recurriendo sin embargo a modelos e ideas que han circulado en cada uno de ellos. De la experiencia italiana pueden extraer útiles y positivas conclusiones, pero principalmente conclusiones negativas, otros reformadores europeos, que tienen que enfrentarse, en el fondo, al mismo problema: introducir mayor eficiencia en la gestión administrativa, sin renunciar a las garantías de imparcialidad y neutralidad de la función pública⁸²⁵.

La necesidad de una reforma radical lleva al tal vez erróneo diagnóstico de efectuar una privatización generalizada fundamentada en principios típicos del sistema público: la separación de la burocracia y la política, que por otra parte ya fue formulada en la creación de la *dirigenza* en 1972⁸²⁶. En este antecedente los propios dirigentes “renunciaron a ejercitar los nuevos deberes para escapar de sus nuevas responsabilidades”⁸²⁷. En cierto modo bajo un sistema administrativo politizado era difícil asignar responsabilidades de gestión dentro del régimen jurídico público. Es ante esta realidad como se produce una decidida apuesta por el *New Public Management* bajo la teoría de la distinción entre la *policy* y el *management*, que en el ámbito británico supone la sustitución de la despolitización de un

⁸²³ El colmo del paroxismo regulatorio, señalado por Fuentetaja, por el que el Decreto Legislativo 165/2001, estipula la facultad derogatoria por los Convenios Colectivos de las leyes, por más que se habilita su jerarquía como fuente de Derecho si la Ley hace mención expresa a su inderogabilidad. Vid. Ibid. p. 124.

⁸²⁴ Ibid. p. 128.

⁸²⁵ BATINI, Stéfano y Benedetto Cimino. "La función directiva italiana... Op. Cit. p. 56.

⁸²⁶ CASSESE, Sabino (ed.). *Istituzioni di diritto amministrativo*. Roma, Giuffrè Editore, 2012. 5ª edición. p.184-186.

⁸²⁷ Ibid. p. 57. Como citan los autores “cambiaron el poder por la seguridad”. CASSESE, Sabino. “Grandezza e miserie dell’alta burocrazia in Italia” en *PD*, 1981. p. 219.

Civil Service fuertemente subordinado a las instrucciones del gobierno, por la creación de una estructura directiva independiente⁸²⁸. La importación de este modelo anglosajón, ya modernizado, a una de las cunas del modelo administrativo continental, sin otros pasos intermedios, si es que éstos resultan viables en el sustrato cultural y jurídico en el que se tratan de implantar, supone dar en un solo proceso dos saltos formales dentro de una misma escala de principios: la despolitización, que precisaba el sistema administrativo de la República para la desvinculación de los cargos políticos de la dirección y ejecución de la actividad administrativa propia del periodo anterior y la descentralización administrativa por medio de la formación de órganos independientes de ejecución⁸²⁹.

Respecto a la despolitización, sus principios dentro del ideario del Estado liberal, aunque como ya se ha ido viendo por diferentes vías, son compartidos entre el sistema anglosajón y el constitucionalismo italiano, que proclama en el artículo 95 de la Constitución Italiana, respecto a la responsabilidad de los ministros de las actuaciones administrativas, y en el 97 y 98 de la misma carta magna en el “servicio de los empleados públicos a la nación”, la delimitación de los objetivos entre ambas categorías del poder ejecutivo⁸³⁰. Sin embargo las diferencias entre ambos sistemas son ostensibles, habida cuenta de que en Italia el ejercicio del poder real por la burocracia se ha llevado a espaldas del cumplimiento del Derecho, o dicho de otro modo, en ausencia de mecanismos de control y garantía de su observancia. Ante el estrepitoso fracaso de los mecanismos de responsabilidad entre el nivel político y la dirección administrativa, al que escapa el intento de creación de la *dirigenza* que otorga responsabilidades al nivel burocrático que éste no se encuentra en disposición de asumir, Italia se acoge a la salida del *New Public Management* en el Decreto legislativo 29/1993⁸³¹. Dado el modelo de estructura administrativa, más basado en la confianza personal y el reparto de competencias, aunque sujeto a los conceptos importados de *policy* y *management*, se crea en torno a este último la figura del personal directivo que recibe, de acuerdo a competencias preexistentes en la estructura de la Administración, responsabilidad plena en el cumplimiento de las directrices políticas y sus resultados,

⁸²⁸ Como señala Fuentetaja, son los pasos sucesivos que se dan desde la erradicación del *spoils system* en el Informe Northcote-Trevelyan de 1854 hasta el Informe Fulton de 1968 los que evitan la fragmentación y el favoritismo previo a la formación del *Civil Service* y unifican su organización estableciendo métodos comunes de remuneración, estructuración del personal y formación centralizada. Hasta que en 1988 el programa *Next Steps* quiebra la teoría uniforme por una concepción heterogénea de unidades autónomas. Vid. FUENTETAJA PASTOR, Jesús. "Modelos..." Op. Cit. p. 131.

⁸²⁹ Fuentetaja precisa que la descentralización en la gestión es en realidad una forma de desconcentración administrativa, lo que resulta una observación llena de interés, dados los matices y precedencias en su aplicación entre ambos conceptos. Ibid. p. 140.

⁸³⁰ Respecto a la despolitización en el modelo británico queda bien descrito por Fuentetaja como deudor del principio de la neutralidad de la función pública, a su vez condición del verdadero fin que conlleva este sistema de principios, la imparcialidad y la eficacia de la actuación de la Administración. Vid. Ibid. p. 134-136. En un contexto más amplio, Batino y Cimino lo definen en la relación weberiana entre política y administración, para descender a la centralidad de la despolitización en este orden y su recepción por la Constitución italiana. Vid. BATINI, Stéfano y Benedetto Cimino. "La función..." Op. Cit. p. 56-57.

⁸³¹ Vid. Ibid. p. 58.

pero respondiendo ante los órganos políticos del gobierno, y no directamente del parlamento, como sería el caso británico, a través de unidades administrativas de control y evaluación que informan a esos órganos⁸³².

La descentralización administrativa queda por lo tanto condicionada por la separación o despolitización de la Administración mediante la asignación de responsabilidades ejecutivas a la clase directiva, dejando el camino abierto a la autonomía de la gestión pública, si bien sujeta a mecanismos administrativos de control⁸³³. El complemento a esta autonomía no es tanto una fragmentación en entidades y objetivos autónomos, sino una privatización formal a través de la laboralización de las relaciones del empleo público con las mismas funciones y puestos preexistentes, sin que se dé una verdadera reestructuración de las funciones ejecutivas, sino más bien una adecuación de los ámbitos de responsabilidad entre ambos niveles⁸³⁴. En suma, el objetivo principal de la reforma parece consistir en descargar de responsabilidad ejecutiva al nivel político, que conserva toda la capacidad para fijar las directrices de la Administración a través de las medidas de gobierno, incardinando en esta delegación de facultades ejecutivas la descentralización administrativa. El ordenamiento laboral de la relación subjetiva entre Administración y empleados públicos, supone, más allá de una medida privatizadora del empleo público, un instrumento descentralizador que pone ese sistema de relación en conexión con el ordenamiento de la dirección administrativa, permitiendo a ésta, a diferencia de la fracasada iniciativa de la *Dirigenza*, utilizar herramientas de control directo de la dirección del personal público que la deja, entre sus atribuciones ejecutivas, como titular de la función de personal subalterno.

Paradójicamente, esta privatización de las relaciones laborales en Italia afecta a la reforma de la Administración en sentido contrario a su despolitización, y como propone Fuentetaja, a su objetivo principal de objetividad y neutralidad. Así, en la reforma de 1998 se sustancia la tendencia inevitable a someter al control político la actividad de la nueva clase directiva. La ya citada ausencia, a diferencia del modelo británico, de una verdadera reestructuración de la organización y las funciones públicas, somete a la estructura administrativa a una trasposición mecánica del sistema privado empresarial, en el que también el nivel político precisa asimilarse a ese sistema y ejercer el mismo control que los órganos de administración ejercen en la empresa privada. En este supuesto la equiparación del directivo público al *manager* privado supone una elevada precarización de su puesto que, junto al mencionado intento de

⁸³² Vid. *Ibid.* p. 59.

⁸³³ "La comprobación de los resultados se confía a unas unidades administrativas especializadas de control o evaluación, cuya creación, en cada administración, se convirtió en obligatoria precisamente desde la reforma del 93. Estas unidades informan a los órganos políticos, que pueden exigir la responsabilidad del directivo público, adoptando decisiones tales como la remoción del encargo, es decir, de la función directiva, o incluso, en los casos más graves, la pérdida del puesto de trabajo". (*Ibid.*)

⁸³⁴ "...entre la política y la administración no hay relación de jerarquía: la competencia los órganos políticos no coincide plenamente con la del aparato que gobiernan, ni pueden dar órdenes a los funcionarios que de él dependen". (*Ibid.*)

control por la autoridad política, lleva a la extensión de los plazos de vencimiento en la duración de sus funciones de los niveles altos primero y medios después, bien acotadas al periodo de legislatura o bien a plazos fijos predeterminados. De este modo actúa la relación de confianza política y se repone un *spoils system* que, en definitiva, impide la despolitización y la independencia pretendida en la formación de los cargos del nivel directivo⁸³⁵.

La Corte constitucional italiana también balbucea al posicionarse sobre estos principios que, al analizar la relación entre la privatización y el principio de imparcialidad administrativa en la sentencia 313/1996, acaba aceptando la decisión del legislador, fallando que la Constitución no impone un estatuto público y la privatización - laboralización de la relación directiva pública - no exige la precarización del cargo que puede poner en riesgo la citada imparcialidad⁸³⁶. Pero ya más adelante, con los cambios de 1998, que introducen las atribuciones políticas dentro de la gestión directiva, la Corte reitera en el auto 11/2002 que el estatuto de derecho público no viene impuesto por la Constitución, sin entrar a juzgar la cuestión elevada por el juez administrativo respecto al nombramiento político, que una vez más obstaculiza el principio de imparcialidad. Por último, en la 233/2006, también de forma genérica, ratifica la legitimidad de la cohesión entre política y administración. Finalmente, y en su última intervención, concreta lo que habían sido pronunciamientos favorables al vínculo privado y la confianza política en los altos y medios cargos directivos, confirmando en las sentencias 103/2007 y 104/2007 la colisión entre la extensión de la confianza política con los valores de imparcialidad, eficiencia (en el sentido de no interrumpir la continuidad de la actividad administrativa con ceses discrecionales y extemporáneos) y las garantías jurisdiccionales del directivo ante la revocación⁸³⁷.

V.3.5.d *Contradicciones y problemas en el retorno sustancial a la especialidad del sistema jurídico público.*

En la comparación entre ambos modelos se pueden destacar elementos diferenciados entre Italia y Francia en el periodo de modernización de sus organizaciones públicas, por lo demás dentro de sendos sistemas de raíz continental y cultura administrativa latina. En primer lugar el sistema político precedente de gobiernos que impide cualquier alternancia entre los partidos que los forman en Italia, si bien en Francia dicha alternancia también resulta bastante limitada. También la consecuente implicación en Italia entre la estructura administrativa y el nivel político con consecuencias en la corrupción de “tangentópolis”, que acaba arrastrando la crisis del sistema constitucional. Por último, la

⁸³⁵ Battini y Cimino señalan como el artículo 19.c.1 del decreto legislativo n.165 indica los criterios de nombramiento de los cargos directivos de modo genérico, lo que como se explica más adelante lleva a su falta de efectividad y el uso de la discrecionalidad. Vid. Ibid. p. 62.

⁸³⁶ Vid. Ibid. p. 60.

⁸³⁷ Vid. Ibid. p. 63.

diferente madurez del sistema administrativo, en los menores grados de profesionalización de la función pública de Italia respecto a Francia.

Por otra parte, la compatibilidad buscada, en el caso de Francia, entre el desempeño de la funciones del puesto con la especialidad jurídico-pública comienza a romper sus costuras en la figura gerencial del directivo público, pues “hay un gran contraste entre la amplitud de la responsabilidad de programa y la debilidad del marco reglamentario de esta función. Pero la clarificación de este marco supondría que el Gobierno y los Ministros aceptaran conferir a los responsables de programa su autonomía”⁸³⁸. Es decir, parece que la aplicación al ordenamiento de la función pública del régimen jurídico administrativo en la ejecución de las tareas de dirección política y gestión técnica de la organización, no acaba de resolver la delimitación de funciones de acuerdo al nuevo modelo de gestión por programas que agrupan las actuaciones públicas con criterios funcionales y de evaluación de resultados en el ámbito de la gestión económica y presupuestaria.

En las reformas emprendidas en Italia, el *management* no puede evitar la discrecionalidad, ni tampoco se formula para ello, y el control político aparece de forma natural rindiendo cuentas ante el parlamento y la propia sociedad en el sufragio. Sin embargo, lo que en un sistema privado es irrelevante, pues no se exige la imparcialidad ni la objetividad en la ejecución de la función gestora, si no los resultados, en el sistema público no lo es, lo que puede explicar a la difícil asimilación entre ambos. Por lo tanto, el sistema público no se obliga por naturaleza o costumbre a renunciar en su mandato constitucional a establecer nuevos principios de gestión. En resumen, la decisión de la confianza política, comúnmente aceptada en el sistema administrativo, se complica cuando ésta se contamina por una relación laboral, en definitiva privada, que parece afianzar la relación clientelar, por más que se persiguiera con aquella la separación entre el nivel político y de gestión, o el otorgamiento de competencias ejecutivas y técnicas que permiten el desempeño eficaz y eficiente de la actividad administrativa. Complicación, que al menos en este sentido, no aparece cuando la responsabilidad de la dirección administrativa encuentra responsabilidad efectiva fuera de la escala jerárquica, como trata de realizar el modelo británico en la reforma del *Civil Service* a través de la descentralización en la gestión pública.

De algún modo en la estructura organizativa de la Administración pública la delimitación entre las funciones objetivas y el modelo de relación subjetivo es tan dinámica como la establecida en la evolución y adaptación de la gestión pública en su finalidad política y sus fundamentos jurídicos. Pero ambos, dentro del Estado liberal democrático, se encuentran relacionados de forma que los contenidos de la actividad pública no parecen poder desprenderse del acomodo a su régimen jurídico, que cumple

⁸³⁸ Vid. MARCOU, Gérard. "La función pública..." Op. Cit. p. 25.

en las condiciones dadas un conjunto de principios comunes a cualquiera de ellos. Existen por supuesto márgenes de transformación, pero el ámbito público del marco jurídico transformado no puede evitar la corrección que le devuelve a su especialidad, en la que lo público, concepto en revisión continua, parece requerir la centralidad de los principios de neutralidad y el ejercicio de las prerrogativas del interés general en la dirección de la actividad pública. Sin embargo, tampoco, como apunta el caso de Francia, la alta tasación de supuestos que exigen las normas administrativas en su paradigma de principios y técnicas jurídicas, se adaptan debidamente a las medidas de eficacia administrativa que se tratan de acometer.

V.4 El marco jurídico de la organización pública en la modernización administrativa.

Las normas de organización administrativa del régimen jurídico público establecen competencias que con frecuencia, o típicamente tal vez, obvian parte del conjunto de instrumentos de gestión que se han ido incorporando en el proceso de modernización: descripción de funciones operativas, gestión de recursos técnicos y materiales, gestión de recursos humanos, gestión por objetivos, métodos de evaluación, previsiones presupuestarias, planificación y programas, entre otros, casi todos ellos atributos cuya ausencia en la norma, al margen de lo que se considere jurídicamente pertinente, representa una minoración de la reglamentación organizativa. Como consecuencia es factible apreciar que en la norma jurídica se limitan ciertos ámbitos de regulación procedimental ante la orientación práctica de las actividades de la gestión pública. Por otra parte, dicha orientación puede abocar, ante su alta tecnificación, a un exceso de reglamentación o, en el caso opuesto, al mantenimiento de disposiciones carentes de contenido en su aplicación a las prácticas de organización y gestión. Desde esta perspectiva es posible considerar que la adopción o elevación a nivel normativo de documentos y especificaciones funcionales de carácter técnico, en forma de manuales o guías de usuario, como ejemplo entre otros, incluso su vinculación a la promulgación de determinadas normas que los habilitan jurídicamente, pueden no promover principios de seguridad jurídica, transparencia y control de la eficacia dadas la deficiencia de medidas efectivas para su cumplimiento dentro de principios inherentes a la función pública, como la atribución competencial y la responsabilidad que corresponde al ejercicio de las potestades públicas. En definitiva, en numerosos casos, cuando se trata de gestionar bienes y servicios de interés público, se puede presentar una inconsistencia formal para desarrollar procedimientos técnicos debidamente conectados con los instrumentos jurídicos.

En este epígrafe, una vez fijado el marco que conjuga las perspectivas jurídica y técnica de la organización pública, se examinan sobre sus grandes ámbitos de caracterización tres líneas de reforma en la modernización de la organización pública: la gestión del personal, el marco procedimental y las normas de control económico.

V.4.1 Encaje de las normas jurídicas de organización en las técnicas de la gestión pública.

V.4.1.a Diversidad de perspectivas de la organización pública.

La inadecuada compatibilización entre la norma jurídica y el procedimiento técnico convierte a la gestión pública en un campo abonado para la discrecionalidad técnica, cuando más bien, se trata de evitarla mediante la adecuada vinculación con las disposiciones legislativas y reglamentarias, incluso los procesales cuando se ejecutan las garantías de aquellas en el ámbito jurisdiccional⁸³⁹. Se incurre en crear esas disposiciones como formulaciones ad-hoc que a menudo tratan de justificar las medidas y actuaciones gestoras, formándose así un extenso e inconexo entramado de normas reglamentarias carente de los adecuados principios que deben regir el criterio jurídico, es decir, los criterios formales que dan garantía a la regulación de los actos, las funciones y los objetivos de la gestión administrativa. Como el resto de las políticas públicas, también las de organización y funcionamiento deberían estar sometidas al control jurídico que responde tanto al mandato del legislador como al sustrato jurisdiccional al que dentro del Estado de Derecho aquel se constriñe.

En este sentido, la estructura organizativa, como se ha tratado de mostrar, representa una visión estática de la organización que aporta dos dimensiones, una subjetiva de relación entre los empleados públicos y la Administración y otra objetiva de las funciones que definen y delimitan su actividad. Aunque la disociación de ambas dimensiones resulta abstracta y difícil de aplicar al emprender el diseño concreto de una entidad pública, la legislación y su desarrollo reglamentario apenas entran en la segunda, que sin embargo, desde un punto de vista dinámico, impulsa un conjunto de principios de organización y funcionamiento que en parte quedan recogidos en la Constitución y otras leyes. Estos principios surgen en gran medida de enunciados que tienen su fuente en la CE, pero por otra parte y especialmente, en los que Olías de Lima considera de funcionamiento, surgidos en paralelo a la aplicación de la norma suprema, con los procesos de modernización administrativa, cuyo impulso se inicia con las medidas de liberalización del sistema económico y político a partir de 1990⁸⁴⁰. Su principal rasgo es la introducción gradual, discontinua, sobre reflexiones que van desembocando en medidas concretas, operativas y de tipo “puntual y experimental” junto a iniciativas en el cuerpo jurídico

⁸³⁹ La propuesta de Linde Paniagua, por sus casi transgresoras consecuencias en la sustancia del Derecho administrativo sugiere la aplicación de los principios constitucionales de igualdad de las partes en el proceso de la JCA, eliminando así los privilegios procesales de la Administración en su jurisdicción especial a favor de los ciudadanos. Vid. LINDE PANIAGUA, Enrique. *Fundamentos...* Op. Cit. p. 84-85.

⁸⁴⁰ Como principios de organización, de raíz constitucional en su mayor parte, la jerarquía, descentralización, desconcentración, coordinación, eficacia, economía, simplicidad y proximidad a los ciudadanos; respecto a los principios de funcionamiento eficacia y eficiencia, programación, control de gestión y resultados, responsabilidad, racionalidad y agilidad en la gestión, objetividad y transparencia y cooperación y coordinación entre Administraciones Públicas. Vid. OLÍAS DE LIMA, Blanca. *Manual...* Op. Cit. p. 19.

administrativo como la LRJAP y otras nuevas de índole objetiva como la LOFAGE⁸⁴¹. Por otra parte, en los inicios de este proceso predominan actuaciones e instrumentos programáticos que encuentran difícil encaje en el régimen jurídico público, como estudios, planes, conformación de instituciones autónomas, libros blancos y demás iniciativas admonitarias o carentes de eficacia jurídica⁸⁴².

Es en este punto donde subyace la contradicción que se plantea entre las nuevas iniciativas y el código administrativo, pues su difícil adaptación entre sí crea una falta de capacidad de aplicación satisfactoria de aquellas en ese régimen jurídico, y una desviación práctica de ese marco en gran parte de las actuaciones administrativas surgidas de las medidas de modernización que constituye el problema central de esta investigación. Una especificación técnica de la organización, por el principio de discrecionalidad técnica, no contradice el marco jurídico, sin embargo, los contenidos sustantivos de dicha especificación pueden dar como resultado material actos opuestos a la norma jurídica formal. Por otra parte, sin la fuerza del imperativo jurídico todo acto administrativo cobra un carácter admonitorio, pues ninguna actividad pública exenta de reglas jurídicas puede garantizar su cumplimiento en Derecho. Si en el Derecho privado cualquier compromiso libremente decidido por las partes que no vulnere las leyes civiles o penales es exigible a esas partes en sus términos, la actividad pública queda sujeta a normas que sustraen de la libre voluntad privada a los actos públicos, *conditio* necesaria para la definición objetiva de la potestad pública. Quizás, ante las nuevas necesidades organizativas, los instrumentos de gestión, que en la modernización administrativa proceden de la introducción de técnicas privadas recogidas en el *management* anglosajón, se van rodeando de fórmulas cuya asunción jurídica resulta de difícil recepción.

V.4.1.b *Perspectiva jurídica de la organización pública.*

En la perspectiva jurídica las normas de organización y funcionamiento comienzan a enunciarse en los principios recogidos en la CE (artículo 103.1) y la LOFAGE (artículo 3 puntos 1 y 2)⁸⁴³. Los reglamentos orgánicos y relaciones de puestos de trabajo de los departamentos y entidades administrativas con entidad organizativa propia se crean como instrumentos formales del régimen jurídico que se conforman en medidas normativas reglamentarias y demás disposiciones administrativas.

⁸⁴¹ Ibid. p. 28. Todo un manifiesto inicial de la modernización administrativa en España se puede ver en VALERO, Javier. "Presentación" en *Técnicas gerenciales en la Administración Pública*. Madrid, Documentación Administrativa, 223, julio-septiembre 1990. p. 5-14.

⁸⁴² Como señala Fuentetaja, la ausencia del título de prerrogativa que aleja al sistema británico de la necesidad de una cobertura de legalidad formal y externa, impide la eficacia jurídica a todo lo que no tenga un claro origen legislativo, y con ella, de resultados prácticos en su aplicación. Vid. FUENTETAJA PASTOR, Jesús. "Modelos..." Op. Cit. p. 142.

⁸⁴³ Mientras que la CE se centra en la alusión como principios generales de organización y funcionamiento a la eficacia, jerarquía, descentralización, desconcentración y coordinación, la LOFAGE divide los de organización que incluye a los principios constitucionales y de funcionamiento, que extrae como principio propio el de eficacia al que se añaden otros siete que vienen a precisar éste y los nuevos que en organización y funcionamiento incorporan la economía, la proximidad y servicio a los ciudadanos, la claridad y transparencia y la coordinación interna y con otras administraciones.

a) Las relaciones de puestos de trabajo quedan reguladas a partir de su formulación en la Ley 30/1984, de 2 de agosto, de Medidas para la Reforma de la Función Pública (LMRFP), por Orden Ministerial de 2 de diciembre de 1988 sobre relaciones de puestos de trabajo de la Administración del Estado⁸⁴⁴. Dicha norma establece en su artículo primero que “son el instrumento técnico a través del cual se realiza la ordenación del personal, de acuerdo con las necesidades de los servicios y se precisan los requisitos para el desempeño de cada puesto, así como sus características retributivas”. Posteriormente este instrumento es recogido en la legislación de función pública de la mayoría de comunidades autónomas que la desarrollan⁸⁴⁵. En el EBEP de algún modo disminuye su importancia y pasa a establecerse en el artículo 74 de forma más subsidiaria. En el largo periodo que transcurre entre ambas normas legislativas cambia la importancia regulatoria acentuada por su ubicación bajo el Título V, capítulo II, estructuración del empleo público, en cuyo artículo 73.2 se persigue la flexibilidad que trata de impedir el uso garantista de la RPT como medio de inhibición de obligaciones del funcionariado público⁸⁴⁶.

b) Respecto a los reglamentos orgánicos, al definir las competencias de los órganos de dirección, se aproximan, en su definición jurídico-administrativa, a la representación de las competencias de los organismos a que se adscriben. Se trata de un instrumento vinculado a las garantías personales de los agentes públicos designados para ocupar los cargos o desempeñar las funciones que se atribuyen, o bien a los medios de procedimiento del funcionamiento institucional. Poseen para las entidades públicas que son reguladas por ellos un carácter constituyente de indudable eficacia jurídica.

Sin embargo, se puede considerar que ambos instrumentos jurídicos no completan materialmente diferentes aspectos que delimiten los objetivos y los resultados de las actividades del órgano o unidad administrativa que abordan.

V.4.1.c Perspectiva técnica de la organización pública.

La dimensión organizativa, como ámbito que trasciende a las meras responsabilidades del sujeto público, obliga a crear estructuras eficientes que acojan los procesos, cuyos resultados se esperan de la gestión pública, que ineludiblemente se dirigen a los ciudadanos y demás personificaciones del ámbito

⁸⁴⁴ En su artículo 15 detalla que deben incluir la denominación y características esenciales de los puestos, las retribuciones complementarias y los requisitos exigidos para su desempeño, especificando aquellos no reservados a funcionarios y los que deben ser adscritos a cuerpos o escalas en atención a la naturaleza de su contenido, por último las RPT por esta Ley tienen carácter público. En el artículo 16 esta obligación se hace extensiva al resto de administraciones autonómicas y locales.

⁸⁴⁵ Textualmente: “Las Administraciones Públicas podrán asignar a su personal funciones, tareas o responsabilidades distintas a las correspondientes al puesto de trabajo que desempeñen siempre que resulten adecuadas a su clasificación, grado o categoría, cuando las necesidades del servicio lo justifiquen sin merma en las retribuciones”.

⁸⁴⁶ Vid. FERREIRA FERNÁNDEZ, Javier. *La provisión de puestos de trabajo en la Administración General del Estado*. INAP, Madrid, 2002. p.112-128.

privado, tales como empresas, asociaciones y entidades privadas en general. Es justamente en la adaptación de estos procesos a nuevas prácticas de gestión donde las estructuras sufren los principales cambios. Anteriormente, cuando la especialización daba lugar a los entes de provisión de bienes y servicios, la Administración instrumental creaba un marco autónomo e independiente en el cual se daba cabida a estructuras prestacionales y productoras de bienes asimilables a la flexibilidad requerida del sector privado, a cuyo Derecho se acogían total o parcialmente. Posteriormente la nueva gestión pública introduce otros criterios en los que se incluyen servicios administrativos sujetos a técnicas y medidas de evaluación y eficiencia que comienzan a penetrar en el conjunto de servicios generalmente reservados al ejercicio directo de las potestades administrativas o contenidos típicos de la Administración del Estado liberal.

Estos procedimientos técnicos no sólo tienen su procedencia en la gestión privada, sino en el conjunto de medios que introducen las tecnologías de la información y la comunicación, que a través de las posibilidades de procesar grandes volúmenes de información y establecer múltiples vías de comunicación permiten establecer métodos de medición, sistemas de evaluación y formas de transacción y compartición de la información⁸⁴⁷. En definitiva, la estructura burocrática se transforma, y aunque aquellos principios de la organización consagrados jurídicamente mantienen su vigor, aparecen otras opciones para obtener en la gestión pública esos resultados que demanda la nueva realidad política y social.

La organización administrativa, por consiguiente, no se encuentra constreñida para cumplir sus fines a mantener unidades administrativas con responsabilidad separada ante los actos del trámite, estableciendo compartimentos cerrados y especializados en la materia de esos actos, sino que pueden adquirir líneas de producción de trámites según la clase de operación administrativa de que se trate, por la que discurren diferentes servicios administrativos⁸⁴⁸. A esas líneas se acoplan los procedimientos de gestión pública que evalúan los actos administrativos como servicios públicos: sus costes internos y su impacto social, entre otros. Las materias técnicas pueden intervenir así en el proceso de diseño, decisión y producción del servicio gestionando la especialidad necesaria, bien sea con recursos internos o externos de la Administración.

⁸⁴⁷ “...las Administraciones están en un proceso de cambio con el fin de adaptarse a las pautas y prácticas establecidas por la denominada “nueva gestión pública” (New Public Management) que establece como objetivo de dichas actividades la satisfacción de criterios de eficacia –la novedad- al mismo tiempo que el cumplimiento de los objetivos de servicio público propios de las Administraciones Públicas de sociedades democráticas: los principios recogidos por el ordenamiento de los Estados de Derecho desde finales del XVII hasta nuestros días”.(GALINDO, Fernando (Coord.). *Gobierno, Derecho y Tecnología: Las actividades de los Poderes Públicos. I. Introducción*. Cizur Menor, Thomson Civitas, 2006. p. 17).

⁸⁴⁸ Obsérvense en este sentido la de casos particulares de procedimientos que responden al proceso sancionador, autorizador, u otros con sustantividad propia en el procedimiento administrativo.

V.4.2 Adaptación del marco jurídico de la gestión del personal público: provisión, selección y carrera.

V.4.2.a *La provisión como eje del sistema jurídico de gestión de personal.*

Los efectos del sistema de provisión de puestos en relación al sistema de promoción y carrera profesional son estudiados a partir de la legislación vigente inmediatamente anterior al EBEP por Palomar Olmeda en un análisis que no ha perdido vigencia en el nuevo Estatuto, al no ser asumida su crítica en la redacción del Título IV, Capítulo I de acceso al empleo público y Título V, Capítulo III de provisión de puestos de trabajo. Destaca ya entonces Palomar ciertos elementos perturbadores de la adecuada racionalidad y simplificación del sistema que inciden en su falta de flexibilidad, eficacia y el normal funcionamiento de la gestión pública, tales como el abuso en la utilización de los concursos para la provisión de los puestos y el mantenimiento de los concursos separados para cuerpos generales y especiales que no se ajustan a las necesidades reales de provisión⁸⁴⁹.

En opinión de Alberto Palomar la carrera profesional acusa una rigidez por su vinculación con el sistema de provisión sin considerar los grados alcanzados, lo que obliga a examinar las implicaciones organizativas de cada caso de acuerdo a sus especificidades. Por ejemplo, los puestos de trabajo que pueden vincularse a la profesionalización y aquellos que necesitan por su dinámica una capacidad de movilidad requieren una solución especial y diferente de carrera administrativa. A partir de aquí se plantean criterios de reforma que eviten la rigidez de estructuras, los altos costes de funcionamiento del sistema y la inadecuación entre las necesidades de los puestos y las formas de aprovisionamiento. En este sentido propone una decidida utilización de la libre designación una vez quede consignada en los correspondientes puestos de trabajo. Esta reforma implica una gestión más dinámica de las relaciones de puestos de trabajo sujetas, como es obvio, a las consiguientes sanciones reglamentarias, pero no haciendo de éstas una intervención organizativa excesivamente compleja y global que se separe de la necesaria continuidad en la evolución de la gestión. En segundo término, homogenizar el sistema de selección respecto al de provisión, evitando que el primero discrimine a través de cuerpos especialidades que luego no se ajusten a las necesidades cambiantes o no encuentren plazas expresamente definidas, creando una confusa adopción de roles superpuestos al desempeño real.

La simplificación de las técnicas apriorísticas de selección traspasaría la provisión a la gestión y al desempeño, dotando al sistema de la adecuada flexibilidad y capacidad de adaptación en el diseño de los puestos de trabajo, sin que esto suponga una discrecionalidad o inestabilidad en la adaptación de las estructuras organizativas, inherentes en los sistemas burocráticos que subsisten, a la gestión de los recursos humanos. Por el contrario, la noción de autoridad se mantiene a través de la eficacia en la

⁸⁴⁹ Vid. PALOMAR OLMEDA, Alberto. "La provisión de puestos de trabajo y la promoción profesional" en *Derecho de la función pública régimen jurídico de los funcionarios públicos*. Madrid, Dykinson, 2003.

actividad, que se ajusta a la necesidad del servicio público no como un derecho adquirido, sino como resultado de la adquisición de dicha eficacia funcional que permite el cumplimiento de la eficacia jurídica.

Una vez traspasada la actividad de provisión de puestos de trabajo a la gestión, siempre jurídicamente garantizada y sin implicar un sistema rígido e irrevocable, sino simplificado y eficazmente informado para realizar los ajustes necesarios con agilidad dentro de aquella actividad, la estructura funciona mediante la conexión del sistema de aprovisionamiento con la promoción y carrera profesional. De otra forma, como consecuencia del sistema general de aprovisionamiento y promoción, la carrera profesional se encuentra limitada ya en su origen y deja a su vez de ser un instrumento para el eficaz funcionamiento de la Administración. El ligamen entre la provisión de puestos, el grado personal y los mecanismos de promoción supone que el recurso a las convocatorias y concursos evite que el reclutamiento de puestos se vincule a los criterios técnicos y profesionales una vez las capacidades y competencias quedan estipuladas objetivamente en el propio sistema de selección. Se trata de encontrar la conexión de la Administración con las necesidades reales de la sociedad a través de su capacidad de definir los puestos necesarios, con el horizonte puesto en el servicio a los intereses generales como fuente de la legitimidad y eficacia en todos los órdenes de su actividad, ya sea prestacional de servicios públicos o reguladora de la actividad privada.

la necesidad de consolidar unas reglas que permitan vislumbrar un espectro profesional en el que pueda desenvolverse la vida laboral de los funcionarios, que, de otra forma, y si tal espectro no existiese, se ven obligados a convivir y, en el peor de los casos, a luchar contra la falta de expectativas laborales en su propia empresa, cuestión que, como es de sobra conocido, acaba provocando apatía, desinterés y falta de motivación, aliados con los que verdaderamente es difícil construir un funcionamiento adecuado de cualquier organización⁸⁵⁰.

Como siguiente criterio de especificidad en la provisión, siguiendo la posición sostenida por Alberto Palomar, aparecen dos niveles. En los puestos de los niveles bajos y medios conviene evitar los elementos ajenos a la carrera mediante la proscripción de los concursos específicos que constituyen formas de provisión cercanas a la libre designación, pues ese procedimiento de selección une a su carácter excepcional, que se trata de evitar, la inamovilidad. En el caso de los puestos directivos y los altos puestos vinculados a ellos se admite la libertad y autonomía de su forma de provisión, en justa proporción a la responsabilidad por el cumplimiento de los objetivos asignados de carácter ilimitado y la no conexión o repercusión directa de éstos con el sistema de carrera.

Por lo tanto, pueden admitirse requisitos que, sin limitar la libertad de elección ni basarse en el sistema de carrera, permitan demostrar el previo ejercicio de tipos de responsabilidades, bien mediante

⁸⁵⁰ PALOMAR OLMEDA, Alberto. "La provisión..." p. 42.

procedimientos de evaluación, desempeño de determinados tipos de puestos de trabajo o tiempos de dedicación al servicio público. En este sentido Palomar sugiere que la libertad de elección actual de los puestos altos o directivos, por el efecto en el actual concepto de carrera, no debe tener efecto sobre el grado del personal para evitar el condicionamiento entre la carrera administrativa actual y la propia libre elección⁸⁵¹.

A partir de esta posición y sus variados supuestos es posible plantear un concepto de carrera administrativa vinculada a las necesidades de la provisión, que permita afrontar en su reforma un sistema con repercusión en el conjunto de retribuciones que le otorgue así credibilidad y recoja otros factores complementarios que tengan por objeto valorar la actitud, integración y capacidad de motivación y profesionalización hacia la organización administrativa con las siguientes medidas:

a) Desvinculación de los puestos de trabajo de su eje definitorio básico, atendiendo a otros elementos como la formación, el reciclaje, los servicios prestados y la evaluación de los superiores en el desempeño de los puestos.

b) Consecuente con el anterior, una mayor presencia de los méritos frente a la evaluación de capacidad que preside el actual sistema de provisión, postergando éste a la valoración del conjunto de aptitudes del funcionario.

c) Vinculación en la reforma de la carrera del grado profesional a sus efectos reales en la retribución, asociando éste al conjunto de complementos, no sólo el de destino, inherente al puesto pero de poca significación económica, sino a los complementos específicos y de productividad, de mayor peso en las remuneraciones percibidas.

En líneas generales, el concepto de carrera se vincula a dos aspectos básicos, la evaluación y la formación, y una consecuencia práctica, la retribución. Sobre ellos los sistemas de modernización de la gestión pública van a incidir con nuevos contenidos. La evaluación, va a requerir un concepto de rendición de cuentas de los empleados públicos técnicamente delimitado por nuevos procedimientos de

⁸⁵¹ Véase también JIMÉNEZ ASENSIO, Rafael. *Altos Cargos y Directivos Públicos. Un estudio sobre las relaciones entre política y Administración en España*. Oñati, IVAP, 1998. p. 210.

medición y control⁸⁵². Respecto a la formación será un aspecto sensible a los objetivos perseguidos, en el que el marco técnico de la gestión pública primará la gestión económica⁸⁵³.

V.4.2.b *Adecuación de la selección con las necesidades de la provisión.*

Por último, la selección de personal del sistema de la organización público-administrativo se basa en la necesaria presencia del funcionario público⁸⁵⁴. Una vez asumida su naturaleza indisociable de la función pública y la estructura organizativa de la Administración, dicho sistema presenta unas condiciones objetivas en los procedimientos de selección que constituyen el proceso de adquisición de la condición de funcionario y otras de carácter discrecional que acaban por establecer los mecanismos de relación entre esta selección y la provisión del puesto⁸⁵⁵. Tal vez es finalmente en esta relación donde aparecen las claves que condicionan la adaptación a los nuevos modelos de gestión pública en lo que se refiere a su organización y estructura de funcionamiento, en este sentido los elementos de dicha relación se transforman en premisas del sistema. La condición de funcionario constituye la esencia del sistema, en la medida que es portadora de propiedades inherentes a la formación de los poderes públicos y la estructura de la Administración, que incluye la gestión de los servicios públicos que desde ella se prestan. En contraposición a esta figura aparece por una parte, y dentro del régimen de la función pública, la creciente tendencia a la provisión de puestos en la Administración por personal no funcionario formado al menos por las categorías de los cargos reservados a los órganos políticos y los puestos de libre designación – personal eventual asimilado al régimen funcional- así como la contratación de personal en régimen del Derecho laboral sea fijo o temporal. Por último, más allá del régimen de la función pública, con carácter material y no formal de provisión de puestos, se puede

⁸⁵² Los sistemas de rendición de cuentas o *accountability* recogen un conjunto de técnicas de evaluación dirigidas a los empleados públicos que eclosionan con el auge de la gobernanza en el sistema anglosajón con un alto seguimiento en los Estados Unidos de ensayos académicos a principios de siglo. Vid. ROMZEK, Barbara S. “Dynamics of Public Sector Accountability in an Era of Reform” en *International Review of Administrative Sciences*, v.66, n.21, 2000. p. 21-44. Romzek diferencia cuatro tipos de relaciones a las que afecta la rendición de cuentas: jerárquica, legal, política y profesional. La primera y la última tendrían más relación con hipotéticos sistemas de valoración de aptitudes.

⁸⁵³ Pennisi revisa el programa ECBA de formación en gestión pública, basado en la capacitación en el análisis coste-beneficio fomentada por el Banco Mundial, la Escuela Superior de la Administración Pública Italiana y algunas universidades holandesas. Vid. PENNISI, Giuseppe. “Análisis económico de la formación en gestión pública” en *Revista Internacional de Ciencias Administrativas*, v. 72, n. 3, 2006. p. 441-455.

⁸⁵⁴ El concepto jurídico de funcionario público nunca queda recogido, ni en la Ley 30/84 de 2 de agosto, ni en el actual EBEP, tal y como indica Palomar Olmeda, hay que retrotraerse a la Ley de funcionarios civiles de 1964 para encontrar en el artículo 1º una definición expresa en la perspectiva jurídico administrativa: “Los funcionarios de la Administración Pública son las personas incorporadas a la misma por una relación de servicios profesionales y retribuidos, regulada por el Derecho administrativo”. Posteriormente a esta norma, como tantos otros conceptos jurídico-administrativos de utilización habitual, su delimitación pasa a ser positiva y comparada en un contexto que asume la sustantividad y su significado previo “debido a la diversidad de criterios con que se efectúan las definiciones en el Derecho positivo”. PALOMAR OLMEDA, Alberto. *Derecho de la función pública régimen jurídico de los funcionarios públicos*. Madrid, Dykinson, 2003. p. 3.

⁸⁵⁵ Para la delimitación entre provisión y selección, si bien reconoce lo común de su análisis conjunto Vid. FERREIRA FERNÁNDEZ, Javier. *La provisión...* Op. Cit. p. 47. Este análisis conjunto venía recogido a nivel de la norma anterior al EBEP en el RD 364/1995 de 10 de marzo, Reglamento de ingreso del personal al servicio de la Administración General del Estado y de provisión de puestos de trabajo y promoción profesional de funcionarios civiles de la Administración General del Estado, aún en vigor y que regula en la misma norma la selección (funcionarios y personal laboral), provisión y carrera.

considerar la contratación de servicios a organizaciones externas para la realización de asistencias técnicas y otro tipo de prestaciones que requieren de empresas y organizaciones privadas sujetas al régimen de contratación del sector público, que incluyen con creciente peso la prestación de servicios personales. Una primera aproximación a la relación jurídica en los medios de aprovisionamiento de puestos del sistema de la organización pública, citada arriba, permite apreciar cómo todas ellas están sujetas al control del régimen administrativo, salvo tal vez los puestos de contratación laboral, que por otra parte comparten gran parte de los instrumentos jurídicos dispuestos por la EBEP. En este sentido se puede hablar de provisión de puestos de trabajo en sentido amplio. Pero lo más llamativo es que todas las condiciones establecen formas de provisión que permiten adaptarse de diferente modo a las necesidades organizativas y de gestión de las entidades públicas. Además de las funciones específicas a las que se encomienda la actividad pública, en la cultura administrativa continental siempre subyace el sustrato de autoridad e independencia, que en cualquiera de las formas mencionadas prevalece para mantener la primacía del poder ejecutivo como garante de la protección de los derechos privados.

Sobre esta premisa se introduce el elemento corrector que ante las necesidades de optimización de la eficacia y eficiencia, con el principio económico de resolver las obligaciones públicas al menor coste y plena ejecutoriedad, procura nuevas características de flexibilidad en la estructura administrativa. Así, en el caso francés e italiano, revisados con anterioridad, se producen diferentes efectos por las vías opuestas emprendidas en ambos. Cuando las rigideces del sistema de provisión obligan a formular funciones en clave de fundamentación jurídico pública, situación de la Administración en Francia, se producen situaciones difíciles de establecer que conducen finalmente a una delimitación positiva con criterios heterogéneos y forzados en los supuestos de provisión. En el caso de Italia, cuando la presunta simplificación importada de técnicas privadas, como el régimen laboral generalizado, requiere su adecuación a las funciones públicas, se acaba por recurrir a desarrollos normativos de excepción que en la práctica terminan por aproximar ese régimen laboral a una especialidad pública, que en definitiva es la sustancia del Derecho administrativo. Por lo tanto, aparece una frecuente inadecuación entre las necesidades de flexibilización de la provisión de puestos y el sistema de selección, obligada por una taxativa aplicación de los principios de igualdad, mérito, capacidad y publicidad, que al afectar no sólo al ingreso en la carrera funcionarial sino a la provisión de los puestos contradice la eficaz asignación de funciones en la estructura pública y por otra parte fundamenta la presunción teórica y apriorística de la necesaria especialización en el desempeño de dichas funciones. Esta inadecuación la Función Pública, como norma de Derecho administrativo, se resuelve asumiendo situaciones de facto ex-post que dan lugar al reconocimiento de figuras superpuestas de otros medios de provisión, o forzando a la utilización de los existentes sin una adecuada motivación jurídico-pública. Ante la invocación permanente a dichos principios aplicados a la provisión

de los puestos se consolidan las situaciones heterogéneas de la interinidad, eventualidad y expansión de las relaciones laborales que van desarrollando situaciones heterogéneas pero profundamente reglamentadas, sin que la lógica de su regulación responda siempre a supuestos funcionales y necesidades reales del servicio público. Por otra parte, en la práctica no se promueven los medios de desarrollo profesional, que a través de la formación, la cualificación continua y la evaluación interna, reconozca una provisión acorde a las necesidades y el desarrollo profesional. Incluso, y fuera de las estadísticas de la Administración, las formas de contratación del sector público se han venido consolidando como sustitutorias de la provisión de puestos.

En suma, la rigidez motivada por un estricto y necesario control de la legalidad del sistema público lo deja a menudo más fundamentado en la inercia y la dificultad de encontrar fórmulas de evolución. Se incentiva así la huida de dicho sistema, al tiempo que se permite mantener el sustrato jurídico-administrativo en torno a las funciones básicas de los contenidos típicos (ordenación, sanción, fomento, régimen patrimonial y expropiatorio,...) con una extensa nómina de singularidad y especificidad en otros servicios públicos, que aún dependiendo funcionalmente del poder ejecutivo no se adscriben a una norma estatutaria común, como es el caso de las excepciones de aplicación remarcadas en los artículos 2.2, 2.3 y 4 del EBEP, excluyendo entre ellas, por razones obvias, a los órganos judiciales y legislativos. Sin embargo, nada parece impedir que dichas exclusiones y funciones básicas puedan en la práctica perder su carácter permanente.

V.4.2.c *Restricciones de la Carrera Profesional en el marco jurídico público.*

La propia EBEP en el artículo 20, dentro del capítulo II de Derecho a la Carrera Profesional determina, como señala Fuentetaja, el mecanismo de evaluación del desempeño de forma genérica, y requiere por ello un desarrollo reglamentario que en el artículo 20.3 se encomienda a las respectivas Administraciones Públicas⁸⁵⁶. Los métodos de evaluación del desempeño acumulan diversas experiencias en otras Administraciones como la de Estados Unidos y la Unión Europea⁸⁵⁷. Como señala el profesor Fuentetaja, son varios los aspectos vinculados a la eficacia jurídica que deben conectar la declaración de principios legislativos con la fijación de los procedimientos que vinculan la evaluación del desempeño, la incentivación (retribuciones complementarias) y la promoción (carrera profesional)⁸⁵⁸. Por otra parte dejan a cada Administración el establecimiento de sus correspondientes

⁸⁵⁶ Vid. FUENTETAJA PASTOR, Jesús. "El Estatuto..." Op.Cit. p. 495-497.

⁸⁵⁷ Ibid. p. 497: "De hecho, en otros modelos de Función Pública donde están históricamente arraigados, se replantea la ineficacia de los sistemas de evaluación desde el mero punto de vista de los costes (Estados Unidos) o se abdicar de la intención de adscribirles efectos sobre las retribuciones (Unión Europea)"

⁸⁵⁸ Artículo 20.2 del EBEP: "Los sistemas de evaluación del desempeño se adecuarán, en todo caso, a criterios de transparencia, objetividad, imparcialidad y no discriminación y se aplicarán sin menoscabo de los derechos de los empleados públicos".

sistemas de evaluación sin un mandato por otras normas de desarrollo legislativo general para establecer: las garantías en los efectos negativos de remoción del puesto, como número de evaluaciones necesarias y periodo de tiempo de realización; el órgano evaluador; la frecuencia y limitación de evaluaciones y otros mecanismos de garantía como la impugnación⁸⁵⁹. Además, ante las dificultades de aplicación por la exigencia jurídica de no dejar margen a la discrecionalidad, se deben prever medidas materiales de acompañamiento.

Sea como fuere, la puesta en marcha de estos procedimientos de evaluación exigirá un gran esfuerzo de formación entre los gestores de recursos humanos en el seno de las Administraciones Públicas, profesionalización de la gestión que está muy presente en las intenciones del propio EBEP⁸⁶⁰.

La falta de este desarrollo reglamentario agravado por la ausencia de un mandato de desarrollo legislativo y el mismo abandono que encabeza la UE de los efectos retributivos señalan, más allá de la dificultad técnica, cierta insoslayable incompatibilidad entre los principios jurídico-administrativos de control de la discrecionalidad y la ejecución técnica y material de lo que por otra parte es un mandato legal. Si los requisitos que subraya Fuentetaja son incuestionables desde la lógica de las garantías jurídicas necesarias, lo sería también descender a una norma técnica, factible en un sistema evaluador por imperfecto que fuere, sin el correspondiente respaldo de la fuente jurídica en una actividad que por la propia EBEP no se queda en una medida de “eficacia meramente indicativa”⁸⁶¹.

La no discrecionalidad se convierte así en un principio a menudo inalcanzable, pues su formulación viene presidida por la presunción de la duda ante la protección del Derecho, sin que tenga aquí efecto la prerrogativa o ejecutoriedad del acto administrativo a pesar de que la Comisión es irrevocable en su dictamen cuando afirma:

Por todo ello consideramos que el Estatuto Básico del Empleado Público debe hacer hincapié en la obligación de todas las Administraciones Públicas de introducir sistemas de evaluación del rendimiento de sus empleados, mediante la aplicación de criterios y técnicas que garanticen la objetividad e imparcialidad de la evaluación del rendimiento de sus empleados, mediante la aplicación de criterio y técnicas que garanticen la objetividad e imparcialidad de la evaluación, vinculando expresamente a sus resultados la promoción profesional y los complementos de productividad o similares de los empleados públicos⁸⁶².

El sistema de evaluación, aunque matizado por la previsión de una aplicación gradual, tanto la Comisión como el propio estudio de Fuentetaja coinciden en ligarlo a “las capacidades de gestión de recursos humanos de cada Administración” o “profesionalización de la gestión”. De esta manera, las exigencias del régimen jurídico público aparecerían como un límite a la competencia técnica tal vez más

⁸⁵⁹ Tal y como indicaba la Comisión del EBEP: “...somos conscientes de que la introducción de sistemas de evaluación del rendimiento puede dar lugar a un aumento de la conflictividad jurídica en el seno del empleo público” (VV.AA. *Informe de la Comisión...* Op. Cit. p. 101.)

⁸⁶⁰ FUENTETAJA PASTOR, Jesús. “El Estatuto Básico...” Op. Cit. p. 497.

⁸⁶¹ Ibid. p.496.

⁸⁶² VV.AA. *Informe de la Comisión...* Op. Cit. p. 101.

condicionado por la realidad estructural y de personal de la organización administrativa, que como problema jurídico más abstracto.

V.4.3 La coexistencia normativa ante las nuevas funciones técnicas de la organización.

V.4.3.a La presencia de las normas jurídico administrativas en el marco de la organización pública.

Los procesos de la Administración reciben al procedimiento jurídico-administrativo como un requisito de funcionamiento. Es decir, el procedimiento administrativo definido por el régimen jurídico público establece el contenido de la actividad en forma de requisitos que se deben cumplir para asegurar que dicha actividad se lleva a cabo conforme a Derecho, en concreto a ciertos principios del Derecho público como son, de forma destacada entre otros: la seguridad jurídica, o correspondencia entre los enunciados normativos y su ejecución; la interdicción de la arbitrariedad en las resoluciones del acto administrativo; y las garantías del interés público trasladado a las prerrogativas de la Administración en el principio de ejecutoriedad de los actos administrativos⁸⁶³. Estos principios se caracterizan por su naturaleza formal respecto a la norma jurídica, que por definición se basa en la regulación de derechos y obligaciones contraídas por las partes actuantes, las cuales aparecen sujetas en el Derecho público a la existencia de una instancia superior personificada en las instituciones de potestad administrativa que tutela los intereses generales o intereses públicos⁸⁶⁴.

En este sentido conviene señalar que dichos aspectos formales se transforman en actos materiales en la medida que el procedimiento, dentro de su propio marco jurídico y legal, es la sustancia de la actuación administrativa. De modo que su transgresión es causa suficiente para anular esas actuaciones, especialmente cuando en el resultado del servicio administrativo que se presta se dirimen las consecuencias del tráfico jurídico, pero también cuando tienen un efecto sustancial sobre el objeto del procedimiento. Se puede así afirmar que, en la medida que ese objeto material requiere un tratamiento especial extrajurídico para la valoración técnica de los efectos del servicio público, se producen

⁸⁶³ La institución de la ejecutoriedad es desarrollada por el profesor Parada que muestra como su origen procede de la monarquía bajo medieval (Ley de Toro de Enrique II del año 1371) y continua a lo largo del Estado Moderno hasta que el Derecho liberal lo toma en sus diferentes tradiciones continentales y anglosajona, caracterizándose en todo momento y lugar por sus diferentes conexiones con las garantías judiciales. Vid. PARADA VÁZQUEZ, J. R. *Derecho Administrativo I...* Op. Cit. p. 155-158.

⁸⁶⁴ Recurrir a la pureza de las fuentes doctrinales ayuda a clarificar el ligamen entre ejecutoriedad e interés público tal y como lo esclarece Garrido Falla utilizando la expresión de Hauriou. Mientras los intereses generales representan una abstracción formal que en cierto modo se apropia de una voluntad indemostrable, los intereses públicos, en oposición a los intereses privados. son la expresión material de la voluntad subjetiva del Estado actuando para obligar a cumplir el Derecho a través de la Administración dispuesta a tutelar el interés que la norma declara y convertida en Poder jurídico. MARTÍN MATEO, Ramón. "La sustantividad del Derecho administrativo" en *Revista de Administración Pública*, 54, 1957. p. 19.

consecuencias sobre el procedimiento no concernidas por la regulación jurídica, sin perjuicio de las garantías de Derecho que preserva el régimen público⁸⁶⁵.

V.4.3.b *El afloramiento de las normas técnicas.*

Comienzan a aflorar así procedimientos técnicos de diferente índole no necesariamente coordinados con los procedimientos jurídicos, por ejemplo, entre otros, en el ámbito del Derecho especial urbanístico y de medioambiente. También dentro de la propia gestión pública, según se imponen procedimientos informales que persiguen la eficacia y eficiencia de los resultados de la actividad administrativa antes que el estricto cumplimiento de la legalidad, con métodos de programación, evaluación de resultados, seguimiento y control de actividades asignadas a nuevas funciones de soporte entre las que destacan, entre otras, las tecnologías de información y comunicación, la gestión de la calidad y las áreas de modernización administrativa⁸⁶⁶. Ante la consiguiente diversificación de fuentes y fundamentos jurídicos en el marco de la actividad pública, los procedimientos jurídicos se convierten en procesos meramente formales y carentes de eficacia frente a lo sustantivo que pasa a la materialización de los objetivos de la gestión.

En este sentido el carácter procedimental del régimen jurídico de la Administración adopta una dimensión técnica, y son tenidas como técnicas por los principales autores y publicistas del *public management* el conjunto de nuevos métodos de gestión importados del ámbito privado⁸⁶⁷. Así pues, el nuevo marco procedimental introducido incide en dos áreas de la reforma organizacional destacadas por Xavier Mendoza en su síntesis adaptada a la Administración en España a inicios de la década de los noventa: por una parte las técnicas analíticas de gestión y por otra las técnicas de habilidades directivas⁸⁶⁸.

⁸⁶⁵ Si bien las principales garantías se dirimen en sede jurisdiccional muchas actuaciones se producen a través de procedimientos técnicos que no adquieren forma de resolución administrativa. La doctrina de la discrecionalidad técnica aparece como un refuerzo de esa figura reforzándose siempre la ejecutoriedad de la Administración. Propugnando un vuelco en esa doctrina a través de jurisprudencia reciente véase FERNANDEZ ESPINAR, Luis Carlos. "El control judicial de la discrecionalidad administrativa. La necesaria revisión de la construcción dogmática del mito de la discrecionalidad y su control" en *Revista Jurídica de Castilla y León*, n. 26, Enero, 2012. p. 212-258.

⁸⁶⁶ Se podrían considerar aquí el conjunto de técnicas gerenciales mencionadas por Xavier Mendoza recogiendo algunas de las principales aportaciones anglosajonas del *public management* hasta la década de los 90. Vid. MENDOZA MAYORDOMO, Xavier. "Técnicas gerenciales y modernización de la Administración pública en España" en *Técnicas gerenciales en la Administración Pública*. Madrid, Documentación Administrativa, 223, julio-septiembre 1990. p. 281-288.

⁸⁶⁷ Prats establece una "coincidencia paradigmática" entre el Derecho administrativo y el Management técnico, se apoya para ello en la hipótesis que establece analogías, incluso correspondencia plena, entre esta rama del Derecho y el sistema legal racional de Weber. No necesitamos afirmar la anterioridad de esta rama jurídica ya revisada en la investigación, pero sí es interesante resaltar sus palabras "Las normas organizativas, según Weber, pueden ser jurídicas o técnicas, pero el conocimiento y aplicación de unas y otras exigen un conocimiento especializado, que es el propio del burócrata o administrador público [...]". En efecto, la propuesta liberal-democrática de Weber ya apunta la dualidad técnico-jurídica de la actividad administrativa y apuntula la estructura de la que se dota el Estado social. De aquella adaptación y la actual a las nuevas técnicas de gestión, ante su ineludible necesidad social, del marco jurídico administrativo, trata precisamente esta investigación (PRATS CATALÁ, Joan. *De la burocracia...* Op. Cit. p. 109).

⁸⁶⁸ Vid. *Ibid.* p. 283-287.

V.4.3.c *Las nuevas funciones técnicas y sus órganos especializados.*

Será el Real Decreto 951/2005, de 21 de julio, por el que se establece el marco general para la mejora de la calidad en la Administración General del Estado, el que introduzca el conjunto de actuaciones para la mejora de los servicios públicos, y desarrolle, tal y como expresa su artículo 1, las normas legislativas de la LRJAP en su artículo 3 y de la LOFAGE en los artículos 3 y 4, un contenido sistemático del marco de calidad en la Administración pública⁸⁶⁹. Dentro de esta disposición se enuncian el conjunto de programas que abarcan los objetivos de un sistema de calidad aplicables a la Administración: análisis de la demanda y de evaluación de la satisfacción de los usuarios; cartas de servicios; quejas y sugerencias; evaluación de la calidad de las organizaciones; reconocimiento; observatorio de la calidad de los servicios públicos. En todos ellos se fija el procedimiento y las actuaciones que caracterizan cada programa acompañado de un soporte organizativo en la definición de responsabilidades y competencias relacionadas con la implantación del marco propuesto, junto al establecimiento de incentivos que potencien su despliegue.

En la línea de crear órganos que sustancien esas funciones, la Ley 28/2006, de 18 de julio, de Agencias estatales para la mejora de los servicios públicos, abre el camino de aquellas competencias que se decide especializar en esta nueva forma de órganos independientes con estatuto propio. Al amparo de ese régimen estatutario particular, dentro del bloque de la Administración institucional, se cimenta una organización que desde el principio se pone al servicio de la aplicación de programas de gestión de las políticas públicas (art. 1), lo que se puede interpretar como la implantación un nuevo modelo organizativo que en casos especiales requiere, por el tamaño y perdurabilidad de sus actividades, la existencia de entidades que posean un régimen jurídico propio dentro del ordenamiento administrativo⁸⁷⁰. Para entender esta institución es crucial la figura del contrato de gestión, pues en él se determinan los ejes de su funcionamiento basado en la fijación de los objetivos y el plan anual amparado en un contrato plurianual. En dicho ejes quedan especificados los proyectos necesariamente vinculados a estrategias, los plazos temporales e indicadores para la evaluación de resultados, la responsabilidad en la gestión por objetivos, los incentivos, los procedimientos para el control del déficit y los procedimientos de seguimiento, entre otros que en su conjunto atribuyen al funcionamiento de las agencias instrumentos

⁸⁶⁹ Una importante parte de la doctrina sostiene que, finalmente, las Cartas de Servicio crean obligaciones de subsanación y activan la responsabilidad patrimonial, si bien, como indica el art.9 del RD 951/2005, sólo en la medida en que se definan aquellas dentro de las cartas y con sujeción a lo dispuesto en la Ley 30/1992, de 26 de noviembre y de procedimiento en materia patrimonial en el RD 429/1993, de 26 de marzo. Vid. SARMIENTO, Daniel. *El soft...* Op. Cit. p. 108-115.

⁸⁷⁰ Autores como Ramón Parada realizan una fuerte crítica no sólo en el nivel técnico en cuanto a la separación del régimen jurídico administrativo común, sino en las consecuencias políticas y prácticas, en general con la creación de una burocracia no sometida a los controles y garantías que se atribuyen a ese régimen, y por lo tanto tendente a la discrecionalidad y desigualdad con el resto de órganos de la Administración. Vid. PARADA, Ramón. *Derecho Administrativo II...* Op. Cit. p. 240-245.

de gestión caracterizados por técnicas de gestión flexibles, descentralizadas, autónomas y orientadas a la evaluación de los resultados (artículo 13 a 15)⁸⁷¹.

En este marco de regulación funcional y orgánica de caracteres atípicos dentro de una regulación estatutaria que se vincula al régimen jurídico público, el Real Decreto 1418/2006, de 1 de diciembre, por el que se aprueba el Estatuto de la Agencia Estatal de Evaluación de las Políticas Públicas y la Calidad de los Servicios (AEVAL), encuentra lo que Ramón Parada denomina “agencia de agencias”⁸⁷². Esta nominación indica cómo de alguna manera la forma institucional de la agencia admite el objeto por el que fue creada: evaluar las actuaciones de los servicios y las políticas públicas para toda la Administración General del Estado. Muestra que la fórmula sirve no sólo a la actividad pública directa y puede habilitarse para la toma de decisiones de gestión pública que da soporte al resto de órganos de la Administración⁸⁷³.

La relación entre las técnicas de gestión pública asociadas a la modernización administrativa, las normas de desarrollo de los modelos de calidad y las nuevas estructuras dentro de la Administración institucional, como las agencias, cierran un círculo, que aun tardíamente respecto a otros Estados europeos, en España alcanza al menos un alto desarrollo legislativo y reglamentario, tanto en el ámbito estatal como en el autonómico, es decir, en el seno de las grandes Administraciones Públicas⁸⁷⁴.

V.4.3.d *La eficacia jurídica de las normas técnicas en la organización pública.*

El conjunto de métodos de gestión técnica aplicados a la Administración pública, si bien se acompañan generalmente de un respaldo normativo, legislativos en la constitución de sus órganos rectores o reglamentarios en la definición de los procedimientos y demás aspectos de funcionamiento interno, no parecen adquirir de forma habitual un rango de eficacia jurídica. Esta falta de eficacia se pone de manifiesto en las cartas de servicio para dos de sus principales atribuciones: la información aportada al usuario de los servicios públicos y los compromisos adquiridos por la Administración en su relación con el ciudadano. Éstas, al quedar conformadas como un instrumento admonitorio, disminuyen su significado material de ser una prueba documentada que regula las relaciones entre la Administración

⁸⁷¹ Aunque el modelo de agencia se encuentra ya maduro en los Estados pioneros revisados anteriormente, a España se trae cierta literalidad de sus ya clásicos, formulados a comienzos de los setenta, postulados teóricos. ROSS, Stephen A. “The economic theory of agency...Op. Cit. p. 134-139. MITNICK, Barry M. “The theory...Op. Cit. p. 27-42.

⁸⁷² Ibid. p. 240.

⁸⁷³ La AEVAL se va haciendo acreedora de nuevos contenidos de gestión con la Ley 20/2013, de 9 de diciembre, de garantía de la unidad de mercado, asociada a los nuevos paquetes legislativos reformistas y vista en el capítulo anterior.

⁸⁷⁴ En el seno de las administraciones autonómicas se destaca también un amplio desarrollo legislativo que recoge Joaquín Tornos en normas como “Decreto 109/2001, de 21 de noviembre, de Cantabria, Decreto 191/2001, de 18 de diciembre, de la Comunidad Valenciana, Decreto 161/2002, de 18 de noviembre, de la Comunidad Canaria, Decreto 317/2003, de 18 de noviembre, modificado en parte el año 2005, de Andalucía, Decreto 149/2004, de 14 de octubre, de Extremadura y, con especial importancia al tratarse de una disposición legal y ser la más reciente, la Ley foral de Navarra 21/2005, de 29 de diciembre, de evaluación de las políticas públicas y de la calidad de los servicios públicos [...]” Vid. TORNOS MAS, Joaquín. “Las Cartas de servicios” en *QDL, Fundación Democracia y Gobierno Local*, n. 10, febrero de 2006. p. 75.

y los ciudadanos con una formación expresa o presunta de derechos y obligaciones, es decir, reúnen los principales requisitos que constituyen una relación jurídica⁸⁷⁵. La aplicación de técnicas extrajurídicas en la gestión de los servicios públicos con carácter potestativo en su adopción y ejecución adolece de rigor y eficacia que no impide el incumplimiento de sus propios objetivos o, en algunos casos, la vulneración de las obligaciones básicas de la Administración en cuanto a la aplicación de la normativa con seguridad jurídica.

Sin embargo, este diagnóstico no se puede llevar al simple rechazo de estas normas técnicas aplicadas a la gestión pública, a menudo importadas del sector empresarial, pues incorporan a la acción pública nuevos medios para el cumplimiento de derechos y obligaciones. Bajo esta noción se plantea la adecuación del marco jurídico para dar soporte a propuestas técnicas, como las que incorpora un modelo de calidad en la gestión. En gran parte de los casos, la creación de instrumentos jurídicos para la gestión política se resiste a su incorporación al conjunto de garantías jurídicas. En efecto, determinados medios de garantía que buscan la eficacia tanto en la vertiente jurídica como en la fáctica actividad administrativa, sólo se aplican si no interfieren con la estructura administrativa, que evita nuevos ámbitos de responsabilidad o, a menudo, obligaciones en la inversión pública. Como solución a este último punto aparecen los sistemas de incentivos como el Real Decreto 951/2005, de 29 de julio, por el que se establece el marco general para la mejora de la calidad en la Administración General del Estado. Sin embargo, se sigue apreciando una falta de encaje material de estas técnicas en la ejecución del servicio público en todas sus dimensiones, sea la actividad de ordenación, de orientación económica, sancionadora o de prestación de servicios directos, que fomenta una actividad administrativa dirigida al interés general – a los ciudadanos con el interés general *in-vigilando*, y no, a la inversa, al interés general con los ciudadanos *in-vigilando*-⁸⁷⁶. Actividad en la que el sustrato jurídico impulsa una organización jerárquica que no permite adoptar dichas técnicas, ni dispone de los medios necesarios para subsumirlas, por lo cual se crean normas indicativas que facilitan un entramado jurídico para escapar al régimen administrativo que no asume sus consecuencias jurídicas. Por otra parte, la pluralidad normativa resultante motiva la inseguridad y permite escapar a la aplicación de los principios jurídico-administrativos, (tales como la objetividad, neutralidad y control de la discrecionalidad) que finalmente

⁸⁷⁵ Se destacan en este orden, ante los compromisos adquiridos, responsabilidad patrimonial ante la compensación por incumplimiento que se derivan de las medidas de subsanación obligatorias sin perjuicio de lo establecido en materia patrimonial en los arts. 139 a 144 de la Ley 30/1992, los principios de responsabilidad administrativa por su actuación en cuanto a lesión antijurídica o inactividad, y también en cuanto a la información derivada de las cartas de servicio. Vid. *Ibid.* p. 78-82.

⁸⁷⁶ Véase la caracterización inicial realizada en el epígrafe 1.2.5 de esta investigación.

parecen no encontrar la forma adecuada de observancia ante la realidad inexorable que impone el ejercicio de la voluntad política⁸⁷⁷.

V.4.4 Las normas de control económico en la organización de los servicios públicos.

V.4.4.a Función económica y descentralización administrativa de los servicios públicos.

La función de control económico forma un sustrato básico de la organización administrativa y la gestión pública que corresponde abordar expresamente. La introducción de normas diferenciadas en la gestión económica del sector público comienza en el Estado de bienestar que desarrolla en las organizaciones públicas empresariales el régimen jurídico mercantil, la contabilidad financiera y gran parte de las figuras de gestión privada⁸⁷⁸. En este sentido, la actividad prestacional y empresarial pública puede considerarse el sustrato que extiende las normas de modernización administrativa en cualquiera de sus formas, incluido el ejercicio de las potestades públicas⁸⁷⁹.

La doctrina administrativa reconoce la clasificación de los servicios públicos en *uti universi* y *uti singuli*. Los primeros son las funciones de autoridad o soberanía, y los segundos, en contraposición, los

⁸⁷⁷ Ante esta realidad se formulan diferentes posturas entre las que podríamos destacar aquellas que postulan la ajuridicidad por la vía del rechazo constitucional a la técnica de las Administraciones independientes, donde se parte del supuesto que éstas servirían a garantizar los principios de objetividad del servicio a los intereses generales, e imparcialidad de los sujetos que ejercen esas funciones, así: “admitir que determinadas funciones o servicios públicos exigen garantías especiales contra el Gobierno, limitando sus poderes de dirección y responsabilidad, es tanto como aceptar que en el común de ellas la objetividad y la imparcialidad no se respeta, conclusión constitucionalmente inaceptable” (PARADA, Ramón. *Derecho Administrativo II...* Op. Cit. p. 293). Este razonamiento puede admitir la contestación de que la presunción de objetividad e independencia de la Administración no es aplicable al Gobierno y que existen funciones públicas cuyos controles contemplan la reserva de Ley para su ordenamiento al margen de la cadena de mando gubernamental, en una garantía de división de poderes dentro de los instrumentos ejecutivos que se pretenden para determinadas actividades de fiscalización administrativa. Otra postura incardina estas técnicas, que van aparejadas a la excepción del Derecho administrativo ordinario, - lo que tal vez en el fondo les hace valedoras de críticas como la de Ramón Parada-, a la doctrina opuesta de “la imposible reserva constitucional del Derecho administrativo”, de la que se deduce la licitud dentro del orden constituyente de utilizar órganos estatutarios que extralimitan aquel ordenamiento jurídico pasando al privado, objetándose esta situación no a ajuridicidad alguna, si no dentro de ella, pues “En el marco de los principios constitucionales son posibles varias versiones del Derecho Administrativo entendido como Derecho de privilegios y garantías. Justamente la utilización del Derecho privado (*epítome de la extrajuridicidad administrativa de que se acusa a las administraciones independientes*) por la Administración tiene una de sus principales causas en no haber evolucionado el Derecho Administrativo al ritmo que la realidad demandaba” (nota entre paréntesis en cursiva mía). Postura que va también precedida de un razonamiento jurídico constitucional y tal vez impregnada después de una apreciación sociológica, aunque concluyendo claramente en sentido opuesto a la sostenida por la exégesis del profesor Parada. (Vid. LINDE PANIAGUA, Enrique. *Fundamentos...* Op. Cit. p. 94-95).

⁸⁷⁸ Tal vez dentro del Estado social iniciado, en el caso de España, en la década de los años 20 hasta la II República, que funda las bases del Estado del Bienestar, alterado por el déficit democrático y social durante el Régimen franquista. Desde los albores de este periodo hacen acto de presencia, entre otros sistemas prestacionales, monopolios de interés general que introducen las nuevas formas de gestión económica dependientes del sector público.

⁸⁷⁹ Para gran parte de la doctrina la construcción dogmática del Derecho Administrativo se manifiesta de forma plena en la distinción entre actos de autoridad y actos de gestión que encarnan Hauriou y Duguit con sus teorías de la institución y del servicio público respectivamente. Ambos señalan a principios del siglo pasado la dualidad entre la aplicación del Derecho administrativo al ejercicio del poder o al servicio público, compatibles con un Estado liberal que delimita bien la actividad entre lo público y lo privado. Tras abordarse la preferencia por la combinación de criterios propia del pluralismo, cuando los ámbitos público y privado se entrecruzan a finales del mismo siglo, parecen complicarse las premisas de interpretación jurídico-administrativa del servicio público y perderse con ellas los criterios doctrinales inherentes a su aplicación. Vid. *Ibid.* p. 61.

que se “disfrutan individualizadamente, de forma que los usuarios pueden asumir todo o parte de su coste”, que a su vez se subdividen en servicios públicos económicos, con las actividades industriales o de infraestructura de utilidad pública, y los servicios sociales, que incluyen principalmente y entre otros la educación, la sanidad, la cultura y la asistencia social⁸⁸⁰. Su línea de evolución recorre desde los orígenes doctrinales en el liberalismo revolucionario, pasando por el apogeo de la Beneficencia en el periodo de liberalismo doctrinario o clásico en la versión continental, hasta el creciente intervencionismo que lleva a la creación de la Previsión Social en el Estado del Bienestar. Por último, la crisis del Estado social establece con la reforma neoliberal y la estrategia de la modernización administrativa una solución de continuidad en el Tercer Sector, que en la sintética exposición sobre la actividad de prestación o servicio público de Ramón Parada supone “una corrección de ciento ochenta grados de la política con que la beneficencia se inició en el Estado liberal”⁸⁸¹.

La principal particularidad en España de la modernización administrativa y la introducción de las nuevas modalidades de gestión pública es el paralelo desarrollo y asentamiento del Estado del Bienestar. En este sentido cobra un papel primordial la descentralización política y administrativa que impulsa el modelo territorial y la autonomía local⁸⁸². Por una parte la Administración General del Estado disminuye su tamaño a medida que va traspasando competencias políticas y servicios públicos al nivel autonómico y local, por otra, de forma decidida desde el Tratado de Maastricht, Tratado de la Unión Europea (TUE), va adoptando las medidas presupuestarias y fiscales que impulsa la Unión Europea, fijando con ellas los criterios normativos de liberalización comercial y desregulación económica que aquella obliga a aplicar⁸⁸³.

⁸⁸⁰ En la doctrina administrativa de España han destacado las tesis enfrentadas de Villar Palasí, que añade a la clasificación actividades administrativas admitidas, incluida la de Fomento introducida y desarrollada por Jordana Pozas un año antes, una cuarta de “gestión económica”, y la posición de Garrido Falla, que incorpora ésta a la noción ampliada de servicio público, obviando la cuarta. Vid. VILLAR PALASÍ, José Luis. “La actividad industrial del Estado en el Derecho Administrativo” en *Revista de Administración Pública*, n. 3, 1950.

⁸⁸¹ Para Ramón Parada la comparación impone el contraste entre un Estado sin recursos financieros pero dispuesto a nacionalizar los bienes privados de beneficencia para someterlos a su control, frente al más actual Estado débil pero con activos suficientes para repartirlos, sin el adecuado control, a los sectores privados no lucrativos, permitiendo así un régimen jurídico no público que ofrece, según Parada, “una inseguridad y riesgos de fracaso, fraude y corrupción notables”. (PARADA VÁZQUEZ, J. R. *Derecho Administrativo*. Op. Cit... p. 142-420).

⁸⁸² “Moreover, Spain experienced a fast growth in public expenditure from 25 per cent to 45 per cent of the BNP as a consequence of being a latecomer in the development of a welfare state. The public expenditures have been strongly decentralized”. ALBA, Carlos R. “Bureaucratic politics in Spain” en, *Politicians, Bureaucrats and Administrative Reform*, (ed. Guy Peters and Jon Pierre). Routledge/ECPR, London, 2001. p. 102.

⁸⁸³ “A partir de 1985, la economía española entra en una etapa de fuerte crecimiento que duraría hasta 1990, que viene presidida por el impulso definitivo de la europeización: la incorporación plena de la CEE el 1 de enero de 1989 y, poco después, la firma del TUE –Maastricht- en 1992”. (SEGURA, Julio. “La economía mundial entre 1973 y el siglo XXI” en *Historia Económica Mundial. Siglos X-XX* (eds. Francisco Comín, Mauro Hernández y Enrique Llopis). Madrid, Crítica, 2010. p. 428). Uno de los elementos impulsores de las nuevas políticas económicas y presupuestarias nacionales del TUE fue la creación de la Unión Económica y Monetaria sancionada en el Título VI que en el mandato presupuestario del artículo 104 C establece las pautas de la disciplina presupuestaria de los Estados miembros y que prevé en tres etapas las

La mayor parte de los servicios prestacionales son traspasados a las administraciones de las Comunidades Autónomas, que a su vez desconcentran éstos parcialmente en las administraciones locales a menudo en concurrencia con las competencias obligatorias, o asumidas voluntariamente de acuerdo al ordenamiento del Régimen Local⁸⁸⁴. En primer lugar en cuanto a su volumen prestacional, la sanidad, educación y en segundo término los servicios sociales asistenciales junto al resto de servicios que forman la red pública conformadora del Estado del Bienestar⁸⁸⁵. En ese desarrollo competencial se aplican en mayor medida las nuevas técnicas y métodos de gestión pública, lo que da lugar a cierta singularidad del caso español, pues son estos nuevos servicios públicos, que normalizan el mandato declarativo del Estado social en la CE, los primeros en aplicar las nuevas técnicas de gestión que acompañan la modernización administrativa⁸⁸⁶.

V.4.4.b Ejes en la transformación de la gestión económica.

En este sentido, el proceso de generalización de las técnicas económicas privadas en la gestión pública se puede caracterizar por tres grandes grupos de actuaciones, vistos desde la óptica de su aplicación al caso de España: uno, la desregulación y privatización del sector público, que impulsa el traspaso de la gestión de los servicios y patrimonial de los bienes públicos al sector privado; dos, los cambios que bajo criterios de eficacia y eficiencia introducen normas de gestión económica descentralizada dotadas de mayor flexibilidad que los procedimientos presupuestarios clásicos; tres, la gestión presupuestaria pública, que se actualiza y subsiste de forma transversal junto a ambas

medidas de liberalización de capitales, convergencia de políticas económicas y unión monetaria para alcanzar la moneda única. TUE DOC 191 de 29.7.1992.

⁸⁸⁴ Para una perspectiva politológica del proceso Vid. GALLEGO, Raquel, GOMÀ, Ricard. y SUBIRATS, Joan. "From state welfare to regional welfare?" en *The territorial politics of Welfare*, (eds. Mc.EWEN, Nicola and Luis Moreno). New York, Routledge, 2005. p. 103-126. También de Subirats, Gallego y Gomás, ahondando en el mismo tema, Vid. SUBIRATS, Joan, GALLEGO, Raquel y GOMÀ, Ricard. "Conclusiones: políticas sociales y gobierno multinivel en España" en *Estado de bienestar y comunidades autónomas: la descentralización de las políticas sociales en España*, (coord. Joan Subirats, Raquel Gallego y Ricard Gomà). Madrid, Editorial Tecnos, 2003. p.213-229.

⁸⁸⁵ La Ley Orgánica 9/1992, de 23 de Diciembre, de Transferencia de Competencias a Comunidades Autónomas que accedieron a la Autonomía por la Vía del Artículo 143 de la Constitución completa las transferencias a las CC.AA. del sector educativo, primer gran servicio público traspasado a éstas administraciones bajo el seguimiento y evaluación de la Administración del Estado, (art. 20.c) y la coordinación de criterios comunes de la Conferencia Sectorial de Educación formada por el conjunto de Comunidades Autónomas (art. 20.b). Posteriormente con una mayor complejidad, se completan las transferencias sanitarias en enero de 2002, tras largas negociaciones realizadas entre finales del año 2000 y principios de 2001 que acabaron de concretar los plazos. Este proceso es el que sin duda ha conllevado mayores problemas de adaptación tanto en el plano de la asignación de recursos económicos como en la coordinación que garantice la cobertura universal en condiciones de igualdad y los flujos económicos compensatorios entre comunidades autónomas ha significado un sistema profundamente descentralizado, de mayor coste y mayor desarrollo de las coberturas sanitarias. Respecto al resto de servicios sociales y asistenciales, en gran medida se han desarrollado ex novo por cada administración autonómica en base a la propia extensión previs de los mismos en las administraciones locales.

⁸⁸⁶ La prestación directa de los servicios públicos contiene el mayor margen de actuación respecto a las técnicas a elaborar para satisfacer las obligaciones constitucionalmente expuestas "[...] la ideología del servicio público está constitucionalizada y es estable. No lo son y admiten, en consecuencia, todas las variantes que jurídicamente sean posibles, las técnicas concretas a través de las cuales se organizan los servicios públicos". (MUÑOZ MACHADO, Santiago. *Servicio...* Op. Cit. p. 112-113).

actuaciones como garante del ineludible control fiscal de las cuentas públicas bajo la concepción de la interdicción del déficit presupuestario.

La gestión patrimonial, en los procesos de privatización, enajenación y arrendamientos de bienes y servicios, tiende a justificarse en los nuevos criterios económicos de eliminación del déficit a través de la mejora del sistema recaudatorio y la disminución del gasto fiscal. Por ello, a la extensión jurídica de las modalidades de contratación de traspaso a titularidad privada o arrendamiento de la ejecución de los servicios públicos, se acompaña como instrumento de gestión económica el tratamiento de la contabilidad presupuestaria pública.

En el plano económico patrimonial se producen en primer término las privatizaciones de los sectores productivos industriales y en segunda instancia se llevan a cabo las privatizaciones de las grandes empresas de servicios y abastecimientos públicos de red⁸⁸⁷. Entre el inicio de ambos procesos, bien delimitados, transcurre prácticamente una década.

La absorción de las crisis de la década de 1979 se dilató en España hasta 1985 [...] se produjeron avances notables en los procesos de liberalización y desregulación, se inició el proceso de privatizaciones de empresas industriales públicas, se comenzó a estructurar un sistema de protección social, sanitario y educativo público que constituye el núcleo del actual Estado de bienestar español y, sobre todo, se aprobó una Constitución moderna -algo de lo que España carecía desde la Segunda República- y se consolidó la democracia⁸⁸⁸. (Resaltado en negrita mío).

En el segundo proceso privatizador se aprueba, por el Acuerdo del Consejo de Ministros de 28 de junio de 1996, el Programa de Modernización del Sector Público del Estado por el que se crea el Consejo Consultivo de Privatizaciones que regula las operaciones de privatización de bienes públicos bajo los principios de publicidad, transparencia y concurrencia, abriendo paso a la institución de modalidades de transferencia de oferta pública de venta, concurso de convocatoria restringida y procedimiento negociado. El corolario lo establece la Ley 33/2003, de 3 de noviembre, del Patrimonio de las Administraciones Públicas, que en su artículo 169 otorga competencias exorbitantes al Consejo de Ministros y dedica el Título VI a la especialidad del Patrimonio Empresarial de la Administración General del Estado.

En lo que se refiere a la descentralización de la gestión se permite a los sujetos institucionales que la ejercen en virtud de su especialidad estatutaria, entre otros actos jurídico-económicos, realizar contratos y convenios para generar ingresos propios en contraprestación a sus actividades, o enajenación

⁸⁸⁷ Real Decreto-Ley 5/1995 de creación de determinadas entidades de Derecho Público, que concentra la gestión del patrimonio industrial del Estado en la SEPI y la AIE, abre el camino a los procesos de privatización de los activos industriales. De forma inmediata y progresiva el 15/1997, que suprime la AIE, en una acción simplificadora y sobretodo el Real Decreto-Ley, de 5 de septiembre, por el que se modifica la Ley 5/1996, de 10 de enero, de Creación de determinadas Entidades de Derecho Público.

⁸⁸⁸ SEGURA, Julio. "La economía... Op. Cit. p. 427-428.

de activos patrimoniales, compatibles con la financiación de los Presupuestos Generales de Estado. Estos sujetos ya no son únicamente entidades públicas industriales o empresariales, sino que se incorporan servicios públicos de autoridad con atribuciones sancionadoras y de control administrativo, entre cuyos modelos característicos destaca la creación de Agencias públicas que se desarrollarán más a fondo en el siguiente capítulo⁸⁸⁹. Por otra parte, también se actualizan los sistemas de contabilidad pública permitiendo, entre otras reformas y adaptaciones, los presupuestos funcionales, más acordes con un ajuste a la gestión de la estructura de los servicios y las técnicas de programación presupuestaria⁸⁹⁰. Su principal rasgo innovador se encuentra en determinadas administraciones, especialmente en las locales, a partir del modelo gerencial, con la creación de estructuras privadas de propiedad pública capaces de generar sus propios medios de sostenimiento económico utilizando técnicas de contabilidad financiera⁸⁹¹. Estas formas de organización y gestión se asemejan al modelo de NGP anglosajón en rasgos como la descentralización en la gestión y el establecimiento de evaluación de resultados y objetivos por indicadores económicos en los servicios públicos, aunque con claras características adaptadas a la cultura política local y, por supuesto, a la estructura jurídico pública presupuestaria general con la que debe integrarse. La cobertura jurídica de estas entidades se realiza por una parte en medio de una gran dispersión normativa que propicia la extensión del derecho económico y presupuestario, y por otra, en la pluralidad y flexibilidad de las fórmulas estatutarias que, en el desarrollo de la administración institucional, propicia la simplificación adoptada por legislaciones como

⁸⁸⁹ En esta línea la anteriormente citada Ley 28/2006, de 18 de julio, de Agencias estatales para la mejora de los servicios públicos, que como se ha mencionado propone en su conjunto una novedosa forma de gestión que presta a la Administración institucional o instrumental, funciones de autoridad pública con competencias punitivas, como la Agencia de Protección de Datos y la propia Agencia Tributaria, entre otras que van formando un elevado elenco de estructuras administrativas con funciones específicas de servicios público. Vid. COSCULLUELA MONTANER, Luis. "Las Agencias estatales" en *Revista española de control externo*, v. 8, n. 24, 2006.

⁸⁹⁰ Casi todas las técnicas presupuestarias que ponen en crisis el presupuesto tradicional, con antecedentes a principios del siglo XX, son teorizadas y puestas en práctica al menos parcialmente en Estados Unidos, específicamente para el sector de defensa, durante la década de los 50, especialmente el presupuesto por programas, pero también el presupuesto de base cero y las técnicas de presupuestación plurianual, planificación estratégica, cálculo de coste-beneficio. Vid. MOSHER, Frederick E. *Program budgeting: theory and practice with special reference to the U.S. Department of the Army*. Chicago, Public Administration Service, 1954. p.48-49. Establece el presupuesto basado en la planificación, partiendo de la experiencia en su aplicación a los programas de Defensa. También imprescindible el gran formulador posterior de la planificación estratégica, Steiner, en su revisión crítica de los problemas de implementación del *Program Budgeting* desarrollado con Lyndon B. Johnson en la década de los 60 con el primer presupuesto por programas (PPBS) aplicado al Departamento de Defensa por Robert Mc Namara. Vid. STEINER, George Albert. "Problems in implementing program budgeting" en *Program Budgeting*, (ed. D. Novick). Harvard University Press, 1965. p. 308-352.

⁸⁹¹ Para esta estructura aparecen diversos modelos en las administraciones locales en España, de los que destacan ejemplos de dos variantes de descentralización en la gestión de servicios públicos. Por una parte el Ayuntamiento de Reus y su grupo INNOVA, que aglutina entidades fundacionales y empresariales de servicio público y negocio comarcal en múltiples áreas (aguas, sanidad, etc.) con predominio de la gestión económico financiera. Otro caso lo representa el Ayuntamiento de Alcobendas con un modelo descentralizado basado en organismo y fundaciones, como el Patronato, que gestiona los servicios públicos municipales con plena autonomía del resto de los servicios administrativos y descentralización en la gestión presupuestaria pública tanto en la elaboración como en la ejecución del gasto. Vid. IGLESIAS ALONSO, Ángel. *Gobernanza e innovación en la gestión pública. Alcobendas 1979-2003*. Madrid, INAP, 2006. p. 255.

la LOFAGE, pues permiten crear, dentro de un marco jurídico flexible, una gran diversidad de prácticas en la creación de dichas fórmulas en su desarrollo reglamentario.

Sin embargo, lejos de las formas imaginativas y privatistas, el objetivo de anulación del déficit aconseja mantener el sistema presupuestario público como eje de la gestión económico-financiera de la Administración, aspecto que debe tenerse muy en cuenta. Es posible considerar que la gran mayoría de las técnicas presupuestarias ya se han descubierto y utilizado en el periodo anterior (*Welfare State*), consistiendo las principales innovaciones en la introducción de procesos de descentralización de las funciones y delegación de la responsabilidad en las unidades gestoras. La gestión por programas se puede relacionar con las técnicas de Administración por objetivos, de hecho, es posible considerarla como forma de integración de éstas con la contabilidad presupuestaria, sustrato de la gestión económica especial del sector público. Esta conexión facilita la introducción del bloque de técnicas gerenciales en la Administración pública. Dentro de éstas, la administración por objetivos tiene una dimensión más amplia que la mera gestión económica, llegando a ser formulada como “filosofía de administración” y junto a ella el presupuesto por programas, que se desarrolla sobre todo a finales de los años cincuenta⁸⁹². La primera como técnica privada y el segundo como forma pública que se generaliza en los años sesenta, en pleno apogeo del Estado del Bienestar⁸⁹³. Los métodos de descentralización económica comienzan a extender la gestión del gasto a las unidades funcionales que lo ejecutan, que la aportación de las tecnologías de la información y comunicación permiten acometer sin perder la capacidad de fiscalización e intervención administrativa de las personificaciones jurídico-públicas que evolucionan hacia nuevos contenidos de gestión⁸⁹⁴.

⁸⁹² Ángel Guillén y Elvira Ramírez presentan el sistema de administración por objetivos como una síntesis de aplicación de las nuevas técnicas de organización y gestión pública. Vid. GUILLÉN ZANÓN, Ángel y NÚÑEZ DE PARDO, Elvira Ramírez. "Administración por objetivos" en *Técnicas gerenciales en la Administración Pública*. Madrid, Documentación Administrativa, 223, julio-septiembre 1990. p. 139-203. En esta materia Anthony Raia se encuentra entre sus grandes formuladores desde mitad de la década de los setenta al pleno periodo de modernización administrativa en el que su obra es traducida y reeditada. Vid. RAIA, Anthony P. *La Administración por objetivos*. Madrid, Trillas, 1985. Sin embargo, los primeros antecedentes de esta doctrina de gestión Guillén y Ramírez la sitúan en 1954 con la introducción por Peter Drucker del establecimiento de los objetivos como técnica de gestión empresarial, lo que permite ver como gran parte de las técnicas de modernización pública tienen una introducción doctrinal en conceptos ya desarrollados en la práctica empresarial privada con mucha anticipación. Vid. DRUCKER, Peter F. *The Practice of Management*. Nueva York, Harper & Row, 1950. Su vigencia se pone de manifiesto en la atribución a Drucker la paternidad del moderno Management en la revisión actual de su obra por Robert Swain. Vid. SWAIN, Robert, W. *The Strategic Drucker. Growth strategies and marketing insights from the works of Peter Drucker*. Singapur, John Wiley & Sons, 2010. p. 49-87. Respecto a la filosofía de estas técnicas como pioneras del nuevo *management* público es fundamental Charles Lindblom. Vid. LINDBLOM, Charles. "The Science of Muddling Through." *Public Administration Review* 19, no. 2, 1959. p. 79-88, en este autor se desarrollan dos ideas clave, la vinculación a las políticas públicas a la gestión económica a través de criterios racionales y la elección de métodos prácticos de análisis de objetivos en base a la realidad, lo que lleva a una *policy incrementalism* de soluciones de gestión sin necesidad de plantearse todas las alternativas políticas.

⁸⁹³ Vid. SMITHIES, Arthur. *Conceptual Framework for Program Budgeting*. Santa Mónica, 1964.

⁸⁹⁴ Una visión histórica y técnica del presupuesto público que sorprende por la vigencia de los instrumentos utilizados entre las décadas anteriores y las reformas introducidas a inicios de los 80 en los fundamentos de la gestión económica pública.

V.4.4.c Instrumentos legislativos de la nueva gestión económica.

Respecto a la legislación económica aparece como instrumento fundamental la versatilidad que permiten las propias normas presupuestarias en la legislación de acompañamiento a las leyes de presupuestos, verdaderos compendios de modificación y reforma del régimen jurídico y económico⁸⁹⁵. En este sentido, se admite por la doctrina del Tribunal Constitucional, tal y como manifiesta la STC 76/1992, de 14 de mayo, que la Ley de Presupuesto:

[...] no sólo puede –y debe- contener la previsión de ingresos y las autorizaciones de gastos, sino que también puede establecer disposiciones de carácter general en materias propias de la Ley ordinaria (con excepción de lo dispuesto en el apartado 7 del art. 134 CE) que guarden directa relación con las previsiones de ingresos y las habilitaciones de gastos de los Presupuestos o con los criterios de política económica general en que se sustentan (STC 63/1986, fundamento jurídico 12)⁸⁹⁶.

Es posible afirmar que la cobertura jurídica de las políticas económicas, de gran incidencia en los aspectos de organización administrativa que acompaña a los procesos de modernización y reforma de la gestión pública, en tanto inciden en los criterios de gestión económica más allá de los instrumentos presupuestarios, no encuentran un cobijo adecuado en la legislación. Así, cuando la norma presupuestaria extralimita el contenido de los “importes de los beneficios fiscales que afectan a los tributos del Estado” (art. 134 2. CE), incluso en la interpretación menos estricta del TC como “política económica general”, los criterios económicos de gestión tampoco parecen recibir un tratamiento legislativo tipificado en el resto de las normas positivas.

Sin embargo, las fuentes de la legislación económico-administrativa se van conformando en las políticas impulsadas desde los órganos de la UE por medio de directivas y reglamentos que en general tratan de impulsar medidas fiscales y de liberalización económica de aplicación directa en la administración central y los gobiernos autonómicos. Más cercanos en parte a las administraciones autonómicas, pero especialmente a las administraciones locales, las fuentes reglamentarias amparan modelos de organización y gestión basados en la creación de entidades públicas con servicios de ejecución privada. En las normas de desarrollo legislativo se permiten funciones estatutarias que

Vid. LOZANO IRUESTE, José María. *Introducción a la Teoría del Presupuesto*. Madrid, Instituto de Estudios Fiscales, 1983.

⁸⁹⁵ La primera doctrina del TC reafirma el carácter legislativo de la Ley de Presupuestos, lo que, de acuerdo con el art. 134.2 de la CE, que a la obligación de consignar los ingresos y gastos del Estado atribuye la consignación del importe de los beneficios fiscales, lo que, según reconoce la STC 203/1998, permite su aparición como “instrumento de orientación de la política económica del gobierno”, sin perjuicio de que el carácter especial de su tramitación legislativa hace controvertido el control de las materias no estrictamente presupuestaria que puede contener. Todo ello dentro del prolijo conjunto de sentencias que desde la STC 27/1981, hasta las STC tales como la 63/1986, 65/1987, 126/1987, 237/1992, 83/1993, 61/1997, entre otras. Vid. DE LA PEÑA VELASCO, Gaspar. “La delimitación del contenido constitucional de la parte dispositiva de las leyes de presupuestos en materia tributaria” en *Revista Española de Derecho Financiero*, n. 99, julio-septiembre 1998. p. 377-400.

⁸⁹⁶ En este sentido, y debido a la escasa delimitación ante la práctica legislativa y la propia interpretación doctrinal del término “política económica general”, es la jurisprudencia del propio Tribunal Constitucional la que va dictando a golpe de recursos la aclaración negativa de aquella legislación que debe aplicar bajo este concepto su recogimiento en estas leyes, como son el caso de las STC 178/1994, 195/1994, 174/1998, 131/1999, junto a esta misma 76/1992.

subordinan la fiscalización a la gestión y ejecución económica. Respecto a los servicios públicos de ejecución privada o indirecta, su crecimiento se apoya en las normas de contratación ya mencionadas en el capítulo anterior, en realidad más interesadas en garantizar la libre competencia y disminuir las obligaciones económicas del Estado, que en fiscalizar los efectos en la contabilidad que garanticen la capacidad y eficacia de la actividad pública a largo plazo⁸⁹⁷. Así, de la mano de estas políticas y con motivo del ingreso en la unión monetaria y el euro se producen sucesivos cambios en la legislación presupuestaria y contable pública a través de una serie de desarrollos normativos entre los que se destacan los mencionados a continuación.

a) La Ley 18/2001, de 12 de diciembre, General de Estabilidad Presupuestaria, queda vigente hasta el 1 de enero de 2008, cuando se promulga el Real Decreto Legislativo 2/2007 por el que se aprueba el texto refundido de la Ley General presupuestaria (TRLGP) ante las modificaciones y adendos legislativos que desde entonces había sufrido el texto en materia de gestión económica y presupuestaria. A pesar de su vocación fundacional de unas pautas normativas estables y duraderas, no pudo dejar de someterse a continuas adaptaciones durante casi un lustro, tales como la Ley Orgánica 3/2006, de 26 de mayo que reforma la Ley Orgánica 5/2001, de 13 de diciembre, que a su vez complementa la Ley 18/2001 en materia presupuestaria de coordinación entre la Hacienda Pública estatal y las de las Comunidades Autónomas, acompañando en esta ocasión la Ley 15/2006, que reforma la presente Ley 18/2001, en ambos casos como un ajuste del modelo estabilizador a la realidad competencial territorial. También forma parte de este bloque legislativo la Ley 47/2003 General Presupuestaria, que se comenta a continuación, por contener los elementos reguladores de la gestión presupuestaria y de la contabilidad pública, también absorbida por el citado texto refundido RDL 3/2007. Volviendo al texto originario sobre los criterios de Estabilidad Presupuestaria, tras el ingreso de España en el euro, cuya fundamentación contiene el texto refundido dentro de la propia exposición de motivos, se dice que “España puede hoy dejar jugar libremente a los estabilizadores automáticos y evitar así, la introducción de cualquier sesgo procíclico en su política fiscal”, revelando la intención de establecer la doctrina - por otra parte impuesta por los requisitos de entrada en el euro y las competencias de sus instituciones monetarias como el BCE- de la estabilidad presupuestaria como eje permanente de la actuación de la política económica pública. Como manifiesta el propio comentario citado, dicha doctrina se instala en la firme creencia de la necesaria no injerencia de las políticas públicas de gasto en los ciclos económicos y el funcionamiento estable de las medidas tasadas de control presupuestario. No obstante, esta simultánea convicción y obligación no deja de establecer mecanismos de flexibilidad ante la aplicación efectiva en

⁸⁹⁷ “No obstante la técnica de la concesión de los servicios públicos a empresas privadas en régimen de monopolio sirvió para hacer compatible el dogma liberal de la incapacidad del Estado para llevar a cabo actividades industriales con la necesidad de afrontar la organización de servicios ineludibles”. (PARADA VÁZQUEZ, J. R. *Derecho Administrativo*. I....Op. Cit. p. 413).

determinados casos, sin perjuicio de los ámbitos competenciales autonómicos, locales y, específicamente, forales (Disposición final quinta de la Ley y cuarta del TRLGP). Dichos ámbitos son representados por el Consejo de Política Fiscal y Financiera de las Comunidades Autónomas y la Comisión Nacional de Administración Local, órganos eminentemente consultivos y proponentes en todas las acciones de formación de la política económica y presupuestaria. A pesar de la doctrina dogmática que desemboca en una alta tasación de los mecanismos de control presupuestario del déficit, aparecen métodos de flexibilidad en el cumplimiento de tales principios, así dentro de la Ley 18/2001 y en general reiterados en el TRLGP, se pueden destacar, para el ámbito estatal, el fondo de contingencia presupuestaria (artículo 15), los planes económico-financieros para los supuestos de incumplimiento del déficit (artículo 14, en la elaboración presupuestaria y artículo 17 en la liquidación), los planes de saneamiento para los entes de derecho público dependientes de la Administración General del Estado (artículo 18) y las medidas de financiación en inversiones productivas para administraciones locales (artículo 19.2), entre otras.

b) La Ley 47/2003, de 26 de noviembre, General Presupuestaria establece en el artículo 121 la aplicación de los principios contables para el sector público permitiendo tres tipos bajo los criterios de: principios contables públicos para el conjunto del sector público administrativo, principios de contabilidad mercantil del sector privado para el sector público empresarial y, por último, los principios especiales del Plan General de Contabilidad a las entidades sin ánimo de lucro para el sector público fundacional. Respecto a los principios de la contabilidad pública propiamente dicha se resumen en el artículo 122, señalándose: la integración patrimonial y de costes en los estados contables con independencia de la aplicación presupuestaria; la fijación y estabilidad de los criterios contables interanuales; el principio de precaución en la estimación y valoración de los costes; el principio de integridad no compensatoria entre las partidas de las cuentas anuales; y por último, y como criterio moderador ante la aplicación dogmática de todos los principios, la consideración de la importancia de los efectos que presente su aplicación, siempre dentro del cumplimiento de la legalidad. Este último, que se puede ver como un criterio de flexibilidad, se complementa con lo expuesto en el apartado 6 del citado artículo en relación con la obligación, en su caso, de motivar en la memoria cualquier aplicación improcedente, cuya posibilidad, en mi opinión, con esa condición y sin perjuicio del reconocimiento de improcedencia, indirectamente se admite bajo este supuesto.

c) Dentro del Real Decreto Legislativo 2/2007 aparecen nuevas previsiones relacionadas con el incumplimiento de la regla del gasto, en su artículo 10 bis, que siguiendo la tónica general garantizadora remite a la adopción, en ese supuesto, de medidas extraordinarias de aplicación inmediata que retornen el gasto con la regla establecida. Aparece también la previsión del escenario de presupuesto plurianual, que de acuerdo a la anterior Ley 18/2001, de 12 de diciembre, General de Estabilidad Presupuestaria,

obliga, en el artículo 11, a confeccionar la previsión plurianual de ingresos y gastos. La primera referencia reformista recogida en el texto la constituye la citada Ley 15/2006 de Reforma de la Ley 18/2001, que en general se caracteriza por introducir precisiones más garantistas ante el objetivo de control del déficit, de acuerdo a la experiencia adquirida desde la entrada en vigor de la Ley reformada, tal y como queda indicado en el preámbulo de la nueva norma en tres ámbitos: conciliación con mayor exactitud y disciplina de las políticas de estabilización entre las diferentes administraciones; en dicha línea mejorar los mecanismos de información que aseguren el adecuado control de la autoridad económica instanciada en el Consejo de Política Fiscal y Financiera; flexibilización del principio de estabilidad en función de los ciclos económicos favoreciendo el trasvase entre déficit y superávit en periodos plurianuales; distinción entre tipos de entidades locales para aplicar o no los criterios de flexibilidad imputables a los ciclos económicos. En líneas generales se consagra la aplicación, dentro de un control más homogéneo de la contabilidad interadministrativa y las políticas económicas comunes, sin perjuicio de la capacidad de gestión descentralizada por las tres administraciones, de una política de estabilización presupuestaria proclive a utilizar el déficit no como elemento aislado, sino unido al conjunto del ciclo económico previamente calculado.

Recogiendo las disposiciones económico-presupuestarias en el periodo álgido de la modernización administrativa y la reorganización de la gestión pública (2000-2010) se pueden obtener conclusiones reveladoras. Así, dentro de la disciplina que impone la política monetaria unificada en el euro, y más allá del uso de las referencias contables del Sistema Europeo de Cuentas Nacionales y Regionales, la política presupuestaria establecida por la política económica y monetaria europea no se aleja, sino que recupera, con las debidas garantías de control del déficit como objetivo prioritario, los principios del presupuesto cíclico y compensatorio y aún la doctrina del presupuesto de estabilización automática. En definitiva, comparte la más clásica concepción macroeconómica imbuida sin duda por la creencia en la tendencia imparable al crecimiento económico capaz de superar los ciclos de crisis, como la de principios de los años noventa, fomentando en cierto modo la cultura de la modernización administrativa para la eficiencia por la ampliación del gasto⁸⁹⁸.

V.5 Adaptación de las relaciones jurídicas en la organización y gestión de los servicios públicos.

Las relaciones jurídicas que impone la modernización administrativa plantean el reto de una adaptación a nuevas formas de organización que responda a dos importantes condicionantes: el cambio

⁸⁹⁸ Para ahondar en estas raíces doctrinales nada como recurrir a un clásico de la economía pública en España como Fuentes Quintana, académico de filiación keynesiana y gran ejecutor de los orígenes de la modernización fiscal y económica en los inicios de la transición democrática. Vid. FUENTES QUINTANA, Enrique. *Hacienda Pública. Introducción, presupuesto e ingresos públicos*. Madrid, FCEE-UCM, 1973.

en las relaciones de la Administración con los ciudadanos y las consecuencias de la descentralización organizativa en el mantenimiento de la responsabilidad pública.

El primero plantea la subordinación de los poderes públicos a los derechos subjetivos y la demanda de los ciudadanos en el nuevo modelo de funcionamiento. La transformación respecto a las funciones tradicionales de la Administración no abandona el marco político del Estado liberal, pero sí exige nuevas relaciones jurídicas entre aquella y los ciudadanos portadores de dichos derechos subjetivos y demandas de servicios que se deben garantizar ya sea formal o materialmente. Esta exigencia modifica la gestión por procedimientos jurídico administrativos por la gestión con métodos técnicos acomodados en su aplicación a un marco jurídico privado que incluye su extensión a una directa gestión privada, libre de la tutela de garantías sobre los principios de legalidad, igualdad, objetividad y las cláusulas social y democrática⁸⁹⁹.

El segundo condicionante lo determina el modelo organizativo descentralizado que invoca las mismas exigencias de orientación de la actividad administrativa, en tanto al ciudadano, al usuario y al cliente de la Administración. Su consecuencia afecta a otro principio jurídico fundamental que define la personificación administrativa como sujeto de Derecho en la función de la responsabilidad pública. La descarga de la responsabilidad asume la pérdida de garantías jurídicas como un mecanismo de agilización de la actividad administrativa en la particularización y privatización de sus ámbitos de actuación.

Ambos condicionantes suponen los retos de las relaciones jurídicas de la organización administrativa que se tratan de examinar.

V.5.1 Condiciones jurídicas de las relaciones entre Administración y ciudadanos en la organización.

V.5.1.a Caracteres de las relaciones jurídicas entre poderes públicos y ciudadanos.

En el Estado liberal clásico la relación entre la Administración y los ciudadanos sostenía su igualdad jurídica ante los poderes públicos por el principio de legalidad⁹⁰⁰. Sin embargo, dicho principio no evitaba la limitación del acceso tanto al sistema político, a través del derecho de sufragio y representación censitaria, como a la protección subjetiva, que los fundamentos jurídicos y consecuentes

⁸⁹⁹ No se hace referencia a un uso instrumental del Derecho privado para realizar ciertos actos que requieren normas civiles de relación, (enajenaciones, arrendamientos entre otras) si no a la propia actividad y organización administrativa en el ejercicio de sus funciones propias.

⁹⁰⁰ El principio inspirador se encuentra en el artículo VI de la Declaración Universal de los Derechos del Hombre y del Ciudadano aprobado por la Asamblea Nacional Constituyente francesa el 26 de agosto de 1789. Más adelante, en el artículo XV se subordina a la Administración por el derecho de la sociedad a pedirle cuentas.

actos administrativos propiciaban, dando lugar a una especie de igualdad restringida⁹⁰¹. Se puede entender que se producía así un distanciamiento entre la formulación del principio jurídico y la eficacia con la que ese principio se materializaba en la norma positiva. En el Derecho público liberal determinados principios constitucionales no quedaban plenamente garantizados, pero tampoco provocaban un indiferente jurídico, de forma que en el desarrollo del Derecho positivo se iban creando normas con regulaciones específicas que, casi siempre ante las demandas sociales y sectoriales, delimitaban los principios formales al establecer las condiciones jurídicas materiales

Este fenómeno va dando lugar a la aparición de regímenes jurídicos especiales. Sirva de ejemplo, entre otros, el Derecho laboral, que desprende del Derecho civil la especialidad de las relaciones contractuales en las que los objetos de transacción incluían la prestación personal del trabajo. En estas circunstancias el Derecho público proporcionaba las garantías de igualdad que las libres condiciones contractuales no podían propiciar y, por lo tanto, el Estado debía regular de manera estable. En general, la protección pública de los intereses sociales se inscribe en una categoría más amplia que relaciona el derecho público con el privado y provoca el carácter intrusivo del primero en el segundo, relación jurídica que se perfecciona cuando introduce la reciprocidad, Schmidt-Assmann lo destaca afirmando:

El ordenamiento jurídico privado es derecho estatal y expresión de su capacidad de configuración: los mecanismos de equilibrio del mercado, para ser manejables, deben desplegarse en forma jurídica, el contrato y la propiedad no sólo deben ser reconocidos, sino convertidos en instituciones jurídicas utilizables. [...] También el marco dispuesto por el legislador de Derecho privado establece formas de resolución de conflictos, y con ello persigue objetivos públicos. Éstos pueden ponerse de relieve con intensidad comparable a lo que acontece en el Derecho público, en aquellos ámbitos en los que el Derecho privado ha introducido regímenes de protección especial a favor de consumidores, vecinos, inquilinos o competidores⁹⁰².

El concepto de ciudadano se va formando históricamente en diferentes dimensiones. En primer lugar como sujeto de derechos políticos, cuyo origen formal o declarativo se desarrolla en los inicios de la Revolución Francesa y Americana, en el Estado liberal doctrinario recaerá en el contribuyente y sólo se extiende de forma efectiva en las constituciones liberales democráticas desde fines del siglo XIX. En la perspectiva de su relación con la Administración, la dimensión del ciudadano como usuario de los servicios públicos emerge dentro del Estado social y evoluciona en la estrategia del cliente bajo el modelo privatista de la nueva gestión pública, figura que conecta con la concepción competitiva privada

⁹⁰¹ “De algún modo la Revolución Francesa no deja de ser sino un mero cambio en la titularidad del poder que supondrá la marginación de las técnicas y organizaciones incompatibles con sus intereses [*de la burguesía*] y la emergencia de otras técnicas, organizaciones y principios”. (LINDE PANIAGUA, Enrique. *Fundamentos...* Op. Cit. p. 46).

⁹⁰² Vid. SCHMIDT-ASSMANN, Eberhard. *Teoría general...* Op. Cit. p. 294-295.

de la actividad administrativa pública⁹⁰³. En estas dimensiones es posible encontrar los matices respecto a la eficacia jurídica de los derechos del ciudadano extraídos de diferentes categorías establecidas por Schmidt-Assmann:

a) El usuario que se relaciona con la Administración se enfrenta a unos intereses generales inespecíficos con un amplio uso de las prerrogativas administrativas. Amparados en los derechos fundamentales que otorgan la legitimación a los poderes públicos, los derechos subjetivos concretan y precisan la acción individual y la tutela jurídica del usuario en sus relaciones con la Administración⁹⁰⁴.

b) El cliente propugna la individualidad, que en cierto modo retoma ciertos rasgos del Estado liberal primigenio al supeditar la aplicación de las garantías y derechos a la capacidad de representación de los intereses particulares y sectoriales. Así, en el nuevo modelo de relación pública, el cliente toma, al menos, dos aspectos: como ciudadano, donde la prestación administrativa es concebida como producto dirigido a éste; como figura sectorizada que relaciona a las entidades supervisoras de servicios públicos ya desregulados o privatizados con sus redes clientelares de usuarios y empresas prestadoras⁹⁰⁵.

c) En una nueva dimensión jurídica el ciudadano puede identificarse como agente de cumplimiento de las normas. Surgida en la habilitación que los ciudadanos reciben en el Derecho comunitario para exigir el cumplimiento de trasposición de estas normas en sus respectivos Estados por la defensa de su propio interés, por ejemplo en el ámbito medio-ambiental entre otros⁹⁰⁶.

V.5.1.b Regulaciones jurídicas y técnicas en la organización de los servicios públicos.

En el desarrollo jurídico administrativo ninguno de los sustratos establecidos históricamente se pierde, si no que en cada uno de ellos aparece un nuevo subsistema de relaciones, sin que esto evite la posible revisión de determinados principios de los sustratos anteriores, que más adelante pueden

⁹⁰³ La orientación al cliente en el sector público tuvo como gran publicista y posible pionero a Al Gore en los informes del NPR, destacando los Customer Service Reports y los “Putting Customers First: Standards for Serving the American People” (October 1994), “Putting Customers First '95: Standards for Serving the American People” (October 1995) y “Putting Customers First '97: Standards for Serving the American People” (October 1997). Entre las repercusiones de este concepto en España, la Comunidad de Castilla La Mancha emprende el Plan de Modernización, aprobado por Acuerdo del Consejo de Gobierno el 30 de marzo de 1993 al amparo de la Inspección General de Servicios, en este contexto y bajo el impulso del enfoque de la calidad aparece la “estrategia del cliente” en diversos servicios públicos, como La Universidad, que llega a recoger el objetivo de “trasladar a las entidades públicas prestadoras, con las debidas adaptaciones, técnicas gerenciales propias del sector privado [...] Una de las estrategias, entre otras varias, [...] consiste en orientar su actividad al ‘cliente’” Vid. COLLADO YURRITA, Miguel Ángel y MARTÍNEZ TIRADO, Juan Francisco. *La inspección de servicios en el ámbito de la Universidad*. Universidad de Castilla la Mancha, 2000. p.23.

⁹⁰⁴ Schmidt-Assmann sitúa los derechos subjetivos en la cúspide de la subordinación de los poderes públicos que se someten por mandato constitucional y con carácter preferente a los derechos fundamentales, con origen en la evolución del Derecho tras la segunda posguerra. SCHMIDT-ASSMANN, Eberhard. *Teoría general...* Op. Cit. p. 94-95.

⁹⁰⁵ Vid. Ibid. p. 32 respecto al cliente-ciudadano y p. 257 en las relaciones clientelares de regulación del mercado.

⁹⁰⁶ “Aunque también para el Derecho administrativo comunitario la posición jurídica del ciudadano de la Unión constituye un elemento clave, sin embargo ésta responde a una inspiración menos centrada en la protección del individuo. En realidad, esa posición jurídica individual parece confundirse o amalgamarse con la defensa de la legalidad objetiva, con la intención de asegurar la efectividad del Derecho”. (Ibid. p. 45).

volverse a reponer. Así, sobre la cláusula social se amplían las modalidades de las relaciones jurídicas prestacionales entre la Administración y los ciudadanos, pero la igualdad formal no puede incorporar a los sectores que carecen de capacidad para establecer la relación, lo que ocasiona un ejercicio restringido de derechos específicos a las personas que cumplen las condiciones para recibir dichas prestaciones (económicas, políticas o sociales entre otras).

Por otra parte, las políticas públicas, cuya libertad de elección se legitima por el principio del pluralismo de la cláusula democrática, se sirven también, como en el Estado liberal clásico, de aquellos instrumentos formales en los que aparece una cuestión material que puede favorecer la discrecionalidad política y la desigualdad jurídica. Esta situación se resuelve en la institución de la primacía de los intereses generales mediante la arrogación de poderes exorbitantes a las actuaciones públicas. Ante ello, lo que en un derecho formal o material de índole administrativa se garantiza jurídicamente, no es extensible a la actuación prestacional pública si no incorpora la disposición de la ejecución material del derecho. Por lo tanto, asegurar la efectiva aplicación de las regulaciones jurídicas sobre obligaciones públicas parece exigir una ordenación concreta que garantice las previsiones materiales para la ejecución de las normas y resoluciones administrativas de los derechos reconocidos al ciudadano. Garantía que sólo parece posible establecer con procedimientos técnicos, que por el carácter de la materia regulada, en gran parte de los casos de la actividad prestacional, tienden a ser extrajurídicos⁹⁰⁷.

Si la aplicación del Derecho que delimita las relaciones entre la Administración y los ciudadanos especifica la forma especial en la tutela de los intereses generales que ostenta, el mandato constitucional del artículo 53.3 CE de ejecutar de forma efectiva los derechos y obligaciones contraídos entre los poderes públicos y ciudadanos, difícilmente puede eludir una interpretación en la actuación jurídica y administrativa cuya eficacia material debe sustanciarse tomando en cuenta la situación real de los sujetos⁹⁰⁸. Es aquí donde las posibles limitaciones que lleva la aplicación de la técnica jurídica se ha

⁹⁰⁷ Se pueden destacar las políticas sociales del área latinoamericana, como el caso de México, donde coexiste la imperiosa necesidad de ejecutar prestaciones asistenciales bajo el diseño programático de un Estado del Bienestar, con técnicas de gestión pública propias del área angloamericana introducidas por el espacio geopolítico compartido. Vid. CARDOZO, Myriam. "Organización y métodos alternativos en la evaluación de políticas y programas sociales. La experiencia consolidada y la emergente en el caso de México" en GAPP, n. 5, enero-junio 2011, p. 43-59. En el caso desarrollado se muestra la contraposición entre el modelo positivista, de origen estadounidense, y el constructivista, de tipo europeo, en el primero predominan un enfoque objetivo y cuantitativo de la evaluación prestacional, mientras que en el segundo se ponderan los métodos cualitativos que parten de la dimensión organizativa, política y jurídica de la Administración en el proceso evaluador.

⁹⁰⁸ Sentencia n. 3/1983 de Tribunal Constitucional, Pleno, 25 de Enero de 1983. Informa de la doctrina sobre la inconstitucionalidad de la restricción de los derechos fundamentales no justificados por la efectividad de otro derecho fundamental y libertad pública. La interpretación de esta doctrina debe admitir al mandato general de la norma si no incumple la hipótesis por la que puede aplicarse restrictivamente en un caso concreto sin contradicción entre derechos fundamentales, en cuyo caso se anularía ese mandato general. Cuánto más resulta aplicable al acto o resolución administrativa que obliga a interpretar la norma de acuerdo a la proporcionalidad que aconseja la protección del derecho si no lesiona otros y evitar su denegación ante un supuesto concreto por una interpretación limitadora de la norma. STC 3/1983 cit. en Vid. SANTAMARÍA PASTOR. *Principios...* Op. Cit. p.102.

llegado a ver, al necesitar siempre un procedimiento garantizador formal, como un obstáculo en tanto instrumento rector de la actividad pública ante los retos de orientación al ciudadano, eficacia y eficiencia que la modernización impone a los objetivos de la Administración en la provisión de los servicios públicos.

A partir de aquí, el vacío lo trata de ocupar un ámbito técnico basado, incluso con exclusividad, en la gestión política, económica y las teorías funcionales de organización y dirección ejecutiva, que fijan su objeto en las políticas y la gestión públicas, así como la aplicación de los principios de descentralización y optimización en la gestión económica y presupuestaria. Sin desdeñar el avance que abren estos campos en la transformación y modernización de la Administración, lo cierto es que su implantación sin un marco jurídico adaptado a los fines públicos, tiende a incurrir en contradicciones axiológicas con el interés público insalvables en el desempeño de su actividad.

Ante ello, la organización del servicio público con técnicas privatistas puede someter al marco jurídico a presiones de introducción del Derecho privado. Esto quiere decir, y es importante subrayarlo, que la ordenación de las relaciones desiguales entre la Administración y el ciudadano corren el riesgo de perder eficacia jurídica ante la aparición de criterios por las que dichas relaciones se establecen libremente⁹⁰⁹. En el plano organizativo significa que pueden aparecer órganos cuyo diseño sirve a fines sectoriales que no encajan adecuadamente en el constructo de los intereses generales, al basarse en una libre elección del contrato de servicio que establece una relación altamente singularizada y desigual de relación clientelar por parte de los poderes públicos⁹¹⁰. Pero, por otra parte, el mismo principio democrático obliga a considerar el carácter plural del ámbito privado no sólo en la elección del poder legislativo y la designación del ejecutivo, sino en la propia acción de éste último a través de la Administración pública en cuanto a su estructura y gestión. En cierto modo parece que en la evolución del concepto de ciudadanía la Administración adopta unos principios privatistas a los que se acomoda mal el ámbito jurídico administrativo produciendo, en suma, un desajuste con los principios del Derecho

⁹⁰⁹ Entre otros rasgos de la pérdida de la eficacia jurídica se puede señalar la capacidad jurídica de la Administración y sus unidades inferiores en la relación con el ciudadano en el concepto de la personalidad jurídica parcial: “El actual Derecho de la organización no da demasiada importancia a las demás repercusiones de esta figura jurídica, que sin embargo son muy relevantes. La idea del carácter unitario de la capacidad jurídica se deriva de las exigencias y condicionantes del Derecho Privado”. La escasa delimitación de la personalidad jurídica que sólo se otorga en su plenitud a las Administraciones, no se corresponde con la capacidad de actuación de las entidades administrativas creadas por la descentralización en la gestión, permitiendo así un foco de inseguridad e ineficacia jurídica (SCHMIDT-ASSMANN, Eberhard. *Teoría general ...*Op. Cit. p. 253)

⁹¹⁰ Schmidt-Assmann expresa el carácter externo de las formas jurídicas de la organización respecto al contenido interno de la estructura de los órganos de la Administración: “Estas formas jurídicas [de la organización administrativa referida a los conceptos de cargo, órgano, corporación, institución,...] garantizan la capacidad de de actuación de una determinada unidad organizativa con el fin de intervenir en el tráfico jurídico, así como su posición jurídica en relación con otras unidades de la Administración, incluida la posibilidad de defender judicialmente esa posición jurídica [...] sin embargo resulta poco determinante del contenido o estructura interna de la unidad organizativa de que se trate”. (Ibid. p. 253).

público a los que está llamado a proteger y desarrollar⁹¹¹. Si las formas jurídicas de la organización no representan las técnicas necesarias para ejecutar el programa prestacional o la transformación de las relaciones de ejercicio del poder que la redefinición del papel del ciudadano conlleva, parece probable que aquellas se desarrollen sin la protección jurídica que el ejercicio público demanda de sus principios de legalidad, igualdad y democrático. Pueden, por ende, resultar afectados la neutralidad y el control de la actividad de la gestión pública dada la imprecisa delimitación de la “independencia o subordinación de unas unidades administrativas respecto a otras”⁹¹².

V.5.1.c Cuestiones jurídico organizativas de la demanda subjetiva de servicios públicos.

En el plano subjetivo resultante los ciudadanos demandan los servicios públicos bajo una perspectiva en la que se agrupan diferentes formas de satisfacer desde los poderes públicos sus necesidades, dicho de otro modo, la demanda subjetiva se adapta a la oferta pública sin que se establezcan otros vehículos jurídicamente reconocidos que los que en cauces constitucionales del artículo 128.2 CE establezca el poder ejecutivo o legislativo⁹¹³. Dichas formas de oferta pueden ser sucintamente clasificadas del siguiente modo:

a) La protección de los derechos fundamentales y la aplicación de garantías en el cumplimiento de la legalidad en condiciones de igualdad en el acceso a la información y en la ejecución de las actuaciones jurídicas y administrativas (Título I. Cap. II CE)⁹¹⁴. Destacan dos bloques de actuación, los derechos y libertades públicas, de invocación directa para su tutela ante su limitación (secc.1ª), y los derechos y deberes fundamentales, cuyo desarrollo conlleva el legítimo ejercicio de la participación en

⁹¹¹ “En principio la expresión o noción de *huida* del Derecho administrativo aparece ligada a la utilización del Derecho privado por parte de entes o sujetos que cumplen funciones administrativas. Como aquél es el ordenamiento previsto para la regulación en estos casos, tal huida conducirá con mucha seguridad a una evasión o fuga, en general, del Estado de Derecho”. (GONZÁLEZ-VARAS, Santiago. *El Derecho...* Op. Cit... p.122)

⁹¹² SCHMIDT-ASSMANN, Eberhard. *Teoría general...* Op. Cit. p. 253.

⁹¹³ Muñoz Machado vincula los límites del servicio público a una solución doctrinal antes que constitucional de acuerdo con la relación entre el artículo 128.2 sobre la reserva de los servicios esenciales y el artículo 38 que consagra la libertad de empresa. Vid. MUÑOZ MACHADO, Santiago. *Servicio...* Op. Cit. p. 116-118.

⁹¹⁴ Aparecen serias dudas en la vinculación de la Administración a la Ley a causa de su estructura organizativa debido a los intereses burocráticos. Dentro de la nueva escuela administrativista alemana Jens-Peter Schneider destaca las limitaciones de la burocracia para operar junto al marco jurídico administrativo en una posición verdaderamente neutral, pues, en palabras de Schmidt-Assmann, ésta convive con sus propios intereses y dificultades para evaluar la información que obtiene y debe tratar, Schneider, como deudor de aquel, analiza las dificultades en el terreno de la cooperación entre las administraciones: Vid. SCHNEIDER, Jens-Peter. "Kooperative und konsensuale Formen administrativer Entscheidungsprozesse" en *Jahrbuch für Neue Politische Ökonomie*, n. 15, 1996. p. 82-102. Como escenario destacado en este ámbito profundiza en un sentido *Assmaniano*, en las aportaciones de la Unión Administrativa Europea como unidad emanada de los Derechos fundamentales, con las aportaciones realizadas en el derecho al acceso a los documentos públicos, el trámite de audiencia, el derecho a un procedimiento debido todo ello en el seno del desarrollo de normas sectoriales y los obligados instrumentos de cooperación entre Estados, y ad intra, entre administraciones federales y mixtas en los casos de Alemania y España, que obligan a conciliar el concepto de jerarquía y cooperación de las organizaciones comunitarias y a determinar los vínculos sistemáticos entre una organización y actuación administrativa común y la existencia de diferentes formas en las administraciones nacionales. Vid. VELASCO CABALLERO, Francisco, y SCHNEIDER, Jens-Peter (coord.). *La Unión Administrativa Europea*. Ed. Marcial Pons, Madrid, 2008.

la actividad pública y social a través de los tributos, la propiedad, el trabajo, el asociacionismo profesional y social, y la libertad fundacional y empresarial (secc.2ª).

b) Los servicios públicos básicos que garanticen el desarrollo económico y productivo (arts. 31.2 y 38 CE), que van desde los bienes y las infraestructuras de utilidad pública –el abastecimiento eléctrico, de agua, las telecomunicaciones y los transportes, entre otros - hasta la gestión y regulación de los recursos financieros internos y externos: la gestión presupuestaria, el control de los mercados financieros, las inversiones públicas, o todas las formas de fomento y protección de la actividad económica, sean directas como las ayudas y subvenciones, o indirectas a través de los incentivos fiscales. En general estos servicios pueden ser traspasados o ejecutados en cooperación con el ámbito privado, ya sea en una estructura empresarial o a través de instituciones de interés público, administraciones locales, o entidades privadas, que son objeto para ello de una regulación administrativa.

c) Los derechos sociales de carácter universal reconocidos constitucionalmente como sustrato de los deberes públicos prestacionales, como la educación, la protección de la salud y los servicios sociales sectorizados por grupos de interés declarados objeto de protección pública, tales como, entre otros muy diversos, ancianos, discapacitados, jóvenes, infancia y mujer (Cap. III CE). En muchos de estos casos aparece la interesante figura de la discriminación positiva, basada en legislar bajo un principio de desigualdad jurídica ante ciertos casos de desigualdad material que por el bien superior de su protección reciben una interpretación favorable de los intereses generales.

Desde estas demandas ciudadanas hacia la Administración, se conforma un Derecho con diferentes normas especiales de carácter no sólo sectorial, si no también territorial, que invitan a una reelaboración de la sistematización jurídica que articule un Derecho Común, por supraestatal en el caso de la Unión Europea, o un cuerpo jurídico que rehaga doctrinalmente los principios del Estado de Derecho, pues en todos los sectores de la organización administrativa aparecen fenómenos que no se ajustan a la dogmática tradicional⁹¹⁵. También, en el proceso de modernización de la organización pública, a cada forma de cubrir la demanda de esas necesidades del ciudadano le corresponden diferentes instrumentos jurídicos de conformación institucional o de regulación de entidades privadas situadas en áreas de interés público, entre las cuales el objetivo de proveer eficazmente al ciudadano se viene transformando en el criterio rector de funcionamiento y gestión a riesgo de incurrir en un proceso de deslegitimación que acaba erosionando la dirección política de la Administración y la propia función del Estado. Se produce así una concurrencia de los medios de gestión técnicos necesarios para cubrir los

⁹¹⁵ Vid. SCHMIDT-ASSMANN, Eberhard. *Teoría general...*Op. Cit. p. 256.

objetivos políticos de la Administración pública que relega a los instrumentos jurídicos y organizativos de responsabilidad pública para alcanzarlos⁹¹⁶.

V.5.2 Efectos de la responsabilidad administrativa en la descentralización de los servicios públicos.

V.5.2.a La descentralización y el ejercicio de la responsabilidad pública.

Sobre el concepto de descentralización y su definición en la división asumida por la doctrina administrativa clásica entre las categorías de descentralización y desconcentración pasamos a considerar esta última una clase de la primera. Considerando así la descentralización en sentido amplio, se trata de un concepto organizativo de gran alcance sobre los aspectos funcionales y jurídicos de la ejecución de la actividad pública de la Administración.

Desde la perspectiva histórica de la atomización de las actividades de la Administración se puede distinguir la forma que preside el Estado del Bienestar a través de su intervención en el sector productivo o industrial, y el nuevo paradigma que la NGP prosigue al aplicar esa descentralización al sustrato de la actividad administrativa, entendida como aquella que recoge: las funciones de autoridad pública, que incluyen la limitación de los derechos y la ejecución de las medidas regulatorias; las actividades administrativas de gestión interna, en referencia a la gestión económica, patrimonial, de los recursos humanos, de los medios técnicos y de su régimen jurídico de organización y funcionamiento; y los servicios públicos considerados esenciales que se prestan a los ciudadanos y usuarios del Estado legitimados para ello⁹¹⁷. Por otra parte, en el sistema liberal-democrático el modelo descentralizador consagra diferentes formas de ejecución, entre los que destacan aquellos casos que, con diferentes variantes políticas y administrativas, se dan dentro de los Estados que pertenecen a la Unión Europea con un modelo federal o compuesto⁹¹⁸.

Estas circunstancias se presentan de forma singular en el caso del Estado español que en la descentralización de la gestión pública incluye sus diferentes formas, como son, la desconcentración

⁹¹⁶ “La separación entre Estado y sociedad tiene por consecuencia un efecto contrario al esperado: la indiferenciación de la administración pública y las empresas privadas por lo que respecta a los modos de gestión y a la competitividad”. (BAÑÓN, Rafael. “Los enfoques...” Op. Cit. p. 37).

⁹¹⁷ Se señala la doctrina, en un enfoque positivo del Consejo Constitucional francés, decisiones 25-26 de junio de 1986, de la distinción entre servicios públicos constitucionales y servicios públicos creados por el legislador que se relacionan en el plano objetivo con las funciones de soberanía, por definición no privatizables y los demás, donde puede concurrir en su prestación el sector público y el privado. En contrapartida la obligación de no privatización no prohíbe la relación contractual con un órgano privado para su prestación. Es en la limitación de aplicar criterios de interpretación constitucional para el primer supuesto, o en la delimitación de las modalidades o efectos contractuales en el segundo donde se permite una evolución a formas descentralizadas de gestión ya sea en primer término en los servicios constitucionales no esenciales o más adelante en el ámbito de las funciones de soberanía Vid. MUÑOZ MACHADO, Santiago. *Servicio...* Op. Cit. p. 123-126.

⁹¹⁸ Para entender los matices entre ambos modelos, o dicho de otro modo, la pertenencia de ambos conceptos a un marco jurídico-político común. Vid. FERNÁNDEZ MANJÓN, Desiderio. *La colaboración...* Op. Cit. p. 61.

administrativa, la autonomía institucional o empresarial pública con estructuras de privatización formal o material y el reparto de competencias de soberanía con carácter político en el ámbito territorial. Todas ellas se presentan como un medio para aumentar la eficacia de la actividad administrativa, pero también como causantes de la posible pérdida de eficacia jurídica del principio de responsabilidad⁹¹⁹. La misma heterogeneidad latente en las formas de descentralización parece ocasionar, ante la falta de unidad y desarrollo positivo de los criterios doctrinales, problemas en la aplicación de los principios de responsabilidad pública⁹²⁰. Así, mientras las actuaciones administrativas utilizan las técnicas de la organización en la aplicación discrecional del marco legislativo y reglamentario, las competencias de soberanía forman instituciones de organización política sobre el bloque de constitucionalidad con diferentes niveles de responsabilidad en la organización político-administrativa.

La responsabilidad pública se considera un principio jurídico axiológico causante directo, entre otros, de la especialidad de las relaciones entre la Administración y la sociedad, tanto en su expresión colectiva como individual, puesto que como tal las Administraciones públicas ejercen poderes en cada una de sus funciones cuya legitimación resulta indivisible en un régimen jurídico único. El principio de responsabilidad pública nace con la pérdida del concepto de soberanía como poder omnímodo en el Estado absolutista, que hace surgir la obligación del reparar todo daño indebidamente producido, creada ante la cesión legítima de una potestad administrativa por el titular de unos derechos⁹²¹. La previa existencia de estos derechos subjetivos originan una tutela a través de los mecanismos de protección y control que dan lugar a un proceso especial y complejo del Derecho administrativo, pero sin entrar en él, y sus limitaciones o distorsiones, el bien que se protege es sustantivo de la función de los poderes públicos que actúan con inmunidad como atributo ordenador para tutelar los derechos públicos⁹²².

En la medida que los poderes se desagregan en funciones que participan de diferentes criterios de organización política, técnicas de gestión administrativa y formas de ejecución de sus actividades, puede disminuir el control y las garantías jurídicas de la actividad pública, lo que se evita en la obligatoria titularidad orgánica bajo una misma norma de responsabilidad de los actos administrativos. Sin embargo, en la complejidad de las formas de descentralización administrativa, se acude a una aplicación sectorial del régimen jurídico administrativo en sus múltiples especialidades que dificulta la asunción de responsabilidad en la actuación pública de la administración infractora o causante de la lesión de los

⁹¹⁹ Peces Morate alude a la responsabilidad como principio general del Derecho que como tal se superpone a la legislación positiva que “tiene su fuente o raíz en un principio general del derecho, cual es que cada uno debe responder de sus propios actos”. (PECES MORATE, J.E. "La responsabilidad administrativa. Últimas orientaciones jurisprudenciales" en *Cuadernos de derecho local*, n. 8, 2005. p. 75).

⁹²⁰ Vid. SCHMIDT-ASSMANN, Eberhard. *Teoría general...* Op. Cit. p. 259.

⁹²¹ Vid. ALTAMIRA GIGENA, Julio I. *Responsabilidad del Estado*. Buenos Aires, Astrea, 1973. p. 44-45.

⁹²² “[...] de las técnicas procesales depende la medida del derecho subjetivo. En este sentido el reglamentarismo excesivo a veces no da, si no que quita, y el derecho subjetivo fenece por deficiencias formales”. (DROMI, José Roberto. *Derecho subjetivo y responsabilidad pública*. Madrid, Grou, 1986. p. 15).

bienes y derechos⁹²³. En un marco de relación donde no existe la reciprocidad ni igualdad de las partes, impera como obligación pública el cumplimiento del Derecho y la legalidad. Así, en la controversia, a la obligación del usuario público de establecer el nexo de causalidad como prueba, a la Administración le corresponde cumplir las reglas de responsabilidad y reparación que por dicha descentralización a menudo se incumplen⁹²⁴.

V.5.2.b *Las formas de descentralización política y administrativa y sus efectos de responsabilidad.*

A fin de sustanciar la fijación de responsabilidades, la clasificación de las formas de descentralización de la organización pública requiere un criterio homogéneo que ordene funcional y organizativamente sus dimensiones políticas y administrativas para obtener un marco unificado que permita imputar la misma categoría jurídica de la responsabilidad a las diferentes formas de descentralización. Para ello el criterio jerárquico resulta significativo por su claridad, si bien las estructuras en las relaciones de responsabilidad se producen fácticamente en formas más complejas y difusas⁹²⁵. Sin embargo, en la propia relación contractual, como elemento más abierto de establecimiento orgánico, el criterio jerárquico es ineludible. En este sentido, la propia Teoría de la Agencia reconoce la existencia del principal y el agente, aceptando así un principio jerárquico que presenta dos sentidos de relación genéricamente considerados⁹²⁶. Por consiguiente, la clasificación organizativa basada en la descentralización administrativa asume ambos sentidos⁹²⁷:

La descentralización descendente, que se caracteriza por la transferencia de competencias, desde las entidades que tienen su título potestativo, a diferentes órganos en la línea jerárquica de atribución de poderes en la que se puede establecer la siguiente tipología:

a) Política: que consta de la transferencia de competencias soberanas bajo el principio democrático entre instituciones con órganos de representación directa y con capacidad legislativa o

⁹²³ Precisamente en la exposición de la introducción del principio Dromi propone “un proceso administrativo único que a través de una acción pluralice la tutela de diversas pretensiones”. Ahora se trata de la dificultad de exigir responsabilidades por el propio entramado de la organización administrativa que se añade a sus procesos rígidos e individualistas, que aluden al principio de la legitimación imperante en ese momento. (Ibid. p. 15-16).

⁹²⁴ Véase la abundante jurisprudencia que sobre la doctrina del nexo causal aporta Peces Morate. Vid. PECES MORATE, J.E. "La responsabilidad... Op. Cit. p. 75-83.

⁹²⁵ Como verdadero tratado inspirador de la doctrina posterior de la distinción entre las formas de descentralización pública y también en su perspectiva histórica resulta ineludible acudir a MARTÍN-RETORTILLO BAQUER, S. y ARGULLOL, E. *Descentralización Administrativa y organización política*. 3 tomos. Madrid, Alfaguara, 1973.

⁹²⁶ A pesar de su relativa actualidad, la doctrina francesa de principios del siglo XX ya utiliza el concepto de agente como figura de la Administración, tal y como recoge Ubierna de la interpretación de Dalloz: “Se deben entender por *agentes del gobierno* no solamente a los administradores propiamente dichos, sino aun los dependientes de las Administraciones financieras, tales como Registros, Contribuciones directas e indirectas, Aduanas, etc., los agentes diplomáticos, en fin los agentes destinados a los servicios tan diversos que responden a las necesidades de la sociedad” (cursiva en original). (UBIERNA Y EUSA, José Antonio. *De la Responsabilidad de los órganos del Estado*. Madrid, Mariano Núñez Samper, 1915? p.61).

⁹²⁷ Respecto a la clasificación propuesta Daniel Sarmiento constata ambos conceptos, ascendente y descendente, en el aspecto de la coordinación. Cfr. SARMIENTO, Daniel. *El soft law administrativo...* Op. Cit. p. 50-60.

normativa en su ámbito. Por una parte se puede distinguir desde la atribución local a la regional⁹²⁸. Puede así considerarse que el criterio predominante de la descentralización política es el territorial. Bajo dicho criterio se asimilan ámbitos políticos diferenciados en los que confluyen motivaciones funcionales, como la mejor Administración pública por la cercanía entre los sujetos de la gestión, que se acentúa en las administraciones locales. También pueden aparecer condiciones históricas, en el reconocimiento de aspectos culturales y políticos que subyacen a los caracteres institucionales de soberanía de los territorios, más propias de las administraciones regionales. Con el predominio de unas u otras, en el ordenamiento de la descentralización política, casi siempre confluyen características funcionales o históricas.

b) Administrativa: que aplica la desconcentración regida por el principio de jerarquía administrativa desde la titularidad competencial del órgano descentralizador, tales como: las administraciones periféricas; la descentralización regida por el principio de especialidad, generalmente sustanciada en entidades independientes, que vienen a ostentar una nueva titularidad ejecutiva bajo el control político del órgano administrativo cedente de competencias y funciones⁹²⁹; la privatizadora, que se otorga sobre regímenes jurídicos separables en los actos bajo tutela pública de cesión y ejecución de la gestión, y de titularidad privada bajo la regulación fijada en las cláusulas de la cesión de explotación de bienes y servicios; por último, y dentro de la anterior clase, las organizaciones privadas de interés público, bien desde la tutela de un régimen jurídico administrativo específico para el ejercicio de competencias subsidiarias de la Administración (administraciones independientes como los Colegios y asociaciones profesionales,...), o en organizaciones de actividad social sin interés mercantil, también bajo tutela especial por el régimen jurídico administrativo (Organizaciones no gubernamentales, Fundaciones, ...).

El segundo sentido de relación establece una descentralización ascendente que consiste en la cesión de competencias desde los órganos potestativos a entidades de distinta titularidad y rango jurídico político. A diferencia de la anterior, la descentralización ascendente origina típicamente nuevos órganos e instituciones que concentran competencias descentralizadas de los Estados cedentes y centralizadas

⁹²⁸ En ambos casos se trata de una atribución de competencias constituyente, no por cesión, delegación u otro tipo de otorgamientos por otras entidades públicas, por ejemplo, los principios de autonomía local o las competencias políticas de las Comunidades Autónomas no proceden de la Administración General o el Gobierno del Estado, aunque todas ellas se encuentren sancionadas por leyes emanadas del Parlamento o las Cortes, su origen se encuentra amparado por la norma constitucional.

⁹²⁹ Una formulación de éxito apoyada en la teoría de la eficacia de la descentralización en la que confluyen tanto los conceptos político territoriales como administrativos, aunque con aplicaciones posteriores muy selectivas, la encontramos en Rodríguez Arana, que desarrolla las tesis propuestas por Fraga Iribarne. Vid. FRAGA IRIBARNE, Manuel. *Administración única. Una propuesta desde Galicia*. Barcelona, Planeta, 1993. Vid. RODRÍGUEZ-ARANA MUÑOZ, Jaime. "Administración Única: descentralización y eficacia" en *El futuro del Estado Autonómico* (ed. J. Rodríguez-Arana Muñoz, y A. Díaz Otero). Santiago, Fundación Caixa-Galicia, 1996.

para los cedidos. Análogamente a la descentralización descendente, dichas competencias diferencian cualitativamente los siguientes tipos de relación:

a) Políticos. Tratados internacionales y acuerdos constitucionales, cuando los órganos de soberanía cedentes son Estados que acuerdan formar nuevas instituciones donde se depositan las competencias cedidas, tales como las instituciones supraestatales cuyo ejemplo más preclaro es la Unión Europea, pero sería propio también de los sistemas confederales en la creación de instancias estatales⁹³⁰. En ambos casos se da lugar a nuevas instituciones de Derecho público. La preexistencia de sistemas jurídicos e institucionales propios entre los Estados participantes forman organizaciones que establecen relaciones heterogéneas, tanto en los órganos jurisdiccionales, administrativos o en los políticos de gobierno⁹³¹.

b) Administrativos. Acuerdos de cooperación entre administraciones de gobiernos estatales, regionales y entidades locales o repartos competenciales por reserva de ley⁹³². Estos dos últimos casos pueden a su vez ser internos, cuando dichas instituciones pertenecen al mismo Estado, como las mancomunidades o entidades supralocales (Diputaciones, comarcas, cabildos y consejos insulares,...), e interregionales, por convenios entre regiones o comunidades autónomas; o externos, cuando los sujetos participantes se encuentran en Estados diferentes, como las instituciones transfronterizas o interregionales (eurorregiones, ciudades transfronterizas,...)⁹³³.

Como elemento común, en todos los casos se transfieren poderes y competencias, en definitiva, funciones de la organización administrativa de los Estados y de sus entidades territoriales, pero también dentro de éstos, constituidos como administraciones de rango constitucional, entre sus órganos e instituciones políticas. De algún modo esta doble vinculación político-administrativa, siendo de fundamentación jurídica ampliamente diversificada, establece una nueva conexión entre el ordenamiento constitucional y administrativo en la organización pública. Tanto la distribución

⁹³⁰ El modelo confederal resulta prácticamente inexistente en la práctica, aunque el sintagma hace referencia a un concepto asimilable a determinadas situaciones concretas dentro del sistema federal. También respecto a los usos del concepto federalismo Vid. FERNÁNDEZ MANJÓN, Desiderio. *La colaboración... Op. Cit.* p. 49-56. Para una buena caracterización con un análisis comparado de las instituciones supranacionales poniendo énfasis en el carácter federalizante de la UE. Vid. CHITI, Edoardo. "Organización Europea y Organización global: elementos de una comparación" en Derecho administrativo global. Organización, procedimiento, control judicial (Ed. PONCE SOLÉ, Juli). Madrid, INAP-Marcial Pons, 2010. p. 33-78.

⁹³¹ Este tipo de heterogeneidad se pone de manifiesto en las declaraciones anejas y protocolos particularizados a los Estados en los Tratados de la UE, como los que se producen en el Acta Final de la Conferencia intergubernamental que adoptó el Tratado de Lisboa.

⁹³² Forman parte de estas últimas las leyes de Régimen Local a nivel estatal y autonómico que ejecutan las previsiones constitucionales de los principios de autonomía local establecidos en el artículo 140 y en el Título VIII, Capítulo II, CE y sus desarrollos en los respectivos Estatutos de Autonomía.

⁹³³ En la obra de Fernández Manjón se puede encontrar este modelo de organización territorial, donde conviven los aspectos jurídicos y políticos, internos y externos de la descentralización administrativa, tomando diferentes casos empíricos de la realidad europea y particularmente en España en el campo de las instituciones transfronterizas. Vid. FERNÁNDEZ MANJÓN, Desiderio. *Proyección internacional de la diversidad territorial*. Oñati, IVAP, 2003. p. 207-268.

competencial de afectación funcional y política, en el caso de descentralización territorial basada en principios de autonomía local o federalistas, como la desconcentración de competencias y funciones de órganos de gobierno a entidades administrativas y empresariales públicas, pertenecen a una misma sustancia descentralizadora. Con la modernización administrativa, particularmente en el caso de España precedida de un nuevo ordenamiento constitucional, se puede ver cómo el fenómeno descentralizador, ampliamente considerado, presenta una finalidad de mejora de la eficacia en el servicio del Estado a los ciudadanos bajo las cláusulas social, democrática y de cumplimiento de la legalidad enunciadas en dicho ordenamiento.

V.5.2.c *Descentralización y control de la responsabilidad pública.*

Considerada en esa finalidad de fundamentación constitucional, la descentralización de la organización administrativa comparte un principio común de responsabilidad pública reconocido en la responsabilidad política del gobierno, la responsabilidad administrativa sustanciada en el régimen jurídico-administrativo general y de forma específica en la responsabilidad patrimonial, que constituye una de los contenidos típicos de la actividad de las Administraciones Públicas. Por consiguiente, el bloque de responsabilidad pública instruye procedimientos generales y procedimientos especiales de responsabilidad administrativa, todos ellos concernidos por la actuación formal y material fundada en la teoría de los actos, que sólo contempla aquellos jurídicamente garantizados. Sin embargo, aun considerando este aspecto como una limitación, conlleva tanto en su formulación doctrinal como en su desarrollo positivo, un conjunto común de principios⁹³⁴.

La correlación entre las técnicas de descentralización, que reciben un fuerte impulso afín a toda la estructura de la Administración en los procesos de modernización administrativa, y la responsabilidad pública como principio propio que afecta a las dimensiones política, jurídico-administrativa y económica del Estado, es en sí misma contradictoria. Si dentro del Estado del Bienestar se produce un modelo burocrático y una quiebra de la responsabilidad patrimonial en la crisis del déficit público, posteriormente, la introducción de la nueva gestión pública y su modelo privatizador provoca un alejamiento de la responsabilidad política y administrativa del Gobierno y la Administración en las obligaciones de control e intervención sobre los sectores privados afectados por el interés público. En este sentido tal vez puede considerarse que en cualquiera de estas fases de desarrollo del Estado liberal democrático, el régimen jurídico administrativo puede, al quebrar su función sistematizadora, sufrir la pérdida de capacidad de dirección de la organización pública.

⁹³⁴ “La existencia de una variedad de procedimientos y normas sectoriales no significa que carezcan de unas características comunes [...] En este sentido, los procedimientos especiales de responsabilidad suponen adaptaciones o complementos de la regulación general del instituto de la responsabilidad a casos o sectores concretos”. (COLOM PIAZUELO, Eloy. *Los Procedimientos Especiales de Responsabilidad Administrativa*. Cizur Menor, Thompson Aranzadi, 2007. p. 25).

Por otra parte, la relación entre la responsabilidad y la inseguridad jurídica en los procesos de descentralización no tiene los mismos efectos para los servicios públicos directos, identificados anteriormente en sentido estricto por el carácter divisible de las actividades prestacionales, que en los servicios administrativos y funciones de autoridad, cuya disposición atañe frecuentemente a resoluciones normativas de aplicación general con resultados inmateriales. Mientras que la actividad prestacional puede beneficiarse en su ejecución por la cercanía de las administraciones a los interesados y la mayor eficacia alcanzada en la gestión por la participación e interacción con los usuarios de los servicios públicos, la actividad administrativa basada en actos jurídicos basados en el ejercicio de potestades, que afectan al reconocimiento de derechos en condiciones de igualdad jurídica, se ven más alteradas en la consecución de sus fines por el posible detrimento de la responsabilidad pública en las disposiciones descentralizadas. En cualquiera de los casos los problemas de coordinación, o la pérdida de una responsabilidad única e identificable que haga efectiva la ejecución de las obligaciones de la Administración puede desembocar en una menor eficacia jurídica del principio de igualdad.

Ante la fijación de la responsabilidad en todas las formas de descentralización política y administrativa, que incluyan las técnicas privatizadoras introducidas en la nueva gestión pública, se promueve la hipótesis de una tendencia a la disolución de la responsabilidad pública. En primer lugar como consecuencia de la pérdida de la institución de la responsabilidad asentada en los procedimientos especiales aplicados a la actividad administrativa. Colom Piazuolo identifica para esta institución la figura central de la responsabilidad de los daños y perjuicios por la actuación legal de la Administración o ilegal de sus funcionarios que desemboca en la obligación indemnizatoria. Junto a ella también aparece la figura de la compensación por los actos no imputables directamente a la Administración, pero que se justifican ante razones de equidad o solidaridad social, como los daños de guerra, ya reconocidos en el siglo XIX, o recientemente por actos terroristas. Desde su origen la Administración fue reconociendo la responsabilidad por sus actos a la vez que limitando ésta responsabilidad a la directa ejecución de sus servicios⁹³⁵. A esta limitación concurren los procedimientos especiales de responsabilidad regulados en normas sectoriales como la expropiación o la contratación, que da lugar a la determinación indirecta del sujeto responsable del daño a través de la solicitud a la Administración de su determinación⁹³⁶. También existen otros procedimientos como el recurso de anulación del acto que permite solicitar la indemnización como pretensión accesoria o sencillamente evitar la limitación de derechos. Finalmente la tendencia a regular supuestos específicos a través de procedimientos especiales

⁹³⁵ Vid. COLOM PIAZUELO, Eloy. *Los Procedimientos Especiales...* Op. Cit. p. 55.

⁹³⁶ Este ligamen debe verse con todas las cautelas, como muestra la diferenciación de la institución expropiatoria y de responsabilidad patrimonial en la STS 6268/2013.

de la responsabilidad adaptados a diversos sectores de actividad, sin abandonar el carácter supletorio del procedimiento general de la LRJAP⁹³⁷.

En el fenómeno privatizador la institución de la responsabilidad no ha podido, en su efecto indemnizatorio, aplicarse en situaciones limitativas a menudo expresamente enunciadas por normas especiales. Así, en las normas que amparan la privatización interna de los servicios públicos, como la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas aprobada en el Real Decreto Legislativo 2/2000, de 16 de junio, por el que se aprueba el texto refundido, se comienza a limitar la responsabilidad administrativa al admitirse sin protección pública algunas cláusulas de responsabilidad indirecta de los sujetos que intervienen en el daño causado por la ejecución del contratista (artículo 219 RDL 2/2010)⁹³⁸. Se manifiesta así la tendencia del marco jurídico a limitar la responsabilidad administrativa a partir de los procesos de descentralización, que habilitan diferentes regímenes o condiciones particulares de entidades y personificaciones para el ejercicio de posibles descargas de responsabilidad.

⁹³⁷ Vid. *Ibid.* p.57.

⁹³⁸ Estas limitaciones tienen antecedentes en los casos iniciados a favor de la reclamación civil al ejecutor predominante en la obra pública o el régimen concesional en el siglo XIX. Véase el Real Decreto de 18 de diciembre de 1890, que regula la indemnización causada por la industria minera a la agricultura.

Capítulo VI. Las técnicas de gestión pública en el sistema administrativo.

VI.1 Premisas generales.

En la evolución del Estado liberal democrático hacia un nuevo modelo de Administración destaca el apartado de las técnicas que han transformado las políticas de gestión pública desde finales del siglo pasado a comienzos del actual. En concreto, estas políticas con origen en los países anglosajones son la consecuencia de unos procesos político-económicos de grandes dimensiones que afectan a todo el ámbito occidental.

Los procesos de modernización administrativa objeto de esta investigación se consideran constitutivos de una etapa de desarrollo cualitativamente nueva en los Estados del ámbito liberal-democrático que transcurre desde la década de los ochenta hasta finales del primer decenio del nuevo siglo. En la metodología de esta investigación se ha procedido a identificar un rango de principios aplicados a las técnicas de gestión que conjugan esas políticas con el sistema administrativo del actual Estado liberal-democrático. Para la selección de estos principios se ha considerado su grado de utilización en las acciones modernizadoras, de forma especial en el ámbito central de la investigación: la Europa continental y el caso de España.

El sistema del Derecho administrativo siempre se ha construido a través de un doble proceso inductivo y deductivo. Pero en ocasiones ha quedado al margen el influjo de la práctica, de los materiales que para la intuición y el aprendizaje esta proporciona [...] De ahí que salte a la vista la trascendencia que para el entero sistema del Derecho administrativo tiene una acertada elección de los sectores de referencia: una parte de la teoría general se induce del contraste y comparación de supuestos concretos y de la generalización de determinados modelos normativos circunscritos a sectores específicos⁹³⁹.

La nueva gestión pública y los procesos de modernización administrativa no sólo establecen normas técnicas y reglas de eficacia y eficiencia, sino que para ello proponen un verdadero sistema de valores legitimador, “una administración que satisfaga las necesidades reales de los ciudadanos a menor coste posible”⁹⁴⁰. Dichos valores resultan autónomos pero no independientes del sistema jurídico y en concreto del subsistema jurídico-administrativo más cercano a su marco de actuación. De estos valores pueden deducirse los principios que caracterizan la fuente de divergencia heurística y por ende

⁹³⁹ Sobre la inducción de la práctica jurídica véase SCHMIDT-ASSMANN, Eberhard. *Teoría general...* Op. Cit. p.12. Es cierto que este proceso inductivo, puesto por el autor en relación con la construcción de una Teoría General o nueva dogmática, hace referencia a aspectos de regulación externa, principalmente en la actividad ordenadora, como se pone de manifiesto en el desarrollo de la normativa especial medioambiental. Sin embargo, nada impide aplicar este método a la actividad interna para las técnicas utilizadas en la gestión pública e incluso su extensión a nuevos modelos normativos.

⁹⁴⁰ Valores que se entroncan con la introducción de mecanismos como la competencia y la elección de usuarios, desarrollo de servicios de calidad, y “sistemas de control que otorguen una plena transparencia de los procesos, planes y resultados”. Vid. GARCIA SÁNCHEZ, Isabel. “La nueva gestión pública: evolución y tendencias” en *Presupuesto y Gasto Público*, n. 47, 2007. p. 44.

dogmática entre Derecho y Gestión Pública. Como premisa de toda hipótesis, no deja de considerarse que los principios con eficacia reguladora se definen en la doctrina jurídica, capaz de garantizar el cumplimiento de las normas de una forma amplia y suficiente.

El punto decisivo para la distinción entre reglas y principios es que los principios son normas que ordenan que algo sea realizado en la mayor medida posible, dentro de las posibilidades jurídicas y reales existentes. Por lo tanto, los principios son *mandatos de optimización*, que están caracterizados por el hecho de que pueden ser cumplidos en diferente grado y que la medida debida de su cumplimiento no sólo depende de las posibilidades reales sino también de las jurídicas. [...] En cambio, las *reglas* son normas que sólo pueden ser cumplidas o no [...] Por lo tanto, las reglas contienen *determinaciones* en el mundo de lo fáctica y jurídicamente posible. Esto significa que la diferencia entre reglas y principios es cualitativa y no de grado⁹⁴¹.

En este capítulo se propone realizar un contraste entre las aportaciones recogidas de las diferentes disciplinas técnicas en la gestión de los sistemas administrativos públicos, la cobertura jurídica de los principios propuestos y los posibles conflictos de asimilación de éstos por la dogmática jurídico-administrativa. Para su ordenamiento se consideran tres elementos básicos que inspiran las líneas de actuación de la reforma y los procesos de modernización en la Administración: el ciudadano como objeto y sujeto de la gestión pública; la obtención de resultados y los procesos como criterio de eficiencia en la gestión interna; la descentralización de la gestión ejecutiva. Por otra parte, en el sistema de gestión pública aparecen nuevos métodos garantizadores de las actuaciones administrativas en al menos cuatro áreas de actuación: las políticas públicas, el control de las actividades de los órganos de la Administración, la programación de las actuaciones en la gestión pública y la mejora en la prestación de los servicios. Como técnicas asociadas en los procesos de renovación y modernización administrativa a dichas áreas es preciso destacar, al menos, las más generalizadas y consolidadas, tales como: la planificación y gestión estratégica; los métodos de evaluación y rendición de cuentas y los modelos de calidad. En este contexto la esfera jurídico-administrativa y la gestión pública se vislumbran conjugadas en un nuevo sistema transversal y garantizador o, por el contrario, insertos en una contradicción permanente entre los intereses públicos y privados.

VI.2 Los principios de la gestión pública y su interrelación con las bases jurídicas y técnicas de la organización administrativa.

VI.2.1 Los principios de orientación al ciudadano.

A partir de la última década del siglo pasado, un nuevo principio irrumpe dentro de las organizaciones públicas en la madurez de sus cambios hacia la modernización: en primer término el administrado dejó de ser objeto de la acción administrativa pasando el ciudadano a ser sujeto de dicha

⁹⁴¹ ALEXI, Robert. *Teoría de los derechos fundamentales*. Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1993 (Trad. Ernesto Garzón Valdés). p.86-87.

acción; en segundo término, bajo la apelación al cliente, se le asigna un papel como sujeto activo de la Administración. Con el cliente aparecen como rasgos característicos su individualidad frente a la generalidad del ciudadano, que sustituye el principio de igualdad por el nuevo principio no jurídico de la equidad, donde el trato personalizado se impone al principio del interés general, lo que supone un aumento del margen de discrecionalidad del agente público necesario para satisfacer esos nuevos principios⁹⁴².

VI.2.1.a El criterio orientador del ciudadano en la reforma de la gestión pública.

Dentro de la crítica ya madura a la burocracia de comienzos de los ochenta, Michael Lipsky desarrolla la orientación al cliente con la aplicación de esta categoría propia de la empresa privada al sector público. Sin embargo, la utilización de una categoría mercantil en el servicio público se produce en medio de valores opuestos al sentido originario del término, como sucede con los conceptos de satisfacción del cliente, oferta y demanda cuando determinados servicios públicos son requeridos para disminuir su “clientela”⁹⁴³.

*Sometimes street-level bureaucracies are even rewarded for reducing their clientele. Public welfare agencies in the United States come under criticism for their large number of clients, although a public agency that reached less than half the eligible population in other contexts might be regarded a colossal failure. At other times street-level bureaucracies are indifferent to the loss of clients or client dissatisfaction. Partly this is due to a proposition developed earlier. If demand for services is practically inexhaustible relative to supply, then the fact that some clients are disaffected by the quality or level of service means only that their places are taken by others who need the service and are willing to accept the costs of seeking it*⁹⁴⁴.

Una vez que la nueva gestión pública se ha abierto camino en la década de los noventa, comienzan a formularse estos principios de forma positiva, pero siempre desde una perspectiva no jurídica, salvo su introducción paulatina como criterios orientadores de las reformas legislativas del régimen jurídico administrativo. En un nuevo intento de unificación doctrinal, H. George Frederickson trata de establecer una teoría general de las relaciones del público con la Administración que establece cinco principios: pluralismo, basada en los grupos de interés, se comporta como selectivo ante los grupos políticamente eficientes; elección pública, también selectivo, en este caso con los favorecidos económicamente; representación, a través de los cauces constitucionales, es el que mejor se ampara el servicio público en los principios jurídicos de mayoría e interés; orientación al cliente, de carácter transaccional, político y económico, esta perspectiva recibe la mayor crítica ante el déficit democrático

⁹⁴² Sobre la importancia de la individualización de las relaciones entre Administración y ciudadano en los aspectos positivos de la acción administrativa. Vid. ELENA CÓRDOBA, Amador. "Fortalecimiento de la posición del ciudadano" en *Estudios para la Reforma...* Op. Cit. p.132.

⁹⁴³ Vid. LIPSKY, Michael. *Street Level Bureaucracy: dilemmas of the individual in public services*. Nueva York, Rusell Sage, 1980. p. 55-56.

⁹⁴⁴ Ibid. p. 55.

en la inevitable supeditación de lo público a los grupos de interés; orientación al ciudadano, se basa en la participación política, no tiene, por ello, que concurrir con la aplicación de legalidad, pero si abordar la resolución de los asuntos, la motivación y la necesidad de liderazgo⁹⁴⁵.

La introducción de estos principios abre nuevos mecanismos de publicidad y audiencia, gestión de los servicios, participación ciudadana, acceso a la información y atención ciudadana, pero sobretodo supone la incardinación de estas líneas de actuación en una transformación del modelo de organización administrativa. Supone un sistema de relaciones entre los intereses privados y el ámbito público con sujetos de Derecho sometidos a potestades públicas que apelan a sus derechos individuales conforme a su capacidad de actuación. Por último, presenta diferentes exigencias de adaptación al marco jurídico según se trate de un modelo público angloamericano, donde se origina esta concepción, que tal vez el caso continental.

Quizá es posible afirmar que las formas de Gestión Pública burocráticas y gerenciales no han desempeñado con estos principios ningún eje rector, es decir, no han situado como sujeto de la actividad administrativa al ciudadano en cualquiera de las personificaciones que le han sido propias, entre otras, administrados, interesados, clientes o usuarios⁹⁴⁶. Así, la forma burocrática de organización pública no presenta el servicio a los ciudadanos como objetivo que se anteponga al cumplimiento neutral y eficaz del ordenamiento normativo. Pero tampoco la organización gerencial, más orientada a los resultados y por ende al cumplimiento de objetivos materiales, tiene la exigencia de actuar bajo los principios de transparencia y de participación, al no actuar imperativamente a través de disposiciones ni actos administrativos que regulen, entre otros aspectos, esas garantías. Tal vez en su concepción teórica, la aplicación del principio de orientación al ciudadano corresponde más al marco transversal y superador de ambos que supone la Gobernanza⁹⁴⁷.

VI.2.1.b Aspectos jurídicos del principio de orientación al ciudadano.

Asentado en el ordenamiento jurídico a través de su régimen administrativo común, el principio más genéricamente considerado de orientación al ciudadano se ha tomado de las necesidades impelidas

⁹⁴⁵ Vid. FREDERICKSON, H. George. "Toward a Theory of the Public for Public Administration" en *Administration and Society*, v. 22, Number 4 (February 1991), p. 395-417. Este trabajo puede verse también traducido por Carlos Villegas en *Gestión y Política Pública*, v. I, n. 1, julio-diciembre, 1992. p. 7-31.

⁹⁴⁶ El concepto de interesado aparece como una categoría menor en las relaciones entre Administración Pública y sector privado, pues define un grado de concreción recogido en el procedimiento administrativo al que se dedica en su integridad el Título III de la LRJAP.

⁹⁴⁷ Vid. Comisión de las Comunidades Europeas. *La Gobernanza Europea. Un Libro Blanco*. Bruselas. 25.7.2001. COM (2001) 428 final. (http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/site/es/com/2001/com2001_0428es01.pdf; Recogido el 29-12-2008). La utilización del concepto se asemeja a las usadas por Agustín Cerrillo. Vid. CERRILLO, Agustín. "La gobernanza hoy: Introducción" en *La gobernanza hoy. 10 textos de referencia*, (coord. Agustín Cerrillo). INAP, Madrid, 2005. p.11-36. Vid. PRATS CATALÁ, Joan. "Las transformaciones..." Op. Cit...p. 27-102. También se puede reconocer su aplicación práctica en las segundas medidas de la Nueva Gestión Pública del Gobierno *Tory* de John Major.

al Estado por la sociedad y de las prácticas asumidas por las administraciones inspiradas en el ordenamiento europeo que a su vez recoge las necesidades de un nuevo modelo de gestión pública⁹⁴⁸. En palabras de Rafael Bañón: “Las Administraciones Públicas de Estados contemporáneos encuentran la legitimación de su acción no sólo en la representación genérica del bien común, si no en el servicio a la sociedad y a los ciudadanos con economía de medios y diligencia”⁹⁴⁹. Se impone así como una obligación de la Administración, pues sin la figura del ciudadano el marco de los servicios públicos en la Administración carece de sujeto al que dirigir su actuación, lo que provoca un nuevo tipo de legitimación: ya no la condición de ciudadano exigible en sus relaciones con la Administración, si no auto exigida por la función pública para legitimar su actividad⁹⁵⁰.

El sintagma de orientación al ciudadano se entronca con los derechos típicos reconocidos en el ordenamiento constitucional que vinculan al ciudadano en su relación política con los poderes del Estado como garante de los Derechos y Libertades, artículo 9.2 y Título I Capítulo II. En segundo término la propia soberanía del Estado reside en los ciudadanos, que mantienen así su papel preponderante en la jerarquía de los poderes públicos a través del ejercicio de los derechos políticos entre los que destaca el Derecho de participación que recoge el artículo 23. Mayor acercamiento a la protección directa de los ciudadanos por los poderes públicos aparece en el Capítulo III que vincula la acción del Estado al mantenimiento de políticas económicas y sociales por medio de obligaciones en cuyo centro figura el ciudadano como beneficiario de la Seguridad Social, artículo 41, y el mantenimiento de un sistema de pensiones, artículo 40. Finalmente el conjunto de poderes públicos se sujetan al sistema de garantías jurídicas tal y como se establece en el artículo 53. En resumen, los derechos y libertades de los ciudadanos se convierten en una institución que constituye el primer bien protegible de los poderes públicos y del ordenamiento jurídico.

⁹⁴⁸ Las necesidades del modelo son anteriores a cualquier motivación jurídica, se trata de construir un modelo público acorde con las exigencias de la sociedad en tanto trasposición de las exigencias del consumidor en un mercado maduro a la demanda de servicios propia del sector público expresada por Löffler como “conciencia de calidad de los ciudadanos y las expectativas de los empleados públicos de realizarse en su trabajo” Vid. LÖFLER, Elke. *La modernización del sector público desde una perspectiva comparativa: conceptos y métodos para evaluar y premiar la calidad en el sector público en los países de la O.C.D.E.* Madrid, INAP, 1996. p. 19.

⁹⁴⁹ Vid. BAÑÓN MARTÍNEZ, Rafael “Democracia y nueva gestión pública” en *La participación en las Administraciones Públicas. ¿Cooperación o enfrentamiento?*, (coord. Antonio Colomer Viadel).Valencia, UPV, 1984. p.15.

⁹⁵⁰ Sobre una definición de legitimidad en las políticas públicas. Vid. Ibid. p. 15-16. Los procesos de legitimación para el sector público se hacen acuciantes ante la presión privada con la opción de la externalización o privatización de sus servicios que imponen las nuevas políticas públicas y respecto a la fragmentación de intereses que éstas representan. Vid. VILLORIA MENDIETA, Manuel. *La modernización de la Administración...*Op. Cit. p. 332. En consonancia con la legitimidad democrática la eficacia y buena administración como derecho de los ciudadano. Vid. ARENILLA SÁEZ, Manuel. *Crisis y reforma de la Administración pública.* La Coruña, Netbiblo, 2011. p. 109. Bajo la óptica de la aplicación de la Responsabilidad Social como principio acompañado de valores éticos, resolución efectiva de problemas de la comunidad, en suma, creación de valor público que incrementa la confianza de los ciudadanos en la Administración. Vid. CANYELLES, J.M. "Responsabilidad social" en *Revista de Contabilidad y Dirección*, v.13, 2011. p. 88-89.

Jurídicamente, el principio de orientación al ciudadano, si bien no aparece expresamente en el ordenamiento constitucional, resulta inspirador de las políticas de gestión pública a modo de la doctrina subyacente en el ordenamiento administrativo. Se encuentra así el reconocimiento de la orientación al ciudadano como principio jurídico de la actuación administrativa en la Ley 4/1999, de 4 de enero, de modificación de la Ley 30/1992 de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común⁹⁵¹. En la reforma del artículo 3 de Principios generales, el epígrafe 2 afirma que “Las Administraciones Públicas, en sus relaciones, se rigen por el principio de cooperación y colaboración, y en su actuación por los criterios de eficiencia y de servicio a los ciudadanos”, se completa el mismo artículo en el epígrafe 5 con el enunciado “En sus relaciones con los ciudadanos las Administraciones Públicas actúan de conformidad con los principios de transparencia y participación”. El concepto de relaciones de las Administraciones Públicas pasa así de ser meramente interno a exteriorizarse a los servicios al ciudadano, situación que recibe nuevas atribuciones con los principios de transparencia y participación extendidos al reconocimiento en la actividad de la Administración desde su origen constitucional. El principio de transparencia se conecta con el artículo 105 CE, epígrafe a) sobre el Derecho de audiencia y epígrafe b) de acceso a los archivos y registros administrativos; restringido a los interesados y sujeto a un desarrollo legislativo respectivamente. El principio de participación recogido en el texto constitucional queda referido en el artículo 23 CE a la actividad política, pues si bien el término asuntos públicos puede abarcar los propios de la actividad administrativa, reconocido como derecho de los ciudadanos “ejercitado directamente o a través de la representación en elecciones periódicas por sufragio universal”, ofrece una inequívoca alusión al ámbito político.

Por otra parte la orientación al ciudadano parece encontrar mayor desarrollo jurídico en su aplicación a las relaciones que presentan mayor proximidad entre el ciudadano y las administraciones. Así, se podrían recoger numerosas menciones al sintagma en la motivación de los actos administrativos que acompañan las acciones modernizadoras de la Administración, tales como los planes y programas de actuación, pero resulta de especial interés para encontrar alguna definición encontrar su plasmación positiva en la legislación acorde a la materia jurídico-administrativa, en tanto que regula las relaciones

⁹⁵¹ Como se trata de mostrar el artículo 103 CE estipula que la “Administración Pública sirve con objetividad los intereses generales” pero no establece ninguna conexión expresa de éstos con los ciudadanos. Posteriormente el desarrollo de la legislación administrativa va abriendo el camino que aún el constituyente no delimitó, pero sí dejó sentadas sus bases en los expresos mandatos de desarrollo legislativo del artículo 105 CE. Todavía cobra más fuerza el ciudadano como sujeto pasivo que se sustancia en la figura del interesado. Vid. PIÑAR MAÑAS, José Luis y MORENO MOLINA, José Antonio “Interesados (artículos 30 a 34)” en *Administraciones Públicas y Ciudadanos*, (coord. B. Pendas). Barcelona, Praxis, 1993. p. 286 a 294. El ciudadano aparece desde los orígenes inmediatos del régimen jurídico administrativo como sujeto pasivo que se sustancia en el título de portador de derechos subjetivos e intereses legítimos en su capacidad de actuar, lo que lleva al examen de la recepción de los interesados en la legislación anterior, en la LPA de 1958, que contiene la figura de legitimación como restrictiva en la capacidad de actuar ante la Administración Vid. PLEITE GUADAMILLAS, Francisco y VV.AA. *Procedimiento Administrativo y Proceso Administrativo práctico*. v.2, Madrid, La Ley, 2006. p.259-262

entre ciudadanos y administración⁹⁵². En este sentido podrían servir de ejemplo las normas desarrolladas en el ámbito autonómico, que no en vano recogen en primer término esa preocupación dado su ejercicio competencial como administraciones provisoras de servicios administrativos y públicos prestacionales.

El concepto clave de la relación con el ciudadano aparece en la normativa jurídico administrativa reflejado dentro de la regulación del ámbito jurídico-administrativo de otras Comunidades Autónomas. La Comunidad Autónoma de Cataluña en la Ley 26/2010, de 3 de agosto, de régimen jurídico y de procedimiento de las Administraciones Públicas de Cataluña, verdadera trasposición al ámbito autonómico de la Ley básica del procedimiento administrativo estatal de acuerdo con las competencias constitucionales atribuidas a su ámbito, inserta las categorías propias de la modernización administrativa y su consiguiente transformación de la gestión pública a la luz de los derechos ciudadanos reconocidos en su relación con la Administración. Así, en su artículo 2 establece:

Las finalidades de la presente Ley son:

- a. Hacer efectivos los derechos reconocidos por la Constitución, el Estatuto de autonomía y el resto del ordenamiento jurídico, garantizando su plenitud, en las relaciones de la ciudadanía con las Administraciones Públicas de Cataluña.
- b. Promover una administración pública ágil, eficaz y eficiente, y hacer accesibles sus relaciones con la ciudadanía, con independencia del soporte que se utilice.
- c. Mejorar la actuación de las Administraciones Públicas catalanas mediante la regulación de medidas de simplificación de trámites y procedimientos, para la reducción de cargas administrativas.
- d. Garantizar la coordinación administrativa, así como la transparencia y la objetividad en la actuación de los órganos de las Administraciones Públicas.

El artículo 2 del texto de Cataluña muestra una finalidad simplificadora de la Ley basada, de forma general, en la conexión de las relaciones entre ciudadanos y Administraciones Públicas con el reconocimiento de los derechos ciudadanos establecidos en el bloque de constitucionalidad (art. 2.a.) y de los concretos principios jurídico administrativos al resto del desarrollo jurídico: agilidad, eficacia, eficiencia y accesibilidad de la Administración en sus relaciones con la ciudadanía (art. 2.b.); regulación de medidas de simplificación y reducción de cargas administrativas (art. 2.c.); coordinación, transparencia y objetividad en la actuación de los órganos de las Administraciones Públicas (art. 2.d).

En otro caso análogo se encuentra la Ley 2/2010, de 11 de marzo, de Derechos de los Ciudadanos en sus relaciones con la Administración de la Comunidad de Castilla y León y de Gestión Pública que regula el vínculo entre los Derechos Ciudadanos, de raíz constitucional, y la Administración pública autonómica. El artículo 5.a) enuncia como primero de los principios de la Administración: “a)

⁹⁵² Antonio Embid analiza el vínculo entre los derechos ciudadanos y sus relaciones con la Administración que nacen del punto 9 de la Exposición de motivos la Ley 30/92 y que recuerda que no se agota en la norma administrativa pues se extiende a la Constitución y otras leyes. Vid. EMBID IRUJO, Antonio. *El ciudadano y la administración*. Madrid, MAP, 1994. p. 23.

Principio de orientación al ciudadano. La actuación de la Administración y los servicios públicos que presta han de estar dirigidos a la satisfacción de las necesidades reales de los ciudadanos”.

Levemente recogido como concepto jurídico y sin ánimo de establecer ninguna categorización, sino más bien al contrario, es posible incursionarse en la conformación de este concepto en el fenómeno modernizador por la recepción sobre el uso que hace la legislación de nuevas formas y necesidades de actuación por parte de la Administración. El sentido de orientación al ciudadano posee una cualidad de respuesta al concepto de individuo que requiere nuevos presupuestos en su relación con la Administración, tales como los que recoge la norma de la Comunidad Autónoma de Castilla y León en el resto de principios novedosos en los que el ciudadano representa un sujeto activo, tales como: b) transparencia; c) eficiencia; d) economía; e) simplicidad; f) comprensión; g) modernización e innovación; h) mejora continua; anticipación o proactividad y prevención; i) celeridad; j) responsabilidad; k) participación ciudadana; que extiende el enunciado derecho constitucional a la participación en la gestión de las políticas públicas; l) prestación de servicios; sugerencias; reclamaciones y quejas entre otros; m) equilibrio territorial; n) conciliación de la vida personal; ñ) familiar y laboral de los ciudadanos; o) colaboración, cooperación y coordinación con otras Administraciones Públicas.

En la Ley 2/2010 castellano-leonesa se delimitan dos formas de legislación separadas por el objeto regulado: uno, régimen jurídico y organizativo bajo la forma tradicional; dos, principios y derechos de aplicación al ámbito de las relaciones con la Administración en una norma especial⁹⁵³. En la primera forma, la legislación sobre el gobierno, la organización y el procedimiento administrativo quedan recogidos en la Ley 3/2001, de 3 de julio, del Gobierno y de la Administración de la Comunidad de Castilla y León; en la segunda, con el objetivo reformista que figura en el preámbulo: “[...] dictar una regulación con rango de Ley sobre derechos de los ciudadanos en sus relaciones con la Administración autonómica, la responsabilidad administrativa y el derecho de petición”. En el caso de la Ley catalana los principios actualizados se incorporan plenamente a la tradición de regulación del régimen jurídico y pasan al contenido de dicha regulación.

En ambas formas regulatorias, catalana y castellana, los nuevos principios encuentran su eje en la figura del ciudadano, eje que relacionado con el desarrollo de los medios y métodos de gestión pública recogidos en el concepto de orientación al ciudadano de la actividad administrativa.

⁹⁵³ El origen de estos Derechos viene recogido, tal y como se menciona en el preámbulo de la misma norma, por el Estatuto de Autonomía de Castilla y León y la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea, dentro del “derecho a una buena Administración” y el replanteamiento del estatuto jurídico de las personas que se relacionan con la Administración respectivamente.

VI.2.2 Los principios de orientación a resultados y las técnicas de descentralización en la gestión pública.

Se pretende establecer que la Administración muestra en este conjunto de principios nuevos instrumentos de cumplimiento de su actividad. Así, si con anterioridad, los rasgos del Estado burocrático definían unos medios de control centralizado, jerárquico, fragmentado por funciones muy delimitadas en la división de competencias y regidos por el control en la elaboración y ejecución de los presupuestos públicos, posteriormente éstos se ven sensiblemente transformados. Se trata de un proceso gradual, pues cada uno de dichos instrumentos, como se ha ido viendo a lo largo de esta investigación, ya existía y tenía su correspondiente desarrollo en la fase de Estado del Bienestar. También conviene señalar que la propia transformación de la nueva gestión pública no desmonta estrictamente ese Estado, sino más bien, impulsa su transformación hacia un ámbito de gestión más técnica y privatizada, como tendencia de solución a los problemas del déficit presupuestario que arrastran a su crisis a los Estados liberal-democráticos. En este sentido, los principios que se proponen para el análisis tienden a configurar un nuevo tipo de gestión administrativa impulsado por políticas que, en cierto modo, dotan de personificación privada y singular a las entidades públicas, adoptando técnicas de gestión superpuestas a las figuras jurídicas propias del Estado social, supervisor e intervencionista, que en realidad compartía, en su régimen jurídico, las pautas de neutralidad y objetividad jurídica respecto al ámbito privado del Estado liberal.

La conexión entre descentralización y la orientación a resultados requiere aclarar dos niveles de aplicación de aquel principio. Desde el punto de vista político, en el caso de España, la descentralización supone el traspaso de competencias de soberanía a entidades territoriales con el reconocimiento de la autonomía local y de las comunidades autónomas, que articulan el pluralismo territorial del Estado⁹⁵⁴. Asimismo, en la perspectiva administrativa, siempre bajo técnicas de delegación jurídicamente instituidas, la cesión de competencias en la ejecución de la gestión supone otro nivel de descentralización cualitativamente distinto⁹⁵⁵.

⁹⁵⁴ Regulado por el Título V, Cap. II y III de la CE para el ámbito local y autonómico respectivamente.

⁹⁵⁵ Solozabal, en este sintético y esclarecedor artículo, distingue entre la asunción de competencias por los Estatutos de Autonomía mediante su reforma, de acuerdo a las previsiones constitucionales (art.148.2 CE), y las delegaciones previstas por el artículo 150.2 mediante leyes estatales, que en la práctica gozan de igual estabilidad aunque siempre sujetas a revocación, pero en supuestos muy graes. Reflexiona al respecto sobre los niveles de control en la transferencia de competencias y su posible uso diferencial entre comunidades especiales y ordinarias (País Vasco y Cataluña) y ordinarias, dentro de la preocupación por el control y la armonización del proceso autonómico de los administrativistas clásicos, si bien aceptando la distinción diferencial, premisa que al final se ha incumplido más bien por la actuación de las comunidades ordinarias. Vid. SOLOZÁBAL, Juan José. "Sobre el Estado..." Op. Cit. p. 121-122.

VI.2.2.b Aspectos jurídicos de los principios de desconcentración y descentralización.

Con la entrada en escena del nuevo sistema constitucional, se consagra el principio de descentralización en dos ámbitos. En el ámbito administrativo de acuerdo al art. 103.1 CE que vincula, entre otros, los principios de descentralización y desconcentración a la actuación y organización de la Administración pública. A su vez, la relación entre ambos principios queda delimitada por el ordenamiento político y administrativo en conexión con los principios de eficacia y jerarquía que figuran en el mismo artículo de la Carta Magna⁹⁵⁶. En cuanto al principio de eficacia, se formula como un bien jurídico que exige a la actuación administrativa el “cumplimiento de fines y la realización de objetivos determinados”⁹⁵⁷, por lo que, bien sea la descentralización o la desconcentración, se valora en ambas el bien producido para la gestión administrativa⁹⁵⁸. El principio de jerarquía delimita el principio de desconcentración, que exige en las partes sujetas a él su cumplimiento estricto, mientras que la descentralización permite la no sujeción jerárquica entre las partes a que se aplica. Queda por último el principio de coordinación, sujeto a una amplia indeterminación que sin embargo da lugar a un rico debate doctrinal, desde la perspectiva administrativa tiende a matizar o suplir las necesidades puntuales que suscitan los mecanismos de descentralización⁹⁵⁹.

El principio de descentralización queda vinculado inicialmente al ordenamiento político con pleno desarrollo en el Título VIII CE, que consagra en su artículo 137 la “autonomía para la gestión de sus respectivos intereses” de las administraciones territoriales, locales y comunidades autónomas, regidas por un criterio de ejercicio de competencias de gobierno y administración basadas en órganos de representación política con capacidad de desarrollo legislativo o normativo. La descentralización política se define sin perjuicio de las competencias administrativas atribuibles al concepto de descentralización del artículo 103.1, que aparece como principio ligado a la ejecución de la gestión con el criterio funcional de eficacia para cada una de las administraciones. En ese sentido la descentralización administrativa o funcional se sirve fundamentalmente del nivel institucional a través de la creación de Administraciones Públicas con personalidad propia en el ámbito político y las

⁹⁵⁶ El principio de eficacia se puede entender más como un criterio general, que expresa una aspiración. BAENA DEL ALCÁZAR, Mariano. “Artículo 103.1 y 2. Los principios generales y la estructura de la Administración” en *Comentarios a la Constitución Española de 1978* (dir. Oscar Alzaga Villamil). Madrid, Edersa, 1998. p. 402.

⁹⁵⁷ Parejo Alfonso vincula esta definición de eficacia al Estado social, mientras que al Estado liberal basaba la efectividad en la eficacia jurídica “le bastaba para ser efectivo con alcanzar el necesario umbral de adecuación” de los comportamientos individuales al Derecho. Cfr. PAREJO ALFONSO, Luciano. “La eficacia como principio jurídico de la actuación de las Administraciones Públicas” en *Documentación Administrativa*, n. 218-219, 1989. p. 16.

⁹⁵⁸ La legalidad permite un amplio margen de organización, cuya definición obedece a criterios internos de economía de los procesos y externos para ajustarse a los fines encomendados, por lo tanto el criterio de eficacia actúa como criterio general de la descentralización administrativa. Vid. *Ibid.* p.43-49.

⁹⁵⁹ Una interesante exposición sobre el concepto de coordinación en la doctrina administrativa y constitucional. Vid. FERNÁNDEZ MANJÓN, Desiderio. *La colaboración...* Op. Cit. p.85-92.

conocidas en la doctrina jurídica anterior a la LOFAGE como entidades instrumentales y las entidades independientes⁹⁶⁰.

El principio de desconcentración se aplica inicialmente mediante la transferencia de funciones por los niveles jerárquicos más altos de los entes administrativos a los subordinados, sin perder aquellos el control o capacidad de decisión, y por ende la responsabilidad jurídica⁹⁶¹. Habitualmente, en el sentido estricto de las técnicas de gestión aplicadas, puede utilizarse el término descentralización para lo que jurídicamente se considera una forma de desconcentración de órganos administrativos que no presentan una personalidad jurídica propia. Transformado en método de gestión encuentra una vertiente en la autonomía que adquieren determinados órganos y servicios, no sólo para el cumplimiento de sus funciones, sino para fijar los objetivos de su actividad pública. Ante ello la naturaleza de dichos órganos adquiere diferentes personificaciones, generalmente públicas, privadas o mixtas, que se adaptan a diferentes regímenes de constitución, organización y funcionamiento para ejecutar sus actividades. Por último, en un orden intra institucional, las diferentes áreas de actuación, sean servicios o centros directivos, también pueden gozar de una capacidad de gestión interna en la ejecución de ciertos rangos de competencias de tipo presupuestario y organizativo, tales como la ejecución del gasto y la disposición de determinados recursos técnicos y humanos, normalmente de acuerdo al cumplimiento de directrices jerárquicas centralizadas.

Los denominados organismos públicos aglutinan un conjunto de instituciones conocidas en el ámbito jurídico-administrativo clásico como entidades independientes, cuyas figuras fueron reconocidas y sistematizadas en la LOFAGE con el propósito de acomodarlas en la estructura administrativa general del Estado⁹⁶². Este propósito se puede interpretar como el intento de dar carta de naturaleza a los nuevos organismos públicos bajo el control político de dicha estructura, al tiempo que pretende simplificar sus múltiples modalidades estatutarias. De hecho la LOFAGE, en cierto modo se hace eco de las críticas con que la cultura administrativista recoge la “huida del Derecho” ante las figuras funcionales privadas empleadas en entidades públicas, apenas controlada entre otras por la teoría del “levantamiento del

⁹⁶⁰ Para dicha doctrina, no unificada legislativamente, las entidades instrumentales son aquellas que dependen jerárquicamente de una administración, aunque gozan de autonomía funcional, mientras las entidades independientes pueden tener facultades de autoorganización de un sector social, poderes por delegación y sujeción al control por la Administración, o quedar asimiladas al régimen privado. Para el segundo caso y las entidades instrumentales caben todo tipo de personificaciones y situaciones. Vid. *Ibid.* p. 44.

⁹⁶¹ La diferencia entre descentralización y desconcentración viene determinada por la diferente relación de ambos con la aplicación del principio de jerarquía. Vid. VALLINA VELARDE, Juan Luis de la. "La desconcentración administrativa" en *Revista de Administración Pública*, Madrid, n. 35, mayo-agosto, 1961. p. 75-138.

⁹⁶² También llamada administración institucional, en una denominación suavizada de connotaciones jerárquicas en la literatura posterior a la LOFAGE. Vid. CALVO CHARRO, María. "La administración institucional. Los organismos públicos" en *La Administración pública española* (Dtor. RODRÍGUEZ-ARANA MUÑOZ, J). Madrid, INAP, 2002. p. 529-561.

velo” de clara inspiración jurisdiccional⁹⁶³. Sin embargo, como aprecia Palomar Olmeda: “[...] ni se han establecido ni tecnificado los controles de eficiencia que se prevén en el ámbito de la LOFAGE, ni realmente el control político de la gestión pública”⁹⁶⁴. Estas diferencias de opinión en la doctrina no impiden que los organismos y entidades independientes se abran camino al amparo de las legislaciones o normas reglamentarias de las diferentes Administraciones Públicas.

Por último, la Ley 28/2006, de 18 de julio, de Agencias estatales para la mejora de los servicios públicos, ya revisada anteriormente en la perspectiva de organización, trata de introducir en España un modelo de gestión administrativa descentralizada, que hasta entonces, en calidad de entidades independientes, se encontraba disperso en un diseminado conjunto de figuras estatutarias. Las agencias públicas, se introducen por el modelo británico al final de la década de los 80 del siglo pasado y en el holandés desde principio de los 90, ambos comentados más adelante. Llegan a España en una importación tardía por el sistema administrativo continental, que no homologa, por su carácter supraestatal, figuras análogas ya establecidas en la organización política y administrativa comunitaria⁹⁶⁵. Las Agencias representan de forma inequívoca el modelo descentralizador más representativo de la modernización administrativa, cuya fuente de inspiración procede de las reformas británicas que acompañan el proceso de creación de una nueva gestión pública basada en el control económico y la eficiencia administrativa. Sin embargo, esta escrupulosa aplicación del principio de descentralización, en su utilización por las Administraciones Públicas en España, lleva a Palomar Olmeda a afirmar que la importación de modelos no siempre funciona en otra cultura organizativa:

Es cierto, sin embargo, que el debate sobre las formas de gestión es, en realidad, un debate sobre la autonomía de las organizaciones, aunque en realidad existe una tendencia a considerar que la autonomía es incompatible con la disciplina. Un ejemplo en esta materia es el de las agencias públicas. Se trata de un compromiso –a nuestro juicio certero y en la buena dirección- del partido político gobernante y tiene como característica la fijación de un contrato de gestión que fija los objetivos de la organización y dota a la misma de algunos elementos de gestión en el ámbito de los recursos humanos, la presupuestación y, mínimamente, la contratación.

Pues bien, basta con ver la Ley 26/2009, de 23 de diciembre de Presupuestos Generales para 2010 (Disposición Final 7ªJ), para comprender que autonomía sigue siendo asimilada a indisciplina y para ello lo mejor es “reconquistar” las facultades de gestión. Pero si se reconquista la gestión ¿Qué es la agencia? Y, sobretodo, ¿qué responsabilidades se le pueden pedir si sus medios son censurados o negados?⁹⁶⁶.

⁹⁶³ Vid. BORRAJO INIESTA, Ignacio. “El intento de huir del Derecho administrativo” en *Revista Española de Derecho Administrativo*. n. 78,1993. p.233-250.

⁹⁶⁴ PALOMAR OLMEDA, Alberto. “La externalización y sus causas. La Organización administrativa, ¿el pretexto o la causa?: un análisis sobre las formas de actuación administrativas” en *Crisis y externalización en el sector público ¿Solución o Problema? Monografía del Grupo de Investigación para el estudio del Empleo Público*, (dtor. Luis Ortega Álvarez). Madrid, INAP, 2011. p.119-153.

⁹⁶⁵ En este sentido aparece el Reglamento (CE) n. 58/2003 del Consejo, de 19 de diciembre de 2002, por el que se establece el estatuto de las agencias ejecutivas encargadas de determinadas tareas de gestión de los programas comunitarios.

⁹⁶⁶ PALOMAR OLMEDA, Alberto. “La externalización y sus causas...” Op. Cit. p. 124.

VI.2.2.c Orientación a resultados en las técnicas de descentralización de la gestión pública.

Una clasificación de los tipos de agencias queda establecida por Walter J.M. Kickert. Por una parte organizaciones de producción masiva o en serie, utilizan subvenciones, subsidios o pagos de beneficiarios y otras fuentes de financiación extrapresupuestarias. Como segundo tipo las organizaciones de servicios profesionales, que ejecutan tareas con un alto empleo de especialización, por ejemplo, en construcción, mantenimiento de obras civiles, investigación científica, persecución criminal, se caracterizan por una gran independencia del control jerárquico de la Administración. En tercer lugar las marcadas por una alta especificidad, como son las agencias inspectoras y ejecutivas de carácter regulador y de control del cumplimiento de reglas y estándares legalmente establecidos⁹⁶⁷.

Sandra Van Tiel y Cristopher Pollit recurren para la caracterización del modelo a un método de análisis comparado entre sistemas maduros tras la irrupción de la nueva gestión pública en el mundo anglosajón y su área de influencia más cercana: en el Reino Unido a finales de los 80 y en Estados como Holanda, con las Agencias ejecutivas, a principios de los 90⁹⁶⁸.

El modelo británico de agencias se puede considerar el primero de gran relevancia por su impacto final en el conjunto de políticas que impulsaron la NGP. Dichas políticas, surgidas en sucesivas oleadas bajo los gobiernos de Thatcher, se acogen a finales de la década de los 80 al programa *Next Steps*, que formula la aparición de las agencias en respuesta a criterios de eficiencia y búsqueda de un modelo de gestión homologable al sector privado para las diferentes funciones desempeñadas por la Administración gubernamental, con el fin de optimizar los recursos y facilitar la evaluación de costes y beneficios de esas funciones.

Por otra parte, la inserción del sistema de agencias en la organización administrativa británica debió enfrentarse a diferentes problemas y limitaciones en su diseño e implantación⁹⁶⁹. Entre los problemas aparecen la pretensión, una vez consolidada la relación contractual entre agencias y gobierno, de equiparar la responsabilidad del *Civil Service*, en funciones ejecutivas de carácter técnico, con las funciones de los responsables políticos del gobierno y la formación de las agencias desde organismos ya constituidos que funcionan con estructuras especializadas preexistentes originando resultados poco deseados. Dentro de las limitaciones el mantenimiento de diferentes grados de descentralización en el

⁹⁶⁷ Vid. KICKERT, W.J.M. "Public management of hybrid organizations: governance of quasi-autonomous executive agencies" en *International Public Management Journal*, 4, 2001. p. 138-139.

⁹⁶⁸ Vid. VAN TIEL, Sandra y Cristopher Pollit "The management and control of Executive Agencies: Anglo-Dutch comparasion" en *New Public Management in Europe* (ed. Cristopher Pollit , Sandra van Thiel y Vicent Homburg). N. York, Palmgrave Macmillan, 2007. p. 52-70.

⁹⁶⁹ Vid. Ibid. p. 62. Vid. GAINS, F. *Understanding department-Next Step agency relationships. Ph. D. Thesis*. University of Sheffield, Departament of Politics, 1999. Para una síntesis sobre el concepto y la difusión de las agencias en las administraciones a nivel internacional, véase TALBOT, Collin, Cristopher Pollit y (Dtores.). "The Idea of Agency. The idea of the agentification of the (public service) world" en *Paper of the American Political Studies Asociation Conference*. Washington DC, August 2000.

sistema británico variables en función del tamaño, las más grandes poseen un poder ejecutivo más político y autónomo, mientras que las más pequeñas se sujetan a un mayor control y supervisión, además se establece un control en los aspectos financieros y de cumplimiento contractual, que sujetan la autonomía de las agencias a una fuerte dependencia del Ministerio del Tesoro y el inmediato ministerio jerárquico superior.

Siguiendo el trabajo de Pollit y Van Tiel, el modelo contractual de las agencias británicas recoge y publica la información de resultados por indicador clave de rendimiento (KPI) como medio de evaluación del rendimiento. Esta técnica tiene su origen en los trabajos e investigaciones de D. Ronald Daniel, y como otras análogas que se podrían clasificar dentro del sistema de *management* empresarial, presenta un modelo de evaluación basado en la medición de resultados relacionados con los objetivos definidos como factores críticos de éxito (CSF) mediante indicadores cuantificables de tipo económico o cualitativo⁹⁷⁰. La aplicación de estos procedimientos a modo de revisión cuasi-contractual se basa en un acuerdo anual que cubre los recursos, política y rendimiento que otorgan a los acuerdos en realidad un carácter más de estatuto político-administrativo que contractual. En su conjunto esta evaluación del rendimiento respecto a la gestión pública arroja en la experiencia británica diferentes resultados: el presupuesto de recursos sigue dependiendo de los procesos entre el ministerio y el departamento de finanzas, sin considerar formalmente la evaluación del rendimiento; los KPI utilizados en las diferentes agencias resultan heterogéneos, siendo difícil establecer procedimientos comunes o criterios comparados; no es tampoco un método único de rendición de cuentas y queda como uno más entre diferentes sistemas de evaluación como los planes de negocio y corporativos, las cartas del ciudadano, etc.; separación con el procedimiento presupuestario tradicional que diluye la eficacia del sistema; abuso de auditorías privadas y no independientes y exclusión de propuestas de organismos oficiales como la *National Audit Office*⁹⁷¹. Finalmente, en 1997 aparece con el gobierno laborista una nueva técnica con los Acuerdos de Servicios Públicos (PSA), en ellos se comprenden una serie de compromisos entre Finanzas y el Ministerio que asume el gasto a partir de la definición de objetivos comunes en cada ministerio que se desagregan por programas asignados a las agencias, lo que permite dar cierta

⁹⁷⁰ D. Ronald Daniel realizó sus investigaciones a partir de su formación en el M.B.A. de la Harvard Business School y su experiencia como consultor de gestión en McKinsey & Company de la que fue socio director de gestión. Vid. DANIEL, D. Ronald, "Management Information Crisis," en *Harvard Business Review*, Sept.-Oct., 1961. Daniel también formula los Factores de Éxito, aunque su aplicación definitiva al análisis estratégico como técnica de evaluación de objetivos es refinada por John Rockard. Vid. ROCKART, John F. "Chief executives define their own data needs", *Harvard Business Review*, 2, 1979. p. 81-93. Es importante reseñar cómo ambos autores contribuyen al management desde áreas y experiencias basadas en la investigación de los sistemas y tecnologías de la información.

⁹⁷¹ A propósito de las auditorías a antes de la Administración véase el planteamiento sobre los problemas jurídicos de la cesión de potestades públicas a organizaciones privadas en la cesión de funciones de inspección. Vid. CANTERO MARTÍNEZ, Josefa. "La decisión administrativa de externalizar y su repercusión en el empleo público. Límites y pautas para su adopción" en *Crisis y externalización en el sector público ¿Solución o Problema? Monografía del Grupo de Investigación para el estudio del Empleo Público*, (Dtor. Luis Ortega Álvarez). Madrid, INAP, 2011. p.88-89.

coherencia a la política del Departamento frente a la fragmentación y redundancia de los datos obtenidos en el anterior sistema.

En el caso de Holanda las agencias aparecen como la respuesta al ejercicio de competencias administrativas con una mayor autonomía de los departamentos ministeriales, sobretudo en el orden de la gestión económica financiera, sin perder cierta dependencia jerárquica de los mismos⁹⁷². Bajo este modelo las agencias han proliferado hasta constituir el 80% del empleo público en 2007 con cincuenta agencias creadas. Su característica fundacional ha mantenido una fuerte dependencia del Ministerio de Finanzas que supervisa el funcionamiento con un modelo de financiación que optimiza su autonomía mediante subvenciones, beneficios y tasas entre otras fuentes autosuficientes, y asesora su creación desde los diferentes ministerios. Para ello se fijan unos requisitos basados en el cumplimiento de un plan financiero que introduce métodos de planificación y control orientados a resultados, un periodo de pruebas de un año, y finalmente la aprobación por el ministerio del que depende, el Ministerio de finanzas, el Gobierno y el Parlamento⁹⁷³.

En el modelo holandés de agencias públicas destacan los procedimientos de gestión y control que se establecen desde los departamentos, pues en ellos se ponen de manifiesto tanto los niveles de control como los criterios que rigen la autonomía en la gestión. Estos procedimientos, siguiendo la exposición de Van Thiel y Pollit, se basan en la configuración de tres roles o instrumentos bajo los que actúa el Departamento de la Administración en el seguimiento de la Agencia que tutela⁹⁷⁴. En el primer nivel figura el Principal, que actúa sobre los aspectos jurídicos tales como el cumplimiento contractual en que se basa la relación con la Administración y los compromisos adquiridos inherentes al mismo, el Estatutario, en el que se ordena la organización interna, el régimen competencial y el legislativo de aplicación a su funcionamiento, adicionalmente se presenta bajo este criterio el *Feasibility Test*, o examen de viabilidad, al que se debe someter cualquier nueva política que el Ministerio considera de aplicación a la actuación de la Agencia. El segundo nivel lo forma el *Owner* o Propietario, que permite utilizar herramientas de control presupuestario, si bien, dentro de su cumplimiento la agencia goza de autonomía en las inversiones menores y contratación de personal ejecutivo, entre otros. El control presupuestario se realiza de acuerdo a presupuestos aprobados que pueden tener su origen en los costes de ejecución ordinarios o programas de ejecución de políticos sujetos a subvenciones, tasas o precios

⁹⁷² Vid. Ibid. p. 54.

⁹⁷³ Vid. Cuadro de criterios para el establecimiento de las agencias ejecutivas en Holanda. Ibid. p.55.

⁹⁷⁴ Vid. Ibid. p. 57-60. Vid. KICKERT, W.J.M. "Public management..." Op. Cit. p. 135–150. Kickert aborda el modelo holandés de agencia como un caso generalizable al conjunto de prácticas de nueva gestión pública en Europa Occidental, y las clasifica como agencias ejecutivas "cuasi autónomas", la capacidad de control departamental las establece en tres áreas: gestión de organización y personal, designando las responsabilidades y funciones de los puestos ejecutivos; financiación; financiación, a través de la transferencia presupuestaria y el control de tasas y precios bajo el control de la agencia; información, rendición de cuentas a través de informes de evaluación económica y de actividad.

públicos que también deben ser aprobados por el Ministerio. Para ello las Agencias elaboran un plan segmentado en actividades a corto y largo plazo sujeto a rendición de cuentas. Estos últimos dan lugar a un seguimiento de indicadores de gestión que permiten evaluar el rendimiento sobre los resultados esperados, el uso de indicadores no es exclusivo de este rol, si bien aquí se propicia con este fin. Finalmente se utiliza un protocolo de información que puede sustanciarse en una carta que aglutina los niveles de información, informes periódicos, presupuestarios, estudios de viabilidad, así como los agentes a quienes debe dirigirse: el Ministerio, el Parlamentos o los medios de comunicación. Por último, un tercer nivel ejerce la Supervisión, que asigna determinados órganos de control departamentales a la actividad ordinaria de las agencias que pueden utilizar diferentes instrumentos de control: inspecciones, auditorías, cuadros o comisiones de control o reguladores independientes. También pueden intervenir en esta supervisión otros organismos que representan intereses de terceros, tales como el Defensor del Pueblo, la *National Audit Office* (entidades que pueden considerarse equivalentes al Tribunal de Cuentas) u otras.

VI.2.2.c *La regulación y el control administrativo en las técnicas de descentralización de la gestión pública.*

Para comprender la aplicación de las técnicas de descentralización de la gestión pública en la función reguladora administrativa, conviene detenerse en el modelo de Agencia Ejecutiva de la Comisión Europea, regulada en el reseñado Reglamento (CE) n. 58/2003. Como principal motivación en la creación de estas Agencias figura la gestión de los Programas comunitarios, las formas de actuación más extendidas en la Comisión Europea⁹⁷⁵. La necesaria eficacia en la ejecución de estos programas y la aconsejable delimitación de las funciones institucionales que cumple la CE, tal y como expone el considerando (2), provoca la creación de estos organismos que gozando de la necesaria autonomía, pero supeditadas al control institucional y político, de acuerdo al considerando (3), puedan asumir la aplicación de dichos programas. Respecto al control político por parte de los órganos comunitarios (Consejo y Comisión) puede considerarse que reside en dos ejes, la reserva de nombramiento de sus puestos ejecutivos y la obligación de información de las actividades, todo ello dentro de un marco organizativo y estatutario regulado desde el propio Reglamento y la constitución de las correspondientes agencias a través de un acto de delegación. En cuanto a la autonomía queda garantizada por los órganos de dirección y las competencias que asumen, por una parte el Comité de Dirección formado por cinco miembros por un periodo de dos años, y el Director con un periodo de mandato de cinco años, todos ellos renovables y nombrados por la Comisión. El Director, de acuerdo al artículo 11 del Reglamento,

⁹⁷⁵ Vid. Considerando (1) del Reglamento (CE) 58/2003 del Consejo. en <[http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri= CELEX:32003R0058:ES:NOT](http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=CELEX:32003R0058:ES:NOT)> (Consulta realizada el 13 de agosto de 2012).

ostenta la representación control y gestión de la agencia, que incluye la gestión del personal, la preparación del trabajo de la Comisión, la ejecución de las tareas y el programa de trabajo anual, así como la responsabilidad de la ejecución presupuestaria, tanto en los créditos operativos de los programas como del presupuesto de funcionamiento, es asimismo responsable del informe anual de actividades preceptivo y cuantos ordene la Comisión, y le corresponde establecer los sistemas de control interno y gestión en el de orden de legalidad y operativo.

Por otra parte la UE dispone del resto de Agencias creadas al servicio de descentralizar la gestión de las instituciones políticas. Su objeto es atender a ciertas competencias específicas con un alto grado de especialización apoyando a los Estados y ciudadanos que reciben sus prestaciones atendiendo a tareas de carácter jurídico, técnico o científico que suman en la actualidad 32 agencias descentralizadas. Se rigen por el Derecho público comunitario y cuentan con una intencionada descentralización geográfica. Aunque cuentan con un carácter heterogéneo se pueden analizar determinados casos por su riqueza en la aplicación de competencias y formas de gestión innovadoras tanto en la perspectiva de UE como, por su carácter transversal, en el régimen de actuación con los Estados miembros de la Unión.

La OAMI, Oficina de Armonización de Marcas del Mercado Interior (Marcas, dibujos y Modelos) se presenta como ejemplo destacable por diferentes rasgos de gran interés. Con sede en Alicante, realiza funciones administrativas relacionadas con una misión reguladora basada en su actividad fundamentalmente autorizadora y sancionadora, lo que la vincula al modelo de Agencia del tercer tipo en la clasificación de Walter J.M. Kickert. Se pueden resaltar los siguientes caracteres de funcionamiento: Función colaborativa en su cooperación con el resto de las Oficinas de los Estados miembros de la UE; asunción de una red de cooperación que afecta a Fondos de Cooperación y Programas Europeos destinados a la inversión en recursos de información y medios tecnológicos para la modernización administrativa de las Oficinas de Propiedad Intelectual (en adelante, PI) y proyectos de cooperación con diferentes agentes como usuarios y otras Oficinas internacionales a nivel mundial⁹⁷⁶; impulso del Programa de convergencia, que presenta como elementos altamente significativos de la función jurídico-técnica la armonización de clasificaciones, títulos, motivación de marcas figurativas y denegación por confusión, componentes no distintivos o débiles de las marcas, protección de marcas en blanco y negro; función de Registro y jurisdiccional que comparte con los Tribunales de los Estados miembros las tareas de dictar resoluciones de nulidad o caducidad de derechos registrados en PI; autonomía jurídica, administrativa y financiera sostenida en ingresos por medio de las tasas y precios que gravan su actividad licenciataria y de registro de PI.

⁹⁷⁶ OAMI. Informe Anual de Actividades 2011 en http://oami.europa.eu/annualReport_2011/html/es/cooperationFund.html (Consultado el 14 de agosto de 2012).

Destaca entre sus competencias y atribuciones la creación de instrumentos de resolución técnica-jurídica, que parecen viables en el seno de las agencias reguladoras como OAMI⁹⁷⁷. En este sentido, el punto C implica la investigación de motivaciones técnicas como parte de lo que en definitiva serán resoluciones administrativas, y por ende, de cobertura jurídica, mediante la elaboración de taxonomías y otras técnicas de armonización.

Para los usuarios, son muchos los beneficios de alcanzar un consenso en las diferentes oficinas. Dispondrán de una protección más fácil, efectiva y eficaz por parte de los sistemas de registro de marcas, dibujos y modelos nacionales y regionales. También existirá un ahorro de costes y una mayor seguridad jurídica ya que habrá un menor número de situaciones en las que los casos similares sean tratados de manera diferente en las distintas oficinas.[...] Los principales beneficios para las oficinas son una mayor coherencia y un seguimiento conjunto y eficiente de las prácticas comunes (por ejemplo, cuando se publica una nueva edición de la clasificación de Niza). Un acuerdo en el marco de la UE también impulsará de manera importante un proceso de convergencia internacional más amplio sobre las cuestiones de propiedad intelectual⁹⁷⁸.

En definitiva, la delegación de funciones reguladoras a las Agencias permite conjugar su especialización con los instrumentos de Derecho y, de alguna manera, marcan el camino para resolver determinados aspectos de inseguridad que asume la figura de la discrecionalidad técnica. Asimismo, se puede apreciar como las instituciones administrativas vinculadas a las estructuras departamentales de los gobiernos, centralizadas y jerárquicas, a menudo carecen de estas posibilidades debido a su carácter generalista.

VI.2.2.d Los principios de descentralización y autonomía en la gestión económica y presupuestaria.

Como se ha visto en el modelo holandés y británico de agencias, los principios de descentralización y autonomía de la gestión pública aparecen con una importante motivación económica-financiera. La conexión entre el control del déficit y la máxima eficiencia en las actuaciones de la Administración se pueden considerar un factor principal en el modelo descentralizador de las reformas y el impulso modernizador. Una de las consecuencias de este modelo es, por consiguiente, la alta tecnificación en la gestión y la emergencia del modelo contractual en la relación entre los participantes en el sistema de los servicios públicos que se puede aplicar indistintamente tanto a las funciones de autoridad administrativa como otras actividades prestacionales de diversa índole. No en

⁹⁷⁷ Son de aplicación jurídica de funcionamiento los Reglamentos de base CE 6/2002, de 12 de diciembre de 2001, sobre los dibujos y modelo comunitarios y 207/2009, de 26 de febrero de 2009, sobre la marca comunitaria. Bajo ellos aparecen para cada uno de los ámbitos regulados (dibujos y modelos, y marcas), reglamentos de ejecución de la Comisión 2224/2002, de 21 de octubre de 2002, y el Consejo 6/2002 sobre dibujos y modelos y 2868/95 de la Comisión, de 13 de diciembre de 1995 y Reglamentos (CE) n. 40/94 del Consejo sobre la marca comunitaria; reglamentos de Tasas de diciembre de 2002y 2869/65 de 13 de diciembre de 1995y 2246/2002, de 16 de diciembre de 2002 ; Reglamento de procedimiento (CE) de la Sala de Recurso 216/96 , de 5 de febrero de 1996; y Directivas de protección jurídica 98/71/CE y 2008/95/CE, que aproxima las legislaciones nacionales en materia de marcas, de ambos objetos de regulación respectivamente.

⁹⁷⁸ OAMI. Informe...Op. Cit. en <http://oami.europa.eu/annualReport_2011/html/es/convergence.html> (Consultado el 14 de agosto de 2012).

vano, El modelo contractual, en un sentido cuasi-privatista, puede considerarse uno de los pilares de la NGP, de acuerdo a enunciados como los de Hood y Dunleavy, que se destacan entre los puntos diferenciadores con la Administración tradicional:

Desagregar las tareas de la Administración pública a través de fórmulas semi-contractuales o semi-mercantiles y, en particular, introducir la distinción comprador-proveedor para así sustituir las tradicionales estructuras unificadas de prestación y planificación funcional⁹⁷⁹.

Por otra parte, dentro de la vertiente jurídica que regula la gestión presupuestaria administrativa aparecen nuevas figuras, como el artículo 74.4 de la Ley 47/2003, de 26 de noviembre, General Presupuestaria, en el que se reconocen nuevas formas de desconcentración sobre las competencias ordinarias de gestión de gastos: “Las facultades a que se refieren los anteriores números [*de ministerios, organismos autónomos y entidades de gestoras y servicios comunes de la Seguridad Social*] podrán desconcentrarse mediante real decreto acordado en Consejo de Ministros, o ser objeto de delegación en los términos establecidos reglamentariamente”. En la Ley 42/2006, de 28 de diciembre, de Presupuestos Generales del Estado para el año 2007 se introduce el punto 77.5 que restringe por cuantía de doce millones de euros las amplias facultades reglamentarias otorgadas en el punto anterior, vinculando su exceso a la autorización del Consejo de Ministros. Restricción que en cierto modo otorga una mayor garantía a los procesos de descentralización por delegación en la gestión del gasto, al tiempo que los consagra como un mecanismo admitido en su aplicación por la Administración General del Estado.

Sin embargo la eclosión de las técnicas de gestión descentralizada se produce, a partir de estas bases legales, en las administraciones locales. Ciertamente la legislación presupuestaria permite, en estas administraciones más pequeñas y de gran actividad prestacional, acudir a técnicas de gestión económica más descentralizadas, en las cuales no se duda en emular al modelo privado de gestión. En este ámbito aparecen interesantes aportaciones como el estudio de Bastida y Benito, que llevan a reivindicar dicho modelo frente al excesivo celo presupuestario centrado en las limitaciones legales en lugar de los informes globales basados en indicadores de gestión⁹⁸⁰. La principal cuestión que se señala en dicho estudio es que la proliferación de organismos de gestión descentralizada confiada en su gestión e información financiera a técnicas de control presupuestario, de tipo burocrático tal y como señalan ambos economistas, impide un control efectivo debido a cierto vacío legal en la consolidación de esta información por otras técnicas que permitan una información integrada de la situación financiera que

⁹⁷⁹ DUNLEAVY, Patrick y HOOD, Christopher. ” De la Administración Pública...” Op. Cit. p. 105.

⁹⁸⁰ BASTIDA, Francisco J. y BENITO, Bernardino. “Informes financieros y descentralización en gobiernos municipales” en *Revista Internacional de Ciencias Administrativas*, v. 72, n. 2, Junio 2006. p. 233-250.

depende del gobierno local⁹⁸¹. Ante ello, los gobiernos locales optan por consolidar o los estados financieros de sus entidades dependientes, sin que ninguna norma restrinja esta capacidad de elección, según la estructura presupuestaria que se decide someter a la aprobación directa del gobierno local bajo normas de la legislación presupuestaria pública. En definitiva, una vez asumido el modelo descentralizador los procedimientos de gestión económica de tipo jurídico administrativo no acompañan debidamente el cumplimiento de los principios de control económico y democrático que la nueva situación demanda, requiriéndose para cubrir las necesidades de gestión nuevas técnicas importadas del sector privado.

VI.2.3 Los principios de orientación a los procesos en la organización y la gestión interna como método de eficiencia.

Uno de los pilares de la modernización administrativa se encuentra en la transformación estructural de las relaciones de funcionamiento del modelo burocrático. En la organización burocrática la actividad administrativa se divide en funciones asignadas a centros de responsabilidad coordinados de forma jerárquica entre sí para ejercer las competencias que cada institución tiene encomendadas dentro de una estricta regulación. La eficacia del sistema se funda en su asignación a unidades administrativas con recursos y responsabilidades delimitadas. Ante ello el administrado concurre con fines concretos cuya materialización puede precisar la orquestación de un número amplio de demandas que, según estén los procedimientos expresamente establecidos, se producen de forma coordinada entre las funciones de las unidades organizativas, o bien, si no existen procedimientos específicos para el fin perseguido, se obliga al interesado a concatenar las demandas pertinentes para obtener finalmente la respuesta que requiere. Así, según Beltrán Villalva:

Si en los procesos clásicos de reforma tanto las estructuras organizativas como los esquemas de adopción de decisiones y las pautas conductuales establecidas habían tendido siempre a resistir el cambio, mucho más cuando las dimensiones y complejidad de las administraciones propias del *Welfare State* constituyen un importante obstáculo adicional a los propósitos de reforma, y dotan además de una especial inercia a la maquinaria administrativa; todo ello, hoy día, en un contexto de fuertes demandas generalizadas de bienes y servicios prestados a los ciudadanos por las Administraciones Públicas⁹⁸².

La regulación administrativa clásica propicia esta organización funcional bajo el paradigma, entre otros, del control por actos administrativos que se delimitan como sujetos de responsabilidad jurídica personificados en funciones sustanciadas en unidades organizativas⁹⁸³. La prevalencia formal de

⁹⁸¹ Entre los referentes para regular esta información global se cita como modelo el Summary of Statement No. 34. *Basic Financial Statements—and Management's Discussion and Analysis—for State and Local Governments* (Issued 6/99), aplicado a los gobiernos locales y estatales de los Estados Unidos.

⁹⁸² BELTRÁN VILLALVA, Miguel. "De la reforma..." Op. Cit. p. 5.

⁹⁸³ Vid. Ibid. p. 8. Las reformas clásicas, comenta Beltrán, tendieron a actuar sobre lo que denomina como aspectos institucionales: normas jurídicas, estructuras orgánicas, régimen de los funcionarios, requisitos formales, etc. y en lo

esta abstracción en el funcionamiento administrativo supone, por consiguiente, la adaptación de la organización al concepto abstracto de los actos, cuyo resultado es consecuencia del cumplimiento de los requisitos, convertidos en fines fácticos del funcionamiento, “en nuestra tradición político-administrativa [...] primaba más la preocupación por la actividad que por los resultados obtenidos, y siempre más la regularidad formal o jurídica del procedimiento”⁹⁸⁴.

En el modelo de servicio público, esos resultados se transforman en el verdadero fin de la actividad administrativa que se identifica con los servicios que presta la Administración. El concepto de eficacia no reside en las funciones definidas para ejercer las competencias que garantizan el cumplimiento de las normas establecidas, sino en alcanzar los objetivos de la prestación del servicio. Bajo este concepto aparece el modelo de gestión por procesos donde no son las funciones, sino los actos debidamente orquestados para alcanzar los resultados los que determinan la organización.

VI.2.3.a Fuentes técnicas de la gestión por procesos.

La Administración recibe la orientación a los procesos de diferentes fuentes teóricas y prácticas, en gran medida recogidas por el *management* privado. Su principal característica es la gran heterogeneidad de las mismas y el confuso ligamen que impide establecer un claro esquema conceptual o hilo conductor entre todas ellas, principalmente, entre otras, el enfoque a los procesos en la gestión encuentra las siguientes precedencias:

a) La teoría de los sistemas. A partir de la Teoría General de los Sistemas expuesta por Ludwig von Bertalanffy, se formulan los primeros intentos para lograr una metodología integradora para resolver los problemas científicos⁹⁸⁵. Trata de establecer elementos capaces de explicar la realidad de cualquier fenómeno complejo para cualquier disciplina científica a través de modelos y metodologías transversales. El Sistema se define como un conjunto organizado de funciones básicas que se relacionan para formar un todo unitario y complejo, para ello las funciones disponen de procesos con entradas y salidas. El paradigma de la Teoría de Sistemas trata en definitiva de establecer un isomorfismo entre todos los fenómenos naturales y sociales que estudian las diferentes disciplinas científicas, que permita enmarcar en un ordenamiento lógico-matemático y conceptual común su autonomía y las leyes específicas de los objetos abordados según su nivel de organización⁹⁸⁶. En este paradigma se incluye el comportamiento y la modelización de las organizaciones, medios de producción e instituciones sociales

referente a los instrumentos para las reorganizaciones, mecanización de los procesos racionalización y modificación de normas.

⁹⁸⁴ Ibid. p.12

⁹⁸⁵ Vid. BERTALANFFY, Ludwig. "An outline of General System Theory" en *The British Journal for The Philosophy Science*. v.1, n. 2 (Ago.), 1950. p. 134-165.

⁹⁸⁶ Vid. Ibid. p. 165.

por el que los principios del enfoque sistémico resultan aplicables a la definición operativa de los procesos de gestión administrativa⁹⁸⁷.

b) Los modelos de Calidad. Los sistemas de gestión de la calidad introducen mediante un conjunto de normas de referencia los procedimientos o estándares por los que se rige una organización para proporcionar productos o servicios que cumplan los requisitos para procurar la satisfacción de los clientes y grupos de interés obteniendo los resultados deseados, y en su caso, con la menor utilización de recursos posible. Se dirigen de forma genérica a todo tipo de organizaciones mediante la aplicación de sus normas, entre las que destacan, entre otras, por su amplia difusión, las normas ISO y el modelo EFQM. En ambos casos se promueve un enfoque basado en los procesos como principio básico del sistema de gestión, que permite alcanzar los resultados deseados de la organización y promover los mecanismos de mejora y adaptación permanente que exige su actividad. Ambos modelos se encuentran ampliamente difundidos en las Administraciones Públicas, afectando a la producción de guías, implantación en organismos y departamentos administrativos y formalización de requerimientos de contratación de servicios y de gestión de servicios públicos⁹⁸⁸. Inherente a ellos es la gestión por procesos, si bien pueden tener una afectación formal con menor contenido efectivo en la estructura organizativa de los servicios administrativos sobre los que se profundizará en el epígrafe 6.3.3.

c) Las disciplinas de producción industrial. El estudio de la eficiencia y eficacia de la producción industrial ha permitido la creación de técnicas y métodos que optimicen los resultados, previa e independientemente a la introducción de la tecnología o el consumo de los recursos y los costes económicos exigidos. Entre las características de este marco conceptual y conjunto de técnicas destaca su enfoque teleológico a la optimización de los procesos, la organización y los sistemas de calidad. Sus principales aportaciones surgen en el análisis competitivo industrial entre entornos socio-económicos y culturales desiguales como el japonés y norteamericano de la posguerra. Entre los sistemas de gestión de amplia difusión aparece el *Lean Management* y *Just in Time*, ligado en su origen al sector del automóvil bajo la iniciativa de Toyota, que se orienta a la eficiencia por medio de la introducción de técnicas de optimización de los procesos basadas en la sintonización entre los esfuerzos de producción y las

⁹⁸⁷ El isomorfismo, los sistemas abiertos y cerrados, la equifinalidad se aplican a los sistemas naturales y sociales originando leyes comunes a todos ellos que incluyen los diferentes niveles de organizaciones de creación humana: “Especially the gap between natural and social sciences or, to use [165]the more expressive German terms, of Natur- und Geisteswissenschaften is widely diminished, not in the sense of a reduction of the latter to biological conceptions but in the sense of structural similarities. This is the cause of the appearance of corresponding general viewpoints and notions in both fields, and may eventually lead to the establishment of a system of laws in the latter” Ibid. p. 165.

⁹⁸⁸ En determinadas guías especializadas editadas por las administraciones se profundiza en el concepto de gestión por procesos en referencia a los sistemas de gestión de la calidad, particularmente en relación a la norma ISO 9001. FUNDACION CETMO. “La gestión por procesos” en *Modelos para implantar la mejora continua en la gestión de empresas de transporte por carretera: [Sistema de gestión de la calidad según ISO 9001 2000]*. Madrid, Ministerio de Fomento, 2004. p. 1-18.

necesidades de la demanda, donde el criterio de la organización racional de los recursos prima sobre la intensificación tecnológica⁹⁸⁹. Otro modelo también surgido en el sector industrial es la estrategia basada en *Six Sigma*, adoptado por Motorola y General Electric, que enfoca la mejora de procesos a la calidad en el sentido de eliminación de los defectos y cumplimiento de los requisitos del cliente, orientada a la mejora de la productividad, rentabilidad y el cliente. Ambos modelos llegan a fusionarse en Lean Six Sigma al considerarse complementarios. Su aplicación desde el sector industrial al de servicios facilita su introducción en el sector público, aunque las condiciones del régimen jurídico administrativo, en el caso de Lean, limita su aplicación en los procedimientos que implican el ejercicio de autoridad, si bien *Six Sigma* consigue introducirse los procesos de control de proyectos en servicios tecnológicos públicos de gestión, como el Centre de Telecomunicacions i Technologies de la Informació (CTTI) de la Generalitat de Catalunya⁹⁹⁰. Las técnicas industriales tienden a aplicarse con mayor fluidez a los servicios públicos, sean de prestación directa a los ciudadanos, o como en el caso de CTTI, a servicios internos de soporte con un alto contenido tecnológico.

d) Las tecnologías de la información y la comunicación (TIC). Los fundamentos teóricos del desarrollo de las TIC son deudores de múltiples disciplinas y paradigmas, entre las que destaca la más específica Teoría de la Información basada en las investigaciones sobre comunicación, codificación y computación de filiación matemática, que tras sus inicios a principios del siglo XX, reciben su eclosión tras la Segunda Guerra Mundial con los trabajos de Claude E. Shannon⁹⁹¹. Se trata de obtener un modelo teórico capaz de albergar, ante las múltiples vías de comunicación existentes (radio, teletipos, teléfonos,...), una representación abstracta de almacenamiento y transmisión de información mediante formas eficientes de codificación en datos⁹⁹². Los modelos y convenciones definidas sobre estos marcos teóricos tienen su aplicación inmediata en la transmisión y procesamiento de la información con la tecnología disponible para las unidades de procesamiento (ordenadores) y las redes de comunicación digital mediante protocolos compatibles (TCP/IP e Internet)⁹⁹³. Sobre estas premisas se forman los

⁹⁸⁹ A pesar de su origen industrial, los principios de Lean Management se fundamentan en la orientación a procesos de la producción: “la producción se lleva a cabo por un conjunto de actividades integradas en procesos”, además “en la producción pueden obtenerse bienes y servicios” ya que “no se trata exclusivamente de una ‘producción técnica’ en la que se ‘fabrica’ un bien físico. Nos encontramos así ante una serie de principios que abstraen la base empírica de la que se extraen y permiten generalizar su aplicación, en este caso a las actividades y sectores de servicios, y por ende la Administración. Vid. CUATRECASAS ARBÓS, Luis. *Lean Management: la gestión competitiva por excelencia*. Barcelona, Profit, 2010. p.40.

⁹⁹⁰ Vid. CTI i Kairos Management. *Metodología Esprit*. Versió 1.3. Marzo 2005.

⁹⁹¹ Vid. SHANNON, C.E. *A Mathematical Theory of Communication*. En Bell System Technical Journal, v. 27, Julio-Octubre, 1948. p.379-423 y 623-656. Entre los antecesores de la teoría cabe destacar a Ralph v.L.Hartley que cuantifica el volumen de información permitiendo calcular la eficiencia de los mensajes y Alan Turing que modeliza la máquina capaz de tratar el lenguaje binario, y diseña la arquitectura de los ordenadores electrónicos.

⁹⁹² La obra fundamental que recoge la teoría desarrolla la colaboración con Weaver, Vid. SHANNON, C.E. y WEAVER, W. *The Mathematical Theory of Communication*. University of Illinois Press, 1949.

⁹⁹³ El protocolo TCP/IP fue creado a final de la década de los sesenta por DARPA, una Agencia del Departamento de Defensa de los Estados Unidos. Incluye un conjunto de protocolos que permiten la interconexión de todo tipo de

sistemas de información implementados por los lenguajes de programación y sistemas operativos que ejecutan el mantenimiento y procesamiento de los datos sobre plataformas digitales. La hibridación de un conjunto de paradigmas como la teoría de sistemas, la modelización de procesos y los propios sistemas de calidad se adoptan como técnicas y métodos para el diseño, la implantación y mantenimiento de los sistemas de información, que encuentran en las tecnologías electrónicas de información y comunicación (TIC) su principal ámbito de aplicación y desarrollo⁹⁹⁴. Finalmente son los propios modelos de gestión y organización técnica y administrativa los que, una vez definidos, son adaptados a tecnologías de la información y la comunicación en diferentes grados de cobertura, incluyendo y facilitando entre ellos, los modelos orientados a procesos. Esta simbiosis entre modelos de gestión y tecnología realimenta y transforma los respectivos paradigmas. Así, las relaciones entre ambos presentan problemas de delimitación como: la ambigüedad, por ejemplo, el frecuente problema conceptual en la transformación organizacional, entre el proceso informático y el proceso de gestión o negocio; el isomorfismo, entre los métodos científico-sociales (jurídicos, económicos o sociológicos) y los científico-técnicos (ingenieriles y matemáticos), como ejemplo, en la propia aplicación de los principios de orientación a procesos a las organizaciones que producen bienes y servicios⁹⁹⁵.

VI.2.3.b Aspectos jurídicos de los principios de orientación a los procesos.

Son varias las normas legislativas que se hacen eco de la orientación a los procesos como un principio rector de la organización administrativa, aunque en los desarrollos reglamentarios y las normas administrativas básicas dichas pautas se amplían y concretan adquiriendo una mayor presencia. Como se verá más adelante, la contratación de servicios, fundamentalmente referidos a asistencias técnicas a la gestión administrativa, adoptan este modelo al amparo de legislación como la Ley 11/2007, de 22 de junio, de acceso electrónico de los ciudadanos a los Servicios Públicos, que conjuga, de acuerdo al artículo 34, la implantación tecnológica con el rediseño, simplificación de los procesos y la racionalización de la organización administrativa.

En primer lugar se debe considerar el marco de referencia europeo impulsor, como en otros ámbitos, de políticas que deben ser un común denominador no restringido por tradiciones jurídicas

procesadores a través de las redes que conforman el sistema de Internet. Desde 1992 sostiene su gestión internacional la organización Internet Society (ISOC) a la que se adscribe Internet Engineering Task Force (IETF) organización abierta que se ocupa del mantenimiento técnico.

⁹⁹⁴ Todas las técnicas de modelización e implantación de sistemas de información en TIC se encuadran en la disciplina de Ingeniería de Software. Vid. SOMMERVILLE, Ian. *Ingeniería de software*. Delaware, Addison-Wesley, 1988. p. 73-225. Vid. PRESSMAN, Roger S. *Ingeniería del Software. Un enfoque práctico*. Mexico, Mc. Graw Hill, 1992. p. 238-584. Vid. FAIRLEY, Richard. *Ingeniería de Software*. Mexico, Mc. Graw Hill, 1989. P. 144-333.

⁹⁹⁵ Con el concepto de reingeniería Hammer articula las acepciones de procesos en un sentido organizacional y teleológico. Vid. HAMMER, M. "Re-engineering Work: Don't Automate, Obliterate" en *Harvard Business Review*, Julio-Agosto, 1990. p. 104-112. En colaboración con Champy, Vid. HAMMER, Michael y CHAMPY, James. *Reengineering the Corporation: A Manifesto for Business Revolution*. Nueva York, Harper Business, 1993. A nivel general con un enfoque práctico. Vid. HAMMER, Michael. *La revolución de la reingeniería: un manual de trabajo*. Madrid, Díaz de Santos, 1997.

nacionales o particularistas. En este sentido a partir del Consejo de Lisboa del año 2000 se desarrollan un conjunto de programas en una estrategia que tiene como principal característica basar la modernización administrativa en el impulso de la sociedad de la información y cuya principal línea de actuación es el desarrollo de la Administración Electrónica. En este sentido, se desarrollan en la cumbre de Lisboa los planes *Europe 2002 y 2005*, con objetivos en el despliegue de infraestructuras y redes de conectividad el primero y la oferta de servicios públicos, conectividad paneuropea y fomento de la inversión del segundo. Posteriormente, se presenta por la Comisión la estrategia 2005-2010 con el nuevo objetivo de relanzar el impulso tecnológico de la Agenda de Lisboa en las Administraciones Públicas europeas para alcanzar el desarrollo económico basado en la competitividad, el crecimiento, el empleo, la innovación y la cohesión social⁹⁹⁶.

Con estos planes de actuación, la UE se enmarca en un conjunto de políticas públicas articuladas en programas sin una norma jurídica específica de sujeción, pues su ejecución recae en los Estados miembros. Sin embargo, se parte de un conjunto de principios relacionados con nuevos derechos ciudadanos y de buena administración recogidos, entre otros, en la Carta de los Derechos Fundamentales establecida en el Tratado de Niza, que pasan a ser fundamentos jurídicos de las normas de los Estados miembros. La confluencia de los enunciados de la mejora del servicio público y la orientación al ciudadano que contienen dichos principios, junto al impulso de la Administración Electrónica de la Estrategia de Lisboa van a materializar la prioridad de los métodos de gestión por procesos.

En este desarrollo estatal, la Ley 11/2007, entre otros aspectos que se verán en detalle en la investigación, puede considerarse un ejemplo de la intención de juridificar los principios de la modernización administrativa que impulsa el desarrollo constitucional y la estrategia tecnológica impulsada por la cumbre de Lisboa⁹⁹⁷. Se produce para ello una triangulación percibida como un desafío al que la cultura administrativa española resulta especialmente sensible: la recepción de los principios constitucionales europeos, la introducción de la tecnología como instrumento material de la modernización administrativa y la necesidad de adoptar el marco jurídico como único vehículo viable para gestionar el cambio con eficacia⁹⁹⁸. De ahí la ampulosa exposición de motivos que busca su

⁹⁹⁶ Objetivos tras la reunión “eGovernment beyond 2005” en la que participan treinta países europeos bajo la presidencia holandesa de la Unión. Vid. COMISIÓN EUROPEA. *eGovernment beyond 2005: CoBrA recommendations for modern and innovative public administrations by 2010*. IP/04/1167. Brussels, 1st October 2004.

⁹⁹⁷ Debe considerarse que los primeros acercamientos a la legislación de la administración electrónica fueron tímidos y garantistas, regulando primero los instrumentos más elementales de seguridad jurídica de los actos en la autenticación de las personas y comunicaciones. Así nace el Real Decreto Ley 14/1999 de Firma Electrónica, que se anticipa a la Directiva 1999/93/CE de 13 de noviembre; el RD 263/1996 por el que se regula la utilización de técnicas electrónicas, informáticas y telemáticas, especie de sistema homologador de las aplicaciones con el añadido de la tramitación legal; el RD 209/2003, de 21 de febrero que regula los registros, las notificaciones y los certificados aportados por los ciudadanos.

⁹⁹⁸ La eficacia jurídica es la clave pretendida en esta norma, que promulga el derecho a relacionarse con la Administración por medios electrónicos, sin embargo, ésta queda matizada por la Disposición Final Tercera que vincula la capacidad jurídica de ejercicio del derecho a la disponibilidad presupuestaria de las Administraciones.

conexión con las edades de la humanidad, para una norma de rango legislativo cuyo objeto, entre otros, es reconocer los medios electrónicos como instrumento para la gestión. Desde el punto de vista jurídico queda, como no puede ser de otra forma, completamente subordinado al resto de la legislación administrativa, que aparece tal vez desordenada en la jerarquía de sus fuentes, con leyes básicas que regulan el procedimiento administrativo, en la LRJAP, al que se afecta el conjunto del Estado por su carácter básico, otras, como la LOFAGE, que delimitan la estructura y el funcionamiento de una sola de las administraciones y que por consiguiente aquí no se mencionan, junto a las que regulan Derechos Fundamentales, en el caso de la Ley Orgánica 15/1999, de 13 de diciembre, de Protección de los Datos de Carácter Personal⁹⁹⁹.

Puede considerarse muy relevante el antecedente de la Ley de 1958 de Procedimiento administrativo en su art. 30.2: “Se racionalizarán los trabajos burocráticos y se efectuarán por medio de máquinas adecuadas, con vista a implantar una progresiva mecanización y automatismo en las oficinas públicas, siempre que el volumen del trabajo haga económico el empleo de estos procedimientos”, la introducción del concepto de racionalización de los trabajos abre la puerta a la aplicación flexible del procedimiento en base a las características de las “máquinas” o medios de producción administrativa. Además en los art. 31, 32 y 33 se establecen las pautas organizativas de la normalización y racionalización departamental e interdepartamental, la simplificación en la petición de datos, la información al público, que incluye el funcionamiento de los servicios, los procedimientos y la organización administrativa. Con todo ello, el antecedente legislativo que mejor entronca con la Ley 11/2007 es la Ley 30/1992, 26 de noviembre de Régimen Jurídico y Procedimiento Administrativo Común en sus artículos 38 y 45. En el art. 38 se ocupa de los Registros en soporte informático y en el art. 45 entra de lleno en el conjunto de la aplicación de los medios electrónicos a la Administración: los principios generales de impulso del empleo de los medios electrónicos en la actividad y desarrollo de las competencias en las Administraciones Públicas; las relaciones con los ciudadanos a través de todos los canales electrónicos respetando el marco de garantías y requisitos de cada procedimiento; los procedimientos en el uso de soporte informático, si bien rodeados de prevenciones y condicionantes; los documentos electrónicos, una vez acreditada su autenticidad y el cumplimiento de garantías y requisitos legales¹⁰⁰⁰.

⁹⁹⁹ No obstante, en la Disposición Final Primera se le da carácter de Ley Básica al recoger directamente las competencias del Régimen Jurídico Administrativo que la Constitución atribuye al Estado en el artículo 149.1.18. CE.

¹⁰⁰⁰ ZATARAIN DEL VALLE, Reyes. “Recepción jurídica de la Administración Electrónica en España. Estrategias para su desarrollo” en VV.AA. *Administración Electrónica y Procedimiento Administrativo*. Madrid, Ministerio de Economía, 2004. p. 85-87, No obstante, la mayoría de estos apartados quedaron suprimidos por la Ley 11/2007 (apartados 2 a 4) debido al exceso de prevenciones que dificultaba su utilización y la nueva Ley garantizaba.

Existe un aspecto en el que destaca, en forma de principio, el carácter modernizador de la Ley 11/2007: la vinculación entre el nuevo marco tecnológico y la necesidad de simplificar y rediseñar los procedimientos de gestión bajo criterios de racionalización administrativa, incluso en su caso, la revisión de las normas internas que los sostienen cuando estas se presentan como un obstáculo para alcanzar estos objetivos. Así, el Título III. *De la gestión electrónica de los procedimientos*, en el art. 33.1 reconoce la superioridad de las normas que regulan la actividad administrativa en la gestión electrónica, si bien introduce el criterio de simplificación administrativa como condición necesaria para la aplicación de los medios electrónicos a los procesos de trabajo. En el art. 34 se concretan dichos criterios bajo conceptos técnicos que diferencian procedimientos, procesos y servicios, como elementos relacionados pero relativamente independientes que en su conjunto representan la actividad bajo un enfoque a procesos. Para la aplicación de dichos criterios se realizará un rediseño funcional y simplificación del procedimiento que, de forma admonitoria, consta de: la supresión o reducción de la documentación sustituida por datos o aportación al final del trámite; la previsión de medios de participación, transparencia e información; reducción de plazos y tiempos de respuesta; y, por último, la racionalización de las cargas de trabajo y comunicaciones internas. Criterios que por una parte se desarrollan en coherencia con principios del régimen jurídico administrativo al que se supeditan, pero también introducen condiciones que son autónomamente necesarias para la aplicación del medio electrónico con eficacia, el cumplimiento de sus requisitos y empleo de sus beneficios.

Por otra parte la supeditación a la norma administrativa que rige el procedimiento no evita que la aplicación de estos criterios, traídos de técnicas que proceden de la teoría de sistemas, modelos de calidad y métodos de producción que confluyen en la gestión por procesos, puedan, aisladamente consideradas, cuestionar aspectos formales que penetran en la técnica jurídica. Por ejemplo la calidad, la coherencia y consistencia en la definición de las categorías y conceptos. En suma, las técnicas formales de las disciplinas científicas no entran en jerarquías, y pueden mostrarse incapacitadas para interpretar o demostrar la ineficacia de determinados propósitos jurídicos. Por no mencionar que ambos marcos, jurídico y técnico, al plantear modificaciones formales pueden entrar en el fondo, en este caso, de los objetivos que inspiran esa norma, pues éstos se encuentran insertos en un sistema que consolida los niveles político y administrativo, estratégico, de gestión, jurídico y técnico. Los demás aspectos de esta Ley se limitan, sin considerar las consecuencias de esta contingencia, a dar eficacia jurídica a los medios electrónicos tanto en: el desarrollo del resto del Título III; el Título II que define los elementos constitutivos del régimen administrativo como la sede (o institución), la personificación del tercero, los registros, las notificaciones, los documentos y archivos; el Título IV, que crea el marco tecnológico de las relaciones interadministrativas. Ninguno de ellos en principio contradice al marco jurídico y normativo de la organización administrativa tanto como las posibilidades que se abren en la

modificación de sus formas de actuar por efecto del medio tecnológico, particularmente en la orientación a los procesos y la eficiencia administrativa.

VI.3 Métodos y modelos de planeamiento, evaluación y mejora continua de la gestión pública.

VI.3.1 La planificación y gestión estratégica como instrumento de implementación de las políticas públicas.

En la perspectiva doctrinal el concepto de estrategia aplicado a la gestión procede del sector privado, especialmente en su vertiente anglosajona y norteamericana, con origen en las escuelas de gestión y dirección empresarial bajo el ya conocido término de “*management*”. Bracker apunta que se remonta al pensamiento griego y la organización militar (strategos) y posteriormente se incorpora pleno de vigor en el pensamiento de la Edad Moderna en la filosofía y la literatura. Recuerda que el propio Sócrates ante la pérdida por Nichomachides, un militar griego, de su elección como general ante el comerciante Anthistenes, expuso que ambas actividades precisaban un plan y recursos para cumplir sus objetivos, punto de vista recuperado sólo después de la revolución industrial. El origen de su aplicación actual Bracker lo sitúa en el gran crecimiento industrial y las incertidumbres del desarrollo tecnológico tras la II Guerra Mundial¹⁰⁰¹.

Respecto al sector público, es a partir de la década de los ochenta cuando el impulso de los procesos de modernización a los que se somete la Administración incide en la aparición de técnicas de gestión que tratan de acercarse a las decisiones políticas. Se trata de intervenir en la dinámica administrativa más allá de los instrumentos e inercias que su maquinaria burocrática y gestora determinan. En este sentido las técnicas por dirección estratégica de la Administración pública se presentan como una superación de las técnicas de gestión por objetivos y presupuestarias por programas, al necesitar un alto apoyo de la dirección, análisis basados en criterios de eficiencia y pocos juicios de valor¹⁰⁰². Superan por lo tanto a las técnicas de gestión orientadas a la resolución de problemas cerrados e internos que no consideran el ambiente exterior de las organizaciones ni tampoco las alternativas políticas a la resolución de los problemas. Así, frente al modelo de toma de decisión política de la dirección estratégica, los procedimientos de planificación racional se adaptan mejor a entornos no dinámicos al basarse en una amplia información obtenida del pasado donde las relaciones causa-efecto y la prueba racional de la eficiencia permiten especificar las acciones a realizar. Se puede apreciar, tal vez, como estas técnicas concuerdan con un entorno jurídico administrativo tradicional, cuyas reglas y

¹⁰⁰¹ Vid. BRACKER, J. “The Historical Development of the Strategic Management Concept” en *Academy of Management Review*, v.5, n. 2. p. 219-224.

¹⁰⁰² Vid. LÓPEZ GONZÁLEZ, Enrique. *Técnicas de control de ejecución en la dirección estratégica de la Administración Pública*. Madrid, MAP, 1988. p. 58-64.

principios resultan previsible y sujetos al control de las actividades públicas como un todo, en el que no se considera la toma de decisión basada en el concurso de los intereses en presencia y las diferentes estrategias de solución a los problemas. Por lo tanto las técnicas de planificación racional y los métodos jurídico administrativos dogmáticos pueden aplicarse en los sistemas fuertemente centralizados o autoritarios, pues sólo en ellos se puede presumir, siempre, un consenso sobre las metas, políticas y programas para lograr dichas metas¹⁰⁰³.

La dirección estratégica como sistema de dirección organizativa se ha desarrollado, como las precedentes técnicas de gestión ya comentadas, en el ámbito empresarial. Al respecto es posible señalar dos perspectivas: como filosofía de gestión y como proceso de decisión. Ambas formas quedan referidas generalmente a la gestión de las empresas, sin embargo, como sus antecedentes de gestión presupuestaria, van a encontrar un grado de aplicación en la gestión pública. En el siguiente cuadro se adapta el realizado por Enrique López González, basado en Ansoff, que presenta la evolución de los factores estratégicos en el sector privado, añadiéndose por el autor de esta investigación las características que presenta el sistema de gestión pública de forma comparada en la misma periodificación¹⁰⁰⁴.

¹⁰⁰³ Vid. Ibid. p.60-69.

¹⁰⁰⁴ Cfr. p.70-71. Vid. ANSOFF, Igor. *Implanting Strategic Management*. Englewood Cliffs, New Jersey, Prentice-Hall International, 1984. p. 11-12. Igor Ansoff es conocido como el padre de este pensamiento que nace de los estudios empíricos y modelos matemáticos aplicados al ámbito industrial (él mismo es ingeniero industrial, físico y matemático de formación). Este reconocimiento se concreta en la publicación post mortem de su obra. Vid. ANSOFF, H, Igor. *Strategic Management*. New York, Palgrave Macmillan, 2007. (Reimp. primera edición 1979, prefacio de Gen-Ichi Nakamura).

Periodos	Entorno: Productos/Mercados; Tecnologías: entorno directo, entorno externo	Previsibilidad del futuro	Respuestas específicas al entorno	Sistemas de gestión dominantes	Sistemas de gestión pública
1900-1950	<ul style="list-style-type: none"> . Productos relativos a la satisfacción de las necesidades básicas . Expansión de los mercados . Evolución progresiva de la tecnología . Dirección autoritaria . Motivación a través de la política salarial . "Laissez faire" 	<p>La evolución del entorno es más lenta que la capacidad de respuesta de la empresa</p>	<ul style="list-style-type: none"> . Reorganización interna . Elevación de la productividad . Eficiencia comercial 	<ul style="list-style-type: none"> . Centralización de las decisiones . Manuales de procedimiento . Control financiero . Gestión presupuestaria a corto plazo 	<ul style="list-style-type: none"> . Estructura burocrática . Derecho administrativo . Teoría del servicio público . Crisis del Estado liberal-democrático . Afloramiento del Estado social
1950-1970	<ul style="list-style-type: none"> . Intensificación de la competencia . Sobreproducción . Alta reposición e innovación de los productos . Revolución (turbulencia) tecnológica . Intensificación de la producción . Baja participación en la toma de decisiones . Dirección por consenso . Pérdida del prestigio social de la empresa . Poder de los consumidores . Conciencia medioambiental . Demanda a las empresas de responsabilidad social 	<ul style="list-style-type: none"> . Amenazas y oportunidades bastante previsibles evolucionando hacia condiciones de desconocimiento parcial . Evolución del entorno comparable y al final, más rápida que la capacidad de reacción de la empresa 	<ul style="list-style-type: none"> . Estrategias viradas hacia el exterior . Innovación en los productos mercados . Diversificación 	<ul style="list-style-type: none"> . Dirección participativa por objetivos . Planificación a medio y largo plazo . Planificación estratégica 	<ul style="list-style-type: none"> . Expansión del sector público prestacional e industrial . Crecimiento basado en recursos del gasto público ilimitados . Afloramiento de la Administración instrumental . Presupuestación por programas y objetivos . Crisis del régimen jurídico público . Expansión del Welfare State o Estado del Bienestar . Aplicaciones presupuestarias de recursos ilimitados . Uso del déficit fiscal con tensiones inflacionistas y estancamiento económico
1970 en adelante	<ul style="list-style-type: none"> . Disminución de la influencia de la empresa sobre el entorno . Impacto socio-político sobre el comportamiento de los mercados . Surgimiento de imprevistos estratégicos . Limitación de recursos y oportunidades de crecimiento . Respuesta de las formas de organización del trabajo . Participación en las decisiones estratégicas . Dirección por negociación . Nuevos valores culturales 	<ul style="list-style-type: none"> . Indicios débiles para permitir anticipar las contingencias . Evolución del entorno más rápida que la capacidad de respuesta de la empresa 	<ul style="list-style-type: none"> . Adaptación de las estructuras a la turbulencia . Preocupación con el clima social . Gestión de la penuria . Interferencias externas de carácter socio-político 	<ul style="list-style-type: none"> . Gestión estratégica . "Surprise Management" 	<ul style="list-style-type: none"> . Nueva Gestión Pública . Privatización del sector público . Diversificación del Derecho Administrativo . Inmersión del Derecho privado . Preocupación por la calidad, la planificación y la eficiencia . Descentralización y evaluación de los servicios públicos . Orientación a los ciudadanos . Participación de los grupos de interés . Control presupuestario y eliminación del déficit público

Cuadro 6.1: Evolución de los problemas estratégicos.

Fuente: Enrique López (basado en Ansoff) y columna de Gestión Pública de elaboración propia.

La gestión estratégica aparece formulada, como la generalidad de los movimientos que originan la transformación de los métodos de gestión empresarial, con anticipación a su implantación en la década de los 80 del pasado siglo¹⁰⁰⁵. En este sentido, cuando Ansoff desarrolla el modelo de gestión estratégica observa la tendencia creciente a la complejidad de la gestión empresarial afectada por la turbulencia de su entorno que presenta diferentes niveles de incertidumbre: repetitivos, donde los cambios se producen lentamente y son predecibles; en expansión, con mercados estables en crecimiento gradual; de cambio incremental, que presentan nuevos requerimientos de los clientes con bastante rapidez; discontinuo, caracterizado por cambios predecibles y algunos más complejos; cambios sorprendentes, que desarrollan y se desarrollan a partir de nuevos productos y servicios. Esta

¹⁰⁰⁵ En 1957 publica la "product-mission matrix". Vid. ANSOFF, Igor. "Strategies for diversification" en Harvard Business Review, sept-oct, v.35 n. 5, 1957. p.113-124. Sus principales obras vienen consecutivamente después: Vid. ANSOFF, Igor. *Corporate strategy: an analytic approach to business policy for growth and expansion*. New York, Mc. Graw Hill, 1965. Vid. ANSOFF, Igor; DE CLERCK, Roger P y HAYES. Robert L. *From strategic planning to strategic management*. N. York, John Wiley/Interscience, 1975

formulación tal vez podría verse como una anticipación a la nueva etapa de crecimiento económico que se hace incipiente antes de la crisis del modelo de Estado de bienestar, tal y como se muestra en el cuadro anterior de acuerdo a lo indicado en la columna “sistemas de gestión pública”.

No se trata de establecer una relación causal entre la evolución del modelo de Estado y Administración y el ámbito privado sustanciado en el modelo empresarial. Si bien, parece cierto, que en Occidente el modelo empresarial de desarrollo corporativo anterior al periodo de crisis y transformación en la década de los setenta aparece imbuido de un fuerte intervencionismo público propio del Estado social y de bienestar. A partir de esta premisa, sí parece factible establecer que la quiebra de este modelo va unida a incertidumbres en el entorno de funcionamiento del ámbito privado que tal vez se trata de afrontar con una nueva articulación de su relación con el sector público. Esta articulación puede implicar la transformación de la gestión pública en la medida que causa efectos internos en su reorganización y externos en las nuevas relaciones establecidas con el ámbito privado, produciéndose un isomorfismo entre ambas técnicas de gestión¹⁰⁰⁶. En virtud de esa articulación no se requiere un Estado que desempeñe las funciones de autoridad y regulación de derechos que sólo pueden ejercerse desde la neutralidad (periodo liberal), ni que complemente con infraestructuras los medios que precisa el desarrollo industrial empresarial (periodo liberal-democrático tras la segunda revolución industrial), tampoco que promueva los bienes y servicios de interés público a los que el sector privado no parece poder acceder (Estado social de bienestar). Se trataría, en este último periodo, de que dicha iniciativa pública que preside un modelo en crisis económica y social, adopte los mismos instrumentos que descubre el entorno corporativo privado para adaptar su actividad y organización a una realidad cambiante que presenta caracteres de inestabilidad y transformación. En definitiva, se propicia un comportamiento extrovertido de las organizaciones debido a la mayor dependencia del entorno, la incertidumbre de los cambios y la complejidad de los factores y campos de acción en la gestión corporativa, sea empresarial o pública, que ya no son meramente económicos, sino también políticos, sociales, tecnológicos y culturales¹⁰⁰⁷.

El enfoque estratégico queda por lo tanto supeditado a la analogía entre las dimensiones del ámbito empresarial privado y las propias de la Administración pública, cuyas diferencias se concretan en los diferentes objetivos que persigue cada tipo de organización. Como quiera que el enfoque estratégico nazca del análisis de la gestión empresarial y con el fin de ver hasta qué punto pueden

¹⁰⁰⁶ Ese isomorfismo se produce a través de las políticas públicas cuando las agencias y los gestores públicos, como modelo privatista de la Administración, pueden interesarse por el largo plazo que los líderes políticos no tienen garantizado alcanzar, pero si les permite implicarse en resultados políticos. Vid. HUGHES, Owen. *Public Management...* Op. Cit. p. 132-133.

¹⁰⁰⁷ Vid. LÓPEZ GONZÁLEZ. *Técnicas...* Op. Cit. p. 73.

establecerse las relaciones adecuadas con el modelo de gestión pública, se identifican los siguientes paradigmas¹⁰⁰⁸:

El modelo estratégico surge en 1920 del enfoque de la Harvard Business School. El objetivo es definir la estrategia de la empresa analizando su entorno, que mediante el uso de la técnica DAFO, permite establecer un diagnóstico sin ofrecer pautas sobre el desarrollo de las estrategias a seguir sino, en todo caso, facilitar su identificación¹⁰⁰⁹. La equivalencia de una empresa con el sector público como sujeto de actuación estratégica puede buscarse en un centro gestor sustanciado en la unidad departamental u organismo público

Entre los principales métodos de análisis con origen en la escuela de Harvard destaca la gestión financiera basada en la descomposición de la actividad en unidades estratégicas y análisis de sus utilidades. Este principio se basa en la matriz de crecimiento y participación, por la cual, en una empresa dada los servicios o productos resultantes de su actividad ofrecen diferentes posiciones según su grado de participación en el mercado y en la aportación de beneficios al conjunto de la empresa¹⁰¹⁰. De acuerdo con estos parámetros se ordena la cartera de inversiones cuyo portfolio permite definir el planeamiento estratégico. Este análisis va unido al concepto de diversificación y segmentación de las actividades empresariales. Su compleja aplicación en la Administración se basaría en la comparativa a dimensiones de utilidad pública, pues el contraste con los productos o servicios del sector privado en términos de beneficio o inversión no resultan aplicables, por lo que sólo caben determinarse en su lugar factores de índole política, económica, social y tecnológica¹⁰¹¹.

Tal vez uno de los elementos más ilustrativos del análisis estratégico procede el análisis competitivo desarrollado por Michaël Porter¹⁰¹². En dicho enfoque se trata de identificar las fuerzas que

¹⁰⁰⁸ Vid. Ibid. p. 77 y s.

¹⁰⁰⁹ La formulación del pensamiento estratégico empresarial, unido a la autoría de la técnica DAFO, se encuentra recogida en C. ROLAND, Christensen; ANDREWS, Kenneth R; BOWER, Joseph L; HAMERMESH, Richard G. y PORTER, Michael E; *Business Policy: Text and Cases*. 5 ed. Homewood (IL), Richard D. Irwin, 1982. (1ªed. 1965). Sobre el origen de la técnica DAFO alrededor de las investigaciones del Stanford Research Institute entre 1960-1970 lideradas por Robert Stewart levanta acta Albert S. Humphrey, uno de los miembros del equipo en una carta publicada en "SRI Alumni Association Newsletter". Vid. HUMPHREY, Albert S. "SRI Alumni Association Newsletter" de diciembre de 2004. <<http://alumni.sri.com/newsletters/Dec-05.pdf>> (consultada el 2 de junio de 2012).

¹⁰¹⁰ La citada Matriz fue creada por el Boston Consulting Group fundada por Bruce Henderson. Vid. HENDERSON, B. *Henderson on Corporate Strategy*. Cambridge, Abt Books, 1979. Para una recopilación actualizada de los conceptos del BCG véase STERN, Carl W. y DEIMLER, Michael, S (Eds.). *The Boston Consulting Group on Strategy*. Hoboken New Jersey, John Wiley and Sons, 2006.

¹⁰¹¹ Una buena recopilación de los principales trabajos y estudios en la gestión y planificación estratégica aplicada al sector público se puede ver en Vid. POISTER, Theodore H., David W. Pitts y Edwards Lauren Hamilton. "Strategic Management Research in the Public Sector: A Review, Synthesis, and Future Directions" en *The American Review of Public Administration*, v. 40, n. 5, Sept. 2010. p. 522-545.

¹⁰¹² La formulación clásica del análisis de la estrategia competitiva de Porter queda recogida en sus dos principales obras que formulan el paradigma. Vid. PORTER, Michael. *Competitive Strategy. Techniques for Analyzing Industries and Competitors*. Nueva York, Free Press, 1980. Vid. PORTER, Michael. *Competitive Advantage*. Nueva York, Free Press, 1980.

definen la competitividad de una empresa y su posición respecto a la competencia, para a partir de aquí establecer las acciones que forman la estrategia competitiva con el fin de obtener el mayor rendimiento del capital invertido. Bajo este perfil economicista se asume la premisa de que cuantos mayores sean las fuerzas competitivas que afectan a un sector o a una empresa, menores serán los rendimientos y beneficios de los mismos. Sin embargo, es la identificación de dichas fuerzas la que supone la más clara aportación, pues se parte de la competencia entre empresas como un factor interno del sector analizado, pero es el entorno exterior el que genera la mayor capacidad de acción e incertidumbre. Se consideran así fuerzas competitivas a los proveedores y clientes, con su poder negociador, a los competidores potenciales y los productos sustitutivos, es decir, aquellos que están fuera del sector en competencia pero pueden prestar servicios o productos que mejoren los resultados. Su aplicación al sector público parece constreñido a los servicios prestacionales o monopolios industriales, permitiendo considerar tanto la competencia directa, con industrias privadas, como indirectas, que en el caso de los monopolios públicos deben asumir las amenazas de posibles alternativas que otros sectores del ámbito privado pueden suponer. Como en el caso anterior, cabe considerar la introducción de factores correctivos no económicos y la posibilidad de la colaboración como alternativa no explorada por Porter.

El siguiente enfoque de gestión estratégica se basa en el análisis de los grupos de interés o participantes de la organización. En este sentido, las fuerzas competitivas de Porter se convierten en sujetos de la estrategia que interesa satisfacer para obtener un desarrollo basado en su armonía. En su conjunto se opone al modelo de Porter al estimar la colaboración, como valor opuesto a la pura competencia, para alcanzar los mejores resultados de la actividad empresarial. Para ello se sirve de la búsqueda de la satisfacción de las necesidades de todos los participantes en dicha actividad. La estrategia de las organizaciones se basa en múltiples aspectos económicos, sociales y políticos y todos tienen en cuenta el modelo de relación entre los grupos de interés, la colaboración y las formas de relación. Su aplicación a la Administración pública se hace palpable y se emparenta con las técnicas de gestión del cambio que tanta difusión han tenido en la misma, especialmente en la implantación de aplicaciones de innovación tecnológica¹⁰¹³.

¹⁰¹³ Vid. FREEMAN, R.E. *Strategic Management: A stakeholder Approach*. Boston, Pitman, 1984. Freeman recurre a diversos autores de la década de los sesenta citados a continuación. Vid. RHENMAN, Eric. *Industrial Democracy and Industrial Management: A Critical Essay on the Possible Meanings and Implications of Industrial Democracy*. London, Tavistock, 1968, que establece un modelo de democracia industrial a finales de los 60 y acaba destacando por sus incursiones en la Administración Pública. Vid. KATZ, Daniel y KHAN, Robert Louis. *The social psychology of organizations*. Nueva York, Wiley, 1978, edición revisada de la original de 1966, ambos interesados en la organización de grupos, formulan su teoría de *open systems* que introduce la psicología social en el estudio de las organizaciones, y los efectos de los individuos y grupos informales frente a la burocratización. Vid. EMERY, F.E. y TRIST, E.L. "The casual texture of organizational environments" en *Human Relations*, v.18, 1965.. p. 21-32, que expone la incorporación de la teoría de los sistemas a la comprensión del entorno organizativo en un entorno cambiante, especialmente bajo el impacto del cambio tecnológico. Vid. LAWRENCE, P., and LORSCH, J. "Differentiation and Integration in Complex Organizations" en *Administrative Science Quarterly*, 12, 1967. p 1-30, formula el modelo de diferenciación e integración

La dirección por problemas estratégicos nace del planteamiento de la resolución de problemas futuros pero que son detectados como críticos mediante técnicas de identificación precoz que permiten adoptar medidas urgentes¹⁰¹⁴. En la opinión de López González este enfoque asume las consideraciones siguientes: uno, la necesidad de gestionar los problemas estratégicos para alcanzar los objetivos de la organización; dos, la identificación de los problemas estratégicos con técnicas como el análisis DAFO o de entornos externos; tres, como consecuencia de dicho análisis incrementar la capacidad de responder a las oportunidades o amenazas externas y mejorar el desempeño; y cuatro, la especialización de un directivo o grupo de alta dirección capaz de gestionar el proceso y el problema. Redunda en técnicas de control y se hace complementario con otros enfoques al observar la detección de los problemas como paso previo para la toma de medidas sin precisar una formulación acerca de éstas¹⁰¹⁵.

Para compensar esta tendencia se considera un procedimiento de planificación estratégica que enfatice la innovación sobre el entorno junto a una visión de metas a las que dirigirse dentro de una cultura empresarial fomentada por la organización. En este enfoque Bernard Taylor analiza los cinco estilos básicos del planeamiento estratégico: uno, el sistema central de control, enfocado a la asignación y control de los recursos; dos, el marco para la innovación, orientado al desarrollo de nuevos negocios; tres, la gestión estratégica, dirigida a gestionar el cambio organizativo; cuatro, la planificación política, que moviliza el poder y la influencia, se basa en la competencia de los grupos de interés y las organizaciones por los recursos; cinco, investigación del futuro, que desarrolla una dirección concienciada por la incertidumbre del futuro¹⁰¹⁶. Esta sistematización lleva a considerar todos estos enfoques como complementarios, si bien, con el fin último de alcanzar los objetivos de la organización.

VI.3.2 Aspectos clave en la renovación de los métodos de evaluación, seguimiento y control de la gestión pública.

VI.3.2.a Bases institucionales y fundamentos jurídicos.

Por los métodos de evaluación, seguimiento y control se entienden aquellos medios e instrumentos que por medio de técnicas de auditoría tienen como fin alcanzar la transparencia y perfeccionar los mecanismos de rendición de cuentas en la Administración pública a través de órganos independientes. Se trata por lo tanto del establecimiento de medios internos para el control de la gestión

en el seno de las organizaciones como factores clave en la adaptación de éstas las condiciones ambientales para alcanzar sus metas y objetivos. Vid. VAN DE MEN, Andrew H., EMMETT, Dennis C. and KOENIG, Richard. "Theoretical and Conceptual Issues in Inter-Organizational Theory" en *Inter-Organizational Theory*. Kent, University Press, 1979. p. 19-38. En todos ellos se recogen tanto formulaciones como evidencias empíricas acerca del papel de los grupos e individuos y como afectan éstos a la definición de una estrategia correcta de las organizaciones empresariales.

¹⁰¹⁴ ANSOFF, H.I. "Dirección estratégica, un nuevo sistema de dirección" en *Notas de organización*, n 2, 1983. p. 9-21

¹⁰¹⁵ Vid. LÓPEZ GONZÁLEZ. *Técnicas...* Op. Cit. p. 89-90.

¹⁰¹⁶ Vid. TAYLOR, Bernard. "Strategic planning-which style do you need? " en *Long Range Plann*, v.17, n. 3, Junio, 1984. p. 51-62.

a través de instituciones públicas sin relación jerárquica con los departamentos de la Administración, que fijan su atención en el control del gasto y el seguimiento de la ejecución presupuestaria pública. En la perspectiva jurídica e institucional las funciones de evaluación, seguimiento y control constan de diferentes niveles de organización:

a) En el caso de España los instrumentos de control se enmarcan en la existencia de instituciones como el Tribunal de Cuentas, a nivel estatal, y los organismos análogos bajo la competencia de las comunidades autónomas que replican este modelo para cada una de ellas. Sin que exista una relación jerárquica con ella en el ordenamiento, similar institución para la supervisión económica dentro de su ámbito administrativo se forma también en la Unión Europea con representantes de los Estados miembros que hayan formado parte de los cuerpos especializados en sus respectivas administraciones¹⁰¹⁷.

b) La Administración también crea instrumentos para el control fiscal de la Hacienda Pública con procedimientos sujetos al régimen fiscal y presupuestario en los departamentos de la Administración mediante la Intervención general y las intervenciones delegadas. Su estructura cuenta con una dimensión estatal, cuya competencia abarca a los organismos y entidades públicas empresariales a través de los órganos a los que se encuentran adscritos sin perjuicio de lo previsto en la aplicación de la Ley General Presupuestaria, tal y como se prevé para estos casos en los artículos 51 y 59 de la LOFAGE. Asimismo, las Comunidades Autónomas disponen de una estructura de Intervenciones Generales regidas por el desarrollo normativo propio de su ámbito competencial.

c) Este sistema de control se encuentra amparado por el propio ordenamiento y reglamentación comunitaria que acentúa los mecanismos de supervisión a través de la supervisión económico-financiera añadida para los Estados pertenecientes a la moneda única europea, el euro, cuyas regulaciones han trascendido al rango constitucional en la última reforma del artículo 135 de 23 de agosto de 2011 que establece el mandato de “estabilidad presupuestaria”.

Sin pretender profundizar en los mecanismos que inspiran estas formas de control se puede observar que en todas ellas su eficacia requiere la provisión de medios materiales cada vez mayores a medida que la Administración se hace más extensa y compleja. Extensa en la diversidad de servicios que presta y compleja en las modalidades de gestión ante la diversidad de órganos, instituciones y empresas que ejecutan dicha prestación por las diferentes formas de relación entre ellas respecto a los

¹⁰¹⁷ A nivel internacional estas instituciones se coordinan en la International Organization of Supreme Audit Institutions (INTOSAI) que desarrolla los estándares internacionales para las instituciones supremas de auditorías de las entidades públicas, conocidos como ISSAI. Sus documentos puede consultarse en: <<http://www.intosai.org/>> y <<http://www.issai.org/composite-347.htm>> (consultado el 21 de enero de 2013). Para el modelo europeo véase Javier Medina. Vid. MEDINA GUIJARRO, Javier. “Nuevo modelo de control interno en la Unión Europea: su utilidad para los Tribunales de Cuentas” en *V Jornadas EUROSAL/LACEFS*, Lisboa, 2007.

servicios públicos objeto de la prestación. En general, sin embargo, en los fundamentos de las funciones de supervisión y fiscalización prevalecen los principios del control fiscal y de la contabilidad presupuestaria pública, que al fomentar la homogeneidad en su formalización, precisan abordar dicha complejidad con técnicas económico-administrativas. Con ellos la acción fiscalizadora tiende a fijar sus objetivos en políticas presupuestarias dictadas desde instancias centrales, sea la que fuere la administración de referencia, que no responden necesariamente a los objetivos de la organización¹⁰¹⁸. Ante las transformaciones fácticas que se producen en la gestión pública aparecen en la propia doctrina jurídica opiniones que asumen que sin la definición de estos objetivos de control no es posible examinar la legitimidad que incluye el cumplimiento de los mandatos constitucionales por el Estado y su Administración:

[...] el debate sobre los objetivos públicos, realistas, medibles y controlados es, sin duda, uno de los grandes debates pendientes en el ámbito público y, por el contrario, uno de los más instaurados en el ámbito privado. En este aspecto podría pensarse que esta fijación es más sencilla en los órganos de gestión que en los que no lo son estrictamente. Qué duda cabe que existe una mayor facilidad pero que la misma no puede convertirse en un elemento definitorio ni determinante. Los objetivos deben ser una exigencia de la gestión y su carencia se suma a la misma en un terreno de impunidad que acaba deslegitimando o, lo que es peor, alentando esta sensación actual de que todo el sistema burocrático es únicamente un gasto que no podemos mantener ni justificar¹⁰¹⁹.

Desde esta perspectiva, Palomar Olmeda apunta diferentes criterios y elementos de control para fijar los objetivos de lo público. Los términos, alcance y calidad de los servicios prestados, representan la concreción del funcionamiento eficaz que impone la Constitución a las Administraciones Públicas. En este sentido, la actividad de la Administración condiciona la legitimidad del Estado, pues sin la introducción de estos elementos de control puede aducirse la inutilidad del gasto público sin posibilidad de aportar elementos materiales justificativos de su actuación. Esta aspiración a establecer un nivel de gestión se aplica especialmente a los servicios públicos como “la seguridad, la sanidad, la educación, el medio ambiente o cualquiera de las políticas prestacionales que realiza”, pues el sistema prestacional actúa con independencia de cómo se compaginen con el modelo constitucional. Sin ellas sólo quedan actividades burocráticas percibidas como un gasto no justificable que permiten deducir la relegación de lo público en beneficio del ámbito privado.

El principio de responsabilidad, que alcanza dos aspectos. En relación a la responsabilidad de los directivos públicos de acuerdo a lo establecido en el artículo 13, apartado 3 de la EBEP, se encuentran los términos para la fijación de objetivos. En primer lugar la evaluación del ejercicio profesional directivo independiente de la confianza política y el régimen disciplinario por medio de una medición objetiva de los resultados capaz de establecer la responsabilidad de la gestión respecto a los

¹⁰¹⁸ Vid. PALOMAR OLMEDA, Alberto. “La externalización y sus causas...” Op. Cit. p.144.

¹⁰¹⁹ Ibid. p.144.

objetivos fijados por medio de criterios puramente económicos, como la contabilidad de costes, y de eficacia, que deben ser establecidos¹⁰²⁰. En segundo lugar las variables relacionadas con la evaluación de las propias políticas públicas, que permitan examinar su rentabilidad y la aceptación de su mantenimiento, en definitiva, valorar la viabilidad de la gestión de las políticas. Por último, el principio de responsabilidad en relación a las obligaciones de asumir las cargas del Estado social mediante fórmulas de participación y colaboración entre la iniciativa pública y privada. La legislación de contratación y el resto del ordenamiento jurídico público van delimitando el papel de supervisión de la Administración, que deja de ser agente único en la ejecución de la actividad administrativa, que obliga a la fijación de objetivos y nuevos elementos de control.

La transparencia en la gestión, que permite por medio de la innovación tecnológica ampliar el concepto de información vinculado a los interesados en el procedimiento administrativo hacia el conjunto de la sociedad¹⁰²¹. La transparencia implica informar al conjunto de la sociedad y permite que así como se exige a las entidades privadas, con mayor grado a aquellas que cotizan en la Bolsa, para proteger los derechos de los inversores y del mercado en su conjunto, facilite la participación de la sociedad como fuente de legitimación de la actividad administrativa.

VI.3.2.b *La emersión de técnicas de control en las corporaciones privadas.*

Las medidas de control, inspiradas por los principios de gestión de la empresa privada en la última década del siglo XX, pasan a convertirse en una fuente de la doctrina administrativa, que asume o al menos acepta el debate para la introducción de un marco más técnico en sus procedimientos de control, aunque en la práctica, su grado de aceptación varía según el tamaño y las competencias de las Administraciones Públicas. Así, en líneas generales, a mayor tamaño o relevancia de competencias de autoridad, menor incidencia, mientras que en las administraciones más reducidas o prestadoras de servicios públicos, mejora la acogida de los nuevos métodos de control. Conviene por ello situarse en una perspectiva que permita entender esos métodos¹⁰²².

En este ámbito privado aparecen los estudios de auditoría financiera de sociedades iniciados por la Comisión Treadway del año 1987 en Estados Unidos y concluidos en el año 1992 con el informe COSO, que establece la responsabilidad de la alta dirección corporativa de los sistemas de control

¹⁰²⁰ Vid. Ibid. p. 146. En este aspecto señala la necesidad de establecer una norma de rango adecuado que fije las medidas reales de exigencia. En el reconocimiento de las exigencias del esquema de gestión se alude en su definición al peso de management, vid. ECHEBARRÍA, K. y MENDOZA, X. “La especificidad de la gestión pública: el concepto del management público”. en *¿De burócratas a gerentes? Las ciencias de la gestión aplicadas a la administración del Estado*, (ed. Carlos Losada). Washington, D.C., Banco Interamericano de Desarrollo (BID), 1999. p. 15-46.

¹⁰²¹ Vid. PALOMAR OLMEDA, Alberto. “La externalización...” Op. Cit. p.148.

¹⁰²² Vid. MIAJA FOL, Miguel. “Las tendencias actuales en los sistemas de control interno de las organizaciones. Implicaciones para las Administraciones Públicas” en *Revista Documentación Administrativa*, n. 286-287, enero-agosto 2010. p. 207-238.

interno¹⁰²³. Coincidiendo con esa elaboración se redacta en Gran Bretaña el *Cadbury Report*, cuyo primer borrador fue publicado en el año 1992, en referencia al presidente del *Committee on the Financial Aspects of Corporate Governance* que lo promovió, Sir Adrian Cadbury. En el documento británico, con el fin de establecer un control interno sobre la gestión económica financiera que disminuya al máximo el riesgo de fraude, se prevé la inclusión en el Consejo de Administración de una declaración de carácter admonitorio sobre la eficacia del sistema de control interno¹⁰²⁴.

A esta iniciativa le siguen diferentes estudios que utilizan como referente las conclusiones de la Comisión Treadway para tratar de enmarcar el concepto de Gobierno Corporativo, tales como los informes británicos Greenbury, Hampel y Turnbull, así como el informe Vienot en Francia¹⁰²⁵. En Canadá en el año 1995 se constituye *The Canadian Institute of Chartered Accountants* que publica el Informe COCO (*Criteria of Control Board*) adscrito al interés por el Gobierno Corporativo. Finalmente, aparece en Estados Unidos, con la Ley Sarbanes-Oxley de 2002, la primera legislación reguladora de los mecanismos de responsabilidad corporativa, que establece la obligación de un Comité de Auditoría en todas las juntas directivas.

También en España se desarrollan informes considerados análogos: el informe Olivenza de 1998 y el conocido como Informe Aldama, publicado en 2003 por la “Comisión especial para el fomento de la transparencia y seguridad en los mercados y las sociedades cotizadas”. Mientras su predecesor, el Informe Olivencia, constituía el Código de Buen Gobierno de adopción voluntaria, esta última iniciativa reguladora nace del Consejo de Ministros por Acuerdo de 19 de julio de 2002, ahora ya en el marco vinculante de la CNMV¹⁰²⁶.

VI.3.2.c *La formulación de nuevas técnicas de control corporativas en la gestión pública.*

Paralelamente, ya en el ámbito de la gestión pública, aparecen estudios académicos e informes de organismos prescriptores que vinculan las técnicas de auditoría privada a la investigación

¹⁰²³ Sobre las responsabilidades de la dirección en el control interno de las organizaciones del informe COSO Vid. COMMITTEE OF SPONSORING ORGANIZATIONS OF THE TREADWAY COMMISSION, COOPERS & LYBRAND (ed.). *Los Nuevos Conceptos del Control Interno: Informe COSO*. Madrid, Ediciones Díaz de Santos - Business & Economics, 1997. p.114-116

¹⁰²⁴ Véanse las reacciones a este informe recogidas en la web de la propia *Judge Business School* que acoge la iniciativa y desarrollo de este informe en <http://www.jbs.cam.ac.uk/cadbury/report/reactions.html> (consultado el 18 de enero de 2013), curiosamente son dos las motivaciones para la consecución de su eficacia: la huida de una regulación pública que sustituyera el acuerdo y la iniciativa privada y el propósito general de atraer a los accionistas.

¹⁰²⁵ Todos los antecedentes mencionados quedan recogidos en BARRIO TATO, Luis y BARRIO CARVAJAL, Sandra. "El informe de control interno en la Administración Pública" en *Auditoría Pública*, n. 46, 2008. p. 52-53.

¹⁰²⁶ Vid. ALDAMA Y MIÑÓN, Enrique (presidente). *Informe de la Comisión Especial para el fomento de la transparencia y seguridad en los mercados y en las sociedades cotizadas*. 8 de enero de 2003. <http://www.cnmv.es/Portal_Documentos/Publicaciones/CodigoGov/Informefinal.PDF> (consultado el 18 de enero de 2013). A propósito del doble papel de la autorregulación y la regulación jurídica en el Buen Gobierno Corporativo. Vid. CRESPO RODRIGUEZ, Miguel y ZAFRA JIMENEZ, Antonio. *Transparencia y Buen Gobierno: su regulación en España*. Madrid, La Ley, 2005. p. 18-22.

politológica y la divulgación de la NGP¹⁰²⁷. Bajo esta perspectiva Michael Barzelay propone la diferenciación entre la “traditional auditing”, orientada a la verificación de la información y validación del cumplimiento de las normas, con la “performance auditing”, como propuesta de evaluación de resultados en los programas y organizaciones públicas; en tercer lugar, la “program evaluation”, dirigida a las actuaciones directas de la Administración para la mejora del bienestar social en el marco de la aplicación de las políticas públicas a través de estudios de evaluación de impacto de la eficacia en la gestión.

Por lo tanto, más allá de la auditoría tradicional, se identifican nuevos términos de acuerdo con Barzelay: el sintagma “performance auditing”, cuyo significado en esta investigación se equipara a Auditoría de Gestión, un nuevo concepto que modifica la auditoría tradicional y requiere una redefinición¹⁰²⁸. Además, se establecen condicionantes que dificultan precisión del término por la subjetividad práctica en que se enmarca, por una parte la interpretación que nace de los propios cuerpos técnicos, que produce una retórica tendente a proteger sus intereses profesionales o mercantiles, por otra, la doctrina institucional, en la que aparecen diferentes concepciones de la auditoría de gestión con la separación entre política y administración (modelo Westminster-Whitehall), o las que presentan un modelo colaborativo de gobierno entre el poder legislativo y ejecutivo (modelo de EE.UU).

La auditoría tradicional se dirige a favorecer la eficacia en el funcionamiento de las organizaciones públicas mediante unos métodos de trabajo y requerimientos de revisión tales como la verificación de información, detección de inconformidades entre la práctica y el cumplimiento de las normas, inferencia de consecuencias y extracción de resultados, que establecen la conformidad de los procedimientos utilizados para la rendición de cuentas de los órganos administrativos. Así, la Auditoría de Gestión se diferencia del propio concepto de auditoría, al incorporar la evaluación de resultados, que implica una valoración de los resultados propuestos en la aplicación de un programa, de la utilización eficiente de recursos y de la eficacia en los objetivos alcanzados por las áreas de interés afectadas en la actuación administrativa¹⁰²⁹. Para ello, Barzelay identifica la Auditoría de Gestión en el estudio de las características de funcionamiento de la Administración como una “chain of production processes”, orientación a los procesos que permite analizar y establecer la economía, la eficiencia y la eficacia mejorando los resultados:

¹⁰²⁷ Vid. BARZELAY, Michael. “Performance Auditing and the New Public Management: Changing Roles and Strategies of Central Audit Institutions” en *Performance auditing and the modernisation of government*. París: OCDE, 2, 1996, p. 5–15. Vid. BARZELAY, M. “Central Audit Institutions and Performance Auditing: A Comparative Analysis of Organizational Strategies in the OCDE. An International. Journal of Policy, Administration and Institutions” en *Governance*, v.10, n. 3, 1997, p. 235–260.

¹⁰²⁸ Vid. Ibid. p. 47. (Nota 3).

¹⁰²⁹ Vid. Ibid. p.17.

entrada (*input*) → proceso (*process*) → producto final (*output*) → resultado (*outcome*)

Como ya se ha visto en la exposición anterior de este enfoque, el esquema puede aplicarse en múltiples contextos de la NGP, tales como la gestión del desempeño, la gestión de la calidad total y organización de aprendizaje (*learning organization*)¹⁰³⁰. Constata de este modo la capacidad de los procedimientos de control de penetrar en nuevas áreas a través de métodos de inspección que dan lugar a diferentes formas de establecer la rendición de cuentas, y en particular la Auditoría de Gestión (*Performance auditing*), que se manifiesta como una línea de tipos de auditorías, más que una forma singular y homogénea¹⁰³¹:

a) Auditorías de eficiencia (*Efficiency audit*): Orientadas al análisis de operaciones en las funciones organizativas, procesos o elementos de programa con el fin de identificar oportunidades de reducir costes presupuestarios en los resultados obtenidos en un programa.

b) Auditorías de eficacia de programa (*Program effectiveness audit*): Análisis de las políticas o el diseño de los programas públicos con el fin de evaluar el impacto y la eficacia en su aplicación. En general se orientan a establecer la evaluación de la calidad y costes de los servicios en el producto final más que en el resultado.

c) Auditorías de capacidad de gestión del rendimiento (*Performance management capacity audit*): Análisis general de la Organización que afecta a las funciones generales de dirección con el fin de establecer la capacidad de alcanzar objetivos generales de economía, eficiencia y eficacia.

d) Otras auditorías de gestión atípicas que completan las líneas abiertas bajo el concepto de Auditoría de Gestión, aunque no lo agotan, con nuevos tipos como: gestión de la información, revisión de las mejoras prácticas, valoración de riesgos y otras revisiones de gestión que pueden ir a aspectos más específicos de la organización, los sistemas y programas, para detectar las diferentes causas de los problemas de gestión eficaz y eficiente de las organizaciones.

Dentro de los mencionados condicionantes de subjetividad de los modelos de control, los propios cuerpos técnicos de auditoría de la Administración van dejando también constancia de su interpretación, como puede constatarse en las iniciativas presentes en las Administraciones Públicas del Estado en España. Ya en el I Congreso Nacional de Auditoría del Sector Público se resalta, entre otras, tres

¹⁰³⁰ El concepto, aplicado a las corporaciones privadas, parte de la concepción y labor divulgadora de Peter Senge en 1990, para una versión actualizada de la primera obra Véase SENGE, Peter. *The Fifth discipline: The Art & Practice of The Learning Organization*. Crown Publishing Group, 2006. En su aplicación al campo de la gestión pública. Vid. BARRETE, Jacques; LEMYRE, Louise; CORNEIL, Wayne y BEAUREGARD Nancy. "Organizational learning among senior public-senior executives: an empirical investigation of culture, decisional latitude and supportive communication" en *Canadian Public Administration*, v. 50, n. 3, 2007. p. 333-353.

¹⁰³¹ Cfr. Ibid. cuadro p.23.

conclusiones fundamentales¹⁰³²: la necesidad de establecer la evaluación del control interno en la ejecución de auditorías, medida que afecta a la supervisión de los procedimientos de intervención; la consideración del ciudadano como destinatario de dichas actividades, creando en cierto modo la analogía entre los accionistas e inversores del sector privado con los ciudadanos en el público, lo que debe facilitar la comprensión de los informes y el contenido respecto a otros aspectos de la gestión que exigen la definición de indicadores y objetivos hasta ahora no contemplados; la propuesta de introducir el informe de la Dirección sobre control interno en la Administración, cuyo contenido consiste en ampliar el concepto de responsabilidad contable a nuevos términos, según las pautas establecidas por el Informe COSO, así como una trasposición de los conceptos privados a públicos¹⁰³³. Recogiendo las evidencias materiales del grado de aplicación de estos planteamientos, no parecen extendidos en la Administración ordinaria, (órganos directamente dependientes de los departamentos de gobierno), sin embargo resulta significativa su difusión en aquellas organizaciones, departamentos, y entidades públicas independientes donde los órganos públicos de auditoría han alcanzado un elevado grado de madurez¹⁰³⁴. No obstante las propuestas incluyen importantes iniciativas que afectan al control interno de una Administración compleja y heterogénea, tales como: la emisión de unas Normas Técnicas de Auditoría Pública que actualicen sus contenidos e incorporen homogeneidad y la creación de una entidad independiente de carácter técnico que mantenga y cumpla su aplicación. Aspectos que de llevarse a globalmente a la práctica no hacen difícil prever una profunda reforma del sistema fiscalizador, pero mientras no lo hagan, pueden suponer acciones no reguladas ante las demandas de gestión no resueltas por la iniciativa institucional la Administración ni el actual marco jurídico.

En el marco institucional se hace visible la adopción de modelos de control. Así, La ANAO (*Australian National Audit Office*), que como otros casos presentados por el Estado australiano muestra cierta pureza en la adopción del modelo anglosajón, responde directamente ante el Parlamento como agencia independiente. El sistema de auditoría australiano amplía sus campos de actuación más allá de la inspección financiera por su carácter de servicio público que impulsa la auditoría interna y desarrolla

¹⁰³² Celebrado en Toledo en el año 2004. Estos Congresos reúnen a profesionales de la auditoría pública, fundamentalmente representados por los cuerpos de intervención del Estado y abren el campo a la colaboración de la auditoría privada. Alrededor de ellos se crea la Fundación FIASEP como órgano estable de promoción de la auditoría pública mediante la difusión y formación de la mejora profesional. Vid. FUNDACIÓN FIASEP. "Conclusiones del I Congreso Nacional de Auditoría en el Sector Público" en Auditoría Pública n. 33, 2004. p. 5-8.

¹⁰³³ Vid. BARRIO TATO, Luis y BARRIO CARVAJAL, Sandra. "El informe..." Op. Cit. p. 55.

¹⁰³⁴ Los principios recogidos por Conceição Da Costa de la ANAO para un Gobierno corporativo efectivo en la trasposición del Corporate governance privado al ámbito público serían: liderazgo, compromiso e integridad en el plano subjetivo que depende de la orientación de los miembros, y responsabilidad, transparencia e integración, encuadrados en la dimensión estratégica y sistémica de carácter objetivo en las corporaciones públicas. Vid. DA COSTA MARQUES, Conceição. "La corporate governance en el sector público; principios elementos y enmarcación conceptual" en *Técnica Económica. Administración y dirección de empresas*, n. 175, 2006. p. 28-34.

la función asesora con la ejecución de informes prescriptores y de buenas prácticas¹⁰³⁵. En otro modelo, bien diferente, el Tribunal de Cuentas de España se presenta como un órgano de rango constitucional (art.136 CE) que regula la Ley Orgánica 2/1982, de 12 de mayo, del Tribunal de Cuentas y la Ley 7/1988, de 5 de abril de Funcionamiento del Tribunal con una formulación estatutaria jurisdiccional¹⁰³⁶. Sus miembros son elegidos por las cámaras legislativas en paridad, seis por el Congreso y seis por el Senado en dependencia directa de las Cortes, lo que en el sistema representativo español determina su control por los órganos político-legislativos de los que emana el Gobierno. Así, las funciones y contenidos de su actividad dividen decisivamente estos modelos que caracterizan las principales diferencias entre el marco administrativo anglosajón y continental que residen, más allá de un ordenamiento común basado en las facultades de fiscalización, en un sistema jurídico más flexible basado en criterios de eficacia funcional y descentralización en el primero frente al principio de eficacia jurídica con un desarrollo legislativo y reglamentario jurisdiccional del segundo.

VI.3.2.d *Las técnicas de gestión, control y seguimiento de proyectos (actuaciones) y programas.*

En la medida que bajo los procesos de modernización que acomodan la nueva gestión pública las actuaciones de la Administración intensifican para su implementación la ejecución de programas y proyectos, las técnicas de gestión, control y seguimiento asumen un papel más relevante. En muchas ocasiones estas actuaciones se acompañan, mediante proyectos llave en mano, de los procesos de contratación pública.

Estas técnicas por consiguiente se aplican sobretodo en las condiciones de ejecución establecidas en las normas de contratación. Se trata de un campo extenso que no se va a abordar aquí en su profundidad, baste mencionar al respecto al menos conceptos clave relacionados con esta investigación. La gestión de proyectos (*Project Management*) es una disciplina que surge precisamente ante la necesidad de gestionar grandes contratos públicos, concretamente, a finales de los años 50 en el proyecto de adquisición por la Marina de los Estados Unidos de submarinos armados por proyectiles Polaris, conocido como proyecto “Polaris”¹⁰³⁷. Por otra parte, a pesar de su generalizada aplicación a proyectos de ingeniería se trata de una disciplina de gestión y gerencia cuya aplicación a los contratos de

¹⁰³⁵ Sirva de ejemplo el informe sobre la auditoría interna del sector público de la ANAO, en el que destacan la especificación funcional de los procedimientos, la organización, la planificación y las medidas de calidad. Vid. ANAO. *Better Practice Guide* sobre el *Public Sector Internal Audit*, Agosto de 2012.

¹⁰³⁶ En el art. 136.2 CE se le reconoce su propia jurisdicción, asimismo en el art. 136.3 a los miembros del Tribunal se les reconocen las mismas atribuciones que a los jueces: “gozarán de la misma independencia e inamovilidad y estarán sometidos a las mismas incompatibilidades que los jueces”.

¹⁰³⁷ En dicho proyecto se debieron gestionar 250 contratistas directos y 9000 subcontratistas. Al proyecto Polaris se le atribuye habitualmente la contribución más significativa al idearse para él el método PERT. Existen sin embargo otras aportaciones a las técnicas de programación física del proceso de planificación: el diagrama de barras o Gantt desarrollado por Henry L. Gantt en 1920 dentro del surgimiento de la administración científica; el CPM (Critical Path Method) desarrollado por la industria química Dupont por la consultora Remington Rand. Vid. ROSALES POSAS, Ramón. *La formulación y evaluación de proyectos*. San José, EUNED, 2007. p. 121.

obras y servicios, mediante su adopción como estándares, se convierte en una práctica generalizada y una medida de madurez en la gestión de los programas y proyectos públicos¹⁰³⁸.

Los estándares técnicos aparecen producidos en el seno de institutos privados de reconocido prestigio que son adoptados en el ámbito de la gestión de proyectos. Entre ellos se puede destacar el corpus metodológico desarrollado en Estados Unidos por el PMI (*Project Manager Institute*) con su PMBoK (*Project Management Body of Knowledge*), recopilación de procesos y áreas de conocimiento que conforman el Project Management¹⁰³⁹. En la opción alternativa de origen europeo el IPMA (*International Project Management Association*) con una metodología basada en competencias denominada ICB (*International Competence Baseline*)¹⁰⁴⁰. Un punto de interés de ambas metodologías es su recopilación de aquellas técnicas que son de aplicación en el control y seguimiento de las actuaciones públicas en su nivel más elemental, pero, en gran medida prolífico: la gestión de programas y proyectos. Este aspecto amplía su interés ante la tendencia de establecer en las organizaciones públicas una gestión por programas y proyectos, permitiendo en definitiva ajustar la rendición de cuentas, a los niveles más desagregados de la gestión.

Por otra parte, una de las características más relevantes de las asociaciones o institutos elaboradoras de las metodologías es el otorgamiento de certificaciones que acreditan la cualificación profesional de los que acceden a ellas, las cuales pueden ser invocadas, y lo son en un creciente número de ocasiones, como requisitos exigidos al equipo de trabajo licitador en los contratos públicos. Tales casos pueden aparecer como un ejemplo de desregulación o uso limitativo de derechos no amparados por el ordenamiento jurídico, al no poder entenderse dichas asociaciones como corporaciones de derecho público y, sin embargo, en dichos casos actúan de facto como tales al formar parte de las restricciones en la cualificación exigida en un contrato público. Ante ello, las diferencias entre el funcionamiento real de la gestión pública y su marco jurídico propio pueden producir situaciones de inseguridad o vacíos de legalidad en la actividad del sistema administrativo. Ante esto se presentan como alternativa las metodologías públicas, que en muchos casos son el origen de estos procedimientos y en otros son adaptaciones de elaboración propia, o estándares de entidades normalizadoras y certificadoras amparadas como organismos nacionales e internacionales por la acción administrativa y el marco jurídico público como se verá a continuación en los casos que se presentan.

¹⁰³⁸ Vid. ROBBINS, Stephen P. y DECENZO, David A. *Fundamentos de Administración. Conceptos generales y aplicaciones*. Mexico, Prentice Hall, 2002. 2ª ed. p.79-113.

¹⁰³⁹ Se puede obtener una visión de PMI en su sede electrónica en <<http://www.pmi.org/default.aspx>> (consultado el 17 de febrero de 2013).

¹⁰⁴⁰ Las características de IPMA se pueden ver en: <<http://ipma.ch/>> (consultado el 18 de mayo de 2013). El enfoque de competencias permite establecer, además, técnicas asociadas al contenido de la actividad del *Project Management*, como las competencias de comportamiento o actitud y de contexto, relacionadas con el contexto organizativo, legal, ambiental, etc.

VI.3.3 Los métodos de aseguramiento y gestión de la calidad de los servicios públicos.

VI.3.3.a Consideraciones jurídicas preliminares.

Bajo el paradigma de la calidad y los sistemas de calidad se definen un conjunto de métodos que son de aplicación a la actividad ordinaria de las organizaciones en la prestación de los servicios públicos de su competencia, o impulsada por la ejecución de políticas y programas públicos, a las actuaciones y proyectos. Los métodos de evaluación, gestión y control de la calidad de los servicios públicos se introducen en la Administración a través de estándares de amplia difusión patrocinados, entre otros, por los organismos internacionales ISO y EFQM¹⁰⁴¹.

Una primera característica de estos métodos es su relación con los procedimientos de autorregulación que no se pueden considerar fuentes de Derecho, aunque admiten métodos jurídicos por su posible invocación en los contratos privados¹⁰⁴². En esta investigación interesa constatar la extensión de la figura contractual civil al contrato público, que vincula determinadas certificaciones de calidad bien a los licitadores, o previamente adscritas a ellas de forma voluntaria, a determinadas administraciones o servicios públicos. Los métodos y técnicas de gestión de calidad definen principios de la organización administrativa y elaboran normas técnicas de control de la gestión pública, por lo que emergen fuera del control y en paralelo al Derecho administrativo como un marco de actuación con sus propias propuestas doctrinales. Esta situación extiende las obligaciones jurídicas del Derecho civil-mercantil a la parte administrativa, si bien aquí desaparece el marco voluntario que atenúa las consecuencias de la desregulación propias Derecho privado.

En esta perspectiva, y tras la primera reflexión jurídica, debe considerarse que la importación de los estándares de calidad del sector privado permite sostener un amplio conjunto de orientaciones en la modernización de la gestión pública. En realidad el sistema de calidad aporta un enfoque general de los principios, métodos y técnicas aplicados a la modernización administrativa, hasta el punto que puede constituir un programa integral que afecte a la implementación de las políticas, actuaciones y proyectos

¹⁰⁴¹ Las normas ISO proceden de la *International Standard Organization* organismo formado en la posguerra para favorecer normas aplicadas a la industria y los servicios que faciliten el intercambio y comercio internacionales, tomando su amparo doctrinal en la OMC. Sólo a partir de las normas ISO 9000 entra en la materia de la gestión de la calidad. La *European Foundation for Quality Management* (EFQM) fue fundada por un conjunto de grandes empresas privadas bajo el apoyo de la Comisión Europea para crear el Modelo de Excelencia basado en el concepto de Gestión de Calidad Total acuñado por Edward Deming.

¹⁰⁴² DARNACULLETA I GARDELLA, Mercè. *Autorregulación y Derecho público: la autorregulación regulada*. Madrid, Marcial Pons, 2005. p. 432. Muestra con jurisprudencia de la Sala Civil las obligaciones jurídicas contraídas en contratos privados que condicionan su cumplimiento a la tenencia de determinadas certificaciones, concretamente la autora recopila la STS 256/2000 que reconoce la vinculación de una obligación de pago de un crédito a la tenencia de una certificación de calidad, en concepto de documento exigido en el contrato. También recogida por Darnaculleta en la STS 5932/1998 se desestima la obligación de poseer certificado de calidad basada en la costumbre comercial por no estar probada, lo que a sensu contrario, cuando aparece este costumbre, puede convertir en obligatorias las normas técnicas basadas en certificaciones de calidad.

tanto para la organización, actividad y prestaciones de los servicios, como en el control y fiscalización de numerosos aspectos técnicos contemplados en la Administración.

VI.3.3.b *Las normas de calidad como especialidad técnica de la gestión pública.*

Los fundamentos teóricos de la calidad se originan en el sector privado antes de ser trasladados al público, sin pretender remontarnos a orígenes remotos, comienzan a aparecer en teóricos de la gestión empresarial norteamericanos como Edwards Deming, que conoce y estudia el fenómeno de la expansión industrial en Japón¹⁰⁴³. Sin ahondar en el afloramiento de estos fundamentos y autores en la década de los 80, es en la década de los 90 cuando comienzan a importarse al sector público¹⁰⁴⁴.

Dentro de los Estados europeos la introducción de procedimientos de evaluación y control de calidad en las Administraciones Públicas guardan estrecha relación con la ejecución de las primeras medidas de reforma administrativa. Esta característica se puede observar en el Estado que creó las primeras normas de gestión de la calidad en los servicios públicos. Así sucede con la introducción de las Cartas de Servicio en el Reino Unido durante el periodo de gobierno de John Major, el *premier* que sucedió a Margaret Thatcher, cuya puesta en práctica de la nueva gestión pública se hizo desde una perspectiva radical de políticas privatizadoras de la gestión pública y liberalizadoras de la economía¹⁰⁴⁵. Desde ese momento las cartas de servicio se vinculan a un medio propio de las Administraciones Públicas que se caracteriza por el establecimiento de un enfoque al ciudadano de la actuación pública durante los procesos de reforma y modernización administrativa tras las primeras medidas de reorganización interna de la NGP.

En España las cartas de servicio ya aparecen como concepto en los primeros documentos que tratan de fijar de forma decidida el marco de la modernización administrativa, así se ve en el informe de 1989, “Reflexiones para la modernización de la Administración pública” elaborado por el Ministerio de las Administraciones Públicas, seguido del Acuerdo del Consejo de Ministros para el desarrollo de un Plan de Modernización del Estado, de 15 de noviembre de 1991, hasta la presentación al Congreso en abril de 1992 del Plan de Modernización de la Administración del Estado. Carlos Alba recoge ambos documentos en dos etapas, en la primera el Ministerio de Administraciones Públicas (MAP) pretende

¹⁰⁴³ Posiblemente su carácter innovador, surgido en el academicismo de los EE.UU. pero aplicado al desarrollo de la industria japonesa de la posguerra, establece un concepto que todavía sobrepasa al resto de estándares de calidad desarrollados posteriormente. Vid. EDWARDS DEMING, William. *Calidad, productividad y competitividad*. Madrid, Díaz de Santos, 1989. Para recoger la abundantísima bibliografía que durante este periodo aborda el concepto de Calidad Total, Vid. SILVA, I. y EBRAHIMPUR. “An investigation of the total quality management survey based research published between 1989 and 2000: A literature review” en *International Journal of Quality and Reliability Management*, v. 19, n. 7. p. 902-970.

¹⁰⁴⁴ Por destacar algunos de ellos, junto a Deming aparecen JURAN, J. M. *Quality Control Handbook*, Nueva York, McGraw Hill, 1979. 3ª ed. y FEIGENBAUM, A. *The Total Quality Control*. Nueva York, McGraw Hill, 1961.

¹⁰⁴⁵ Sobre la introducción de las cartas de servicio en el Reino Unido. Vid. OLÍAS DE LIMA, Blanca. La mejora de los servicios públicos...Op. Cit. p. 3-5.

movilizar a los agentes, funcionarios, opinión pública, medios de comunicación y expertos para crear un clima de acción futura, para lo que se apoya en estudios cualitativos utilizando el método Delphi. El plan de 1991 se presenta con el propósito de cambiar la estrategia de macro-gestión a micro-gestión, con una reminiscencia de las reformas tecnocráticas de los años sesenta del siglo XX:

*The main purpose of the reform is to change the traditional legal culture (as elements of the organisations and their personnel) for the new managerial models. The report consists of a careful empirical study of the administrative machinery was unsatisfactory for the challenges of the country (adaptation the European Union, coordination of the several levels of government, especially the new Comunidades Autónomas, delivering the services to the citizens in a more efficient manner and so on)*¹⁰⁴⁶.

Calidad y modernización forman un binomio inseparable en la teoría y práctica de la Administración, que junto a la orientación al ciudadano se sustancia en la carta de servicios¹⁰⁴⁷. En España el instrumento jurídico aparece, salvo estos desarrollos en forma de programas de políticas de gestión administrativa, en 1999, al filo de la década, de forma tardía respecto a su antecedente británico y más cercano respecto al continental de Bélgica (1993) y Francia (1999)¹⁰⁴⁸. Su introducción en el plano normativo se produce con el Real Decreto 1259/1999, de 16 de julio, por el que se regulan las cartas de servicios y los premios a la calidad en la Administración General del Estado, aunque previamente la doctrina jurídica empieza a mostrar su recepción de los conceptos de calidad total en autores como Martín Mateo ya desde la mitad de la década¹⁰⁴⁹. El anclaje jurídico es posible encontrarlo en los novedosos principios que respecto a la Ley de 1958 introduce la Ley 30/1992 que en su artículo 35 recoge los derechos de los ciudadanos e interesados en el procedimiento estipulando el derecho a “obtener información y orientación acerca de los requisitos jurídicos o técnicos que las disposiciones vigentes impongan a los proyectos, actuaciones o solicitudes que se proponga realizar”, continuado en el desarrollo del principio de servicio a los ciudadanos del artículo 4.3. de la LOFAGE, que establece: “Todos los Ministerios mantendrán permanentemente actualizadas y a disposición de los ciudadanos en las unidades de información correspondientes, el esquema de su organización y la de los organismos

¹⁰⁴⁶ Tiene gran relevancia como aparece la reforma de la cultura legal en el primer término de las acciones para el nuevo modelo de gestión. Vid. ALBA, Carlos R. “Bureaucratic... Op. Cit. p. 100.

¹⁰⁴⁷ Arenilla establece una correlación entre la introducción de la calidad y la búsqueda de la valoración ciudadana de los servicios públicos, que incide más en una valoración emocional que racional de la actuación administrativa lo que reafirmaría su utilidad más como búsqueda de adhesión y legitimidad que eficacia y eficiencia. Vid. ARENILLA SÁEZ, Manuel. *La reforma administrativa desde el ciudadano*. Madrid, INAP, 2003. p. 223. También en este sentido. Vid. BAENA DEL ALCÁZAR, Mariano. *Curso de Ciencia de la Administración*. Volumen I, Madrid, TECNOS, 1984. 4ª edición reformada. p. 122.

¹⁰⁴⁸ Respecto a dichos antecedentes en un análisis comparado. Vid. OLIAS DE LIMA, Blanca. *La mejora de los servicios públicos...* Op. Cit.p. 5-6.

¹⁰⁴⁹ Un ejemplo de cómo los administrativistas clásicos a menudo muestran su vigor e inquietud doctrinal afrontando los temas innovadores de cada momento. Vid. MARTIN MATEO, Ramón. ““El sistema administrativo...Op. Cit. p. 7-27.

dependientes, y las guías informativas sobre los procedimientos administrativos, servicios y prestaciones aplicables en el ámbito de la competencia del Ministerio y de sus Organismos públicos”¹⁰⁵⁰.

Si volvemos al RD 1259/1999 ya se encuentra en su contenido una descripción detallada de la Carta de Servicios que se define como un instrumento de información de los servicios de la Administración a los ciudadanos, los compromisos de calidad en su prestación y los derechos de ciudadanos y usuarios ante estos servicios. En su segundo apartado, desarrollado en el artículo 4, se describe el contenido y la estructura de las cartas que incluye los datos de carácter general, legal, los compromisos de calidad y los considerados de carácter complementario. Sin embargo dicho Real Decreto es objeto en su elaboración de las severas críticas del dictamen 219/1996 del Consejo de Estado que señala las excesivas pretensiones de una norma cuya finalidad informativa pretende aumentar las obligaciones y responsabilidades de la Administración cediendo su regulación formal a una Unidad administrativa designada sin contar con otros órganos decisorios, por lo que consideraba que las Cartas en la citada redacción, no podían generar responsabilidad, ante ello el citado Decreto opta por remitir la interpretación de sus efectos a los tribunales, que en todo caso deja tal indeterminación administrativa en una cierta inseguridad jurídica.

VI.3.3.c El modelo de calidad: normas y organismos de referencia.

El modelo de calidad se generaliza como norma de referencia para las Administraciones Públicas a través de los estándares internacionales ISO y EFQM, en los que nos detenemos por su gran difusión y aceptación. Su introducción en el ámbito interno se produce en determinados sectores de las Administraciones Públicas como son la Administración Local y las Entidades públicas independientes. El ámbito externo corresponde a los requisitos impuestos a las empresas privadas que contratan a la Administración, aspecto este último ampliamente generalizado.

Modelos de normalización y certificación: ISO.

La ISO tiene su origen en la British Standard y la norma BS 5750, iniciativa que se produce en 1979 bajo el gobierno de Margaret Thatcher. Para su adopción e internacionalización, en 1987 el *British Standard Institute* (BSI) y el Gobierno británico deciden la creación de la ISO, cuyo objetivo es incorporar las técnicas de gestión importadas del modelo japonés para lo que se redacta la norma ISO 9000¹⁰⁵¹. Por otra parte, bajo un concepto similar aparece el sistema europeo de normalizaciones técnicas con: CENELEC, fundada en 1973 para la estandarización de las áreas de ingeniería eléctrica; *The European Telecommunications Standards Institute (ETSI)* creada en 1988 con la misma finalidad en

¹⁰⁵⁰ Vid. TORNOS MAS, Joaquín. “Las Cartas...” Op. Cit. p. 73-74.

¹⁰⁵¹ El BSI actualmente opera como entidad privada de carácter multinacional que presta servicios de formación, auditoría y certificación de las normas ISO y CEN/CENELEC.

el área de las telecomunicaciones; el Comité Europeé de Normalisation (CEN), fundado el 30 de octubre de 1975 como plataforma para el desarrollo de Estándares Europeos en el seno de la CEE, pero independiente institucionalmente de ésta, con el fin de potenciar el libre comercio, desarrollo económico y técnico, la protección de los consumidores y el medio ambiente. El conjunto de este entramado de instituciones normalizadoras tiene en común su carácter no lucrativo e independencia del marco institucional, que únicamente las ampara mediante el reconocimiento oficial al más alto nivel, (en los tres casos tratados, la CEE o actualmente la UE)¹⁰⁵². En 1991 se firma el Acuerdo de Viena entre CEN e ISO, que asegura la cooperación técnica recíproca, mutua representación con coordinación de reuniones y adopción de los mismos textos, integrando ambas organizaciones, continental y anglosajona, bajo un modelo coordinado¹⁰⁵³. Su estructura funciona por medio de comités especializados que elaboran las normas técnicas y una red de organizaciones privadas asociadas extendidas por los países miembros que actúan en la publicación, implantación, auditoría y certificación de las normas producidas en su seno.

El estándar ISO, organizado en un Comité Técnico formado por expertos internacionales (*ISO Technical Committee ISO/TC 176, Quality management and quality assurance*), elabora los ocho principios de gestión de Calidad que deben inspirar la gestión de las organizaciones y sirven de base a las normas del Sistema de Gestión de Calidad ISO 9000/9001¹⁰⁵⁴:

- 1.- Enfoque al cliente: las organizaciones dependen de sus clientes, por lo tanto deben comprender sus necesidades actuales y futuras, satisfacer sus requisitos y esforzarse en exceder sus expectativas.
- 2.- Liderazgo: los líderes establecen la unidad de propósito y la orientación de la organización. Deben crear y mantener un ambiente interno, en el cual el personal pueda llegar a involucrarse en el logro de los objetivos de la organización.
- 3.- Participación del personal: El personal, a todos los niveles, es la esencia de la organización, y su total compromiso posibilita que sus habilidades sean usadas para el beneficio de la organización.
- 4.- Enfoque basado en procesos: Un resultado deseado se alcanza más eficientemente cuando las actividades y los recursos relacionados se gestionan como un proceso.
- 5.- Enfoque de sistema para la gestión: identificar, entender y gestionar los procesos interrelacionados como un sistema, contribuye a la eficacia y eficiencia de la organización en el logro de sus objetivos.
- 6.- Mejora continua: la mejora continua del desempeño global de la organización, debe de ser un objetivo permanente de esta.
- 7.- Enfoque basado en hechos para la toma de decisiones: las decisiones eficaces se basan en el análisis de los datos y en la información previa.
- 8.- Relaciones mutuamente beneficiosas con el proveedor: una

¹⁰⁵² Se pueden encontrar en sus sedes electrónicas: <<http://www.cenelec.eu/>>; <<http://www.etsi.org/>>; <<http://www.cen.eu/cen/>> (Consultadas el 6 de mayo de 2013). Actualmente todas ellas se encuentran reguladas por la norma adoptada del Parlamento y el Consejo Europeo UE 1025/2012 publicada en el DOCE el 14 de noviembre de 2012 y con entrada en vigor el 1 de enero de 2013.

¹⁰⁵³ ISO, CEN. “Agreement on technical co-operation between ISO and CEN (Vienna Agreement)”. v.3.3. 20 de septiembre de 2001.

¹⁰⁵⁴ Los estándares ISO 9000 corresponden a la familia de la gestión de la calidad: ISO 9001:2008 expone los requerimientos de un sistema de gestión de calidad; ISO 9000:2005 cubre el lenguaje y los conceptos básicos; ISO 9004:2009 enfoca la mejora de la eficacia y eficiencia del sistema; ISO 19011:2011 expone las guías de las auditorías internas y externas del sistema de gestión de calidad en <http://www.iso.org/iso/home/standards/management-standards/iso_9000.htm> (consultado el 30 de abril de 2013). El precedente se encuentra en la revisión del año 2000 de las normas ISO 9000, fundamentado en los ocho Principios citados, por el que se pasa del concepto de aseguramiento de la calidad a la gestión de la calidad, acercando así el estándar al modelo EFQM.

organización y sus proveedores son interdependientes, y una relación mutuamente beneficiosa aumenta la capacidad de ambos para crear valor¹⁰⁵⁵.

Estos principios guían los elementos del sistema de calidad, hasta el punto de que se puede establecer una relación entre ellos y las partes en que se describen las normas ISO 9000 y la ISO 9004¹⁰⁵⁶. El enfoque axiológico permite vislumbrar el carácter deductivo de los principios de calidad en la norma ISO, cuya esencia epistemológica se basa en el conocimiento del ámbito funcional y organizativo para la creación de un modelo autocontenido en los requisitos para su cumplimiento.

Bajo estas premisas las normas ISO relacionadas con el sistema de gestión de la calidad asimilan un conjunto de técnicas de gestión ya asentadas en la práctica empresarial y organizacional cuya implementación se simplifica en una alta estandarización que permite guiar los procesos de documentación del sistema de forma fácilmente auditable mediante protocolos de control que deben aplicarse a las diferentes formas de gestión adoptadas en la práctica. El modelo ISO 9000 ha recibido numerosas críticas, entre otras, por su desviación del modelo de Edwards Deming, en definitiva, del sistema de calidad japonés original que se trata de emular¹⁰⁵⁷. Las principales diferencias se encuentran en una calidad basada en la estandarización de los procesos de producción de los bienes y servicios que permiten la mejora de los resultados obtenidos, en el caso del modelo de Deming, y una estandarización específica de los procesos de control e inspección de la calidad que operan sobre dicha producción, en el modelo ISO. En 1998, justo antes de la aparición de la versión ISO 9000:2000 que actualiza la norma hacia el sistema de gestión de calidad, John Seddon formula diez argumentos contra la norma ISO 9000, algunos de ellos son contestados en los principios de calidad enunciados posteriormente, aunque al basarse en estudios empíricos sobre la aplicación de aspectos esenciales en esta norma trascienden en la práctica esos enunciados teóricos¹⁰⁵⁸ :

Seddon señala que las especificaciones de la norma desembocan en perjuicios a los clientes debido a que fijan cláusulas rígidas de trato que contradicen el principio de libre elección en el mercado al coartar ante diferentes requerimientos de aquellos la adopción flexible de respuestas de valor añadido. Asimismo, acaba constatando que ISO 9000 ha coartado las buenas relaciones entre la organización y el proveedor. Por otra parte, la gestión de la calidad no puede basarse en la inspección, si no en la mejora

¹⁰⁵⁵ Vid ISO. *Quality management principles*. VISIBLE en <http://www.iso.org/iso/qmp_2012.pdf> (consultado el 6 de mayo 2013). Vid. NAVA CARBELLIDO, Víctor Manuel y JIMÉNEZ VALADEZ, Ana Rosa. *ISO 9000: 2000: Estrategias Para Implementar La Norma De Calidad Para La Mejora Continua*. Madrid, Editorial Limusa, 2003. p. 17-21.

¹⁰⁵⁶ Vid. NAVA CARBELLIDO, Víctor Manuel y JIMÉNEZ VALADEZ, Ana Rosa. *ISO 9000: 2000: Estrategias Para Implementar La Norma De Calidad Para La Mejora Continua*. Madrid, Editorial Limusa, 2003. p. 17-21.

¹⁰⁵⁷ Para una visión crítica clásica de las normas de calidad basadas en las normas ISO, Vid. SEDDON, John. *In pursuit of quality: the case against ISO 9000*. Cornell University, Oak Tee Press, 1997. En una versión más completa y actualizada. Vid. SEDDON, John. *The case against ISO 9000*. Oak Tee Press, 2000.

¹⁰⁵⁸ Resumen realizado por Seddon de sus argumentos en torno a ISO 9000. Vid. SEDDON, John "Rather than improving the quality and competitive position of organizations, ISO 9000 has made matters worse" en ISO 9000 NEWS, n. 4, 1998. p. 12-15.

continua, métodos que resultan incompatibles, como se muestra en las diferencias entre ellos. Como ejemplo ilustrativo, tras la Segunda Guerra Mundial (en adelante, SGM), las industrias de armamento británicas, por razones de seguridad, utilizan rígidos procedimientos de control del proceso, basados en las normas de aprovisionamiento del Ministerio de Defensa consideradas antecedentes de la norma ISO 9000, mientras, utilizando criterios de eficacia, durante la guerra, en Estados Unidos aplicaban el método de reducción de la variabilidad, impulsado por Deming, basado en el control de los procesos de producción que asegura el cumplimiento de las especificaciones del producto bajo el principio de obtener resultados homogéneos en sus características¹⁰⁵⁹. Para Seddon ISO 9000 parte de la presunción errónea de que el trabajo se controla mejor por especificar y controlar procedimientos, además se constata que con la norma se disuade al gestor de aplicar métodos de control de calidad al producto, como trata de hacer la teoría de la variación. Finalmente, el concepto de calidad queda condicionado por la acción de los auditores, además sus instrumentos formales de control sub optimizan los resultados y obligan a prestar atención sólo a los elementos afectados por los controles.

La introducción de las normas ISO 9000 en la Administración pública se produce principalmente a través de la contratación pública de bienes o servicios. Dentro de los últimos se puede distinguir una afectación externa, mediante la dotación de obras o asistencias técnicas cuyos adjudicatarios deben someterse al cumplimiento de las normas, o con afectación interna a la prestación del servicio público, cuando éste se produce mediante la externalización de funciones o concesión de explotación de servicios a empresas adjudicatarias.

Modelos de Autoevaluación: EFQM, CAF y EVAM.

Dentro del modelo europeo de calidad se ha mencionado la *European Foundation of Quality Management*, conocida por sus siglas EFQM¹⁰⁶⁰. Se distingue del modelo ISO, que surge por iniciativa pública para sustentarse en una organización privada de estandarización, por partir de una iniciativa privada amparada por la Comisión Europea para posteriormente quedar tutelada por agencias públicas, como en el caso de España con AEVAL, que se convierte en entidad certificadora¹⁰⁶¹. Surge con el propósito general de impulsar un modelo europeo de calidad, apto para el sector público y privado, a

¹⁰⁵⁹ Vid. DELGADO DE LA TORRE, Rosario. *Probabilidad y estadísticas para ciencias e ingenierías*. Madrid, Delta, 2008. p.313-315. En el capítulo 8, a partir del concepto de calidad basado en la correlación entre las características del producto y la capacidad de satisfacer unas necesidades concretas – basado en el documento ANSI/ASQC Standard AE (1978) - se define la correlación entre calidad y variabilidad y los procesos de control asociados, caracterizados por el uso de métodos estadísticos.

¹⁰⁶⁰ Para el acceso a la *European Foundation of Quality Management*: <<http://www.efqm.org/en/>> (consultado el 7 de mayo de 2013). La bibliografía sobre el modelo EFQM es muy abundante se pueden destacar algunas obras de referencia que lo contextualizan y sistematizan haciendo referencia a su adaptación al sector público. Vid. MEMBRANO MARTÍNEZ, Joaquín. *Innovación y mejora continua según el modelo EFQM de excelencia*. Madrid, Díaz de Santos, 2002. 2ª ed. p. 231-237.

¹⁰⁶¹ Para el acceso a la Agencia de Evaluación y Calidad: <<http://www.aeval.es/es/>> (consultado el 7 de mayo de 2013).

partir de la creación de un Modelo de Excelencia y del Premio Europeo a la Calidad, imitando para ello los *Malcolm Baldrige National Quality Award* de los Estados Unidos y el *Premio Deming* en Japón, pionero y referente fundamental de esta modalidad¹⁰⁶².

El modelo EFQM, sin contraponerse al modelo ISO, a diferencia de éste, se presenta como no normativo, aunque finalmente se sujeta a procedimientos de certificación que acreditan los niveles de cumplimiento. Se basa en la autoevaluación a partir de unos conceptos fundamentales o principios de gestión de calidad total y los criterios utilizados para realizar el análisis del funcionamiento del sistema de gestión a los que se aplican un conjunto de reglas con las que se evalúa el comportamiento de la organización¹⁰⁶³. Los criterios de evaluación de EFQM consideran dos apartados: agentes facilitadores (liderazgo, personas, estrategia, alianzas y recursos, procesos) y resultados (de las personas, clientes, sociedad y negocio). Respecto a la evaluación se crea un marco dinámico denominado RADAR a partir de un cuestionario estructurado que permite analizar el rendimiento de la organización a partir de la elaboración de un plan, el despliegue, la evaluación y la obtención de resultados formando un círculo de mejora continua. Una vez realizada la evaluación externa, a través de un sistema de puntuación, se produce la certificación otorgando Sellos de Excelencia a las organizaciones en cuatro niveles que califican el Modelo de Excelencia alcanzado. Paralelamente los Premios Europeos a la Calidad culminan el sistema de evaluación y reconocimiento otorgado por el Modelo¹⁰⁶⁴.

El modelo EFQM se adapta a la Administración pública a través del *Common Assessment Framework* (CAF), bajo dos principios: especificidad en su adaptación a las organizaciones de la Administración pública y compatibilidad con los principales modelos organizacionales empleados en Europa. Surge como iniciativa del Consejo de Ministros de Administraciones Públicas de la UE conjuntamente con las Direcciones Generales correspondientes de la Comisión Europea. Para su desarrollo, los representantes de los 15 Estados y la Comisión forman el *Innovating Public Services Group* (IPSG) preparatorio de la Conferencia Internacional de Mejores Prácticas, celebrada en Lisboa del 10 al 12 de mayo de 2000, que adapta conjuntamente las características de los modelos EFQM y el alemán SPEYER.

El diseño del Marco Común de Evaluación, conocido como modelo CAF (*Common Assessment Framework*), se realiza en tres etapas: primera, en 1998, fruto de la colaboración de la EFQM, la

¹⁰⁶² Los premios *Malcolm Baldrige* y *Deming* pueden consultarse respectivamente en <<http://www.nist.gov/baldrige/>> y <<http://www.juse.or.jp/e/>> (consultados el 7 de mayo de 2013).

¹⁰⁶³ EFQM. *An overview of the EFQM Excellence Model*. Bruselas, 2012. Se evidencia el apoyo de la UE en la introducción de Herman van Rompuy.

¹⁰⁶⁴ Respecto a una visión crítica de la eficacia del sistema de premios ante la falta de una valoración de impacto científica y por las organizaciones del sector público resulta interesante el trabajo de Bovaird y Löffler. Vid. BOVAIRD, Tony y LÖFFLER, Elke. "Performance Assessment of Service Quality: Lessons from UK National Initiatives to Influence Local Government" en *International Review of Administrative Sciences*, v. 75, n. 3, 2009. p. 383-401.

Academia Speyer y el European Institute of Public Administration (EIPA); segunda, en 1999 bajo la presidencia alemana y las directrices de la Academia Speyer; tercera, tras su experimentación en diversas instituciones de varios Estados es revisado hasta una mayor adaptación al original de EFQM que se presenta en la Segunda Conferencia de Calidad para las Administraciones Públicas de la Unión Europea celebrada en Copenhague del 2 a 4 de octubre de 2002¹⁰⁶⁵. Su aplicación se diversifica en los programas de Gestión de Calidad de los Estados europeos con utilización de variantes metodológicas del modelo que convergen en el Programa del Premio Europeo a la Calidad, donde confluye el sector público y el privado, o ya en el campo específico del sector público y promovido por EIPA en el European Public Sector Award (EPSA)¹⁰⁶⁶. En ese sentido el modelo CAF actúa como marco introductorio a la aplicación de la Gestión de Calidad bajo el modelo de autoevaluación para la coordinación de los diferentes modelos nacionales compatibilizando sus resultados y facilitar el benchmarking entre las diferentes administraciones del sector público. Esta coordinación permite que el CAF sirva de marco para el desarrollo o la adopción de adaptaciones metodológicas a los diferentes Estados en el marco de la Gestión de Calidad basada en el modelo EFQM para las Administraciones Públicas.

En este contexto, bajo la tutela de AEVAL, el Modelo EVAM constituye la adaptación del modelo CAF a la Administración General del Estado, que despliega el Programa de Reconocimiento a la Excelencia a través de los subprogramas de Reconocimiento a la Excelencia y Premios a la Innovación y Calidad en la Gestión Pública¹⁰⁶⁷.

De forma común a la familia de EFQM, la adaptación del modelo EVAM presenta unos rasgos diferenciadores respecto a las características del modelo EFQM originario, entre otros: simplificación de la estructura del modelo respecto a EFQM y CAF con disminución del número de criterios (ejes en EVAM) unificando liderazgo y estrategia y fusionando los criterios de resultados en un solo eje; se reduce también el número de subcriterios pasando de 27 en CAF a 16 en EVAM¹⁰⁶⁸; especificación las características organizativas en el proceso de evaluación con requisitos de formación del equipo evaluador interno que exigen la homologación por parte de la AEC o empresas licenciatarias autorizadas; concreción del proceso de evaluación (esquema EVAMED) con preguntas y puntos de

¹⁰⁶⁵ RUIZ LÓPEZ, Joaquín. “CAF: una metodología europea de autoevaluación para mejorar las organizaciones públicas” en *Implantación de sistemas de gestión de la calidad en los servicios sociales. Universidad de Castilla La Mancha, cursos de verano*. Alcázar de San Juan, 14-15 de julio de 2003. <<http://www.uclm.es/bits/sumario/23.asp#inicio>> (consultado en 8 de mayo de 2013).

¹⁰⁶⁶ Sobre el papel del Premio Europeo del Sector Público promovido por EIPA. Vid. HEICHLINGER, Alexander. “EPSA – A Driver for Public Sector Excellence in Europe” en HEICHLINGER, Alexander (ed.). *EPSA Trends in Practice. Driving Public Sector Excellence to Shape Europe for 2020*. Maastricht, EIPA, 2011. p. 7-16.

¹⁰⁶⁷ Vid. VV.AA. *Guía de Evaluación. Modelo EVAM. Modelo de Evaluación, Aprendizaje y Mejora*. Madrid, AEC-Ministerio de Presidencia, 2009.

¹⁰⁶⁸ Vid. *Ibid.* p.14. Muestra el cuadro de ejes de EVAM.

verificación; pautado en una etapa de aproximación a la evaluación, con un cuestionario específico, que permita orientar o en su caso emprender acciones de mejora previas a la evaluación definitiva; tasación del proceso de certificación obtenida de acuerdo con la puntuación alcanzada en el proceso de evaluación en cumplimiento del artículo 6.2., párrafo k. del Estatuto de AEVAL, aprobado por el RD 1418/2006, de 1 de diciembre y en la Resolución reguladora del procedimiento; Estandarización de los diferentes elementos del proceso hasta la especificación detallada de los formatos de los entregables, resultados y documentos finales (Cuestionarios, Documento Marco de Actuación, Manuales de Actuación -por cada una de los sub criterios establecidos en los ejes-).

Afectaciones del modelo de calidad al régimen jurídico público.

La penetración de los sistemas de calidad, especialmente en los servicios administrativos sensibles al control jurídico público, pero también al resto de servicios públicos, presenta la introducción de procedimientos de control extrajurídicos de concretas consecuencias en el diseño de la gestión pública. En la parte interna estos servicios pueden quedar sujetos a la discrecionalidad técnica de entidades ajenas a la Administración, en la medida que los actos se determinen por normas de control de productos o servicios reguladas por entidades privadas de carácter técnico¹⁰⁶⁹; en la parte externa, las normas técnicas privadas se imponen como requisitos o especificaciones que deben cumplir los contratistas y, por ende, la propia Administración, aún cuando concurren con regulaciones que pueden tener la reserva del régimen jurídico público¹⁰⁷⁰. En ciertos casos puede ampararse en la concesión a dichas entidades de cobertura legislativa, tal y como sucede con la normativa europea reguladora de los organismos de normalización del citado Reglamento UE 1025/2012, cuya protección jurídica los aproxima a la figura de la administración especial. Sin embargo, tal vez deben considerarse algunos puntos antes de su adopción: la propia discusión científica sobre la adecuación general o para determinados casos de dichas normas; fruto de las conclusiones obtenidas allí, la sujeción de la aplicación de dichas normas a través de agentes privados, admitida su desregulación profesional ya citada, al menos a los principios de libre competencia o al reciente principio de liberalización de

¹⁰⁶⁹ Estas entidades, delimitadas por el ejercicio de profesiones técnicas, han pasado de su regulación pública al asociacionismo privado con técnicas de autorregulación. DARNACULLETA I GARDELLA, Mercè. *Autorregulación...* Op. Cit. p. 95-97.

¹⁰⁷⁰ Incluidos los límites de la discrecionalidad normativa otorgada a la Administración sea abierta por potestad reglamentaria o encubierta por la discrecionalidad normativa otorgada a la Administración Vid. SCHMIDT-ASSMANN, Eberhard. *Teoría general...* Op. Cit. p. 213. Silvia del Saz define una “reserva de Derecho administrativo” vinculada a la CE art. 103-106, como límites que el legislador no puede trasvasar en el ordenamiento jurídico administrativo. Vid. DEL SAZ CORDERO, Silvia. “Desarrollo y crisis del Derecho administrativo. Su reserva constitucional”, en *Nuevas perspectivas del Derecho Administrativo. Tres estudios.* (ed. Carmen Chinchilla, Silvia Del Saz y Blanca Lozano). Madrid, Ed. Universidad Nacional de Educación a Distancia y Editorial Civitas, S. A., 1ª edición, 1992. Madrid, Ed. Universidad Nacional de Educación a Distancia y Editorial Civitas, S. A, 1992. 1ª edición. p. 177-178.

actividades profesionales¹⁰⁷¹; la homologación pública ex-post al marco jurídico con el que concurren en las propuestas de organización y funcionamiento públicos.

Dentro de este ámbito jurídico se encuentra el Real Decreto 951/2005, de 29 de julio, por el que se establece el marco general para la mejora de la calidad en la Administración General del Estado. Destaca en la introducción el entronque de la disposición con las dos leyes básicas del Régimen jurídico administrativo: “Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común, así como de los principios de funcionamiento establecidos en los artículos 3 y 4 de la Ley 6/1997, de 14 de abril, de Organización y Funcionamiento de la Administración General del Estado” a las que esta norma se subordina en el cumplimiento de su exigencia de “la mejora de los servicios públicos atendiendo a las demandas de los ciudadanos”.

Los capítulos de esta norma reciben la denominación de programas que en sus diferentes ámbitos de aplicación se enmarcan en el concepto de calidad y en su finalidad de consecución de su mejora. Por lo tanto la definición de Calidad consta de las siguientes materias de actuación: demanda y evaluación de la satisfacción de los servicios por los usuarios, cartas de servicios, quejas y sugerencias, evaluación de la calidad de las organizaciones, reconocimiento y observatorio de la calidad (capítulos II a VII). Los niveles de responsabilidad fijados en cada Departamento son asignados a la Secretaría General Técnica y expresamente a la Inspección General de Servicios, órgano interno que hasta el presente tenía encomendadas las labores de control y mejora de los servicios administrativos contemplando los aspectos procedimentales y organizativos sin perjuicio en este último de las competencias de las áreas de función pública. Por otra parte se crea la ya mencionada Agencia Estatal de Evaluación de las Políticas Públicas y Calidad de los servicios, actual AEVAL, cuyas competencias son coincidentes con cada uno de los programas. Se trata en su conjunto de una norma de perfeccionamiento y mejora de la Administración que estructura bajo la materia de Calidad, la parte más funcional y representativa de las actuaciones de modernización.

Por otra parte la norma fija instrumentos sin elementos sancionadores ni disciplinarios, cuya finalidad será consultiva y de apoyo a la gestión y control del conjunto de la Administración, lo que le otorga una característica indicativa en la fijación de objetivos que el propio régimen jurídico arrastra al nivel reglamentario en la jerarquía de fuentes. También se puede señalar la fiel adopción del modelo EFQM recogido en los capítulos V y VI, programas de evaluación de la calidad y reconocimiento

¹⁰⁷¹ Normativa estatal en fase de proyecto que se desarrolla a raíz de la Directiva 2006/123/CE del Parlamento europeo y del Consejo de 12 diciembre de 2006 relativa a los servicios del mercado interior, cuyo mandato sobre libertad de establecimiento y libre circulación de servicios fue promulgado por la Ley 25/2009, de 22 de diciembre de 2009, de modificación de diversas leyes para su adaptación a la Ley sobre el libre acceso a las actividades de servicios, y su ejercicio extiende su aplicación a las actividades y servicios profesionales.

respectivamente, marco que no queda citado ni remitido y sí, en su lugar, la asignación de la tutela y responsabilidad sobre la definición, coordinación, y soporte formativo a AEVAL, sin perjuicio de un alto grado autonomía para su desarrollo por cada órgano de la Administración. No obstante, la elevada indeterminación de los requisitos técnicos y necesidades que contrae esta norma lleva a elaborar la Resolución de 6 de febrero de 2006, de la Secretaría General para la Administración Pública, por el que se aprueban las directrices para el desarrollo de los programas del marco general para la mejora de la calidad, cuyo nivel normativo parece que se ajusta restrictivamente al carácter imperativo y ámbito general de las medidas y actuaciones recogidas.

VI.4 Aplicación de los principios y métodos técnicos en las actuaciones de modernización.

Para el análisis de los principios de gestión aplicados en España se procederá a examinar un conjunto de ochenta y siete pliegos de contratación publicados durante el periodo entre los años 2003 a 2012. La selección de la muestra utiliza un método no probabilístico bajo una variante de muestreo subjetivo por decisión razonada y no casual. El criterio de racionalidad reside en la filtración efectuada por agentes de mercado con un acceso al conocimiento de aquellos concursos públicos que plantean iniciativas o proyectos de modernización administrativa en las diferentes áreas de la gestión pública, a instancia por lo tanto de la aparición positiva de oferta pública, pero dentro de ella, por la motivación de participar en las inversiones o gastos de actuaciones relacionadas con dicha modernización que tienen efectos finales en actuaciones tecnológicas. La relación entre la modernización de la gestión pública y la aplicación de los recursos tecnológicos disponibles se verá detenidamente en el siguiente capítulo, baste ahora con señalar que para los fines probatorios de la relevancia adquirida por los principios de gestión pública identificados en el actual capítulo, adquiere un especial valor el carácter material que conllevan las inversiones en tecnología como sustrato de los cambios introducidos en la gestión pública¹⁰⁷².

VI.4.1 Estudio de casos: principales atributos de la muestra.

Dichas actuaciones se clasifican en una serie de tipos básicos de aplicación. En dichos tipos básicos se han considerado las tres administraciones más una mixta “autonómica-local” que hace referencia a aquellas actuaciones de contratación autonómica dirigidas a la administración local, y por lo tanto ejecutadas por ésta. La consideración de la otra posible “central-local” se ha embebido en el tipo

¹⁰⁷² La implicación entre la implantación de las TIC y los procesos de modernización queda expresado por José Ignacio Criado del siguiente modo: “...los procesos de adquisición, gestión y utilización de las TIC no sólo están caracterizados por su vertiente tecnológica, es decir, un grupo de proyectos tecnológicos o tecnologías concretas, sino que llevan aparejados una serie de reglas, valores, rutinas, símbolos que se encuentran íntimamente ligados a la manera en que se incorporan, utilizan y difunden aquéllas dentro de las organizaciones públicas y que dan forma a la faceta político-administrativa de este fenómeno”. Vid. CRIADO, José Ignacio. *Entre sueños...* Op. Cit. p. 52-53.

“local” debido a que gran parte de las inversiones de las administraciones locales tienen su origen en la financiación estatal bajo ciertas medidas de supervisión central, si bien su dirección se ha efectuado desde aquellas, prevaleciendo así el criterio técnico de la ejecución. A continuación se muestra la definición de los tipos de Administración (Tabla 6.1) y objeto de contratación (Tabla 6.2) cuyos valores se distribuyen según la representación obtenida en los gráficos 6.1 y 6.2 respectivamente.

Central	Entidad contratante perteneciente a la AGE
Autonómica	Entidad contratante perteneciente a la administración de las comunidades autónomas
Local	Entidad contratante perteneciente a la administración de entes locales
Autonómica-Local	Entidad contratante de las comunidades autónomas con inversión destinada a las administraciones locales bajo su tutela

Tabla 6.7: Descripción de tipos de Administración

Oficina Técnica	Servicio de gestión técnico/administrativa de proyectos
Plan Director	Elaboración de un Plan de acciones con un horizonte estratégico
S.I.	Implantación de un Sistema de Información
Consultoría	Servicio de asesoramiento , estudio y análisis
Implantación	Implantación tecnológica y funcional de un modelo de gestión integrado

Tabla 6.8: Descripción de objetos de contratación

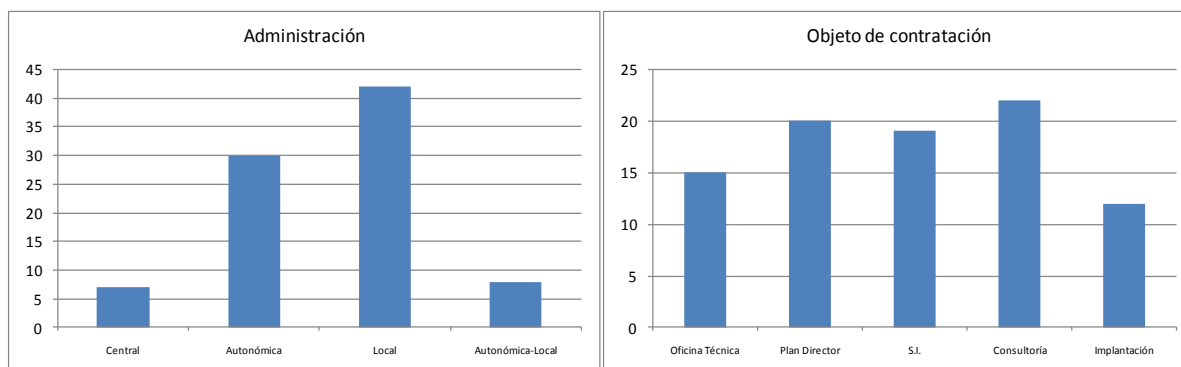


Gráfico 6.1: Volumen de licitaciones por tipos de Administración

Gráfico 6.2: Volumen de licitaciones por objeto de contratación

Otra visión de interés es la periodificación de las actuaciones y el objeto de contratación que permite desvelar el volumen y la distribución de las actividades de contratación arrojadas por la muestra en el alcance temporal de las acciones de modernización a través de las licitaciones públicas.

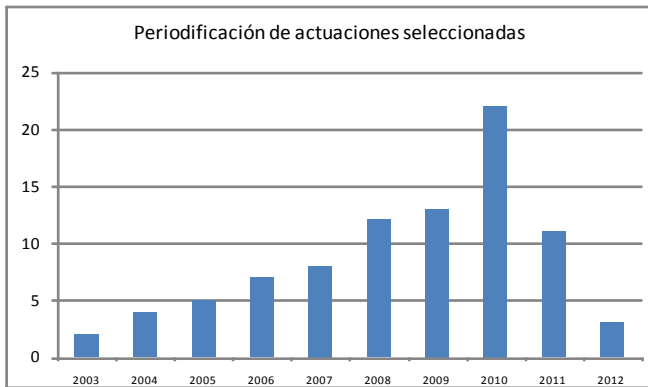


Gráfico 6.3: Volumen de licitaciones por año

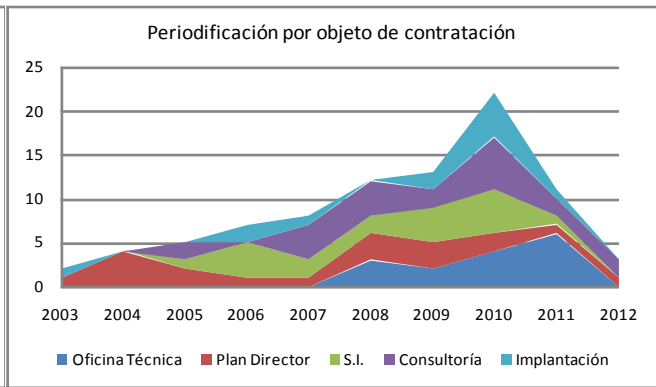


Gráfico 6.4: Impacto del objeto de contratación por año

Se debe recordar que esta muestra no presenta el universo total de concursos públicos, si no ciertas actuaciones de modernización acotadas a través del método de selección por su pertinencia en la definición y organización del negocio público que acompaña la adquisición tecnológica. A partir de ella se puede observar el proceso de continuo crecimiento en el volumen total mostrado en el gráfico 6.3, que llega al periodo álgido de 2010 donde se produce el máximo apogeo de los programas europeos cofinanciados por la Administración, el impulso de los programas de expansión de la Administración electrónica y de forma más moderada el aprovechamiento de las políticas de estímulo en los inicios de la crisis económico-financiera con los programas de inversión en municipios¹⁰⁷³. En la perspectiva de los objetos de contratación, que se representa en el gráfico 6.4, destacan las asistencias técnicas de implantación integral y consultoría con la introducción en el último periodo de las oficinas técnicas, que pasa a representar la forma habitual de abordar una mayor complejidad y especialización en la gestión de las actuaciones completando los medios técnicos de la Administración. Finalmente, en el periodo 2011 y 2012, la presión de la situación económica y las políticas recesivas de reducción del gasto llevan a un irrevocable descenso de las inversiones.

En segundo término se han utilizado como variables de clasificación el tipo de contratación y el perfil de requerimientos, que de acuerdo a las posibles actuaciones de modernización administrativa

¹⁰⁷³ “El Plan Avanza, aprobado por el Consejo de Ministros del 4 de noviembre de 2005, se enmarca en los ejes estratégicos del Programa Nacional de Reformas diseñado por el Gobierno para cumplir con la Estrategia de Lisboa. En concreto, el Plan Avanza se integra en el eje estratégico de impulso al I+D+i (Investigación+Desarrollo+innovación) que ha puesto en marcha el Gobierno a través del Programa Ingenio 2010”. Resumen ejecutivo del Plan Avanza I en <<https://www.planavanza.es/INFORMACIONGENERAL/PLANAVANZA1/Paginas/ResumenEjecutivo.aspx>> (consultado el 12 de enero de 2014). En los planes Avanza las medidas de modernización y mejora de los servicios públicos que afectan a su gestión interna son un área de actuación más insertada en un Plan que enmarca el conjunto de políticas de fomento de la sociedad de la información en áreas consideradas clave para el desarrollo social y económico. Resulta un claro ejemplo de cómo la gestión pública pasa a formar parte de las políticas públicas. Para ver una exposición sistemática del Plan Avanza y el Plan Moderniza 2006-2008, Vid. GALVAN RUIZ, Jesús y GARCÍA LÓPEZ, Pedro. *La Administración Electrónica en España*. Madrid, ARIEL-INAP, 2007. p, 45-71.

tratan de mostrar el perfil general de las actuaciones contempladas dentro de la muestra permitiendo ponderar su significado cualitativo.

Dentro de las características de la muestra, sin que por lo tanto se aporten datos totales de licitación en contrataciones TIC, se aprecia la evolución creciente hasta el periodo en que se hacen significativos las drásticas reducciones de las inversiones en innovación tecnológica. Las reducciones presupuestarias ante la crisis de financiación pública actúan en este sentido a partir del año 2011.

Los tipos de contratación se identifican y definen en la tabla 6.3 y el perfil de requerimientos de la actuación analizada en la tabla 6.4. Todas las fuentes y gráficos que se presentan en este epígrafe parten de los datos de la muestra y son, a partir del análisis efectuado, de elaboración propia.

Asistencia Técnica	Contratos directos de prestación servicios
Outsourcing	Contratos de servicios indirectos de la administración
Suministro y/o instalación	Contratos de provisión de bienes y servicios anejos
Convenio	Acuerdo o Convenio entre administraciones

Tabla 6.9: Descripción de tipos de contratación

Estratégico	Actuaciones de previsión a medio y largo plazo sobre políticas y gestión pública
Funcionales	Actuaciones de definición funcional
Tecnológico	Actuaciones de diseño-implantación en TIC
Estratégico-Tecnológico	Actuaciones de previsión a medio y largo plazo en TIC
Funcional-Tecnológico	Actuaciones funcionales aplicadas a las TIC
Gestión Tecnológica	Actuaciones de gestión en TIC
Gestión Pública	Actuaciones en definición de organización y gestión de servicios públicos

Tabla 6.10: Descripción de perfil de requerimientos

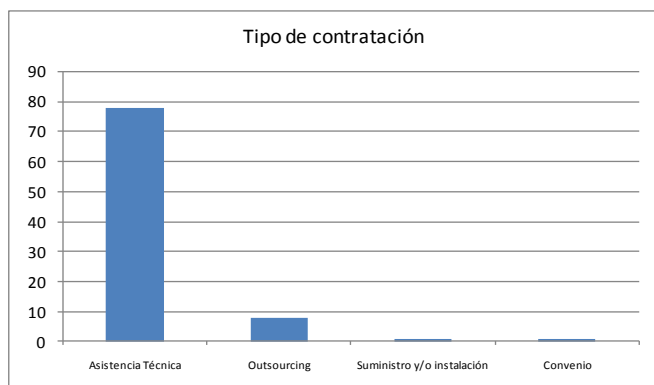


Gráfico 6.5: Volumen de licitaciones por tipo de contratación

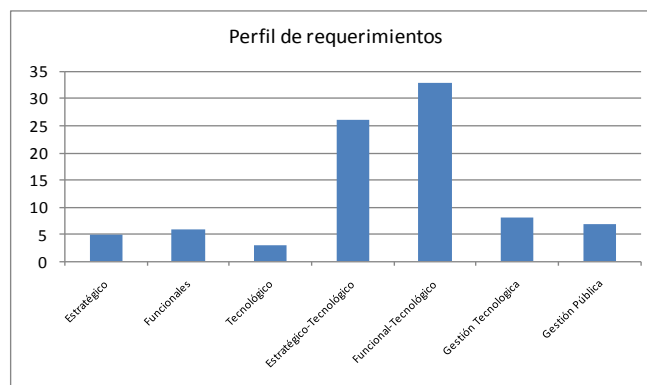


Gráfico 6.6: Volumen de licitaciones por perfil de requerimientos

En las representaciones de los gráficos 6.5 y 6.6 se puede apreciar que predominan determinados valores: la asistencia técnica en el tipo de contratación y el estratégico-tecnológico y funcional-tecnológico en el perfil de requerimientos. Las actuaciones contempladas seleccionan aquellas con un

perfil conceptual en el apoyo a la modernización administrativa respecto a otras actividades más operativas o instrumentales en sus requerimientos.

No obstante se manifiesta la tendencia general a reforzar trabajos contratados donde predomina la necesidad de prescripción y definición de modelos, más allá de una asistencia técnica puramente instrumental. Las Administraciones Públicas, en efecto necesitan incorporar a sus modelos estudios estratégicos y funcionales que enmarquen sus actuaciones, no sólo tecnológicas sino también, dentro de ellas, con soluciones de negocio y apoyos externos solicitados al sector privado en el mercado. Esto no implica que el pretexto estratégico y funcional acabe modificando el modelo administrativo de referencia, impacto que no se ve en estos datos, pero que podemos anticipar que se produce en menor medida.

VI.4.2 Criterios de evaluación de las actuaciones de modernización.

Para la evaluación de las actuaciones, como objeto de este análisis, se han contemplado las técnicas básicas consideradas en el presente capítulo. En este sentido se han atribuido a los contenidos en los documentos de licitación de las diferentes actuaciones los siguientes criterios:

Gestión por Procesos	La actuación propuesta se ajusta a un enfoque organizativo de gestión por procesos
Orientación a ciudadano	La actuación propuesta persigue el servicio al ciudadano
Planeamiento estratégico	La actuación propuesta se basa en un enfoque estratégico
Descentralización	La actuación propuesta propone formas descentralizadas de gestión
Evaluación y control	La actuación propuesta se sujeta a procedimientos de evaluación y control en los resultados obtenidos (interna) o en el objeto de la misma (externa)
Calidad	La actuación propuesta contiene procedimientos de gestión y/o aseguramiento de calidad

Tabla 6.11: Descripción de criterios contenidos en las licitaciones

Para cada uno de los criterios se aplican finalmente diferentes grados de utilización de las técnicas consideradas en la exposición de las diferentes actuaciones de acuerdo a sus especificaciones:

Sólo declarativo	El criterio queda expresamente declarado en los fundamentos del documento de licitación pero carece de requerimientos para hacerse efectivo
Sólo efectivo	El criterio no se encuentra expresamente declarado, pero sí posee requerimientos que permiten su cumplimiento
Declarativo y efectivo	El criterio se encuentra formalmente declarado y con requisitos para su cumplimiento
No significado	El criterio no se considera

Tabla 6.12: Definición de grados de utilización de los criterios en las licitaciones

En la aplicación de los grados a los criterios en las actuaciones analizadas se encuentra, globalmente considerada, la siguiente relación de impacto por unidades:

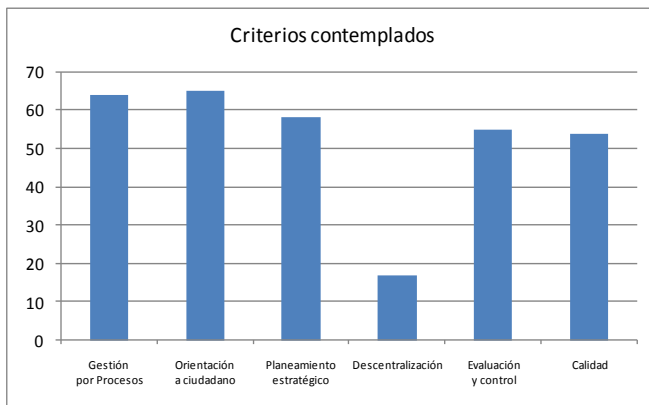


Gráfico 6.7 Criterios de clasificación de licitaciones

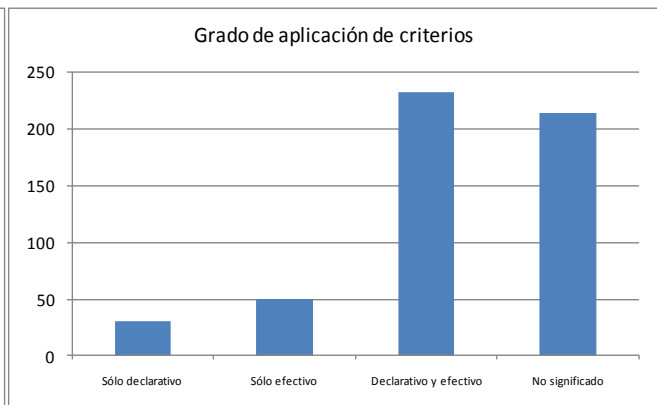


Gráfico 6.8 Grados de aplicación de criterios de clasificación de licitaciones

En el gráfico 6.7 se puede apreciar el número de casos que se presentan para cada uno de ellos, considerados todos aquellos que se asignan con cualquier valor distinto a “no significado”, es decir, las actuaciones que presentan en su especificación implicación de algún tipo de los criterios. Destaca en estos primeros resultados la mayor presencia de la “gestión por procesos” y “orientación al ciudadano”, y en general, la consideración de la mayoría. Sólo queda claramente marginal el criterio de “descentralización”, cuyo menor presencia aparece como una característica en las actuaciones de gestión interna. Refleja tanto el escaso o nulo apoyo a la desconcentración de la gestión como la fuerte centralización de los procesos en la gestión tecnológica.

En el gráfico 6.8, el reparto de los grados de aplicación de los criterios de clasificación alcanza un gran equilibrio entre la aplicación plena del conjunto de los criterios y la no significación. No obstante, agregando a “declarativo y efectivo” la aplicación de “sólo efectivo” y “sólo declarativo” arroja una amplia utilización de los criterios o técnicas de gestión contempladas en la investigación y tomadas en su conjunto. Suficiente para evidenciar deficiencias comparativas en aquellos casos donde los criterios asignados a las técnicas de gestión pública tratadas quedan como “no significados”.

VI.4.3 Impacto de las técnicas de modernización en las actuaciones administrativas.

Existen, no obstante, dos elementos que inciden en la capacidad de estos resultados para llegar a una valoración de impacto que arroje conclusiones más firmes: la ponderación entre ellos, mediante ratios que permitan apreciar el peso relativo en el uso de las técnicas de gestión; y el impacto social, es decir, la población potencial afectada por las actuaciones, más allá de la cuantificación de su utilización efectiva, cuya relevancia específica varía según cada administración concreta con datos de difícil o imposible obtención.

Por lo tanto, con el fin de perfeccionar la valoración se trata de aplicar la dimensión poblacional dependiente de las administraciones que promueven las actuaciones modernizadoras estudiadas con una ponderación en términos porcentuales para cada uno de los criterios analizados. En este sentido, se

presentan los porcentajes de población afectada sobre el total de población del censo por los criterios ordenadores para obtener su grado de aplicación:

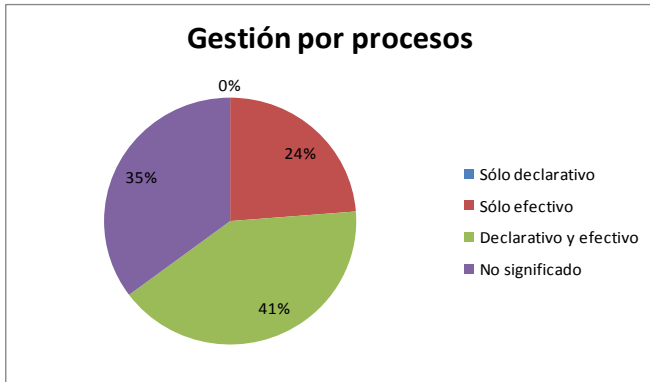


Gráfico 6.9: Grados de utilización del criterio de gestión por procesos ciudadano

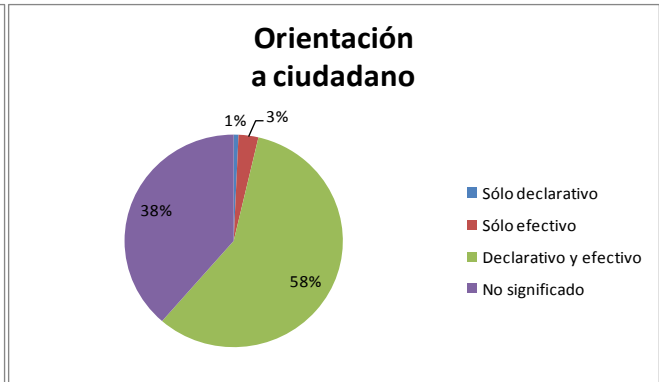


Gráfico 6.10: Grados de utilización del criterio de orientación al ciudadano

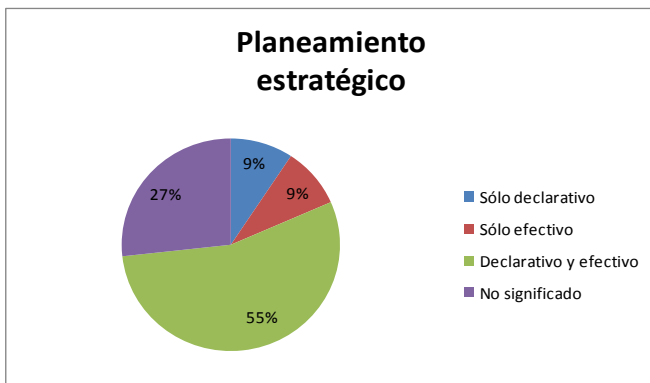


Gráfico 6.11: Grados de utilización del criterio de Planeamiento estratégico

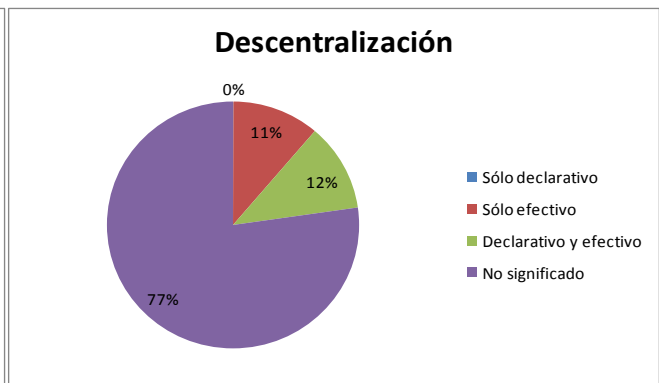


Gráfico 6.12: Grados de utilización del criterio de descentralización

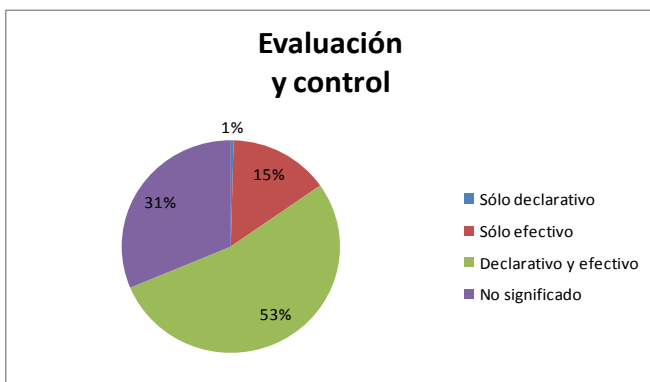


Gráfico 6.13: Grados de utilización del criterio de evaluación y control

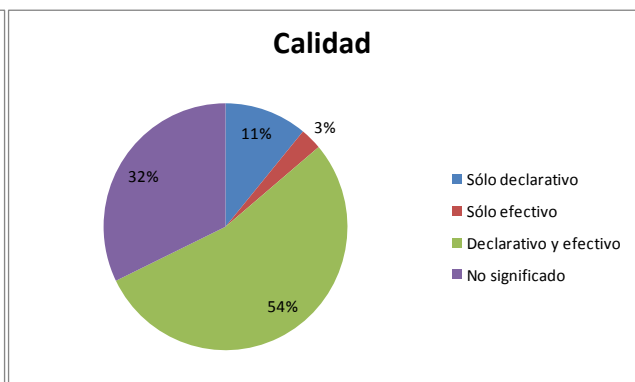


Gráfico 6.14: Grados de utilización del criterio de Calidad

Puede observarse como el conjunto de actuaciones reflejadas en su impacto poblacional sitúan al criterio de “orientación al ciudadano” (58%) como el más relevante, ratificando los datos recogidos por unidades. Las administraciones con menor entorno de población ven confirmada la utilización de este criterio por las entidades de mayor influencia, equiparándose en este aspecto la administración local, autonómica y central. En segundo lugar domina el “planteamiento estratégico” (55%), que acumula con la acumulación de los grados “sólo declarativo” y “sólo efectivo”, una superior influencia que la propia

“orientación al ciudadano” (73% acumulando los tres, frente al 68% de esta última). Por otra parte, en la medida que las administraciones mayores impulsan sus actuaciones sobre más población, parece consecuente que las técnicas de gestión pública basadas en criterios de “evaluación y control” (53%) y “calidad” (54%) adquieran mayor peso al añadirse características inherentes a las exigencias de la gestión y mayor madurez organizativa propias de su tamaño y escala, lo que se observa en el incremento del impacto porcentual de estos criterios sobre el peso proyectado en las actuaciones unitarias, 55 y 54 actuaciones, respecto a las 65 y 58 actuaciones de los dos primeros respectivamente, que se exponen en el gráfico 6.7.

En sentido opuesto la “gestión por procesos” de gran predominio respecto al resto de criterios en el cómputo unitario (64 actuaciones), con tan solo un 41%, se distingue como un criterio aplicado preferentemente en las administraciones más pequeñas (fundamentalmente las locales o las autonómicas menores), por lo que al decaer en el impacto poblacional indica la menor aplicación del mismo en las administraciones central y autonómica. Como nota explicativa se puede considerar la ventaja que presenta en la administración local su menor tamaño para atender las necesidades de organización, opciones de flexibilidad prestacional y estructura así como el peso de los servicios públicos directos en su funcionamiento, que hace en su conjunto más asumible y eficiente la gestión por procesos.

En este sentido la “gestión por procesos” parece más factible en las entidades descentralizadas, sin embargo, singularmente consideradas, no acogen en ningún caso formulaciones de “gestión descentralizada”, por lo que este criterio resulta el que menor consideración recibe entre las diferentes técnicas de gestión que son consideradas entre las actuaciones modernizadoras (12% y 23% considerando también su aplicación efectiva).

Para obtener una visión global de la aplicación de los criterios ordenadores de modernización segmentados por cada una de las administraciones se representan los resultados en un diagrama radial. En ellos se indica para cada una de las administraciones el porcentaje de la población afectado por el uso de los criterios de modernización de forma que se pueda ponderar el impacto específico de cada ámbito administrativo permitiendo su comparación:

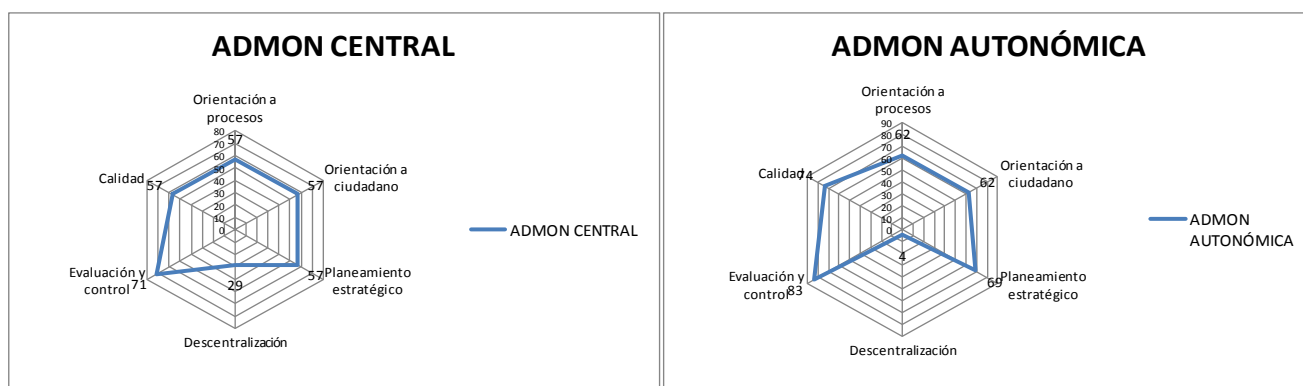


Gráfico 6.15: Impacto poblacional de los criterios utilizados en la A.C. A.A.

Gráfico 6.16: Impacto poblacional de los criterios utilizados en la A.A.

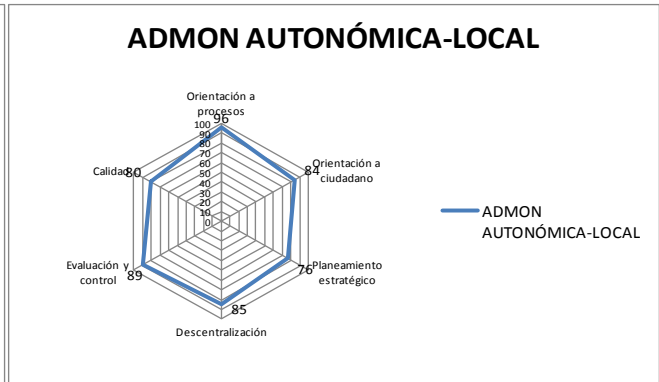
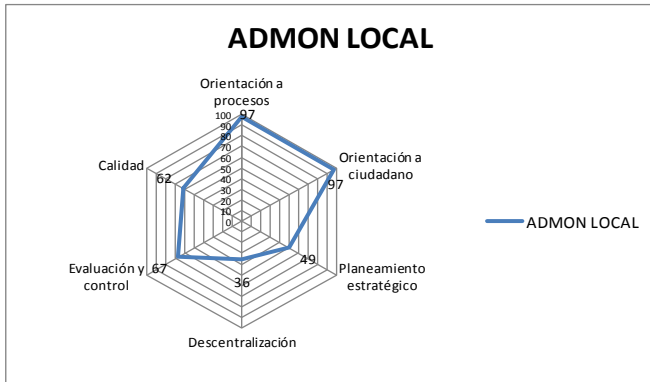


Gráfico 6.17: Impacto poblacional de los criterios utilizados en la A.L. A.A.- A.L.

Gráfico 6.18: Impacto poblacional de los criterios utilizados en la A.A.-A.L.

Se puede apreciar que las iniciativas de la administración central y autónoma presentan una estructura similar que tiende al equilibrio en todos los criterios ordenadores excepto la “descentralización”, donde sólo destaca ligeramente en la administración central. La función coordinadora de esta administración de regulación básica de los servicios públicos y la más acusada tendencia a la desconcentración de sus competencias parecen imponer este rasgo que se pone de manifiesto en proyectos como la “Reingeniería organizativa para el nuevo modelo del Registro Civil” o el “Estudio de soluciones tecnológicas de comunicación escuela-familias”. La menor presencia de este criterio en la administración autónoma se restituye en las iniciativas de la administración autónoma-local donde las características de intervención de las administraciones regionales ceden al uso de técnicas descentralizadoras ante el peso de la autonomía local.

Respecto a la administración local se vuelca en los criterios de gestión por procesos y orientación al ciudadano en un claro desequilibrio con el resto de factores. En este hecho parecen influir la menor madurez y capacidad, por ende, para considerar los criterios de evaluación, calidad y estrategia, que conllevan mayor complejidad gestora considerando el volumen y escala que presentan las entidades locales. Sin embargo, se refuerzan considerablemente los criterios de gestión orientados a la eficacia, eficiencia y cercanía al ciudadano dado su papel predominante de administraciones prestadoras de servicios públicos directos a sus propios usuarios.

Conviene señalar que el criterio de descentralización se ve, no obstante, afectado por varios factores. El carácter de la muestra hace que cada entidad contratante posea una visión centralizada de su propia gestión, reproduciendo para sí misma el modelo general de administración jerárquico-funcional, pues en las entidades públicas la descentralización se define externamente en la constitución estatutaria que establece los nexos de relación con cada administración, pero no dentro de ellas. En este sentido se

podría considerar que el marco jurídico administrativo en los casos analizados representativos de las administraciones públicas en España, no es capaz de establecer mecanismos internos de gestión pública descentralizada y sí mecanismos externos de descentralización institucional como se pone de manifiesto en la propia contratación pública.

VI.5 Dinámica jurídica del Derecho administrativo en la implantación de las técnicas de gestión pública.

Como ya se ha ido viendo en este capítulo, a lo largo del proceso de modernización y transformación de la gestión pública el Derecho administrativo se ve sometido a una dinámica de adaptación y sustitución de sus instrumentos jurídicos por técnicas que acompañan los principales ámbitos de actuación administrativa. Dicha sustitución pretendida no alcanza a cumplir determinadas funciones reguladoras que sirven como mecanismos de seguridad, garantía de los sujetos que conforman el sistema y guía de la actividad administrativa que, sin embargo, se alcanzan bajo el principio de la eficacia jurídica. Por otra parte, el despliegue del Derecho en los nuevos ámbitos, de acuerdo con el cumplimiento de sus funciones, no sólo depende de la mera asimilación, ni tampoco, abstención en la dedicación a ellos. Todo indica que los fenómenos de la gestión pública, entre los que se incluyen las técnicas incorporadas, se establecen, como toda realidad efectiva constituida en objeto de estudio, en fuente del propio marco jurídico público que al tiempo que los incorpora a su acervo ve transformadas sus características sin alterar por ello la finalidad de la disciplina que aborda.

Es bajo esta perspectiva como se desarrollan los epígrafes finales de este capítulo. Se trata de estudiar determinados casos destacados en los que la gestión pública plantea problemas que más allá de sus cuestiones prácticas invitan a, cuando menos, analizar los nuevos planteamientos heurísticos sin descartar incursiones epistemológicas en la disciplina del Derecho administrativo. Entre ellos encontramos nuevos conceptos, tales como la autorregulación, los instrumentos del Derecho indicativo o *soft-law* y la afluencia de lo que se van a denominar normas técnicas que sustituyen en las relaciones administrativas a los principios rectores del marco jurídico. Todo ello con el horizonte puesto en una visión integral de la Administración pública en la búsqueda del esclarecimiento y la formulación de respuestas rigurosas y científicas a los interrogantes que suscita la misión gestora de las relaciones entre el ámbito público y privado en el sistema político liberal-democrático.

VI.5.1 Potenciales desarrollos y límites del régimen jurídico administrativo.

Las nuevas técnicas aplicadas a la actividad administrativa en la prestación de los servicios públicos dan lugar a una transformación del régimen jurídico administrativo sustentada por la revisión de la categoría de la regulación pública. En este sentido, la regulación hace referencia a las normas especiales del sector público que las nuevas políticas de gestión tratan de reformar dando lugar en

esencia a un proceso desregulador¹⁰⁷⁴. Es posible distinguir entre una desregulación interna y externa dialécticamente relacionadas en la finalidad de mitigar gran parte de las tradicionales funciones de policía, ordenamiento y control jurisdiccional de los actos administrativos¹⁰⁷⁵. En el aspecto externo se trata de modificar el efecto limitador de las normas públicas mediante la disminución de sus cargas en la actividad privada con el fin de obtener un patrón de desarrollo económico y social, mientras que en el aspecto interno se reforman los medios organizativos de elaboración de normativas transformando para ello la organización y gestión de la Administración.

VI.5.5.a *Los nuevos desarrollos normativos.*

Es posible apreciar la ineficacia de tales objetivos desreguladores en las funciones nuevas y tradicionales del Estado liberal, a causa, entre otros factores, de la aparición de nuevos tipos dispositivos aplicados a las actuaciones de naturaleza jurídica¹⁰⁷⁶. De hecho se detectan efectos similares en ambos sustratos de la actividad administrativa, tales como, entre otros: el predominio de estructuras burocráticas; la división competencial y especialización funcional en el establecimiento de servicios públicos y de responsabilidades en el cumplimiento de los objetivos; la titularidad de la Administración en la prestación de los servicios públicos, sea de forma directa o indirecta por cesión contractual; la vinculación de los servicios públicos a directrices jerárquicas formales de desconcentración y descentralización ante la ausencia de otras formas de coordinación eficaces, excepto, claro está, en los casos de privatización material de aquellos.

En el aspecto externo, la gestión pública recurre a arquetipos económicos para los que las regulaciones inapropiadas revierten en costos y precios más elevados, en suma, en una deficiente asignación de recursos para el conjunto de la economía. Esto justifica la reforma de las regulaciones con criterios técnicos aplicados a contenidos de regulación, poderes de supervisión a la autoridad administrativa delegada, grado de discrecionalidad e independencia de ésta, forma de nombramiento de sus dirigentes, régimen de personal, procedimientos, derecho de participación por sectores interesados,

¹⁰⁷⁴ La centralidad del principio de regulación se sustancia en la figura de autorregulación privada, y en definitiva las contradicciones producidas entre el Derecho Privado y Administrativo por el auge de las prácticas de desregulación que remiten a gestionar por aquella figura fines que la Administración tiene encomendados. “Parece indiscutible que el Estado se enfrenta ahora a una sociedad altamente autorregulada, en la que aparecen formas de poder –dentro y fuera del mercado– desconocidas históricamente [...] En definitiva el Estado se enfrenta al reto de tener que responder a los fines y a las obligaciones que ha ido asumiendo, en un proceso de desregulación y de limitación de su intervención directa”. (DARNACULLETA I GARDELLA, Mercè. *Autorregulación...* Op. Cit. p. 374-375).

¹⁰⁷⁵ En este sentido el aparato autorizador, propio de las funciones administrativas del Estado liberal, es cuestionado por las propias políticas públicas, al aparecer las políticas de desregulación que por ejemplo proclama la OCDE. Vid. NICOLETTI, Giuseppe. “Regulation in services: OECD patterns and economic implications”. Economics Department Working Papers, No. 287, Feb., 2001.

¹⁰⁷⁶ Se introduce en este sentido la categoría definida por Daniel Sarmiento de soft-law que por su carácter formal condiciona la elaboración reglamentaria de las disposiciones generales, si en éstas se hace referencia a la cualidad jurídica del acto administrativo de carácter singular, aquel tiene un efecto plural, con su correspondiente indeterminación jurídica en la que se ahondará más adelante. Vid. SARMIENTO, Daniel. *El soft law administrativo...* Op. Cit. p. 93-94.

grado de revisión judicial y supervisión legislativa¹⁰⁷⁷. Se argumenta para ello el coste de las regulaciones en términos de cumplimiento agregado por ciudadanos o sectores implicados y su repercusión en el PIB, si bien, se abstraen los riesgos de la desregulación, que sólo pueden medirse hipotéticamente o a posteriori, pero que indudablemente existen¹⁰⁷⁸.

En el aspecto interno, se considera que las políticas de gestión pública forman parte de los requisitos de las políticas públicas. En ellas, las técnicas de organización y gestión concurren con los medios de regulación y garantía que pertenecen a la esfera jurídica. La concurrencia entre la indeterminación de las técnicas de gestión y organización en las políticas públicas y las normas de naturaleza jurídica se establece en el marco de la regulación¹⁰⁷⁹. Así, si la regulación es estrictamente jurídica producirá una determinación clara de reglas binarias susceptibles de resolverse en el terreno jurisdiccional, o por el contrario, si es fundamentalmente técnica desarrollará una vinculación a su cumplimiento con mecanismos de control leves.

El ámbito jurídico de esta regulación técnica se cubrirá utilizando la técnica jurídica del *soft-law*, entendida como conjunto de normas indicativas de finalidad genérica y cumplimiento no vinculante que tratan de influir en los actos ejecutivos y normas vinculantes. Encontramos una definición del término en Ton Duijkeersloot dentro de su análisis de las políticas de regulación de los mercados financieros¹⁰⁸⁰. El origen de estos instrumentos se sitúa en los acuerdos internacionales no vinculantes que se oponen a la esencia de los Tratados con reglas quasi legales que, por otra parte, pueden afectar a la conducta del Estado¹⁰⁸¹:

¹⁰⁷⁷ “La cuestión real es qué clase de regulaciones (incluyendo las que hace posibles los mercados) promueven el bienestar humano en diferentes contextos y como conquistar la capacidad para producir y administrar eficazmente tales regulaciones” (PRATS CATALÁ, JOAN. “Las transformaciones...” Op. Cit. p. 72). Entre los citados por Prats. Vid. SUNSTEIN, C.R. *Free markets and Social Justice*. New York. Oxford University Press. 1997. Vid. HORN, M.J. *The political economy in Public Administration. International choice in the Public Sector*. Mass, Cambridge U.P., 1995. Sobre la reforma regulatoria cabe destacar el informe de la OCDE y sus recomendaciones acerca de la reforma de las regulaciones en España, al respecto, tal y como se destaca en el texto de Joan Prats. Vid. OECD reviews of regulatory reform, *Regulatory Reform in Spain*, París: Governance, OECD, 2000.

¹⁰⁷⁸ Vid. PRATS CATALÁ, Joan. *Las transformaciones...*” Op. Cit. p.76. Serviría de ejemplo de medición a posteriori confrontar los beneficios acumulados por la desregulación de los mercados financieros con los costes de la crisis iniciada en el año 2007 en este sector

¹⁰⁷⁹ El loable intento de determinar estos objetivos a través de indicadores cuantitativos no colma las aspiraciones de su cumplimiento, como muestra el peso de los estándares de percepción y cualitativos en la medición, por ejemplo, de las cartas de servicio. Vid. RAPOSO VILLAMOR, José Manuel y TORRADO SANCHO, Julián. “Compromisos con los ciudadanos de Murcia” en *UNE. La Revista de AENOR*, n. 237, Abril 2009.

¹⁰⁸⁰ Vid. DUIJKERSLOOT, Ton. “The Principle of Legality and the ‘Soft Law’ Regulation and Supervision of Financial Markets” en *The Eclipse of the Legality Principle in the European Union*. (ed. BESSELINK, Leonard, PENNING, Frank y PRECHAL, Sacha). AH Alphen aan den Rijn, Kluwer Law International, 2011. p. 169-186.

¹⁰⁸¹ Ibid. p. 173. Para una exposición sistemática del concepto de soft-law vinculado al Derecho Internacional y particularmente al ejercicio de las funciones de la UE, dentro de un estudio de la legislación tributaria comunitaria. Vid. SARMIENTO RAMIREZ-ESCUADERO, Daniel. “The Function of EU Soft Law” en *Traditional and Alternative Routes to European Tax Integration*, (ed. Dennis Weber). Amsterdam, IBFD, 2010. p. 53-66.

soft law is a phenomenon that is, especially common in international law. It is undisputed that historically, there are two main sources of international law: treaties and customary law. Soft law is a third source of international law that is developed rapidly in recent decades, especially to deal with sensitive matters such as human rights, the protection of the environment, bioethical issues and also financial market regulations. The category of softlaw includes a great variety of instruments: declarations, recommendations, charters, resolutions, et al.

Bajo este soporte conceptual aparece una doctrina que se pronuncia por la calidad regulatoria, es decir, la definición de reglas para establecer las políticas públicas que, en gran medida, se ejecutan de forma desregulada a causa de los problemas para abarcar legislativamente la dinámica operativa de la actividad privada.

Estas normas dan cabida a todos los fenómenos, pero al mismo tiempo son inútiles a la hora de dar una respuesta a un caso. El legislador ve en ellas una solución a sus limitaciones que incluso pueden llegar a tomar otro cariz: ante su incapacidad para alcanzar a los operadores regulados, deja en sus manos la concreción de esas normas abiertas. Surge así una suerte de delegación normativa con intencionalidad política (que sean otros quienes tomen la decisión), cuya naturaleza normativa y efectos nadie conoce con seguridad, pero que da al legislador la confianza de que, esta vez sí, su voluntad se adaptará a la necesidad de los tiempos. Una forma de legislación que ha sido bautizada como legislación simbólica, y que entronca directamente con el auge contemporáneo del *soft law*¹⁰⁸².

La caracterización y definición este fenómeno se va perfilando por varios autores. Para Linda Senden existen tres elementos clave de la *soft law*: uno, está afectado por un conjunto de reglas y compromisos; dos, existe un acuerdo cuyas reglas y compromisos no tienen un efecto legal; tres, su ánimo pretende encontrar efectos prácticos o impacto en la conducta: “*Rules of conduct that are laid down in instruments which have not been attributed legally binding force as such, but nevertheless may have certain –indirect- legal effects, and that are aimed at and produce practical effects*”¹⁰⁸³. Para Daniel Sarmiento el concepto queda delimitado por un conjunto de características aportadas: uno, segmento del ordenamiento creador de normas de cumplimiento en grado, cuyo incumplimiento no entraña una respuesta jurídica concreta; dos, impulsor de los poderes públicos a espacios competenciales jurídicamente impropios; tres, sujeto a procedimientos que para desplegar efectos *ad extra* no requieren su aprobación pero sí su publicación; y cuatro, manifestación de sus efectos en las reglas antes que en los principios¹⁰⁸⁴.

¹⁰⁸² Vid. SARMIENTO, Daniel. *El soft law administrativo...* Op. Cit. p. 38. Respecto al concepto de legislación simbólica expresado como una especie de deliberada falta de eficacia jurídica que se conecta con la falta de seguridad jurídica, véase MARCILLA CÓRDOBA, Gema. *Racionalidad legislativa: crisis de la Ley y la nueva ciencia de la legislación*. Madrid. Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2005. p.88.

¹⁰⁸³ SENDEN, Linda. “Soft Law, Self-regulation, and Co-regulation in European Law: Where do they meet” en *Electronic Journal of Comparative Law*, v.9, n. 1, 2005. p. 22.

¹⁰⁸⁴ Vid. SARMIENTO, Daniel. *El soft law administrativo...* Op. Cit. p. 105-106. Se encuentra su antecedente en SARMIENTO RAMÍREZ-ESCUADERO, Daniel. “La autoridad del Derecho y la naturaleza del soft law” en *Cuadernos de Derecho Público*, n. 28, mayo-agosto, 2006. p. 221-266. También, como trabajo iniciador de este concepto Vid. ALONSO GARCÍA, Ricardo. “El Soft Law comunitario” en *Revista de Administración Pública*, n. 154, 2001. p. 63-94.

Finalmente es posible establecer que este concepto de *soft law*, acuñado como Derecho Indicativo, viene determinado por el dominio político del poder ejecutivo y legislativo que trata de desprenderse del poder judicial dictando normas que sólo vinculan a la propia Administración con reglas que actúan como parámetro de conducta y se dotan de un valor normativo concreto que goza de “inmunidad ante la actuación jurisdiccional”¹⁰⁸⁵. En definitiva, para Daniel Sarmiento el escenario de la *soft law* es consecuencia de la emergencia del poder ejecutivo sobre el legislativo y judicial con el control de ambos por el poder político instrumentado en los partidos, verdaderos detentadores, una vez acceden electoralmente al gobierno, de las políticas públicas.

A este marco se circunscriben también la proliferación de otros instrumentos legislativos y reglamentarios otorgados al gobierno tales como el Decreto-Ley, que se ampara en la laxa doctrina del Tribunal Constitucional de la “extraordinaria y urgente necesidad”¹⁰⁸⁶. Por último, como constata el propio Sarmiento, se constata que el propio Gobierno comienza a depositar las potestades de regulación y gestión en los actores privados por razones técnicas de eficacia enmarcadas en los procesos de reforma asociados a la gobernanza, doctrina política que, entre otras motivaciones fácticas, fomenta en el ámbito continental la participación público-privada y las medidas de desregulación:

La búsqueda de nuevas técnicas de legitimación, la globalización económica, la realidad multicultural de las sociedades occidentales y otros fenómenos que ponen en jaque las técnicas tradicionales de gestión administrativa, han provocado un debate sobre la necesidad de buscar nuevas perspectivas para la intervención de los ejecutivos, donde destaca con luz propia el empleo del soft-law¹⁰⁸⁷.

Amparados en este concepto llevado a la práctica debe observarse que la relación entre el Derecho Indicativo, de carácter admonitorio, y la normativa vinculante, que otorga garantías y eficacia jurídica a la ejecutoriedad administrativa o las resoluciones cuasi-jurisdiccionales, permite explorar vías para el desarrollo del Derecho Administrativo, tales como: la sistematización del conocimiento adquirido en ámbitos autorizados de decisión legitimados y especializados; la ampliación del margen de actuación de los operadores jurídicos al expandir su espectro de decisión y negociación; el perfeccionamiento de las decisiones jurídicas en el ejercicio de potestades discrecionales ante la prescripción de criterios y pautas de decisión circunscritos a la resolución específica de cada acto

¹⁰⁸⁵ Ibid. p. 42.

¹⁰⁸⁶ Vid. SALOM GUERRERO, Enrique. *Crisis y cambios en las relaciones Parlamento-Gobierno 1993-1996*. Madrid, Tecnos, 2000. p. 48-49. Sobre la continuidad de la pérdida de poderes parlamentarios, del mismo autor. Vid. SALOM GUERRERO, Enrique. “El parlamento español en la VII legislatura: una deriva negativa” en *Circunstancia*, Fundación Ortega-Marañón, Año II, n. 4, Mayo 2004. <<http://www.ortegaygasset.edu/fog/ver/372/circunstancia/ano-ii---numero-4---mayo-2004/ensayos/el-parlamento-espanol-en-la-vii-legislatura--una-deriva-negativa#52>> (consultado el 24 de marzo de 2012). Sólo la II, III y VII legislatura han sido de mayoría absoluta por un partido, a la que ahora se incorpora la X, cuyo análisis aún necesita perspectiva, por consiguiente esta legislatura VII ilustra bien la consolidación de los efectos prácticos del declive parlamentario y las consecuencias del ejercicio de los amplios poderes ejecutivos del gobierno y los partidos que los amparan consagrados en el sistema constitucional.

¹⁰⁸⁷ Vid. SARMIENTO, Daniel. *El soft law administrativo...* Op. Cit.p. 49.

administrativo; y finalmente, la asunción de conocimiento técnico que subsana las carencias de los órganos del poder público en cada caso concreto¹⁰⁸⁸.

Esta conexión parece que sitúa los límites del sistema jurídico con el desarrollo de la actividad administrativa dentro de cauces normativos atípicos y muchas veces impugnables desde aquel. Por otra parte, obliga a crear mecanismos de eficacia jurídica, es decir, en el marco del Estado de Derecho, transponiendo los instrumentos indicativos a normas más deterministas que utilicen su valor heurístico y permitan la adaptación de las fuentes jurídicas al conocimiento cambiante de la realidad. Presta así un material a las normas jurídicas allí donde la eficacia meramente formal tal vez tolera una discrecionalidad que, completamente fuera del marco jurídico, puede provocar el comportamiento arbitrario de la Administración.

Resulta por consiguiente imperativo abordar la relación que deben guardar los instrumentos del *soft law* con el principio de legalidad. Desde este punto de vista no se advierten inicialmente importantes problemas en el contexto de la UE, al aparecer el *soft law* como no vinculante no entorpece el ejercicio de la autoridad pública basado en la *hard law* de las directivas europeas y la legislación nacional. Sin embargo, aparecen riesgos por las posibles discrepancias entre dicha legalidad y el uso de los múltiples instrumentos de *soft law* debido a que se fijan compromisos que requieren elementos esenciales del principio de legalidad, cuya formulación se exige en el marco político por el legislador legitimado democráticamente para ello, que puede quedar al margen o al menos incoado a adquirir esos compromisos. Inicialmente, la mitigación de este riesgo presenta los mecanismos de control judicial y democrático ex-post, que deben jugar el papel de cubrir el vacío al respecto¹⁰⁸⁹.

VI.5.5.b *Delimitación del marco jurídico.*

Los instrumentos del Derecho indicativo o *soft-law* que se ha tipificado como un nuevo desarrollo jurídico informal, han constituido un fenómeno que se ha venido tratando por la doctrina para recoger determinadas prácticas normativas de las políticas públicas en la modernización y reforma de las administraciones con la introducción de la Nueva Gestión Pública. Entre sus principales agentes se sitúa la Unión Europea, institución donde confluyen los elementos conformadores de políticas económicas, sociales y administrativas en el marco de unas relaciones jurídicas supraestatales bajo un esquema de gobernanza supranacional de gran complejidad en su organización interna y externa en un marco constituyente de Tratados internacionales. No es extraño, por lo tanto, que se trate de uno de los primeros impulsores de este tipo de normas y surja de él la primera delimitación jurídica del Derecho

¹⁰⁸⁸ Vid. Ibid. p. 67-68.

¹⁰⁸⁹ El análisis se realiza dentro del examen del uso de los instrumentos de *soft law* en el trascendental campo de la regulación de los mercados financieros. Vid. DUIJKERSLOOT, Ton. "The Principle..." Op. Cit. p. 186.

indicativo. La Resolución del Parlamento Europeo, de 4 de septiembre de 2007, sobre las repercusiones institucionales y jurídicas del uso de los instrumentos de Derecho indicativo (2007/2028(INI))¹⁰⁹⁰, se pronuncia sobre esta materia con una primera valoración que afirma de forma contundente en su Considerando A “que la noción de Derecho indicativo, basada en la práctica común, es ambigua y perniciosa, y que no debería utilizarse en ningún documento de las instituciones comunitarias”. Prosigue la definición de sus atributos jurídicos en la “aberración conceptual” de la distinción entre “dura lex” y “mollis lex” y la sustanciación mediante ejemplos de sus instrumentos, tales como, las recomendaciones, los libros verdes y blancos, o las conclusiones del Consejo, todos ellos con la característica común de carecer de valor jurídico o carácter vinculante, al que se añade que no entraña ninguna tutela judicial plena (considerandos B, C y D).

Sin embargo finalmente, de forma en apariencia contradictoria, la valoración jurídica se matiza en un reconocimiento del Derecho indicativo y su capacidad de actuar de forma eficaz como función reguladora junto con el Derecho imperativo (considerandos E y F). Al tiempo que delimita su carácter no vinculante y la interdicción de sustituir las fuentes legislativas y reglamentarias cuando la Comunidad tenga competencias atribuidas (L) no queda anulada la existencia ni la legitimidad de estos instrumentos, que incluyen las comunicaciones, directrices, recomendaciones y códigos de conducta, cuando tienen por objeto interpretar la legislación o explicar las competencias y ayudas estatales. Entra asimismo en el método abierto de coordinación, fijado en la estrategia de Lisboa como procedimiento de cooperación entre Estados en materias que son objeto de su competencia, que supone actuaciones fijadas bajo objetivos marcados por el Consejo y sometidas a evaluación e intercambios de experiencias supervisadas por la Comisión, pero no quedan sujetas a la participación parlamentaria y el control judicial. En suma, van apareciendo figuras caracterizadas por el uso de instrumentos que parecen proceder de su utilización para aplicar políticas, establecer acuerdos interadministrativos o elaborar recomendaciones sectoriales en materias de competencia legislativa comunitaria.

La Resolución del Parlamento Europeo concluye al fin adoptando forma de recomendación, asemejando un ejemplo de la figura que limita: el instrumento de Derecho indicativo. En el trasfondo político de esta resolución estos instrumentos se configuran como medios para la incursión de acciones con fuerza legislativa que excluyen los procedimientos jurídicos ex-ante en su elaboración como normas, obviando los mecanismos de sanción y aprobación, y ex-post, permitiendo la aplicación de la normativa sin garantías jurídicas ni tutela judicial¹⁰⁹¹. La propia fortaleza institucional de la Unión

¹⁰⁹⁰ C187 E/75. Publicada traducida el 24.7.2008 en el Diario Oficial de la Unión Europea.

¹⁰⁹¹ Vid. FEMP. *Informe SATI. Resolución del Parlamento Europeo sobre la revisión intermedia del plan de acción europeo sobre medio ambiente y salud 2004-2010*. Noviembre de 2008. La necesidad de estudio para su aplicación en las

Europea, en esta doctrina extrapolable a los ordenamientos de los Estados y sus correspondientes Administraciones Públicas, corre riesgos de estabilidad y permanencia ante el uso de procedimientos y fuentes normativas carentes de juridicidad que obliga a la propia resolución a actuar ante una situación de facto producida por las instituciones ejecutivas de la Unión Europea, particularmente la Comisión, objeto de expresa petición de cumplimiento de la resolución.

El papel de la legalidad que promueve las reformas administrativas forma un paradigma en el sustrato de la delimitación del marco jurídico. La UE representa su caso más notable, que Leonard Basselink revisa en tres aspectos básicos: atribución y regulación del poder público sobre los ciudadanos; la calidad de la legislación y la fundamentación democrática en el pluralismo con elección de alternativas de expertos por la sociedad. En primer lugar el problema de la legalidad nace en el carácter residual del Parlamento, sede de la soberanía, que queda relegado en la eficacia de su función legislativa. Esta situación se amplifica ante la cesión de soberanía hacia las instituciones europeas y la delegación de los gobiernos nacionales hacia la UE que aleja a los ciudadanos como fuente de la soberanía de las instituciones. Por otra parte el desarrollo del Estado del bienestar ha contribuido al fortalecimiento del poder ejecutivo, la expansión de instituciones con gran poder de decisión y sin representatividad democrática, y en lugar de los ciudadanos, la aparición de grupos de interés en la representación y toma de decisión de las estructuras de poder. Este fenómeno se ha hecho relevante en el último mandato de Barroso, donde la aparición de *stakeholders* disminuye la necesidad de fundar la legalidad en la legitimidad democrática¹⁰⁹². Como nota positiva la división del poder en niveles evita su concentración y la aparición de expertos puede ser favorablemente acogida como medida para desarrollar una gobernanza competente con la aportación de los conocimientos técnicos y desarrollo tecnológico. Sin embargo su funcionamiento en agencias tiende a politizarse sin el adecuado control de la sociedad que envuelve al gobierno. En suma, la legalidad en la UE, que sirve para delimitar las competencias de la propia UE respecto a los Estados miembros sin considerar su creación sobre la legitimidad democrática, pasa a ser un desafío de primer orden para el establecimiento del marco jurídico público¹⁰⁹³.

Administraciones locales de esta resolución supone la inadmisión de una recomendación, no vinculante, sobre normas de contenido técnico e intencionalidad política.

¹⁰⁹² Sirve de ejemplo de estas prácticas de participación y consultas en la ejecución legislativa la conferencia tras la publicación del Acta del Mercado Único de 27 de octubre de 2010. Vid. COMISIÓN EUROPEA. “Stakeholders views at Conference. Single Market: Time to Act!”.

<http://ec.europa.eu/internal_market/smn/smn60/docs/smact_conference_en.pdf> (consultado el 27 de agosto de 2013).

Otra práctica habitual es la organización y convocatoria de los High Level Group para materias en ejecución de políticas por la Comisión, vg., *High Level Group of Independent Stakeholders*, vg., *Comission Decision* de 31 de agosto de 2007 *setting up the high Level Group of Independent Stakeholders of Administrative Burdens*, C (2007)4063.

¹⁰⁹³ BESSELINK, Leonard. “Conclusion: The Eclipse of Legality: An Assessment“ en *The Eclipse...* Op. Cit. p. 295-303.

VI.5.2 **Ámbito de la protección jurídico-administrativa en la ejecución técnica del Derecho.**

En los procesos de modernización y reforma de la gestión pública, la trasposición de métodos y técnicas de la gestión privada al ámbito de la Administración encuentra en la proliferación de normas técnicas uno de sus rasgos, que además de penetrar en la regulación de la prestación de servicios públicos y la actividad de fomento económico y social, se incorporan a la gestión de los servicios de ejercicio de autoridad y limitación de derechos¹⁰⁹⁴.

En los dos últimos se encuentran las funciones más vinculadas a los contenidos típicos clásicos, o servicios esenciales, aquellos que se encuentran entre las competencias indelegables reservadas al ejercicio de la soberanía que garantizan la existencia del Estado. Los servicios públicos no esenciales son plenamente delegables al sector privado, siempre que en aquellos así previstos constitucionalmente se garantice el acceso a su prestación universal¹⁰⁹⁵. El carácter indelegable de los servicios afecta a la titularidad, control político y administrativo por el Estado, que debe garantizar su prestación eficaz, pero no en cuanto a la ejecución, que puede ejercerse de forma indirecta.

VI.5.2.a *Las normas técnicas en el marco jurídico público.*

Como premisa de la conjugación de las normas técnicas en el marco jurídico público conviene realizar un acercamiento a los caracteres definitorios de la norma jurídica pública. En primer término figura su carácter obligatorio, rasgo compartido con la doctrina iusprivatista de la autonomía de la voluntad y la teoría normativa del negocio jurídico en su dimensión potestativa, al situar al Estado, que confiere poder a los individuos, como fuente de cualquier derecho y efecto jurídico subjetivo¹⁰⁹⁶.

En sus diferencias, las normas públicas y privadas presentan entre otros principios ordenadores, la garantía de los intereses públicos para las primeras y la protección de la igualdad jurídica en la concurrencia de los intereses particulares en las segundas. Así, la obligación reguladora del Estado es mayor en el Derecho administrativo que en las relaciones jurídicas establecidas entre particulares, a los

¹⁰⁹⁴ Podemos remitirnos al debate doctrinal sobre la clasificación de las actividades administrativas, iniciado en España por Jordana de Pozas y seguido por Villa Palasí y Garrido Falla. Vid. JORDANA DE POZAS, Luis. "Ensayo de una teoría del fomento en el Derecho administrativo". *Revista de Estudios Políticos*, n. 48, 1949. p.41-54. Vid. VILLAR PALASÍ, José Luis. "La actividad industrial..." Op. Cit. p. 53-129. Vid. GARRIDO FALLA, Fernando. "Sobre el Derecho administrativo y sus ideas cardinales" en *Revista de Administración Pública*, 7, 1952. p. 30-31.

¹⁰⁹⁵ En su clasificación fundacional de la doctrina administrativa en España, Jordana ya menciona la distinción de ambos tipos de actividad pública por su relación con las privadas: "Dejando aparte casos muy singulares, ni la policía ni la justicia pueden constituir actividades privadas, mientras que todas las necesidades a que atienden los servicios públicos propiamente dichos han sido históricamente satisfechas por procedimientos de derecho privado y pueden volver a serlo si cambian las circunstancias". Vid. JORDANA DE POZAS, Luis."Ensayo..." Op. Cit. p.46.

¹⁰⁹⁶ Manuel de la Puente, autor principal del Código Civil y figura jurídica monumental en Perú, afirma que "Según esta teoría [normativista], los particulares al celebrar un contrato no constituyen un ordenamiento autónomo [...]. En otras palabras, la obligación que nace del contrato adquiere naturaleza de vínculo jurídico sólo si se inserta en el ordenamiento jurídico del Estado. Norma pública y norma privada forman, por tanto, un ordenamiento único". (DE LA PUENTE Y LAVALLE, Manuel. "¿Por qué se contrata?" en FERNÁNDEZ CRUZ, Gastón y BULLARD, Alfredo (ed.). *Derecho Civil Patrimonial*. Lima, PUCP, 1997. p. 104).

que se delega la potestad condicionada por la regulación pública en los casos de posible desigualdad material entre las partes por desigualdad patrimonial, situación de monopolio o concurrencia con otros derechos individuales o públicos protegidos. Es decir, en general, mientras que la regulación Administrativa es unilateral y regida por el principio de tutela de los intereses generales, en las relaciones jurídicas privadas la tutela se confía a la autorregulación de las partes afectadas¹⁰⁹⁷. No obstante, en ambos casos, como se ha mencionado al principio, la norma jurídica presenta el carácter obligatorio del deber de su cumplimiento y punitivo por la acción coercitiva a que se somete el sujeto infractor ante su vulneración, ejecutada por los procedimientos encuadrados en la forma jurídica jurisdiccional, garantizadora por ello de los principios del Derecho.

En su unidad, a las normas jurídicas se oponen las normas técnicas no asimiladas a la juridicidad. Para la norma técnica el incumplimiento tiene consecuencias delimitadas por los riesgos inherentes a su publicidad o, en su caso, a la eficacia del ámbito privado en que se reglamente, siempre conforme con el ordenamiento jurídico general, en el que no es exigible la ejecución con carácter punitivo, cuya exclusividad corresponde al Estado, a menos que exista el encuadramiento de la norma técnica en otra norma jurídica que sea invocada para ello. Ampliando la noción, el cumplimiento de las normas técnicas no subsumidas por el Derecho, encuentra como elemento garantizador al interés privado, que para evitar la regulación pública, legitima en doctrinas políticas y económicas el encuentro de un interés general por la racionalidad espontánea de la acción del interés privado, razonamiento que merece el título de hipotético¹⁰⁹⁸.

En consecuencia a su origen en un procedimiento privado las normas técnicas no publicadas poseen carácter voluntario y negociado. En este contexto se produce la hipótesis de que la profusión de corrientes normativas técnicas para regular las actuaciones de la Administración no originadas en el Estado puede poner en entredicho la utilidad del marco jurídico-administrativo, al tiempo que el sistema de garantías resultante se supedita a las condiciones particulares de los acuerdos, que tienen como fin su cumplimiento en el seno de la actividad pública¹⁰⁹⁹. Sin embargo, la actividad de la Administración ha

¹⁰⁹⁷ Vid. Ibid. p. 106.

¹⁰⁹⁸ El pensamiento de la formación espontánea de reglas en los conflictos de interés, que no pretenden el orden social pero que producen beneficios para la sociedad tal vez fue iniciada por Hume. Vid. HUME, David. *A Treatise on Human Nature*. Oxford, Norton & Norton, 2000. 3.2.2, p. 311-322. El concepto, ya desprovisto de los presupuestos éticos de Hume, quedó dibujado en la teoría clásica económica por Adam Smith, y fue ampliamente desarrollado por Hayek. Vid. HAYEK, Friedrich. *The Fatal Conceit*. London, Routledge, 1988. p. 21.

¹⁰⁹⁹ Sobre la pérdida de legitimidad del Derecho estatal viene cuestionada por diferentes corrientes entre las que Darnaculleta destaca: la teoría de sistemas que confiere al subsistema jurídico comportamientos de aislamiento y autorreferencia respecto a otros, donde la producción de normas es un atributo de cada uno para su subsistencia (autopoiesis); el institucionalismo que fomenta la autonomía organizativa y normativa de las instituciones; el concepto de autorregulación de Habermas que plantea la necesidad de justificación o legitimación del Derecho estatal cuando interviene en otros subsistemas autorregulados; finalmente, en la parte central de su tesis, el derecho reflexivo de Gunter Teubner, que

subsumido desde sus orígenes normas técnicas en áreas esenciales que se invisten de autoridad, tal puede considerarse, entre otros, el caso del urbanismo, el medio ambiente, el control de las actividades económicas o la creación y mantenimiento de bienes públicos de interés general. En este sentido, las primeras normas de Derecho urbanístico surgen dentro la actividad administrativa de policía para el control sanitario de las ciudades guiada por un conjunto de normas técnicas de salubridad, diseño y construcción al que se incorpora posteriormente la forma jurídica, tal y como ejemplifica la *Public Health Act* británica de 1875. Para ello la norma jurídica viene invistiendo de autoridad a figuras técnicas y regulando entidades privadas que actúan en un marco científico-técnico delimitado y autorizado, donde el engranaje jurídico conforma la actuación administrativa para garantizar un bien público, como en este caso, el bien básico de la seguridad pública.

VI.5.2.b *La discrecionalidad técnica administrativa en el sistema de garantías.*

Por otra parte, aparecen principios como el privilegio de la discrecionalidad técnica administrativa en los que el criterio regulador no encuentra la doctrina jurisdiccional adecuada, lo que en definitiva puede amparar la profusión de normas técnicas que producen indefensión a los ciudadanos¹¹⁰⁰. En este sentido la función administrativa parece que encuentra en este principio jurídico la fundamentación para el desarrollo de los métodos técnicos haciendo un uso desorbitado de las prerrogativas que apartan los métodos jurídicos y garantías que protegen los derechos de los ciudadanos. En suma, ambos principios, privilegio de ejecutoriedad y discrecionalidad técnica, refuerzan la potestad de la Administración corroborada en sede judicial.

Tratamiento jurisdiccional en el ámbito de España.

Esta figura crea un “velo técnico”, que al modo de las suplantaciones de la personificación pública por las privadas, debe “levantarse”, pues ante los presupuestos jurídicos de índole técnica tolera la arbitrariedad y ocasiona indefensión con enunciados plenamente aceptados y recogidos en la jurisprudencia de diferentes órganos judiciales, bajo la doctrina de “presunción de certeza o de razonabilidad de la actuación administrativa, apoyada en la especialización y la imparcialidad de los órganos establecidos [...]” y la obligación del administrado recurrente que “acredita la infracción o el desconocimiento del proceder razonable que se presume en el órgano calificador[...]”¹¹⁰¹. Esta argumentación sitúa la presunción del *iuris tantum* en el órgano administrativo recurrido y la carga de la

invoca para el papel del derecho la regulación de la autorregulación y la transmisión a ésta de efectos jurídicos. Vid. DARNACULLETA I GARDELLA, Mercè. *Autorregulación...* Op. Cit. p.305-313.

¹¹⁰⁰ FERNANDEZ ESPINAR, Luis Carlos. “El control judicial de la discrecionalidad administrativa. La necesaria revisión de la construcción dogmática del mito de la discrecionalidad y su control” en *Revista Jurídica de Castilla y León*, n. 26, Enero, 2012. p. 216.

¹¹⁰¹ Doctrina recogida en la SAN 4410/1011 de las SSTC 353/93, 34/1995, 73/1998 y 40/1999. Vid. FERNANDEZ ESPINAR, Luis Carlos. “El control... Op. Cit. p. 219.

prueba en la parte que alega, al tiempo que exime a ese órgano de su obligación motivadora de las resoluciones. Ante ello, la Ley 29/1998, de 13 de julio, reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa, sitúa su objeto en el marco del ordenamiento constitucional por el art. 106.1 CE, que somete a la Administración al control jurisdiccional como forma de extender las garantías de los administrados ante sus actuaciones, también en cumplimiento por ella de los artículos 9.3 y 103.1 CE de “sometimiento pleno a la Ley y el Derecho”¹¹⁰². Sin embargo la situación jurisdiccional subjetiva tiende, en relación con los actos discrecionales, a otorgar a la Administración las garantías procesales propias de la parte recurrida, o por decirlo en términos civiles, demandada, desamparando en esa reducción procesal fáctica, los derechos del ciudadano recurrente, que la jurisdicción tiene obligación de tutelar en primer término¹¹⁰³.

Por consiguiente, el control de la discrecionalidad con su sistema garantizador sustentado por la jurisdicción contenciosa encuentra en la discrecionalidad técnica un verdadero obstáculo para el desarrollo de un marco jurídico eficaz en la Administración. Por una parte, como se ha visto, ahonda en la pérdida de la tutela de los derechos ciudadanos, por otra, facilita la arbitrariedad con la inmersión de técnicas de gestión pública cuyas normas escapan al propio control de las actuaciones de la Administración. Estas normas deben expresar los intereses generales como cauce del ejercicio de las potestades en la acción discrecional reglamentaria. Así, cuando éstas no aparecen, la discrecionalidad técnica penetra en el vacío legal de esos intereses generales que ocasiona la inadecuación del marco jurídico a los procesos de modernización y reforma¹¹⁰⁴. Procesos que con sus imperfecciones, se abren camino en la Administración amoldándose a los retos de las sociedades avanzadas, permitiendo que estos procesos asistan, a través de la desregulación jurídica con la pérdida del sistema de garantías, al distanciamiento del Estado de Derecho. A través de un análisis de la jurisprudencia Fernández Espinar

¹¹⁰² LÓPEZ MEDEL, Jesús. *La elaboración Parlamentaria de la Ley de Jurisdicción Contencioso-Administrativa*. Elcano, Aranzadi, 2001. p. 23.

¹¹⁰³ En aras a centrarse en la valoración procesal de la discrecionalidad administrativa, se obvia el análisis del carácter meramente revisor de la jurisdicción ante ella, que prolonga el privilegio de ejecutoriedad y reduce la capacidad del control judicial de la Administración, tal y como señalan la STC 148/1993 en su FJ 6 en cuanto a los límites de la revisión jurisdiccional de los actos: “más que terciar en el debate de si se produjo una suspensión parcial o en realidad una modificación de las disposiciones impugnadas importa destacar que la medida cautelar a adoptar en cada caso ha de ser adecuada a su finalidad de garantizar la efectividad de la tutela judicial que en su día se otorgue” y la STC 238/1992, en cuanto a la superioridad de la efectividad de la tutela judicial respecto al privilegio ejecutorio de la Administración: “Pero la acomodación a la Constitución de tal prerrogativa [*ejecutoriedad*] no permite desconocer que, en determinadas circunstancias, su ejercicio pudiera implicar, cuando el acto administrativo hubiera sido impugnado en vía Jurisdiccional, una merma en la efectividad de la tutela judicial” (entre corchete nota mía). Vid. GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo. “La lucha contra las inmunidades del poder en el derecho administrativo” en *Revista de Administración Pública*, n. 38, 1962. p. 167-180. En las secciones IV y V aborda el control de la discrecionalidad.

¹¹⁰⁴ Dentro de la estrecha relación entre el principio de los intereses generales y el ejercicio de la discrecionalidad, Ponce constata una relación de los reglamentos con la delimitación de los intereses generales en la Ley que ordena su regulación. Así, cuando esta relación no aparece se amplían los márgenes de discrecionalidad de dichos reglamentos. Vid. PONCE SOLÉ, Juli. *Deber de buena Administración... Op. Cit.* p 91.

destaca las características que ha acabado adquiriendo la aplicación de estos principios de discrecionalidad técnica en el ámbito contencioso¹¹⁰⁵:

a) Motivación y arbitrariedad. Los actos administrativos cuya resolución se basa en un juicio técnico encuentran la complicidad entre los servicios jurídicos de la Administración y la jurisdicción contenciosa para admitir el argumento de la discrecionalidad administrativa técnica como una justificación jurídica autosuficiente. Obviamente el sostenimiento entre ambos de este argumento para desestimar el recurso lo consolida y evita entrar al fondo del asunto. La obligación de motivar las resoluciones discrecionales, que parte del artículo 54.1.f) y 89.3 de la Ley 30/1992, queda eludido por medio de técnicas de remisión incompleta, o a otros órganos, o, utilizando formalmente el art. 89.5, de documentos que en sí mismos no contienen esa motivación y no se incorporan al texto de la resolución. Sin embargo, la motivación, que queda genéricamente requerida en la citada Ley, comienza a ser objeto de reglamentación que concreta su contenido y, al mismo tiempo, la jurisprudencia ha ido modificando su actitud ante el primer argumento todavía aceptado en instancias que acuden a jurisprudencia antigua¹¹⁰⁶. En dicha jurisprudencia se concretan, asimismo, las exigencias del contenido de la motivación: señalamiento del material objeto del juicio técnico; establecimiento de criterios de valoración y justificación de aplicación de los criterios¹¹⁰⁷.

b) Necesidad de uniformidad de las sentencias. En conexión con el citado desconocimiento del cambio del criterio jurisprudencial sobre la discrecionalidad técnica, se pone de manifiesto la heterogeneidad de las mismas en un claro caso de inseguridad jurídica. Desde la STC 39/1983 de 16 de mayo, que consagra la naturaleza incompatible del juicio exclusivamente técnico con el control jurídico, arranca una tradición de amparo de la discrecionalidad técnica por parte de los órganos jurisdiccionales. Parece que las actualizaciones de la jurisprudencia en sentido contrario quedan ignoradas, especialmente por los órganos jurídicos que representan a la Administración. Fernández Espinar delimita hasta siete grandes etapas de fijación de la doctrina sobre la discrecionalidad técnica, seleccionando jurisprudencia parcialmente comentada, que permiten entender e interpretar la evolución jurídica de esta figura: La ya mencionada sentencia del Tribunal Constitucional, que desvincula el juicio técnico y el jurídico¹¹⁰⁸; el establecimiento desde 1989 de los límites de la discrecionalidad en el control jurídico de la regulación, los hechos, la adecuación al fin perseguido y el cumplimiento de los principios generales¹¹⁰⁹; el desarrollo de esa jurisprudencia en los siguientes años, que tiende a delimitar el “núcleo material” de la

¹¹⁰⁵ Vid. FERNANDEZ ESPINAR, Luis Carlos. “El control...” Op. Cit. p. 249-258.

¹¹⁰⁶ Los reglamentos que especifican y regulan la motivación quedan recogidos por precepto legal para los procedimientos selectivos y de concurrencia competitiva en el art. 54.2 de la Ley 30/1992. Véanse los ejemplos de jurisprudencia nueva y consolidada. Ibid. p. 238-249.

¹¹⁰⁷ Vid. Ibid. p. 250.

¹¹⁰⁸ STC 39/1983.

¹¹⁰⁹ STS 5113/1989.

decisión técnica y definir el ámbito del control jurídico en la fijación del objeto, los criterios de la valoración y la concordancia entre los hechos examinados y aplicación de los criterios¹¹¹⁰; seguidamente la jurisprudencia fija la necesidad de motivar el juicio técnico, elemento clave examinado entre las características de control¹¹¹¹; A partir de 2007, la doctrina especifica el contenido de la motivación compuesta por las fuentes del juicio, los criterios de valoración y justificación del resultado en la aplicación del criterio en la que aparecen diferentes sentencias de ejemplo¹¹¹²; doctrina de la admisión como prueba de los dictámenes periciales aportados. En esta decisiva revisión Fernández Espinar aporta abundante doctrina jurisprudencial¹¹¹³; reconocimiento de la capacidad jurisdiccional en el “núcleo

¹¹¹⁰ (STS 3194/1991): La falta de otra motivación que el precio permite anular la adjudicación dada a la empresa de mayor precio a la apelante. (STS 3106/1991): Desestima un recurso contra denegación de licencia alegando la doctrina que delimita la esfera de la discrecionalidad a “elementos reglados, y la solución técnica en que se concrete la discrecionalidad ha de venir respaldada y justificada con los datos objetivos sobre los cuales se opera, de tal modo que debe constar la congruencia y concordancia de la solución elegida con la realidad a que se aplica”. (STS 552/1992): Distingue para establecer la función verificadora de la aplicación de los principios jurídicos de igualdad, mérito y capacidad el “núcleo material de la decisión técnica” y sus aledaños constituidos en aquella función, consistentes en el reconocimiento de los hechos, los criterios de valoración y los informes de valoración para reconocer con ellos una manifiesta arbitrariedad. (STS 1386/1992): En sentido contrario a la primera instancia delimita las atribuciones de la discrecionalidad técnica en la evaluación de los méritos no sujetos a referencia normativa estricta que incluya el criterio de apreciación de igualdad de trato o atribución de puntuaciones arbitrarias o desproporcionadas.

¹¹¹¹ (STS 5828/2000): Considera que la exigencia de motivación corresponde a la parte recurrente (la Administración), al no establecerse en las bases reguladoras que exige la Ley. (STS 1997/2011): La necesidad de motivación se vincula a las aclaraciones que permiten valorar errores materiales o de juicio jurídico.

¹¹¹² (STS 7823/2007): La motivación se considera cumplida por lo establecido en las bases de convocatoria de acuerdo con el art. 54 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre y la expresión de la puntuación señalada en la valoración del curriculum constituye la motivación del acto final de evaluación. (STS 2254/2007): Establece los límites de la discrecionalidad técnica en el cumplimiento de los criterios fijados por la Comisión que ha de resolver el concurso. (STS 6144/2009): Estima parcialmente el recurso por fallos en la aplicación del procedimiento y la motivación que explique cada voto en coherencia con los criterios de evaluación sentados, todo ello sin necesidad de entrar en la discrecionalidad técnica que asiste a la comisión juzgadora. (STS 2766/2007): Desestima el recurso reafirmando la doctrina de discrecionalidad técnica que distingue el “núcleo material de la decisión técnica” y “sus aledaños”, de acuerdo a la doctrina ya fijada en sentencia de 8 de julio de 1994 por la que se inhabilita al Tribunal jurisdiccional para sustituir la evaluación efectuada por el órgano calificador. Dentro de esos aledaños figura el incumplimiento de las bases fijadas para el propio concurso. Dado que éste corresponde a la selección de un oficial judicial, la base quebrantada que corresponde al incumplimiento de los criterios mínimos de la segunda prueba selectiva, se entiende que sí se cumplen, devolviendo el acto a la obligación de calificar dicha prueba. Se da la circunstancia que la apreciación de dicho cumplimiento tiene un claro carácter de contenido técnico, que como dice la sentencia recurrida recogida en el Fundamento de Derecho segundo de la sentencia de casación: “basta la simple lectura del ejercicio realizado por el recurrente para apreciar que en todos los procedimientos reúne tales requisitos incluso otras resoluciones y diligencias no consideradas en tales mínimos”. Sólo la concurrencia entre el contenido de la materia evaluada y los conocimientos jurisdiccionales propios del tribunal de primer instancia permiten establecer una apreciación fundada en el conocimiento del núcleo material y sirve de muestra para, dejando la delimitación de éste en la propia evaluación, inferir hasta dónde un tribunal puede entrar al fondo, pues en este caso el mismo ha podido servir la prueba pericial, como en otro supuesto la prueba pericial podría determinarla el especialista pertinente. (STS 3207/2009): El recurso censura la aplicación de la doctrina de la discrecionalidad técnica por la primera instancia y falta de motivación del debate de fondo en dicho proceso. La Sala establece el contenido mínimo de la motivación en: expresar las fuentes utilizadas; consignar los criterios de valoración; justificar el resultado en la aplicación de los criterios; criterio jurisprudencial amparado en múltiples sentencias. Resulta de interés ver el ligamen entre la necesaria motivación y la prueba pericial efectuada junto a los argumentos de fondo que se utilizan que vincula “la constancia de la riqueza de la muestra de sosa facilitada” a la constatación del resultado de la aspirante, prueba que no se puede alcanzar ante la pérdida de la muestra. Motivación y prueba pericial desencadenan los juicios que llevan a apreciar la arbitrariedad, base jurídica de la impugnación de la exclusión de la oposición y concurso de la recurrente.

¹¹¹³ Es de gran relevancia la doctrina por la que la no sustitución del juicio técnico por el órgano judicial no comporta la posibilidad por parte del interesado de acudir a los medios de prueba que pueda disponer para anular ese juicio técnico. Otra importante consideración es la extensión del juicio técnico a otros actos, no necesariamente selectivos, en las que intervienen

material de la decisión técnica” de anulabilidad del acto que considere el juicio técnico no razonable en función de los hechos acreditados. La presunción *iuris tantum* de la discrecionalidad administrativa no impide la prueba en contrario hasta entrar, mediante el contraste de los hechos con los criterios utilizados, en el “núcleo material” del juicio técnico.

c) Inversión de la carga de la prueba de legalidad. La situación concreta por la que ante la discrecionalidad de la Administración, el ciudadano demandante debe aportar la prueba que justifique su pretensión de anular la resolución, más allá de la discusión sobre la obligación previa de una adecuada motivación de fondo que produce el acto demandado, supone la necesidad de aceptar tácitamente la acreditación solicitada en el proceso judicial al demandante, que evite la indefensión o falta de tutela. Por lo tanto, la discrecionalidad técnica conmina a aceptar en su recurso la prueba pericial que permita contradecir el “núcleo material” en unas determinadas condiciones procesales que incorporen a éste al juicio jurídico, para lo que sirve la deducción del juicio jurídico a una argumentación lógica, asequible a formar la convicción jurídica de la Sala¹¹¹⁴.

Tratamiento jurisdiccional en el ámbito europeo comunitario.

Otro tanto sucede en la UE con la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Comunidad Europea (TJCE) y el Tribunal de Primera Instancia de las Comunidades Europeas (TPI). En este caso se puede hablar de resoluciones de gran trascendencia para la regulación económica, como el control de las concentraciones empresariales que afecta al núcleo de las normas de competencia. En el estudio de Juan Carlos Hernández se ponen de manifiesto los principios de aplicación jurisdiccional de la discrecionalidad y control de las apreciaciones económicas de la Comisión en el marco del Derecho europeo del Reglamento (CE) 139/2004 que adopta el test de obstaculización significativa de la competencia efectiva. En este caso, a diferencia del procedimiento de subsunción, que mira al pasado, la metodología jurídica se plantea la aplicación de “Un pronóstico es la previsión de un estado de cosas futuro”¹¹¹⁵. La decisión pronóstico implica valoraciones que deben estar basadas en criterios y reglas legales que se optimizan con otros parámetros proyectados al futuro, que utilizan la ponderación de

otros órganos técnicos, de los que se ponen ejemplos típicos tales como los tribunales técnicos, económicos, jurados administrativos, etc. STC 9184/2004. Vid. *Ibid.* p.239-242. En la actual investigación se plantea la hipótesis de que esta doctrina puede extenderse, dado el caso, a los actos sustentados en resoluciones o normas de la Administración que comportan actividades externas e internas de toda índole que afecten el interés legítimo individual o colectivo de los diferentes sectores sociales o grupos de interés. Al entender como acto, o conjunto de actos individualizables, los que se desprenden de determinadas políticas públicas que infringen el ordenamiento jurídico. Aparece aquí la discrecionalidad técnica de facto que se encubre en estudios, conjeturas, teorías de porte científico-social, bajo cuyo juicio técnico se acometen actividades de raíz privativa desde los poderes sin la motivación precisa del cumplimiento de los principios de Derecho público.

¹¹¹⁴ ROJ SAN 48/2009, FJ4. Ante la falta de motivación reiterada en la asignación de puntos impugnada, acuerda el recibimiento del recurso a prueba con práctica documental y pericial por auto de 19 de junio de 2008.

¹¹¹⁵ HERNÁNDEZ HERNÁNDEZ, Juan Carlos. “Discrecionalidad y control de las apreciaciones económicas de la Comisión en el marco del Derecho europeo de control de concentraciones” en el *IX Congreso Hispano-Luso de Derecho Administrativo*, Córdoba, 26 y 27 de noviembre de 2010. p. 1.

intereses y expectativas para establecer los fines. Esto permite a la Administración gozar de amplios márgenes que admiten un mayor número de posibilidades de resolución que lleva al “alcance limitado del control judicial”¹¹¹⁶. Asentados en este caso se impone la doctrina de la prohibición de sustitución de las apreciaciones económicas realizadas por el órgano administrativo por el juez, que procede del recurso francés por exceso de poder, y se sustancia en el enjuiciamiento de las valoraciones económicas de la Comisión Europea. Esta tradición de revisión exclusiva del procedimiento, sin embargo, evoluciona hacia la revisión de aspectos materiales de naturaleza económica en tales decisiones de la Comisión, que en principio se limita el control judicial del error manifiesto, desviación de poder o extralimitación de la discrecionalidad conferida a la Comisión¹¹¹⁷. Así, la reiteración de la doctrina de no sustitución de las apreciaciones complejas de naturaleza económica presenta una profusa relación de sentencias seleccionadas por Juan Carlos Hernández de los TPI Comunitarios¹¹¹⁸. En algunas de las sentencias mostradas, como en el caso del asunto T- 395/94, Atlantic Container, se realiza un análisis pormenorizado de las motivaciones de las Decisiones impugnadas (desestimación del primer motivo) junto a referencias a errores de procedimiento, en concreto, la falta de información como obstáculo para la presentación del alegaciones en el mismo (estimación del tercer motivo). Hernández considera que el control de la legalidad del TPI se hace mucho más intenso en la determinación de la veracidad de la información relevante, su suficiencia y completitud y la conexión lógica con las conclusiones alcanzadas en posteriores sentencias¹¹¹⁹. Considero que la discrecionalidad en las decisiones de Derecho económico es una clase de discrecionalidad técnica que afecta a diferentes regímenes de regulación administrativa en la que, a diferencia de sus antecedentes tradicionales, la jurisdicción, en este caso la europea, ha tendido a desmarcarse de la mera consideración de los principios y normas regladas en el momento de ordenación de las disposiciones y ejecución de las resoluciones. En el caso, recogido por Hernández, de las valoraciones complejas de naturaleza económica como las basadas en el establecimiento de un pronóstico, donde la jurisprudencia se ciñe a la asunción de unos principios generales de los límites de la discrecionalidad comunes a otros supuestos, examinando la recopilación de datos, la conformación de

¹¹¹⁶ El fin de la norma se inscribe en la actividad autorizador, pues consiste en “autorizar las operaciones que no afecten significativamente la competencia en el mercado y prohibir las que sí lo afecten”. (Ibid. p. 2).

¹¹¹⁷ De acuerdo a lo que dice textualmente la sentencia destaca por Hernández en el asunto Matra C-225/91 en el par.25 “En el marco de este control de legalidad, el Tribunal de Justicia debe por tanto limitarse a examinar si la Comisión sobrepasó los límites inherentes a su facultad de apreciación, mediante una desnaturalización de los hechos o un error manifiesto en su apreciación o a causa de una desviación de poder o de procedimiento”.

¹¹¹⁸ Recoge, entre otros asuntos, a Westzucker, Asunto 57-72 y Roquette, Asunto 138/79 respecto al TJCE. Otra amplia relación de sentencias en el TPI confirma la aplicación de la misma doctrina en diferentes materias del ámbito de las apreciaciones complejas de naturaleza económica. Así aparecen materia de ayudas de Estado los asuntos T-380/94 Aiuffass; T-149/95, Ducros; T- 68/03, Olympiaki. En prácticas colusorias: 42/84, Remia; 142 y 156/84, BAT; T- 395/94, Atlantic Container. En derechos antidumping: C-156/87 Gestetner; C- 174/87 Ricoh. También, según señala Hernández, en el ámbito de concentraciones de empresas en la sustitución las Decisiones a la concesión del margen de apreciación: Petrolesence T-342/00; Air France T-358/94, ARD T-158/00 y Honeywell T-209/01. Vid. HERNÁNDEZ HERNÁNDEZ, Juan Carlos. “Discrecionalidad...” Op. Cit. p. 4.

¹¹¹⁹ En esta tendencia se ponen de ejemplo los asuntos Airtours T-342/99; Schneider T-310-01 y Tetra Laval T-05-02.

criterios de valoración y las conclusiones, pero sin juzgar el método elegido y la valoración global que conduce a las conclusiones, siempre que no se contradiga el razonamiento de ese método ni los hechos que las fundamentan¹¹²⁰.

Conclusiones parciales.

La pérdida de garantías jurisdiccionales no sólo incide en el estado de litigiosidad, si no en las prácticas que asumen las administraciones ante la introducción de técnicas de gestión no jurídicas que desembocan en pérdida de calidad en la propia gestión administrativa. En este sentido, si la ausencia de motivaciones es causa de estimación de recursos, la práctica administrativa deberá introducir la motivación como la conexión entre las técnicas extrajurídicas y el cumplimiento del Derecho que se exige a su actuación. Ejemplo extensible a cuantas resoluciones judiciales vaya fijando la doctrina que adquiere, más allá de su función para la resolución correcta de los actos concretos, la regulación de pautas de comportamiento y deberes de procedimiento en la Administración a través de la fijación de nuevas normas reglamentarias. Sin perjuicio de la discusión sobre la jurisprudencia como fuente del Derecho, la función de regulación voluntaria aplicada a la Administración se encuentra forzada a su supeditación a la legalidad, análogamente al caso Comunitario en el control de las autorregulaciones y prácticas ilícitas en la actividad del mercado, lo que obliga a llevar la ejecución de sus actos a una alta seguridad jurídica mediante normas en la interpretación de las resoluciones de origen jurisdiccional¹¹²¹.

En las conclusiones extraídas del caso de la regulación económica comunitaria Hernández señala dos mecanismos extensibles al control de la discrecionalidad técnica, dentro del procedimiento, o el momento previo a la adopción de la decisión que sitúa en el ámbito de la organización administrativa. “Esto no supone adoptar una visión formalista del control judicial. Por el contrario, el cumplimiento de las reglas y principios de organización y funcionamiento no debe contemplarse como un requisito formal, sino como una garantía de las posibilidades de acierto de la Administración y de los fines que debe servir”. Respecto al procedimiento, cuanto menor sea la capacidad de sometimiento de la Administración a la Ley mayor la incapacidad judicial de entrar en el fondo¹¹²².

¹¹²⁰ Vid. *Ibid.* p. 5.

¹¹²¹ El papel normativo de la jurisprudencia se desarrolla en forma general desde el Derecho Civil, no aparecen muchas aplicaciones al Derecho administrativo. Entre la abundante literatura civilista, se aconseja acudir a uno de los primeros tratadistas que rescata sin ambages la función normativa de la jurisprudencia. Vid. PUIG BRUTAU, José. *La jurisprudencia como fuente del Derecho*. Barcelona, Bosch, 2006. Más reciente véase FERRERES CORNELLÁ, Víctor y XIOL RÍOS, Juan Antonio. *El carácter vinculante de la jurisprudencia*. Madrid, Fundación Coloquio Jurídico Europeo, 2009. Gema Rosado introduce la controversia sobre la normatividad como fuente de Derecho de la jurisprudencia, aspecto sustantivo de la función de la aplicación de las resoluciones jurisdiccionales que aquí se abordan. Vid. ROSADO IGLESIAS, Gema. “Seguridad jurídica y valor vinculantes de la jurisprudencia” en Cuadernos de Derecho Público, n. 28, mayo-agosto, 2006. p. 83-123.

¹¹²² Vid. HERNÁNDEZ HERNÁNDEZ, Juan Carlos. “Discrecionalidad...” Op. Cit. p. 6-7.

Todo ello lleva, en opinión concurrente con los autores de la doctrina administrativa más cercanos a su reforma, a la redefinición de los mecanismos de control de la discrecionalidad mediante los principios de la buena administración en un modelo de gobernanza en la actuación de la Administración pública con la intervención de una pluralidad de actores que representen todos los intereses en presencia (principio democrático y de participación en el procedimiento administrativo), medidas de control interno y transparencia. Otro punto especial del control administrativo de la discrecionalidad, que aplica a las actividades económicas aunque resulte desde luego generalizable, radica en el deber de diligencia que obliga a establecer procedimientos técnicos aquilatados donde se combina el control procedimental con el sustantivo, y ante la complejidad de la valoración técnica, establecer garantías procedimentales (es decir, de tipo administrativo) en el deber de la buena investigación. En el concepto concreto de la discrecionalidad técnica se debe, por último, considerar su distinción de los conceptos de carga técnica con una única solución aplicable, en cuyo caso no hay necesidad de una valoración administrativa. En el caso habitual que nos ocupa, cuando la Administración debe adoptar una decisión que precisa acudir a criterios extrajurídicos, sólo puede realizar una valoración de los hechos cuya ponderación quede adscrita a una norma¹¹²³. Sin embargo, cuando aquella decisión involucra, como resulta en el objeto principal de esta investigación, a los actos relacionados con la gestión pública, ya sean actos administrativos o derivados de la potestad reglamentaria, la afectación de la discrecionalidad técnica no se limita a una decisión aislada de implicaciones externas, si no al núcleo mismo de la Administración y a sus mecanismos de funcionamiento, que otorgan a la resolución un efecto conformador y multiplicador de los criterios públicos de actuación.

VI.5.3 Aspectos de calidad y mejora en la aplicación del Derecho a la gestión pública.

La crisis de confianza en las instituciones públicas conmina, tanto en su prevención como para la supervivencia del sistema político, a la aplicación del Derecho en la gestión pública como uno de los factores básicos en el análisis de la calidad democrática. Por más que aquella sea el resultado de los escándalos políticos, los poderes públicos, con la Administración entre ellos, deben recurrir a una reforma integral del contenido legislativo y reglamentario atento a la calidad en la definición jurídica de todos procesos públicos, la simplificación y modernización de los instrumentos jurisdiccionales. Es en este contexto en el que la gestión pública registra nuevos escenarios en la aplicación del Derecho que hacen referencia a los conceptos de calidad y mejora, en el sentido de obtención de mayores rendimientos.

1123

Vid. Ibid. p. 6-7.

VI.5.3.a Efectos jurídicos de la dimensión ética.

La necesidad de incrementar la evaluación y control de las nuevas formas de relación entre el ámbito público y privado que promueven los procesos de modernización encuentra un marco de desarrollo en la dimensión ética. Las relaciones más complejas y diversificadas entre el ámbito público y privado fomentan procedimientos flexibles y formas interpersonales difícilmente abarcables por procedimientos basados en la literalidad de las normas. En este contexto el reproche ético previene que los sujetos de esa relación sean susceptibles de establecer trasvases de intereses que puedan suponer, entre otros, actos de soborno, cohecho o desviación de poder.

La dimensión ética trata de establecer los medios inmateriales que eviten incurrir en ineficacias o comportamientos indeseables obviando la rigidez de los medios jurídicos. La ética pública en este sentido actúa como fuente de códigos de comportamiento y textos normativos que, análogamente a la distinción que se hizo al principio del capítulo entre principios y normas, guardan una diferencia cualitativa y no de grado¹¹²⁴. Por lo tanto, la formalización jurídica de los enunciados éticos es prescindible, como de hecho sucede a menudo, ante la ventaja de formar sistemas de autorregulación en códigos no sujetos a medidas coercitivas externas propias de la eficacia de las normas jurídicas¹¹²⁵.

Sin embargo, a diferencia de otros sectores de regulación de la actividad, organización y funcionamiento de la Administración, donde incide el marco técnico de la gestión pública, el ámbito ético produce principios de comportamiento individual y colectivo que parecen entrar de lleno en la potencial sustanciación jurídica positiva. Por ello, no cabe una simple elusión de esta regulación jurídica tan preceptiva como cercana al citado ámbito ético, pues su análisis permite establecer pautas de entendimiento sobre los cambios en la función jurídica de la gestión pública. Entre las causas de esta mutación de los imperativos jurídicos por los códigos éticos se pueden considerar:

a) La politización de la estructura administrativa, que fomenta la construcción de principios de comportamiento extra constitucionales capaces de articular la legitimidad política mediante la generalización de determinados conceptos. Aparecen aquí los Códigos de Buen Gobierno y las Cartas declarativas amparadas por foros y organizaciones internacionales de carácter sectorial (función pública, fiscalidad, comercio, medio ambiente,... etc.). El alto grado de interacción entre los agentes internos y externos de la Administración demanda estos enunciados como principios políticos de funcionamiento

¹¹²⁴ Vid. ALEXI, Robert. *Teoría de los derechos...* Op. Cit. p. 86-87.

¹¹²⁵ Vid. ALDEGUER CERDÁ, Bernabé. "La ética pública como valor y orientación del nuevo servicio público español. Especial consideración en el ámbito local" en *X Congreso Español de Ciencia Política y de la Administración*, Murcia, 7-9 de septiembre, 2011. <<http://www.aecpa.es/uploads/files/modules/congress/10/papers/574.pdf>> (consultado el 18-2-2013). p. 7. Existirían otras fuentes formales de la ética pública como las orientaciones políticas y las orientaciones ciudadanas entre otras. Además, el discurso ético se sigue alimentando de la reflexión ontológica.

de la Administración capaces de legitimarla sin requerir la obligatoriedad de cumplimiento. La posible materialización en medidas concretas casi nunca supera el carácter admonitorio.

b) La descentralización y especialización administrativa y sectorial, que convierte a la Administración en un entorno competitivo más, para el que se diferencian positivamente objetos y objetivos institucionales. Los Libros Blancos y declaraciones, entre otros tipos de documentos, procuran la propagación de la misión y visión que las instituciones difunden monográficamente en sus áreas de actuación. La competencia puede darse entre administraciones, instituciones dentro de una misma administración, o con el sector privado, pudiendo concurrir cualquiera de ellos con servicios similares a los mismos usuarios potenciales.

c) La profesionalización de la función pública, frente a la tradicional funcionarización. Los procedimientos de control económico, en los niveles estratégico y operativo del sector privado, no son de aplicación mecánica a la actividad pública, objeto de controles altamente juridificados. Sin embargo, la autonomía y el creciente peso de las relaciones individuales en la actuación administrativa fomentan la libre orientación que evita deliberadamente la legalidad formal por retardar los procesos de decisión en la Administración pública¹¹²⁶.

d) La articulación flexible de la dimensión ética frente al rigor conceptual que obliga la categorización jurídica en aras de la seguridad en la interpretación y casación deductiva que persigue, permite a la primera, sin recurrir a la segunda, ser susceptible de métodos de evaluación que se acomodan a la valoración de la creciente indeterminación de situaciones que preside la gestión pública.

Finalmente la incorporación de los códigos éticos a la actividad administrativa va determinando un conjunto de condiciones reguladoras. En primer lugar la participación en la elaboración de los códigos éticos de los sectores implicados en el servicio público y la Administración a través de estructuras informales tales como conferencias, congresos, reuniones intergubernamentales y sectoriales. El desarrollo de códigos y normas de comportamiento suponen asumir la dimensión ética como un conjunto de normas autoimpuestas por personas o colectivos con una garantía determinada por el compromiso aceptado y la falta de eficacia jurídica¹¹²⁷. En segundo término, la limitación de los códigos éticos para su incorporación a los ordenamientos jurídicos con plena eficacia normativa, si bien a menudo en forma de principios o fundamentos legislativos que no siempre desarrollan la definición ni la

¹¹²⁶ CROZIER, Michael y VV.AA. *La crisis de la inteligencia: ensayo sobre la incapacidad de las élites para reformarse*. Madrid, INAP, 1996. p. 65.

¹¹²⁷ Los códigos de conducta son abordados como un instrumento más del soft-law (Derecho indicativo) en el contexto de su aparición como fruto de acuerdos en órganos políticos supraestatales. Así se analiza el *Code of Conduct for Business Taxation* en el Consejo ECOFIN de los ministros de finanzas de la UE el 1 de diciembre de 1997. Vid. GRIBNAU, Hans. "The Code of Conduct for Business Taxation: An Evaluation of an EU Soft-Law Instrument" en *Traditional and Alternative Routes to European Tax Integration*, (ed., Dennis Weber). Amsterdam, IBFD, 2010. p. 67-96.

aplicación de cada situación jurídica, Un buen ejemplo, pero no el único, lo representa la incorporación en el Capítulo VI del Título III del EBEP de un código de conducta fundado en principios éticos y reglas de comportamiento (principios de conducta) que tal y como figura en el preámbulo de la norma “se incluyen en el Estatuto con finalidad pedagógica y orientadora, pero también como límite de las actividades lícitas, cuya infracción puede tener consecuencias disciplinarias”¹¹²⁸. En tercer lugar, la capacidad de construir con los niveles éticos indicadores de seguimiento generalizables que puedan ser objeto de estadísticas comparadas y acciones de publicidad con efectos o bien sancionadores o bien de estímulo para recompensar las buenas prácticas equiparables a derechos y obligaciones. La OCDE define estas mediciones como conjunto de valores que evalúan el comportamiento de las Administraciones en diferentes ámbitos con el telón de fondo de las responsabilidades de los gobiernos en las crisis económicas y financieras, dando lugar a una especie de escala ética pública evaluable y comparable entre Estados¹¹²⁹. El principio de buena gobernanza se inscribe en los valores de éxito, eficacia y eficiencia de las acciones del gobierno para satisfacer las demandas de los ciudadanos en “servicios que satisfagan mejor sus necesidades y el uso responsable y transparente de los recursos”¹¹³⁰. Por último, la posibilidad de determinar valores abstractos como la integridad, que dentro del mismo informe citado guarda una relación más específica con la prevención de la corrupción y se mide a través de tres indicadores: La declaración de conflicto de intereses por parte de los que adoptan decisiones; la declaración de interés público: la denuncia de irregularidades; y la prevención de la corrupción: la contratación pública. Cada uno de ellos utiliza valores cuantitativos (número de procedimientos reguladores, porcentaje por niveles de protección o del volumen de contratación por PIB,...) dispuestos para arrojar un cuadro de evaluación de la integridad de las Administraciones Públicas¹¹³¹.

Por otra parte, el paraguas de la dimensión ética pública cubre un conjunto de técnicas de gestión basadas en procedimientos de autocontrol extrajurídico como la calidad total, los sistemas de quejas, la participación ciudadana, entre otros, que se basan en un sistema común de valores éticos susceptibles de evaluación. Esta visión conduce a señalar la estrecha relación entre la dimensión ética y el marco jurídico como sistemas sustitutivos desde diferentes perspectivas, con similares finalidades de control de comportamientos y conductas, pero distintos efectos en los resultados, cuya conjugación, aparentemente sencilla, presenta dificultades. Diferencias equiparables a las que presentan los sistemas éticos

¹¹²⁸ Para conocer un estudio sistemático de las normas de contenido ético en España y en el ámbito internacional. Vid. ALDEGUER CERDÁ, Bernabé. “La ética ...” Op. Cit. p. 56-61.

¹¹²⁹ OCDE. *Panorama de las Administraciones Públicas 2009*. Madrid, INAP, 2010. p.15. En ese momento, 2009, Gurría considera la crisis de 2008 superada con éxito, y sitúa los valores considerados en el estudio claves para retornar al crecimiento autosostenido.

¹¹³⁰ Ibid. p.18.

¹¹³¹ Vid. Ibid. p. 155-264.

entendidos como códigos personales aceptados voluntariamente y los sistemas morales, considerados principios normativos de obligatorio acatamiento social¹¹³².

Sobre este planteamiento, la ética pública constituye una fuente del marco jurídico público en su adaptación a las circunstancias políticas y administrativas cambiantes, de alguna manera relacionada con la costumbre. Sin embargo, por su laxitud y adopción voluntaria precisa de instrumentos jurídicos que permitan su aplicación eficaz¹¹³³. En la cultura continental, especialmente, se precisan para ello definiciones precisas que aporten seguridad en su interpretación jurídica, pero también parece necesario el acercamiento de esas definiciones a la sustanciación comúnmente aceptada por los sujetos formadores del código ético, que incluye la conformación de técnicas de evaluación y control. Esta incorporación constituye una tarea que no parece resuelta por una mera trasposición mecánica y enunciativa de principios éticos, por lo que la adopción de nuevos criterios garantizadores representa posiblemente un importante aspecto de calidad y mejora del marco jurídico: “La excesiva indeterminación del contenido de estos códigos (amabilidad, confidencialidad, liderazgo, honestidad, probidad, transparencia, etc.) obliga a que su aplicación reúna garantías de que no se utilizan con fines arbitrarios”¹¹³⁴.

En este sentido se aplican técnicas normativas de inducción, como el Código de Buen Gobierno de los miembros del Gobierno y de los altos cargos de la Administración General del Estado, refrendado por la Orden de Acuerdo del Consejo de Ministros APU/516/2005 en la que se afirma:

Los valores de referencia no suponen un repertorio de principios éticos sin trascendencia jurídica alguna. Se trata, por el contrario, de principios inducidos de las normas vigentes en el ordenamiento jurídico español, de forma que cada uno de ellos tiene su manifestación concreta en una norma que prevé la consecuencia jurídica de su incumplimiento o cumplimiento defectuoso.

En dicha conexión pues, quedarían determinados los valores citados en las normas referenciadas que actúan como garantes de su eficacia jurídica al tiempo que categorizan y recopilan los contenidos legislativos en la nueva dimensión conceptual utilizada por los principios éticos.

Otro ejemplo lo encontramos en la Ley 5/2006, de 10 de abril, de regulación de los conflictos de intereses de los miembros del Gobierno y de los Altos Cargos de la Administración General del Estado. En este caso se aprecia la conexión entre los códigos éticos y la determinación jurídica positiva que alcanza pleno desarrollo en esta norma al fijar nítidamente el ámbito de aplicación, las situaciones

¹¹³² Fernando Savater distingue, no obstante, la diferencia entre moral y derecho que se basa en el carácter coercitivo de este último. Vid. SAVATER, Fernando. *Ética y ciudadanía*. Montesinos, Madrid, 2002. p. 216.

¹¹³³ Ambas relaciones de fuente y no oposición entre la ética y el derecho están presentes en Locke. Vid. LOCKE, John. *Ensayo y Carta sobre la tolerancia*. Madrid, Alianza, Trad. Carlos Mellizo, 1999. p. 35-36.

¹¹³⁴ SAINZ MORENO, Fernando. "Ética pública positiva" en *Estudios para la reforma...* Op. Cit. p. 530.

objeto de regulación (capítulo I y II), las obligaciones y órganos de control y el régimen sancionador, sin que por ello se aleje de definir normas de comportamiento que caracterizan a los códigos éticos¹¹³⁵.

VI.5.3.b Efectos jurídicos del Buen Gobierno.

El concepto de buen gobierno aparece en la literatura política y administrativa vinculado a los procesos de modernización retomando principios clásicos. Tanto Platón como Aristóteles enuncian el buen gobierno como función primordial en su concepción axiológica del Estado. Platón, imbuido de una orientación idealista basada en la consecución de la perfección del Estado, pasa a definir funcionalmente el buen gobierno en la conservación de ese modelo perfecto previamente alcanzado, tan inmutable como las ideas de Bien y Justicia que lo sustentan. Estas ideas se anteponen a su propia concepción de los sistemas de gobierno, en la que destaca su crítica a la democracia, que basa en la manipulación de los demagogos que consideran la admisión del buen y el mal gobierno en su seno¹¹³⁶. De la crítica al régimen democrático trae como fundamento la doctrina de la técnica, otro de los elementos heredados del pensamiento socrático, por la que según Hernández-Galiano “no queda otra cosa que crear un cuerpo especializado de ciudadanos que desempeñe las funciones directivas del Estado” consideración central del tratado de *La República*¹¹³⁷. Posteriormente el papel de la legislación, especialmente la política o constitucional, queda asentado en la definición del Buen Gobierno en el pensamiento desarrollado por Platón en su contrucción idealista¹¹³⁸.

El sintagma “buen gobierno” carece de una definición clara en la NGP y su extensión doctrinal como Gobernanza, pero no de aplicación conceptual¹¹³⁹. El desarrollo positivo dentro de la doctrina del Buen Gobierno alude a la Carta de los Derechos Fundamentales de 7 de diciembre de 2000, adaptada el 12 de diciembre de 2007 en Estrasburgo, que vincula esta doctrina al título V sobre Ciudadanía, dentro del cual se prevé de forma específica el derecho a una buena administración. En el artículo 41, que ampara el derecho subjetivo del ciudadano a un trato equitativo e imparcial en un plazo razonable, se agrupan: el derecho de audiencia ante posibles resoluciones desfavorables, el acceso a los expedientes dentro de sus intereses legítimos, la motivación de las decisiones administrativas y la reparación de los daños de conformidad a los derechos nacionales. Con el mismo rango que el trato en un plazo razonable

¹¹³⁵ La dimensión ética se aplica también a la definición de los objetivos de la organización en el modelo de gestión de calidad. Vid. ¹¹³⁵ Vid. VV.AA. *Guía de Evaluación. Modelo EVAM...* Op. Cit. Anexo 3. p.3.

¹¹³⁶ Las leyes que rigen el gobierno son especialmente tratadas en el Libro VI bajo la instauración de las Magistraturas en ese concepto fundacional del gobierno y la administración vinculado al sentido de la justicia. PLATÓN. *La República*. Madrid, Trad. Manuel Fernández Galiano y José Manuel Pabón. Alianza, 1999. p. 12, en la introducción de Fernández Galiano. p. 280-305.

¹¹³⁷ Ibid. p. 18. [destacado en negrita mío].

¹¹³⁸ PLATÓN. *Las leyes*. Trad. Manuel Fernández Galiano y José Manuel Pabón. Madrid, Alianza, 2002. (Reimp. 2008).

¹¹³⁹ Presenta las premisas jurídicas de la buena administración y el ligamen entre la gobernanza y el problema de la corrupción. Vid. PRATS CATALÀ, Joan. “La lucha contra la corrupción como parte integrante del Derecho, el deber y las políticas de buena administración” en *Cuadernos de Derecho Público* n. 31, mayo-agosto 2007. p.13-29.

figuran los derechos a la reparación por los daños de la Administración (europea en el caso, pero extensible a los Estados miembros) y al uso recíproco de la lengua propia en las relaciones con aquella¹¹⁴⁰.

Ya en el ámbito de la normativa estatal aparece el artículo 3 de la LRJAP, redactado por la Ley 4/1999, de 13 enero, de modificación de la Ley 30/1992, como precedente que anticipa los principios aplicados a la definición jurídica de Buen Gobierno y Administración en el servicio objetivo de las Administraciones Públicas a los intereses generales de acuerdo a los principios de eficacia, jerarquía, descentralización, desconcentración, coordinación, buena fe, confianza legítima; cooperación y colaboración en las relaciones entre administraciones en su actuación por los criterios de eficiencia y servicio a los ciudadanos; en sus relaciones con los ciudadanos, de conformidad con los principios de transparencia y participación. Por otra parte, en el epígrafe 3 del mismo artículo, se enmarca la dirección del gobierno y las actuaciones de las Administraciones Públicas en los objetivos que establecen las leyes y el resto del ordenamiento jurídico, lo que puede interpretarse como un mandato explícito a supeditar la totalidad de políticas públicas, dirigidas por los gobiernos de las respectivas administraciones, a la sanción del poder legislativo y el ordenamiento jurídico coherente con ella¹¹⁴¹.

Posteriormente, en el mismo ámbito estatal pero ya sin el carácter de Ley básica, la LOFAGE recoge al bloque de Buen gobierno y Buena administración, aun no definido en estos términos, con nuevas especificaciones a los principios en dos ámbitos delimitados de la Administración: la organización funcional y el servicio a los ciudadanos, por lo que cabe esperar su acatamiento y desarrollo en el conjunto de normas que rijan las actuaciones del Gobierno y la Administración. En el artículo 4 de esta norma orgánica destaca la explícita concreción del principio de los servicios ciudadanos, que presenta nuevos elementos en la regulación de las relaciones entre la Administración y los administrados con la interposición en ellas de obligaciones a la primera, formando así un aspecto esencial de la doctrina administrativa. Entre otras, dentro de estas relaciones y en términos de las obligaciones exigibles a la Administración en la materialización de los actos jurídicos se pueden destacar: la tutela activa de los derechos de los ciudadanos (art. 4.1.a.); la definición y aclaración de los servicios públicos determinando las prestaciones en un marco de calidad (art. 4.1.b.); la prestación de auxilio en la ejecución e información necesaria para resolver sus asuntos también a través de medios no

¹¹⁴⁰ Acerca de la aplicabilidad del Derecho de la Unión a los ordenamientos constitucionales nacionales, elevando el rango de los principios regulados por el procedimiento administrativo a nivel legislativo Vid. TOMÁS MALLÉN, Beatriz. *El derecho fundamental a una buena administración*. Madrid, INAP, 2004. p. 27-32.

¹¹⁴¹ La juridicidad y por ende la supeditación de la Dirección de la Administración al Estado de Derecho delimita la definición de Mal Gobierno dada por Defensor del Pueblo de la Unión Europea en el Informe Anual de Actividades de 1997 y recogida en la Resolución del Parlamento Europeo, de 16 de julio de 1998, sobre el informe anual de actividades (1997) del Defensor del Pueblo Europeo (C4-0270/98): “Se produce mala administración cuando un organismo público no obra de conformidad con las normas o principios a que ha de atenerse obligatoriamente”. Sobre el concepto de buena administración derivado del Derecho Comunitario. Vid. TOMÁS MALLÉN, Beatriz. *El derecho...* Op. Cit. p. 68-72.

presenciales de telecomunicación e informáticos (art. 4.2.a.); de gran importancia por sus consecuencias en la conformación jurídica de las relaciones administrativas, la posibilidad de anteponer a la vía pre jurisdiccional de recursos administrativos, la obligación de permitir y habilitar a través de reclamaciones, vías previas y directas de intervención en los actos administrativos.

Una vez dentro del expreso desarrollo de la materia de Buen Gobierno y Buena Administración, tal vez se deba considerar que la administración autonómica ha llevado la iniciativa respecto a la estatal. En este sentido se pueden examinar legislaciones como la Ley 4/2011, de 31 de marzo, de la buena administración y del buen gobierno de las Illes Balears. Su exposición de motivos alude al conjunto de antecedentes en las que trata de enmarcar el concepto positivo del título de la Ley en el plano normativo formal de las materias afectadas por legislaciones en vigor. Encabeza dichos antecedentes el Estatuto de Autonomía Balear reformado mediante la Ley Orgánica 1/2007, de 28 de febrero, que incorpora la disposición del derecho a una buena administración y el acceso a los archivos y registros propios; derecho de los ciudadanos a disfrutar de servicios públicos de calidad; tratamiento diligente, objetivo e imparcial de sus asuntos y participación en la vida pública. Consecuentemente ya dentro del articulado de la citada Ley 4/2011, encontramos una definición de los dos conceptos de buen gobierno y administración a través de su delimitación positiva por las siguientes materias:

a) Título I, de Buena Administración. Bajo este título se definen los derechos de los ciudadanos y las obligaciones de la Administración delimitados en sus correspondientes capítulos: los derechos asociados a la accesibilidad a la información y participación ciudadana; la administración electrónica, como derecho al acceso a los servicios públicos por medios electrónicos; la simplificación administrativa; la obligación de la Administración a mejorar la regulación y los procedimientos de relación con los ciudadanos mediante la simplificación y reducción de cargas en la misma; los deberes de transparencia en la gestión económica sobre terceros en las áreas de contratación y de gestión de los servicios públicos; por último se someten a una especial protección por la norma legislativa los sistemas de gestión de calidad y evaluación de la gestión pública.

b) Título II, de Buen Gobierno. Se recogen bajo este título las materias que genéricamente consideradas aluden a los principios de transparencia y principios éticos que rigen la actividad de los cargos públicos y aparece como elemento garantizador la actividad de control de las políticas públicas instrumentadas a través de una Oficina de Evaluación Pública. En las correspondientes secciones del texto legislativo se regulan elementos que desde el punto de vista analítico se pueden clasificar del siguiente modo: principios éticos que deben regir la conducta de los altos cargos y personal directivo; regulación de los conflictos de intereses tanto en el ejercicio de funciones como en las actuaciones derivadas de las mismas donde confluyen situaciones subjetivas del cargo con los asuntos públicos en los que intervienen (dedicación exclusiva y deber de inhibición); regulación de la transparencia política

en el acceso, publicidad y derecho a la información sobre las actividades públicas, el funcionamiento y la gestión pública de los ciudadanos; control de los cargos en su nombramiento, patrimonio y retribuciones; disponibilidad por los ciudadanos de los datos públicos civiles, legales, estadísticos y de utilidad pública; calidad normativa, que sigue en gran medida las recomendaciones de la OCDE¹¹⁴²; la responsabilidad social, concepto introducido a la Administración en un marco legislativo; y por último la evaluación de políticas públicas.

VI.5.3.c *Nuevas pautas técnico- jurídicas en la elaboración de las normas.*

Entre los aspectos que se han podido identificar en la definición dispositiva del Buen Gobierno para la calidad y mejora de la aplicación del Derecho a la gestión cobra un especial interés la calidad en la elaboración de las normas. Otros principios y materias abordados bajo la doctrina del Buen Gobierno y Buena Administración son, en general, objeto de un simultaneo tratamiento en los ámbitos técnico y de regulación jurídica, tal y como en esta investigación se aborda para los elementos de la gestión pública vinculados a los procesos de modernización administrativa. Así sucede, entre otros, con los principios de transparencia, simplificación, calidad, evaluación, contratación y control del personal directivo, al presentar junto a un elevado grado de regulación objeto de garantías jurídicas, una fuerte base de procesos y técnicas de gestión y control de carácter extrajurídico.

Sin embargo, la calidad normativa resulta singular por el reconocimiento implícito para el funcionamiento de la Administración de la función y jerarquía de la norma jurídica que contiene la determinación de los métodos de gestión y la aplicación eficaz de las políticas en las actuaciones administrativas. Se pueden así distinguir dos grandes ejes en las pautas de revisión para la elaboración de dichas normas: una formal que observa la calidad jurídica y otra, de fondo, que incide en la capacidad de aplicar políticas públicas desde el propio ordenamiento jurídico. Para el primer eje prevalece el criterio de la eficacia jurídica, mientras en el segundo imperan las recomendaciones basadas en la mejora de la regulación.

La búsqueda de mejoras en la eficacia jurídica supone para Santamaría Pastor una revisión del procedimiento de elaboración¹¹⁴³. En dicho procedimiento se encuentra como aspecto negativo la simplicidad, al incentivar normas expeditivas con efecto directo en la profusión de normas, falta de depuración de errores, escasa participación de los intereses públicos y privados que lleva a su

¹¹⁴² La regulación de la calidad en la elaboración de normas propuesta por la OCDE pertenece al bloque de recomendaciones de mejora de la calidad de las regulaciones gubernamentales (*Regulatory Reform*), de clara orientación liberalizadora y desreguladora. El primer documento de la OCDE que lo recoge. Vid. OCDE. *Recommendation of the Council of the OCDE on Improving the Quality of Government Regulation*. Paris, OCDE/GD, 1995. Le sigue su formalización por los Ministros. Vid. OCDE. *Report on Regulatory Reform*. Paris, OCDE, 1997.

¹¹⁴³ Vid. SANTAMARÍA PASTOR, Juan Alfonso. "Las potestades de la Administración" en *Estudios para la Reforma de la Administración Pública*, (dtor. Fernando Sainz Moreno). Madrid, INAP, 2000. p. 422-436.

unilateralidad administrativa, el formalismo, la falta de aceptación y aplicabilidad. Se plantea por consiguiente, con dicho procedimiento sumario, un problema de eficacia formal y material en la aplicación jurídica que atiende al cumplimiento y la legitimidad en el contenido¹¹⁴⁴. Actualmente la base jurídica para la elaboración de leyes y reglamentos reside en la Ley 50/1997, de 27 de noviembre, de Gobierno, cuyo artículo 24 resulta de extremada vaguedad y no sustituye el Acuerdo del Consejo de Ministros de 26 de enero de 1990 por el que se aprueba un Cuestionario de Evaluación¹¹⁴⁵. Posteriormente se desarrolla en el Acuerdo del Consejo de Ministros, de 22 de julio de 2005, por el que se aprueban las Directrices de técnica normativa que tiene como objetivo fundamental “Lograr un mayor grado de acercamiento al principio constitucional de seguridad jurídica, mediante la mejora de la calidad técnica y lingüística de todas las normas de origen gubernamental con la homogeneización y normalización de los textos de las disposiciones”, por lo tanto de carácter básicamente lingüístico y estilístico. Como se ha visto más arriba parece que las normas legislativas de Transparencia y Buen Gobierno comienzan a crear una reserva de Ley en esta materia, obviamente sin menoscabo de las generalidades contenidas en la citada Ley de Gobierno, tal y como muestra el proyecto de Ley 19/2013, de transparencia, acceso a la información pública y buen gobierno, de 9 de diciembre de 2013, así como la propia Ley balear vista con anterioridad. En la última se dedica un artículo de la parte dispositiva, que en el art. 42.4 completa la normativa vigente con nuevas especificaciones al contenido de la memoria justificativa obligando a incluir en ella los criterios de reducción de cargas administrativas, el impacto de la norma sobre los sectores económicos y sociales afectados y las acciones de consulta y participación ciudadana. Respecto la Ley estatal asume la calidad normativa en la Disposición adicional 2ª que encomienda a la Secretaría de Estado de Relaciones con las Cortes la elaboración de un Plan de Calidad y Simplificación Normativa con los mandatos de consolidación, derogación o modificación, previo estudio, de las normas vigentes obsoletas o reducibles por los procedimientos constitucionales y legales previstos, acción que debe coordinarse con los órganos competentes de las Comunidades Autónomas y representantes de la Administración Local.

Al respecto Santamaría Pastor se posiciona de forma contundente, aún antes de la aparición de esta nueva generación de regulaciones vinculadas al desarrollo de los principios de Transparencia y Buen Gobierno, para las todavía normas vigentes, en particular el citado cuestionario, del siguiente modo¹¹⁴⁶: Primero, falta de contraste en el informe de necesidad y oportunidad del proyecto que motiva su ausencia de profundidad e incumplimiento de los puntos impuestos por el cuestionario. Segundo,

¹¹⁴⁴ Vid. Ibid. p. 422-423.

¹¹⁴⁵ Vid. GARCÍA FERNÁNDEZ, Javier. *Estudios...* Op. Cit. p. 282. Atribuye la forma a la técnica del *check-list*, muy extendidas en el derecho comparado para “asegurar la viabilidad y calidad de las normas” que al facilitar la toma de decisiones debe integrarse en el principio de coordinación.

¹¹⁴⁶ Vid. SANTAMARÍA PASTOR, Juan Alfonso. “Las potestades...” Op. Cit. p. 427.

importantes carencias en el informe del cuestionario que no aborda gran parte de las técnicas de Análisis de Impacto Normativo muy desarrolladas en el ámbito anglosajón, e impulsadas por la OCDE¹¹⁴⁷. Tercero, falta de especificación del contenido del informe de la Secretaría General Técnica, previsto en el art. 24 de la Ley de Gobierno, que se convierte en un trámite dilatorio sin carácter revisor, y por ende, sin valor añadido a la elaboración normativa, dificultada asimismo por la presunta falta de independencia de la Secretaría respecto al titular de la iniciativa: Ministro y Director General correspondiente. Cuarto, restricción en la participación interdepartamental que una vez más convierte la circulación del texto en una tramitación sin contenido, acentuada por el sentido de propiedad departamental ante la ausencia de un procedimiento reglado y con asignación de tareas y responsabilidades concretas, por lo que prevalecen las negociaciones informales; ese procedimiento se debería inspirar además en el principio de coordinación originando grupos de trabajo interministeriales considerando la transversalidad de la mayoría de las materias objeto de desarrollo normativo; también aparece un vacío en la coordinación de las órdenes ministeriales, aunque en muchos casos afectan a las competencias de varios departamentos, para lo que se propone un registro y canalización de las mismas a través del Ministerio de Presidencia. Quinto, de forma particular se considera el concurso del Consejo de Estado, que no llega a constituir una Oficina de gestión y soporte adecuado a la elaboración de las normas como puede corresponder a sus funciones y calidad técnico-jurídica, como sí parece más perfilado en el *Conseil d'Etat* francés; más allá de las múltiples consideraciones realizadas al respecto por Santamaría, destaca la falta de capacidad vinculante y en presencia de su carácter preceptivo, aunque parcial y prescindible por diferentes técnicas legislativas y reglamentarias, su insuficiente eficacia¹¹⁴⁸. Sexto, la deficiente canalización de la participación externa por parte de las Comunidades Autónomas y Ciudadanos, que incide sin ninguna reserva en la calidad de las normas, su pérdida de eficacia, en muchos casos con apertura de conflictos por la infrutilización de instrumentos de negociación como las conferencias sectoriales respecto a las Comunidades Autónomas, y de aplicabilidad por la ausencia de mecanismos viables en la participación ciudadana¹¹⁴⁹.

El propio Santamaría Pastor en sus recomendaciones hace mención a las Técnicas de Análisis de Impacto Normativo, que la OCDE aborda con el término Regulatory Impact Analysis (RIA). Se trata de una herramienta enmarcada en las técnicas de gestión pública, si bien, reconoce su significación entre las propuestas de procedimiento jurídico que recoge. Esto es así en la medida que establece un control

¹¹⁴⁷ En el campo de la calidad normativa la OCDE define los programas RIA, que van al fondo de la materia reguladora y el APA, que se centra en el procedimiento de producción de las normas, Vid. OCDE. *Background Document on Regulatory Reform in OCDE Countries*. Paris, OCDE, 2006. p. 22-24.

¹¹⁴⁸ Vid. SANTAMARÍA PASTOR, Juan Alfonso. "Las potestades... Op. Cit. p. 428-430.

¹¹⁴⁹ Vid. Ibid. p. 431-434. En el análisis de Santamaría el caso de la participación ciudadana queda casi exclusivamente limitada a los interesados.

dirigido al contenido regulatorio de las normas dirigido a sus efectos potenciales en los ámbitos no jurídicos de economía, medio ambiente y acuerdos sociales. Dentro de ellos se determinan las siguientes medidas: efectos de la regulación con un análisis de coste-beneficio y sostenibilidad; capacidad por la Administración de hacer cumplir y establecer la aceptación de las partes implicadas; y evaluación expost del grado de funcionamiento y cumplimiento esperado de la norma¹¹⁵⁰. Se trata, por lo tanto, de procedimientos técnicos que extralimitan el negocio jurídico y utilizan herramientas de análisis económico y estadístico, su objeto no reside en el cumplimiento de los derechos tanto como en la evaluación de las políticas, y si acaso, van al fondo del contenido gestor de la norma. Desde su origen en 1974 es crecientemente adoptado por los países miembros, según los datos que muestra la propia OCDE, y sin ningún rubor debe constatar que España se encuentra, de acuerdo a los datos de 2008 y 2010, a la cola de todos ellos¹¹⁵¹.

Por otra parte, como procedimiento relacionado con la producción normativa y la calidad regulatoria, la OCDE define *The Administrative Procedure Act* (APA). En dicho procedimiento se establecen los pasos del proceso regulatorio, como una guía para el control de la discrecionalidad administrativa bajo el principio de interdicción de la arbitrariedad y garantía de los derechos ciudadanos, con la finalidad de reducir los riesgos regulatorios para el mercado y mejorar la rendición democrática de cuentas. Básicamente consta de los siguientes apartados: Elaboración de la regulación, que incluye los requerimientos de consulta en las diferentes etapas, preparación del RIA (que queda contenido en el APA), consideración de instrumentos alternativos, publicación de requerimientos, fecha de entrada en vigor, duración y desestimación; aplicación y cumplimiento; revisión y enmienda; procedimientos disciplinarios y recursos¹¹⁵².

Se puede apreciar que este conjunto de requerimientos se superponen al entramado jurídico que regula el procedimiento legislativo y expresan con términos técnicos y jurídicamente neutros los requisitos que permiten evaluar el cumplimiento comparado entre los diferentes ordenamientos estatales, para los que el APA representa un instrumento de control admonitorio. De hecho, el alto grado de incumplimiento por parte de España, así considerado a través de los métodos de encuesta utilizados para su evaluación, pueden revelar una cultura jurídica en la elaboración de normas que se aleja de los estándares establecidos por la OCDE. Sin embargo, alrededor del diagnóstico resultante quedan abiertos múltiples interrogantes, entre otros, sin perjuicio de las herramientas de mejora que brinda en la eficacia normativa y las garantías en los derechos e intereses de terceros (ciudadanos, interesados y empresas

¹¹⁵⁰ OCDE. *Panorama... Op. Cit.* p.144. Vid. OCDE. *Building an Institutional Framework for Regulatory Impact Analysis (RIA): Guidance for Policy Makers*. París, OCDE, 2008.

¹¹⁵¹ Vid. *Ibid.* p.47.

¹¹⁵² Vid. OCDE. *Background ... Op. Cit.* p. 24.

fundamentalmente), si se puede llegar a valoraciones de Derecho comparado jurídicamente homologables, o si el incumplimiento de planteamientos circunstanciales de aplicación de determinadas políticas públicas pueden considerarse jurídicamente determinadas.

Por consiguiente, se puede considerar que los principios en los que se basa el análisis regulatorio propuesto por OCDE pertenecen al ámbito de las políticas públicas, no a las regulaciones jurídicas *stricto sensu*. En la NGP la gestión pública se convierte en el terreno de juego de las políticas públicas en las que determinados procedimientos formales, como serían los jurídicos, incluyen políticas concretas. Así, entre los elementos que se mencionan como objeto principal del procedimiento RIA figuran la apertura de los mercados, la respuesta a las restricciones de negocio y la concurrencia de demandas políticas bajo los principios de eficiencia regulatoria y mejora del bienestar social. Este ligamen no sólo puede considerarse formal, en la calidad de la regulación, si no material, por sus objetivos políticos en la reducción de costes directos en las actividades reguladas, circunstancia que indudablemente puede no ponderar otros principios jurídicos: eficacia, jerarquía, descentralización, desconcentración, coordinación, legalidad, objetividad en el servicio a los intereses generales, confianza legítima, servicio a los ciudadanos, legalidad, transparencia y participación; o incluso otros factores económicos: impacto social, sostenibilidad, igualdad, ...etc.¹¹⁵³. En suma, el funcionamiento del modelo, que se compara al marco jurídico por la finalidad potestativa de la norma en sus conceptualizaciones formales y materiales, si bien amparadas en criterios técnicos y principios político-económicos, puede cuestionar las condiciones de regulación pública acordes al Estado de Derecho¹¹⁵⁴.

En otra perspectiva vinculada a la materia del Derecho encontramos cómo la calidad jurídica es abordada en forma típicamente jurisdiccional. La Convención Europea de Derechos Humanos (ECHR) y la Corte de Justicia de la UE (ECJ), declara la incompatibilidad con los principios de legalidad de cualquier obligación o restricción impuesta por las leyes nacionales a los derechos fundamentales que ésta garantiza. En ese sentido no resulta admisible la redacción vaga o demasiado amplia que permite una interpretación arbitraria de la ley. Para ello las leyes requieren claridad, precisión y predictibilidad de acuerdo con el principio de seguridad jurídica. El contenido y la redacción entran en el concepto de calidad de la Ley como elemento imprescindible del principio de legalidad, principio fundamental de las

¹¹⁵³ Obviamente en los resultados de la encuesta aparecen situaciones cuyas consecuencias son difíciles de apreciar: ¿puede considerarse la calidad regulatoria como indicador del mejor funcionamiento del Estado y las Administraciones cuando asume mejores resultados en 2005 para Grecia o Polonia que en Japón o Suecia? Por más que los ratios, como se indica en la nota a pie del gráfico, informen sólo sobre la existencia de elementos del RIA y no de su calidad, el modelo parece favorecer determinados paradigmas culturales de gestión y aplicación de políticas públicas. Vid. OCDE. *Panorama...Op. Cit.* p.147.

¹¹⁵⁴ En la introducción del informe OECD. *Building...* Op. Cit. p. 7-8. El RIA se presenta como una guía de aplicación política (*policy-making*) para la elaboración de normas de calidad.

sociedades democráticas, y la previsibilidad de la Ley como criterio legitimador de su restricción a los derechos fundamentales.

Ambas instancias judiciales europeas requieren para las leyes nacionales precisión y claridad, tanto en la redacción como en sus efectos, que sea previsible y predecible de tal forma que los individuos puedan anticipar y responder adecuadamente a las acciones oficiales de los Estados y pueda aplicarse el principio de subsidiariedad dentro de la legalidad. Sin embargo el enfoque del ECHR y ECJ no definen claramente los principios de certeza y previsibilidad, incurriendo en una ambigüedad que dificulta su interpretación. Si bien ambas instancias pueden utilizar expresiones diferentes, será necesario que la valoración de las leyes nacionales tenga el mismo efecto bajo las Leyes Comunitarias y la Convención, pues ambas representan al cuerpo constitucional de la legislación europea¹¹⁵⁵.

¹¹⁵⁵ WOLTJER, Aleidus “The Quality of the Law as a Tool for Judicial Control“ en *The Eclipse of the Legality Principle in the European Union*, (ed. BESSELINK, Leonard, PENNING, Frank y PRECHAL, Sacha). AH Alphen aan den Rijn, Kluwer Law International, 2011. p. 99-108.

Capítulo VII. La innovación tecnológica y la sociedad de la información en la modernización administrativa de la gestión pública.

VII.1 Premisas generales.

Se considera que la Administración pública recibe la innovación tecnológica como una herramienta en el proceso de transformación y reforma de la gestión pública al que globalmente se caracteriza en esta investigación bajo el concepto de modernización administrativa. Dicho proceso desemboca en el afloramiento de las tecnologías de la información y la comunicación (en adelante TIC). Aparece así, como siguiente concepto a considerar, fruto de la masificación en el uso de las TIC, una nueva dimensión y ampliación del alcance de las relaciones sociales con la denominada Sociedad de la Información (en adelante SI)¹¹⁵⁶. En el propio ámbito privado emerge lo que en economía se ha denominado sector cuaternario, caracterizado por la aparición de nuevos servicios ligados a la Sociedad del Conocimiento (en adelante SC), en la cual interviene la SI y su sustrato tecnológico como nuevo yacimiento de productos y servicios objeto de un intercambio generador de crecimiento económico¹¹⁵⁷.

Se considera que el Estado es un sujeto que actúa en el paradigma de la sociedad de la información cuya definición conceptual supera el estricto marco de las TIC, pues caracteriza el afloramiento de nuevos modos de desarrollo económico en el sector de los servicios. Como tal sujeto actúa en la dinámica socio-económica propiciada por el sector privado y evoluciona a nuevas formas privatizadoras de la ejecución pública. Dichas formas privatizadoras suponen el correspondiente encaje

¹¹⁵⁶ Daniel Bell, que acuña el término de sociedad postindustrial, es considerado precursor de la definición y el concepto de sociedad de la información y el conocimiento. Vid. BELL, Daniel. *The coming of Post-Industrial Society: a venture in social forecasting*. Cambridge, Mass, Basic Books, 1973. Daniel Bell define la sociedad posindustrial como un estadio en el desarrollo histórico definido en tres grandes transformaciones: social, económica y tecnológica. Factores que recoge en los tres primeros capítulos de esta obra.

¹¹⁵⁷ Tras la revolución tecnológica, considerada la tercera revolución industrial e iniciada en la década de 1970, en las clasificaciones de la actividad económica irrumpe en la hipótesis de los tres sectores el sector cuaternario, formulación más bien propia de la disciplina geográfica, cuyo gran exponente, Jean Gottmann, introdujo el término al analizar la conurbación de la costa este de Estados Unidos y sus actividades económicas emergentes. Vid. GOTTMANN, Jean. *Megalopolis. The urbanized northeastern seaboard of the United States*. Twentieth Century Fund, 1961. p. 576 y s. Con posterioridad Daniel Bell delimita y utiliza el concepto, donde el sector cuaternario se asocia a las actividades del comercio, finanzas, seguros e inmobiliario y crea el sector quinario que aglutina a los servicios de alto nivel de tipo científico y de dirección de negocios, Vid. BELL, Daniel. *The coming...* Op. Cit. p.117. Poco después se define el sector cuaternario en la actividad de procesamiento de información y el quinario en la actividad de toma de decisiones basada en una utilización sofisticada de la información y los procesos asociados. Vid. ABBLER, Ronald y ADAMS, John S. *The industrial and occupational structure of the American labor forcé*. Dept. of Geography, Pennsylvania State University, 1977. Finalmente se produce un análisis del sector de la información en la economía norteamericana que marca el inicio de una nueva tradición en el estudio del cuarto sector, más empírico y analítico, pegado al estudio de las variables del sector de la información. PORAT, Marc Uri. *The Information Economy: Definition and Measurement*. Washington, Office of Telecommunications (DOC) Superintendent of Documents, U.S. Government Printing Office, 1977. Por último se debe destacar por su buena síntesis sobre los conceptos del sector cuaternario el estudio empírico del caso noruego en el periodo de la revolución tecnológica. Vid. SELSTAD, Tor. "The rise of the quaternary sector. The regional dimension of knowledge-based services in Norway, 1970–1985" en *Norsk Geografisk Tidsskrift-Norwegian Journal of Geography*, v. 44, n.1, 1990. p. 21-37.

en el marco jurídico donde, ya centrados fundamentalmente en el ámbito continental, se enfrenta a un nuevo marco técnico tanto en el aspecto organizativo, que se ha ido viendo en capítulos anteriores, como en el tecnológico, que en un sentido laxo, profundiza y amplía el citado marco técnico¹¹⁵⁸. En esta evolución se viene sosteniendo la hipótesis de que el marco jurídico público experimenta procesos de acentuación de su marginación en la organización de los procedimientos administrativos en virtud de nuevos procedimientos técnicos extrajurídicos e impulsos privatizadores que relativizan el carácter especial del Derecho Administrativo¹¹⁵⁹. Como parte de esa evolución se produce una adaptación que resulta imprecisa o tal vez insuficiente, lo que permite cuestionar la pervivencia del Estado de Derecho bajo la perspectiva de las garantías y eficacia jurídicas en el ejercicio de la actividad de la Administración. Esta dinámica encuentra su correlato en el papel que dentro la transformación de la gestión pública ejercen las TIC, cuyo tratamiento en el marco jurídico presenta esfuerzos de regulación y propuestas de evolución insuficientemente asentadas en su doctrina.

Por último, es posible destacar las aportaciones que la gestión pública ha podido realizar a los modelos tecnológicos en su proceso de desarrollo e innovación. Es decir, más allá de su papel impulsor y regulador como poder público, la adaptación de las nuevas tecnologías a las necesidades y requerimientos de la Administración ha supuesto un impulso a determinadas aplicaciones y modelos tecnológicos extrapolable al resto de la actividad económica, incluido por lo tanto, al conjunto del sector privado. Este punto de vista trata de informar sobre la función activa de la gestión pública en la innovación tecnológica, que dentro de su propia reforma con caracteres privatistas, ha exigido esfuerzos en ámbitos exportables a la creación de servicios de valor añadido económico y social. No en todos los casos es posible su cuantificación fuera del estricto mercado público del sector tecnológico con sus correspondientes economías de escala, pero no resulta difícil establecer concomitancias con el desarrollo tecnológico del ámbito industrial y privado. Se deben destacar las especificidades del sector público en la utilización tecnológica y entre ellas su organización especializada en la implantación y

¹¹⁵⁸ En el ámbito continental el marco técnico organizativo, basado en nuevos contenidos de gestión pública, se viene introduciendo a través de normas legislativas, regulaciones y directivas de la UE, que deben transponerse a las leyes nacionales, lo que en la práctica subordina el principio de legalidad a la cooperación entre diferentes ordenamientos jurídicos nacionales y europeos que añade mayor complejidad a la adaptación del marco jurídico público. Vid. VERHOENVEN, Maartje y WIDDERSHOVEN, Rob. “National Legality and European Obligations” en *The Eclipse of the Legality Principle in the European Union* (ed. BESSELINK, Leonard, PENNING, Frank y PRECHAL, Sacha). AH Alphen aan den Rijn, Kluwer Law International, 2011... p. 72.

¹¹⁵⁹ Destaca en este aspecto la proliferación de las Autoridades Reguladoras Independientes creadas por las políticas liberalizadoras inspiradas en los Tratados de la UE. Bajo la misión de vigilancia de la competencia en sectores regulados por el carácter monopolístico de los bienes privatizados (energía, comunicaciones,...) se crean agencias externas al gobierno que por el principio de independencia gozan de gran discrecionalidad y poder regulador pero carecen de las obligaciones de cumplimiento de la legalidad que sí poseen los órganos de gobierno. Vid. LAVRIJSEN, Sakia y OTTOW, Annetje. “The Legality of Independent Regulatory Authorities” en *The Eclipse of the Legality Principle in the European Union* (ed. BESSELINK, Leonard, PENNING, Frank y PRECHAL, Sacha). AH Alphen aan den Rijn, Kluwer Law International, 2011. p. 73-96.

explotación de las tecnologías disponibles y la descentralización funcional que puede llevar aparejada. Por fin, el marco jurídico en la modelización de los sistemas que dentro del sector público toma una relevancia particular. La NGP y las reformas inherentes a la Modernización administrativa han llevado al uso del régimen jurídico público que es objeto de esta investigación. La modelización de los sistemas plantea el papel del marco jurídico en la regulación externa como conjunto de restricciones en su definición funcional y operativa, o ámbito definitorio de la actividad administrativa, que expresa la norma jurídica como regla básica del negocio público adecuada a criterios de simplificación, racionalización y eficacia de acuerdo a los principios de modernización administrativa.

VII.2 El Estado como sujeto de la sociedad de la información.

VII.2.1 Caracterización de la evolución de las TIC en la gestión pública.

La caracterización de esta evolución presenta determinadas etapas cuyos perfiles aún difuminados, puede que en gran medida por la falta de suficiente perspectiva histórica, aconsejan una periodificación más cronológica que ontológica:

a) Durante el periodo de los años 80 predomina el uso instrumental orientado a la gestión interna con el desarrollo de ámbitos acotados institucionalmente y aplicaciones aisladas por áreas funcionales. El análisis de las doctrinas de gestión pública prevalece sobre el enfoque finalista en el uso de las TIC.

b) Coincidiendo de forma general con la década de los 90 las relaciones interdepartamentales y la integración de los sistemas modifica el marco del control de la gestión y la informática pasa a ocupar un papel estratégico en el diseño de la organización administrativa.

c) A partir de finales de la década del siglo pasado y la primera década del actual la expansión de la tecnología de Internet brinda los instrumentos para transformar las formas de relación de la Administración con su entorno y entre las instituciones, configurándose el paradigma de Administración Electrónica como elemento sustantivo de la nueva gestión pública.

La trasposición y creación del modelo de gestión pública se realiza a través de la aplicación de los recursos de la innovación tecnológica. Este proceso se considera como el resultado de una retroalimentación entre las tecnologías y la modernización administrativa que en una perspectiva subjetiva sintetizan los enfoques deterministas y socio-organizativos de esa interrelación¹¹⁶⁰. La hipótesis planteada desde una perspectiva objetiva trata de definir el sustrato en el que se produce la innovación tecnológica en la especificación de necesidades funcionales ante las propuestas que ofrecen las TIC para resolver los requerimientos complejos con recursos técnicos simplificados y versátiles.

¹¹⁶⁰ José Ignacio Criado presenta diferentes enfoques politológicos de la interrelación entre las TIC y las Administraciones Públicas que se verán más adelante. Vid. CRIADO, José Ignacio. *Entre sueños...* Op. Cit. p. 76-85.

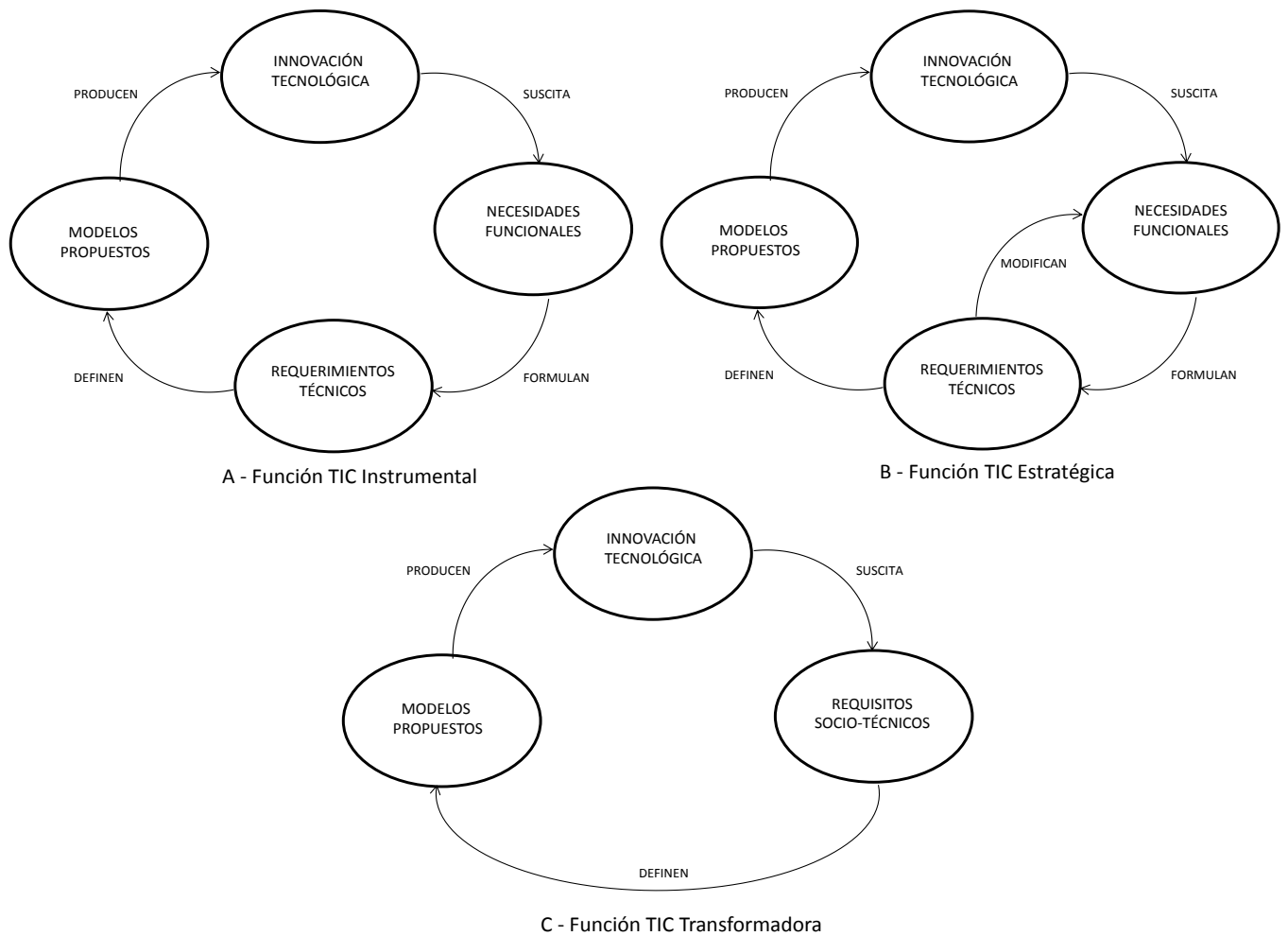


Figura 7.1: Modelo de retroalimentación entre innovación TIC y modernización administrativa.
Fuente: Elaboración propia adaptando fuentes teóricas y metodológicas diversas de ingeniería de software.

De acuerdo con este planteamiento en las relaciones entre la tecnología y la modernización administrativa las TIC tanto representan la acción de los sujetos que forman la Administración pública, creando un objeto que estimula nuevas soluciones, como definen el modelo de gestión en un proceso transformador. Se podría considerar así que, al menos en el plazo de introducción de las nuevas tecnologías, las relaciones entre los procesos que desarrollan las TIC (representadas en la figura 7.1.) retroalimentan las funciones de la tecnología como objeto y la actividad socio-técnica como sujeto de la modernización administrativa. Estas relaciones se modifican de forma dinámica en sucesivas etapas, coincidentes en líneas generales con la cronología expuesta, de acuerdo a categorías de maduración de los procesos tecnológicos y organizativos de la gestión pública: uno, en la función instrumental las TIC aportan herramientas de desarrollo de sistemas de procesamiento de información adaptada a cada actividad de la gestión pública, son prioritarios la gestión económica-financiera, los grandes servicios de gestión socioeconómica como la Seguridad Social, los censos de población relacionados con la recaudación y prestación de servicios públicos, entre otros; dos, los sistemas, implementados en redes locales o extendidas primero y acoplados después mediante aplicaciones de información compartida con

procesos de gestión integrados, promueven el enfoque estratégico que alinea las políticas de gestión pública con la implantación de las TIC; tres, la maduración del desarrollo tecnológico acerca los requisitos de negocio a las reglas de diseño de los sistemas, lo que acentúa la relación de dependencia entre los medios tecnológicos y la transformación de los modelos de gestión pública.

Centrado en la última etapa, coincidente con el periodo en el que se despliega la e-Administración durante el primer decenio del nuevo siglo, se realiza el examen de los modelos de aplicación de la innovación tecnológica. Se parte para ello de los principios de gestión pública descritos en el capítulo anterior que representan directrices de especial aplicación en el caso de España dentro de la primera década de este siglo¹¹⁶¹. Dichos principios además de orientadores de líneas de acción, evidenciadas en el estudio empírico de licitaciones, proponen la síntesis de los ejes aplicados a la modernización administrativa y permiten extrapolar determinados patrones jurídicos de interés para esta investigación. Finalmente, la relación de las tecnologías que marcan las principales tendencias de aplicación a los programas de adquisición tecnológica con los principios orientadores trata de mostrar la integración del sustrato tecnológico con la transformación de la organización pública en diferentes modelos de aplicación. Este enfoque debe permitir un acercamiento concreto al papel de las TIC recurriendo parcialmente a su propio universo conceptual.

Otro elemento de relación entre los modelos tecnológicos y la Administración pública en los procesos de modernización son los aspectos organizativos específicamente vinculados a las TIC. Los procesos de innovación tecnológica caracterizados en la figura 7.1 despliegan dentro de la organización administrativa un conjunto de nuevas funciones y modifican la ejecución de las existentes. Estas alteraciones puede considerarse que inciden en cuatro ámbitos: la propia organización de las nuevas áreas técnicas cuyas funciones, por la necesaria cobertura tecnológica que deben prestar, se conectan con la mayoría de los servicios administrativos; un elemento específico del alcance funcional en el soporte tecnológico a la Administración supone la creación de una nueva estructura orgánica y de puestos en la función pública; adaptación de la contratación pública a las nuevas necesidades de provisión, gasto, inversión y suministro en partidas funcionales relacionadas con la organización y gestión administrativa; como elemento de compleja introducción en la implementación, y conforme a las características orgánicas y de personal, el conjunto de servicios y actividades relacionadas con la gestión del cambio, sustanciadas en las necesidades de formación, soporte, acompañamiento a la implementación de los sistemas introducidos, además de la formal exigencia en los casos más complejos

¹¹⁶¹ Epígrafe 6.2 de esta investigación. Estos principios vienen a corresponder a la tercera etapa de maduración, que recoge el legado de las anteriores y asimila todos sus elementos. El modelo de retroalimentación representa una tendencia conceptual dentro de una secuencia temporal que no se ejecutaría de forma lineal en todos los ámbitos. La propia idea de legado transmite no sólo una síntesis de cada fase de las anteriores, si no su perduración en una buena parte de las TIC ya estabilizadas.

de seguimiento del impacto organizativo, acciones de comunicación y gestión de la transformación del modelo actual al nuevo. Todos estos factores han sido abordados en la introducción de las TIC en las Administraciones Públicas en el caso de España, asimilando a las propias peculiaridades de cada Administración las recomendaciones, tendencias e instrucciones externas.

Periodos	Estructura económica	Políticas públicas	Modelo Administrativo	Evolución TIC	Sistemas de gestión pública
1950-1973	<ul style="list-style-type: none"> . Intervención estatal en la economía . Fuerte presencia del sector público industrial . Evolución progresiva de la tecnología . Aumento del gasto público . Pacto económico y social . Apogeo de los servicios públicos . Evolución de la empresa privada 	<ul style="list-style-type: none"> . Políticas fiscales de gasto y déficit . Estabilidad monetaria: patrón oro . Liberalización del comercio industrial y de materias primas . Control de Balanza de Pagos . Sistemas contributivos de previsión social . Nacionalizaciones del sector industrial . Expansión del Estado liberal-democrático 	<ul style="list-style-type: none"> . Estructura burocrática . Derecho administrativo . Teoría del servicio público . Afloramiento del Estado del Bienestar . Técnicas de planificación y programación presupuestaria 	<ul style="list-style-type: none"> . Procesamiento de información de soporte . Automatización de procesos masivos . Mecanización de tareas manuales y rutinarias 	<ul style="list-style-type: none"> . Expansión del sector público prestacional e industrial . Crecimiento basado en recursos del gasto público ilimitados . Afloramiento de la Administración instrumental . Presupuestación por programas y objetivos . Expansión del Welfare State o Estado del Bienestar . Aplicaciones presupuestarias de recursos ilimitados
1973-1979	<ul style="list-style-type: none"> . Estancamiento económico . Inflación . Desempleo . Déficit fiscal . Abandono del patrón oro y libre fluctuación de divisas 	<ul style="list-style-type: none"> . Políticas ambiguas: estímulos fiscales con restricción monetaria . Prioridad en el control de la inflación . Afloramiento del monetarismo: ajuste del crédito y tipo de interés . Control del déficit público 	<ul style="list-style-type: none"> . Reforzamiento del departamento presupuestario - Impulso de la autonomía de la autoridad monetaria 		<ul style="list-style-type: none"> . Uso del déficit fiscal con tensiones inflacionistas y estancamiento económico . Crisis del régimen jurídico público
1979-1990	<ul style="list-style-type: none"> . Desaceleración del crecimiento y productividad . Altas tasas de desempleo . Desindustrialización y crecimiento del sector servicios . Aumento del gasto público . Permanencia del déficit presupuestario . Aumento de la deuda pública . Disminución de ingresos fiscales . Contención de la inflación . Altos tipos de interés 	<ul style="list-style-type: none"> . Políticas de reestructuración económica . Liberalización de servicios de infraestructura y transporte . Flexibilización del mercado de trabajo . Fortalecimiento del mercado financiero . Reformas tributarias: disminución de tasas impositivas . Contracción de la oferta monetaria . Desregulación de actividades económicas y empresariales . Liberalización del comercio internacional 	<ul style="list-style-type: none"> . Descentralización administrativa - Gestión económica del gasto e inversión pública . Adelgazamiento de la Administración . Privatización del sector público empresarial 	<ul style="list-style-type: none"> . Descentralización de los sistemas de información . Sistemas de coordinación y distribución de información - Despliegue de informática personal y de puestos de trabajo . Herramientas de productividad de desarrollo y gestión 	<ul style="list-style-type: none"> . Privatización del sector público industrial . Crecimiento basado en inversiones de capital . Descentralización del sistema público prestacional . Estandarización de normas técnicas y gestión de la calidad . Presupuestación por programas y objetivos . Expansión del derecho privado

Periodos	Estructura económica	Políticas públicas	Modelo Administrativo	Evolución TIC	Sistemas de gestión pública
1990-1999	<ul style="list-style-type: none"> . Control del déficit público . Disminución de tipos de interés . Crecimiento económico . Limitación de deuda . Disciplina monetaria . Inicio de la globalización económica 	<ul style="list-style-type: none"> . Impulso de la Nueva Economía basada en el sector tecnológico . Liberalización económica . Privatización de industria y servicios públicos . Internacionalización y desregulación de mercados financieros . Internacionalización de políticas monetarias . Liberalización comercial y de flujos de capitales 	<ul style="list-style-type: none"> . Gobernanza . Colaboración público privada . Extensión del modelo de agencias . Orientación al ciudadano . Control de la calidad regulatoria . Gestión de la calidad de los servicios públicos 	<ul style="list-style-type: none"> . Gestión estratégica . Arquitecturas de 3 niveles (cliente-servidor) . Extensión de protocolos TCP/IP: iNTERNET . Arquitecturas orientadas a objetos . Desarrollo de sistemas integrados: ERP, CRM,... . Arquitecturas orientadas a procesos: Workflow, BPM . GUI . Herramientas de diseño 	<ul style="list-style-type: none"> . Nueva Gestión Pública . Privatización del sector público . Diversificación del Derecho Administrativo . Inmersión del Derecho privado . Preocupación por la calidad, la planificación y la eficiencia . Descentralización y evaluación de los servicios públicos . Orientación a los ciudadanos . Participación de los grupos de interés . Control presupuestario y eliminación del déficit público . Planificación estratégica
1999-2008	<ul style="list-style-type: none"> . Apogeo de los servicios y el sector financiero . Internacionalización de capitales y disciplina monetaria . Facilidad de acceso al crédito y concentración especulativa de inversiones . Fuertes inversiones en capital tecnológico . Limitación de recursos y oportunidades de crecimiento . Deslocalización industrial y aparición de nuevos mercados emergentes . Globalización económico-financiera 	<ul style="list-style-type: none"> . Estímulo del uso de las TIC . Control monetario y de tipos de interés . Liberalización del sector financiero 	<ul style="list-style-type: none"> . e-Administración . Extensión del cuarto sector . Orientación al cliente y usuario de los servicios públicos 	<ul style="list-style-type: none"> . Arquitecturas orientadas a servicios: XML, web-services, SOAP, SOA. . Virtualización de sistemas: Saas, servicios cloud . e_administracion: integración de arquitecturas back y front office . Explotación de datos para toma de decisiones: data minning y data warehouse . Business Intelligence 	<ul style="list-style-type: none"> . Expansión de la colaboración público-privada . Extensión de las redes interadministrativas e internacionales . Extensión del Derecho indicativo . Externalización de los servicios públicos . Adopción del modelo de e-Administración . Expansión de los servicios al ciudadano

Tabla 7.1: Cuadro comparado de Políticas-TIC-Administración.

Fuente: Elaboración propia con síntesis de fuentes diversas (Ansoff, Rodríguez Vargas, López González).

En la Tabla 7.1 se advierte que los procesos de gestión pública evolucionan a un estado de déficit fiscal en un ambiente de recesión que intensifica los procedimientos de control con criterios de flexibilidad organizativa, control presupuestario y descentralización en la gestión de la inmensa estructura de los poderes públicos. Todo ello es posible por los avances en la teoría macroeconómica y el soporte de las tecnologías que permiten el procesamiento y la distribución de la información introducida por las técnicas de la NGP. En paralelo a las políticas de estabilización económica y reforma administrativa, la S.I. emerge como resultado del desarrollo tecnológico que permite difundir masivamente el consumo de los recursos y servicios electrónicos, si bien se mantiene la hipótesis de que tanto el concepto como los fenómenos asociados a la S.I. se desarrollan al amparo del sector privado

El periodo de reformas y privatizaciones de la NGP es seguido con desigual intensidad en el entorno angloamericano y la Europa continental, que adquiere unos criterios homogéneos bajo el influjo

y las exigencias de la Comunidad Europea primero y la Unión Europea posteriormente. Durante un amplio periodo de tiempo dichas reformas afectan fundamentalmente a la gestión interna: la reorganización administrativa, político-territorial en el caso de España, y la contención del déficit público mediante medidas de tipo monetarista en la política económica¹¹⁶². El control efectivo tarda en llevarse a cabo casi una década desde las primeras iniciativas de reestructuración a final de la década de los setenta. Dichas políticas de ahorro y control en la gestión pública, que culminan en el Tratado de Maastricht en 1992, impulsan en esta primera etapa la reforma de la gestión interna, donde las tecnologías se aplican con sistemas de procesamiento de información cada vez más autónomos y descentralizados. Por otra parte en España el margen de ampliación del esfuerzo fiscal, con las reformas en la Hacienda Pública y las políticas de desmantelamiento y privatización progresiva del sector público industrial y los flujos de capital público procedentes de los programas de cohesión europea de la UE, van a permitir una fuente de ingresos adicional. Los crecientes fondos facilitarán junto a la descentralización política y administrativa del proceso de desarrollo autonómico, en un dilatado periodo de tiempo a lo largo del Gobierno de Felipe González (1982-1996), la equiparación del Estado del bienestar a los ratios del resto de Europa Occidental, tanto en la participación presupuestaria como en el uso de medios de gestión más eficientes.

Sobre el crecimiento económico y la privatización del sector público se van impulsando las técnicas de Gobernanza en el ámbito anglosajón con los Gobiernos de William J. Clinton (1993-2001) y Anthony C.L. Blair (1997-2007). En el caso estadounidense bajo la dirección del Vicepresidente Al Gore con decididas políticas públicas de impulso de Sociedad de la Información iniciadas por él en el Senado con anterioridad a su mandato seguidas del compromiso en inversión de infraestructuras que combina el gasto público con el apoyo privado en la *High Performance Computing and Communications Act* de 9 de diciembre de 1991. Dichas medidas se extienden al resto de países europeos comunitarios culminando en 2000 con el lanzamiento, a través del Tratado de Lisboa, de las políticas de impulso de la sociedad de la información en la Unión Europea.

VII.2.2 Fundamentos político-administrativos de la innovación tecnológica en la gestión pública.

Desde la perspectiva doctrinal de la Ciencia Política y de la Administración se ha desarrollado una amplia literatura de trabajo y elaboraciones teóricas sobre la introducción de la tecnología digital. Parte de esos fundamentos son recogidos por Ignacio Criado en lo que denomina “enfoques teórico-

¹¹⁶² FRIEDMAN, Milton. “La contrarrevolución en la teoría monetaria” en *La economía monetarista*. Barcelona, Ediciones Altaya, 1992. p. 27-31.

tecnológicos en las Administraciones Públicas”¹¹⁶³. Dentro del análisis de las interacciones de las TIC con las Administraciones Públicas dos enfoques de investigación basados en el estudio de los efectos, que conduce a diferentes interpretaciones del determinismo en el uso de las tecnologías en la Administración, y el análisis de sus causas, que da lugar a un enfoque no determinista. Por último, queda también recogida la revisión de los fundamentos político-administrativos de la modernización ante la relación de las TIC con la NGP.

VII.2.2.a *La introducción de las TIC en las administraciones.*

El acudir a los administrativistas clásicos depara a menudo grandes sorpresas, pues su relectura permite vislumbrar cómo muchos de los conceptos que siguen teniendo actualidad ya emergieron con anticipación inusitada. Así sucede en 1960 con las conclusiones recogidas en el punto 7 del orden del día del X Congreso Internacional de Ciencias de la Administración que transcribe Luis Jordana de Pozas, tanto debido a su incipiente novedad y extraordinaria vigencia hasta bien entrado el siglo XXI, como por el carácter multidisciplinar en el que se inserta la ciencia jurídica en ese momento dentro del estudio de la Administración, representada por Jordana, un administrativista teórico y práctico y uno de los *padres* del Derecho Administrativo del siglo XX en España:

La automatización [*sic*] y los problemas que plantea a las Administraciones Públicas había sido una cuestión reiteradamente examinada desde distintos puntos de vista en los últimos años. Por ello se consideró que bastaba examinar el informe del señor H. Hattery en un grupo de trabajo. Se registraron los nuevos avances de la automatización, particularmente en los servicios de contabilidad, estadística, seguros sociales, inventario y control de suministros, expedientes de personal, impuestos, y control de la producción y de la planificación. Dos grupos de Administraciones van a la cabeza de este movimiento: el formado por los Estados más poderosos y, paradójicamente, el que integran algunos de los nuevos Estados independientes, que no encuentran para ello la grave dificultad que significa la transformación de un complejo sistema preexistente. Exceptuados estos casos, la automatización plantea un difícil problema social derivado de la escasísima medida en que puede utilizarse en los servicios automatizados el personal anterior. Se pasó revista, con ejemplos obtenidos de la experiencia de varios países, al problema del coste de la automatización, al de la formación del personal y destino del que resulta inutilizable, a las grandes ventajas que aporta la automatización para la preparación de los programas gubernamentales y la posesión inmediata de datos informativos, estadísticos y contables y a las repercusiones que la adopción de la automatización produce sobre los procedimientos administrativos y la rendición y control de las cuentas. Se recomendó al Instituto Internacional de Ciencias Administrativas que organice un cambio permanente de información sobre automatización entre las Administraciones Públicas de los diversos países¹¹⁶⁴.

¹¹⁶³ Profundo análisis sistemático que completa con su investigación de campo de diversas administraciones autonómicas. Vid. CRIADO, José Ignacio. *Entre sueños...* Op. Cit. p. 67-85.

¹¹⁶⁴ JORDANA DE POZAS, Luis. “El XI Congreso...” Op. Cit. p. 349. Dicho Congreso, alude al papel relevante que España adquiere en la actividad científica administrativa internacional en su propio origen, tal y como señala el propio Luis Jordana, fue organizado en Bruselas, bajo la tutela del Instituto Internacional de Ciencias Administrativas, cuyo origen se debe al español Conde de Torres Véllez que en 1910 propuso la creación de una Comisión Internacional Permanente de los Congresos de Ciencias Administrativas, y por tal motivo fue nombrado a título póstumo presidente de Honor del citado Instituto Internacional que quedó constituido en Madrid, en 1930, con motivo del IV Congreso. Vid. MADARIAGA Y SUÁREZ, Juan de, Conde de Torres Véllez. *España en Bruselas*. Madrid, José Blass y Cía. 1910.

Las premisas señaladas en el informe de Jordana enuncian algunos de los puntos críticos de la implantación de las TIC en la Administración, que según ha ido evolucionando han permanecido vigentes hasta bien entrado el siglo XXI. No obstante, conviene señalar que dentro de ese ámbito el informe se detiene en la gestión interna, básicamente los considerados procesos de soporte: gestión de personal; planificación, ejecución y control presupuestario; gestión de ingresos y fiscalidad; gestión de suministros e inventario; gestión de grandes servicios públicos con autonomía presupuestaria asociados al Estado del bienestar, en concreto la Seguridad Social; tramitación administrativa e incluso el embrión de la información para la toma de decisiones, considerada en ese momento como información estadística de impacto social y para la rendición de cuentas jerárquicas.

Se señalan también en este informe algunas de las áreas de interés en la implantación tecnológica dentro de la gestión pública: formación y gestión del cambio, que en ese momento se presenta como diagnóstico de reutilización de personal que más adelante se abordará con el uso intensivo de esas técnicas. En todas las tendencias señaladas se denota cómo, en los momentos previos a las reformas originadas por la crisis de los años setenta, la informatización de la gestión pública se amolda a los métodos burocráticos y el control jurídico-administrativo que impera en la Administración. Asimismo, dentro de la perspectiva científica con implicaciones en la técnica gestora, el Congreso subraya la idea de integración de las diferentes disciplinas administrativas bajo un único objeto con “[...] el gran desarrollo alcanzado por la enseñanza de las Ciencias administrativas, en la conveniencia de utilizar tanto los métodos jurídicos como los no jurídicos, en la gran utilidad del estudio de la administración privada paralelamente al de la Administración pública”¹¹⁶⁵.

VII.2.2.b Doctrinas socio-técnicas de la introducción de las TIC en la Administración.

En su exposición ordenada del análisis de las doctrinas político administrativas, Ignacio Criado subdivide el análisis de los efectos y el análisis de las causas. El análisis finalista de los efectos de la introducción de las TIC en las Administraciones Públicas establece pronósticos de la relación entre las tecnologías y la Administración que orientan la investigación político-administrativa a premisas contradictorias pero no excluyentes, con trabajos encuadrados en las visiones optimista, pesimista y de los modernistas críticos. Por otra parte, el análisis de las causas en las relaciones entre las TIC y las Administraciones Públicas amplía el planteamiento determinista del análisis de los efectos de las TIC al incluir los factores socio-técnicos con propuestas que parten de la naturaleza política y social del

¹¹⁶⁵ Ibid. p. 350. La preparación de esta ponencia queda recogida en MOLITOR, Andrés. *La Administración pública. La enseñanza de las Ciencias Sociales*. (Trad. Luis Jordana de Pozas). Madrid, UNESCO, Consejo Superior de Investigaciones Científicas, 1961.

proceso¹¹⁶⁶. Por motivos de síntesis expositiva que interesan a los objetivos de esta investigación se vinculan ambos tipos de análisis en un enfoque integrado.

Determinismo tecnológico en la implantación de las TIC.

Un primer bloque presenta los análisis de las causas de la introducción de las TIC en las administraciones que apuntan un determinismo tecnológico. Es decir, recogen las interpretaciones que establecen que las causas de los procesos de implantación y difusión de las TIC son estrictamente tecnológicas y son las propias características intrínsecas de las tecnologías las que explican los resultados obtenidos en su aplicación a las Administraciones.

La visión pesimista encuentra ciertas consecuencias negativas o problemas en la introducción de las TIC, tales como la intromisión en la vida social por parte de la Administración agravada por el inevitable desajuste entre los ritmos de creación de mecanismos garantizadores y el desarrollo tecnológico, los riesgos de seguridad ante la pérdida de control de los sistemas o su colapso, o la aceleración de las desigualdades sociales por la capacidad de acceso a los recursos tecnológicos conocidos con el término de “brecha digital”¹¹⁶⁷.

En sentido contrario, la visión optimista apela a los efectos positivos y de progreso de los sistemas de información para la sociedad por los cambios sociales que la tecnología puede infundir por sí misma en la transformación de la realidad económica e institucional¹¹⁶⁸. En realidad se abordan principalmente las oportunidades de desarrollo social que brindan los medios tecnológicos, sin

¹¹⁶⁶ Cfr. CRIADO, José Ignacio. *Entre sueños...* Op Cit. p. 76-77. Creando un nexo entre la explicación de los efectos y de las causas en la relación de las TIC con su entorno de aplicación (en el caso que nos ocupa la Administración Pública). Aibar y Urgell plantean que la investigación de las causas abre la explicación bidireccional de la relación entre tecnología y sociedad. Vid. AIBAR, Eduard y URGELL, Ferrán. *Estado, Burocracia y Red. Administración electrónica y cambio organizativo*. Barcelona, Ariel, 2007. p. 166.

¹¹⁶⁷ La brecha digital (Digital Divide) se considera respecto a la disponibilidad de acceso a la información propia y pública en dos grupos de recursos: la información en sí misma y los recursos tecnológicos para su acceso; respecto a la información se consideran tres puntos de vista: como activo público, privado o no disponible. Vid. HEEKS, Richard. “Government Data: Understanding the Barriers to Citizen Access and Use” en *Working Paper Series Paper No. 10*. University of Manchester, Precinct Centre, Manchester, Institute for Development Policy and Management, Octubre, 2000. En los fundamentos de la gestión pública, Hood cuestiona la existencia de un verdadero paradigma global por la heterogeneidad doctrinal e internacional en el contenido de las reformas y los efectos contradictorios que permitan establecer su continuidad, lo que arroja un contexto inestable para el desarrollo tecnológico. Vid. HOOD, Christopher. “Contemporary Public Management: a New Global Paradigm?” en *Public Policy and Administration*, v. 10, n.2, 1995. p. 104-117. El análisis de la informatización de la Seguridad Social desvela importantes gastos y errores que desvían los resultados de las previsiones iniciales, ante lo que se revela la falta de estudio y análisis de los cambios previos a la introducción tecnológica en la organización. Vid. MARGETTS, Hellen. “The Computerization of Social Security: The Way Forward or Step Backwards?” en *Public Administration*, v. 69, n.3, 1991. p. 325-343.

¹¹⁶⁸ Los cambios sociales que incorpora la tecnología de la comunicación se basan en la organización de la ciencia transformada en una empresa colectiva y una nueva fuerza productiva de la sociedad, que permite asignar recursos abiertos y crear formas alternativas de obtener bienes y productos individualizados y heterogéneos, “*this is the promise the fateful question is whether that promise will be realized*”, afirma Bell matizando el determinismo optimista con cierto escepticismo empirista. BELL, Daniel. “The Social Framework of the Information Society” en *The Computer Age: a Twenty Year View*, (eds. M.L. Dertouzos y J. Moses). Cambridge, MIT Press, 1979. p. 206-207. Sobre el empoderamiento del trabajo por el uso de la informática en perjuicio del papel directivo. Vid. ZUBOFF, Soshana. *In the Age of the Smart Machine. The future of Work and Power*. Oxford, Basic Books, 1998.

considerar las estructuras de poder tradicional y los sistemas burocráticos de control y jerarquía en los que se insertan¹¹⁶⁹. Para este enfoque la expansión de los servicios electrónicos fomenta cuasi-espontáneamente la cooperación entre organizaciones, la mejora de la calidad de vida de los ciudadanos y la participación en los asuntos públicos. Basta con establecer los mecanismos y estrategias que facilitan la consecución de objetivos comunes a toda organización que siga las lecciones aprendidas en la experiencia de las mejores prácticas, cuya generalización permite una aplicación homogénea¹¹⁷⁰.

Causalidad socio-política y visión crítica de la implantación de las TIC.

El segundo bloque en la interpretación de las causas de la introducción de las TIC en las administraciones apunta a los enfoques socio-técnicos que parten del principio de la creación social de los desarrollos tecnológicos que por lo tanto sirven a determinados objetivos y funciones. Esta causalidad social queda matizada por la interacción entre las TIC y las instituciones sociales que reconoce cómo la tecnología es utilizada y transformada por la sociedad y también transforma el modo en que ésta actúa¹¹⁷¹. Otro tipo de interpretación pone énfasis en el condicionamiento político de la relaciones entre las Administraciones Públicas y las TIC, que interpone las decisiones humanas e institucionales en la conformación de los procesos de implantación, explotación y difusión de las TIC, considerando la complejidad específica de las organizaciones públicas¹¹⁷². Bajo un enfoque neo-institucionalista se estudia el influjo de las relaciones de poder en la implantación de las TIC dentro de las organizaciones administrativas, con una argumentación racional-conductista en la tendencia evolutiva de las instituciones a sostener y ampliar las estructuras vigentes. Ambos comparten el

¹¹⁶⁹ En la experiencia de Israel la introducción de la AE tanto puede explicar la desburocratización como el férreo control burocrático, las conclusiones dependen del enfoque dado a la investigación. Vid. PELED, "Centralization or Difusion? Two Tales of Online Government" en *Administration & Society*, v. 32, n. 6, 2001. p. 686-709. Por ejemplo, se alimenta el mito de las profesiones y actividades relacionadas con la tecnología, la comunicación y la información como nuevo paradigma de éxito social y económico. Vid. DRUCKER, Peter. *Post-capitalist Society*. Nueva York, Harper Business, 1993. Peter Senge establece el concepto de *learning organization* como modelo de colaboración para alcanzar metas comunes mediante la compartición del conocimiento. SENGE, Peter. "Sharing Knowledge" en *Executive Excellence*, v. 16, n.9, 1999. p. 6-7.

¹¹⁷⁰ Douglas Holmes formula cinco estrategias cuyo fin es convertir los casos de éxito y mejores prácticas que las administraciones nacionales llevan a cabo en un plan de acción que garantice el éxito en la introducción de las e-administración: 1, poner los servicios y la información en línea; 2, asegurar el acceso universal; 3, instruir a los empleados públicos como trabajadores del conocimiento; 4, trabajar en alianzas (con el sector privado) para conseguir que suceda; 4, eliminar barreras y liderar con el ejemplo. Vid. HOLMES, Douglas. *E-Gov, e-Business Strategies for Government*. Londres, Nicholas Brealy Publisihing, 2001. p. 8-9.

¹¹⁷¹ "Como la actividad humana está basada en la comunicación e Internet transforma el modo en que nos comunicamos, nuestras vidas se ven profundamente afectadas por esta nueva tecnología de la comunicación. Por otro lado, al utilizar Internet para múltiples tareas vamos transformándola. De esta transformación surge un nuevo modelo socio-técnico". Vid. CASTELLS, Manuel. *La Galaxia Internet. Reflexiones sobre Internet, Empresa y Sociedad*. Barcelona, Plaza & Janés, 2001. p. 18-19. La investigación empírica arroja luz sobre la relación entre ciencia y tecnología bajo una concepción sociológica. Vid. PINCH, Trevor, J. y BIJKER, Wiebe E. "The Social Constructions or Facts and Artifacts: Or How the Sociology of Science and the Sociology of Technology Might Benefit Each Other" en *The Social Construction of Technological Systems*, (ed. BIJKER, W., HUGUES, T.P. y PINCH, T.) Cambridge, Mass, MIT, 1989. p. 17-49.

¹¹⁷² Criado utiliza los términos de adquisición o incorporación en lugar de implantación como gestión y utilización en lugar de explotación, aquí empleados en aras de acercarlos a los términos utilizados por la Administración en sus especificaciones técnicas y metodológicas. Vid. CRIADO, José Ignacio. *Entre sueños...* Op Cit. p. 85.

acercamiento en la implantación tecnológica de las organizaciones a la realidad objetiva del concepto *Information Polity*, de Bellamy y Taylor, que opone a los planteamientos tecnológicos deterministas el carácter pragmático, evolutivo e incremental, del cambio institucional¹¹⁷³.

Los modernistas críticos, identificados así por Criado, interpretan la sociedad de la información como una transformación cultural espontánea, gradual e imprevisible. Ante ello, sin perjuicio del papel de la Administración pública como demandante de tecnología con capacidad de dirigir su evolución, la penetración de las TIC no debe ser objeto de valoración y predicción, sino de una observación que permita apreciar los cambios y ajustes en el proceso de transformación hacia el nuevo modelo¹¹⁷⁴. En esta corriente, tanto por el objeto investigado como por su ámbito de localización se distinguen tres escuelas¹¹⁷⁵. En el ámbito norteamericano, desde finales de la década de los setenta a mediados de los noventa, la investigación se centra en las administraciones locales que presentan mayor necesidad de procesamiento de datos, uso de ordenadores personales y redes de comunicación, como el proyecto URBIS (*Urban Information Systems Project*)¹¹⁷⁶. El ámbito tecnológico británico penetra durante la

¹¹⁷³ Como reconocimiento del carácter pragmático del planteamiento institucional, Taylor y Bellamy publican las conclusiones del encuentro entre académicos y funcionarios de Whitehall dentro del Programa CERS en TIC para discutir las implicaciones de los programas del Gobierno en la gestión del cambio. Vid. BELLAMY, Christine y TAYLOR, John A. "Reinventing Government in the Information Age" en *Public Money & Management*, julio-septiembre, 1994. p. 59-62. Con motivo de las grandes implantaciones en la Administración británica y el caso del sistema de justicia penal, dentro de una crítica al determinismo tecnológico desarrollando una perspectiva teórica de la interacción de la tecnología, la información y la dinámica institucional en el " sistema de gobierno de la información BELLAMY, Christine y TAYLOR, John A. "New Information and Communications Technologies and Institutional Change. The Case of the UK Criminal Justice System" en *International Journal of Public Sector Management*, v.9, n. 4, 1996. p. 51-69. Se plantea en torno al documento del Gobierno británico Government.Direct el cambio radical en las relaciones institucionales basado en una información más flexible y menos vinculada a las ataduras institucionales. Se trata en primer lugar con los problemas planteados por las llamadas gerencialistas para la reingeniería de los procesos de gobierno y luego se analiza el creciente interés por la Gobernanza, que se define aquí como "la gestión de redes de autogobierno", los dos paradigmas que marcan la transición dentro del modelo de gestión pública. Vid. BELLAMY, Christine y TAYLOR, John A. "Understanding Government Direct" en *Information Infrastructure and Policy*, v. 6, n. 1, 1998. p. 1-16.

¹¹⁷⁴ Entre los adscritos a esta línea figuran el informe de Nora y Minc que pronostica el fuerte impacto de las TIC con mucha anticipación como una acción pública de la que dependen sus efectos Vid. NORA, Simon y MINC, Allan. *L'informatisation de la société: Rapport à M. President de la Reepublique*. Paris, La Documentation française/ Seuil, 1978.

¹¹⁷⁵ De estas tres escuelas de modernistas críticos se derivan el conjunto de estudios sobre e-administración desde la perspectiva de las ciencias políticas y administrativas de acuerdo con la atribución que realiza Ignacio Criado, sobre cuya recopilación de fuentes bibliográficas se apoya este apartado de la presente investigación. Vid. CRIADO, José Ignacio. *Entre sueños...* Op. Cit. 74.

¹¹⁷⁶ El análisis de las administraciones locales en Estados Unidos (conviene reseñar que en España este tipo de estudios comenzaron a realizarse a nivel de comunidades autónomas y algunos territorios forales a partir del año 2000) se convierte en un campo de investigación de los efectos de la adopción de las TIC en la gestión pública analizando la expansión y características de los EDP (Electronic Data Processing) o centros de procesamientos de datos. Para ello Danziger y Dutton en 1977, tras encuestar a más de 403 ciudades de más de 50.000 habitantes y 310 condados de más de 100.000 analizan la actividad innovadora a partir de variables agrupadas en cuatro dimensiones: sistema político local, cultura política de la comunidad, entorno socio-económico y entorno político externo. Vid. DANZIGER, James N. y DUTTON, William H. "Computers as an Innovation in American Local Governments" en *Communications of the ACM*, v. 20, n. 12, 1977. p. 945-956. Con posterioridad Danziger, esta vez junto Kenneth Kraemer, profundizaron y extendieron el estudio en el citado proyecto URBIS, realizando para ello 1975 encuestas y trabajos de campo con entrevistas en profundidad en 42 gobiernos municipales y 50 casos de estudios seleccionados que permiten explorar dimensiones cualitativas del uso de las TIC. Vid. DANZIGER, James N y KRAEMER, Kenneth L. *People and Computers, The Impacts of Computing on End Users in Organizations*. Nueva York, Columbia University Press, 1986.

década de los noventa en los grandes servicios públicos dentro de las agencias gubernamentales de gran tamaño, especialmente sanidad, hacienda y seguridad social¹¹⁷⁷; posteriormente, entre finales y principios de siglo, se elabora el citado concepto de *Information Polity* para definir la difusión de la información en las organizaciones administrativas y la función de las TIC en la redefinición de las políticas de gestión pública que provoca una gran eclosión de literatura político-tecnológica¹¹⁷⁸. Por último destacan las investigaciones holandesas que comienzan a estudiar los efectos de la orientación de las políticas en los procesos administrativos a final de siglo¹¹⁷⁹; posteriormente se pasa, ya en la primera década del siglo XXI, al análisis la interacción de las TIC con la teoría de la organización y la administración¹¹⁸⁰.

¹¹⁷⁷ Se investiga el caso de la Agencia de Beneficios de la Seguridad Social donde la informatización cubre un papel clave en combinación con la estrategia de ahorro de costes administrativos, generación informatizada de beneficios y orientación al cliente. Vid. BELLAMY, Christine. "Transforming Social Security Benefits Administration for the Twenty-First Century: Towards On-Stop Service and the Client Group Principle?" en *Public Administration*, v. 74, n. 2, 1996. p. 159-179. Wilcocks muestra una visión precavida de la extensión de las TIC en la Administración británica que asocia a los riesgos crecientes como consecuencia del contenido y las iniciativas de la NGP y la forma en que se introducen y aplican éstos. Vid. WILCOCKS, Leslie. "Managing Information System in UK Public Administration: Issues and Prospects" en *Public Administration*, v. 72, n.2, 1994. p. 13-32.

¹¹⁷⁸ Taylor y Williams definen el concepto Information Polity como sustentador de una nueva política de informatización centrada el enfoque operativo de los flujos de información como factor de la transformación organizativa y mejora de la calidad en la prestación de los servicios de la Administración pública británica. Vid. TAYLOR, John y WILLIAMS, Howard. "Public Administration and the Information Polity" en *Public Administration*, v. 61, n.2, 1991. p. 171-190. Al filo del Nuevo siglo, Bellamy proclama un nuevo concepto de organización administrativa y gestión pública que deben introducir las TIC: la orientación al cliente y a los resultados frente a la organización por funciones y la segmentación departamental. Visión en la que las TIC pueden contribuir decisivamente. Vid. BELLAMY, Christine. "Joining-Up Government in the UK: Towards Public Services for an Information Age" en *Australian Journal of Public Administration*, v. 58, n. 3, 1999. p. 89-96. Vid. Analiza las implicaciones en las políticas públicas de la agenda de gobierno electrónica emprendidas por Blair, entre otras, las cuestiones relacionadas con la equidad y la exclusión. Vid. HUDSON, John. "Digitalising the Structures of Government: the UK's Information Age Government Agenda" en *Policy and Politics*, v. 30, n. 4, 2002. p. 515-531. Se aborda el papel del cambio tecnológico para las políticas sociales dentro de un concepto de reevaluación del Estado del bienestar. Vid. HUDSON, John. "E-galitarianism? The Information Society and New Labour's Repositioning of Welfare". *Critical Society Policy*, v. 23, n.2, 2003. p. 515-531.

¹¹⁷⁹ Presentación, que bajo el tema del título se organiza por la EGPA en la Haya para iniciar los trabajos por investigadores de nueve países europeos con los temas: políticas de información de los gobiernos centrales, sistemas de información de larga escala, tecnología de la información e infraestructura organizacional y informatización y modernización administrativa. FRISSEN, Paul H.A. "Informatization in Public Administration: Introduction" en *International Review of Administrative Sciences*, v. 55, n.4, 1992.

¹¹⁸⁰ Snellen vincula la refundación de la democracia con el perfeccionamiento del sistema de representación en el interés general a través de la participación. Las TIC se presentan como el medio para hacer posible una toma de decisión colectiva y materializar el principio de transparencia con los representantes y funcionarios públicos. Vid. SNELLEN, Ignace. Th. M. "ICT's Bureaucracies, and the Future of Democracy" en *Communications of the ACM*, v. 44, N. 1, 2001. p. 45-48. Trata de analizar las relaciones entre políticos-servidores públicos y ciudadanos a través de las categorías TIC utilizadas en las políticas de gestión pública y averiguar su influencia en éstas: el papel de la nueva infocracia, la posición del ciudadano ante las decisiones automatizadas y formulaciones predeterminadas, el cambio de relaciones de poder en red en la forma hacer política de los gobiernos. Vid. SNELLEN, Ignace, Th. M. "Electronic Governance: Implications for Citizens, Politicians and Public Servants" en *International Review of Administrative Sciences*, v. 68, n.2, 2002. p. 183-198. El Gobierno Electrónico incide en las relaciones organizativas internas y externas de la Administración pública, en la forma de implementar las políticas, pero también en la forma en que las políticas son desarrolladas. Las redes, soportadas por las TIC, crean un cierto marco de inseguridad por su pluralidad y volatilidad (institucional, estratégica de recursos) cuya nota más importante es el paso de un gobierno de un solo nivel a un esquema de gobernanza multinivel. Vid. SNELLEN, Ignace, Th. M. "Technology and Public Administration: Conditions for Successful e-Government Development. Some Introductory Observations" en *New Technologies in Public Administration*, (eds. G. Petroni y F. Cloete). Amsterdam, IOS Press-International Institute of Administrative Science, 2005. p. 5-22.

VII.2.2.c La Modernización Administrativa ante la implantación de las TIC.

Resulta significativa la elusión del concepto tecnológico en la definición del modelo de la NGP¹¹⁸¹. Así, la inclusión de las TIC en las dinámicas de modernización no parte tanto del paradigma reformador y transformador de los principios anglosajones del *reinventing government, managerialism, post-bureaucratic paradigm o new public management*, como por su acoplamiento innovador que promueva la noción de evolución y mejora que contiene el concepto de modernización. Para entender esta laguna académica se pueden observar diferentes razones. En primer lugar la falta de coincidencia cronológica entre la aparición del movimiento reformista y las profundas transformaciones que suponen la nueva generación de la web e internet. En el contexto inicial se entiende como principal la formulación de requisitos y secundarias las mejoras que puedan atribuirse a las TIC, que en realidad no prefiguran nuevas actividades de gestión. Las inferencias y postulados de la NGP se dirigen a una aplicación uniforme que incluye el fenómeno tecnológico¹¹⁸².

La citada ausencia de correlación cronológica entre la extensión de Internet y la NGP, con el vacío tecnológico en su construcción doctrinal, puede llevar, ante la extensión del fenómeno tecnológico en las redes, a formular algunas propuestas donde la eAdministración se eleva a categoría de etapa posterior a la NGP. La circunstancia cronológica se complementa con la evolución funcional de la Administración en la dimensión interna en la primera etapa y externa en la segunda¹¹⁸³. Esta nueva perspectiva en la doctrina político-administrativa dota a las TIC de un papel en la Administración no meramente instrumental, sino transformador, que se recoge en el sintagma *Information-Era Government* concepto elaborado empíricamente por Christine Bellamy a partir de los planes del gobierno británico para extender el uso del e-commerce a la prestación de los servicios públicos¹¹⁸⁴. A su vez, esta división conceptual de ambas etapas parece consolidar un nuevo paradigma que define la transformación del sector público como una dinámica de progreso y mejora constante de la gestión pública dando lugar a un nuevo escenario de funcionamiento y organización¹¹⁸⁵.

En este sentido la eAdministración obtiene un reconocimiento por sus potencialidades de modernización de las Administraciones Públicas con dos áreas de influencia: la gestión del sector

¹¹⁸¹ Vid. AIBAR, Eduard y URGELL, Ferrán. *Estado...* Op. Cit. p. 115.

¹¹⁸² Vid. CRIADO, José Ignacio. *Entre sueños...* Op. Cit. 128.

¹¹⁸³ Vid. *Ibid.* p. 67-85.

¹¹⁸⁴ Vid. BELLAMY, Christine. "Implementing Information-Age Government: Principles Progress and Paradox" en *Public Policy and Administration*, v. 15, n. 1, 2000. p. 29.

¹¹⁸⁵ Vid. HEEKS, Richard y DAVIES, Anne. "Diferent Approaches to Information Age Reform" en *Reinventing Government in the Information Age. International Practice in IT-Enable Public Sector Reform* (ed. R. Heeks). Londres, Routledge, 1999. p. 22-48. Trata de mostrar el nexo de union entre la NGP y la AE a través de la obtención de un modelo tecnológico en el que intervienen determinadas técnicas de gestión pública, como la gestión de calidad, la reingeniería de procesos y la gestión del conocimiento. Vid. Christina. "Exploring the Interrelations between Electronica Government and the New Public Management" en *Information Technology and Computer Applications in Public Administration: Issues and Trends*, (ed. G.D. Garson). Hesity, Publishing Idea Group, 2001. p. 246-266.

público y la racionalización de los procesos de carácter weberiano¹¹⁸⁶. Las aplicaciones en la web e internet permiten, entre otros usos, la reorganización de los servicios públicos en las formas de prestación como procesos de negocio que incorporaran ideas determinantes para la transición a una nueva “digital era-governance”¹¹⁸⁷. En cuanto a la gestión, por la potencialidad de simplificación del aparato estatal y control de los asuntos públicos, respecto a la racionalización de los procesos, incrementando la productividad y eficiencia de la actividad¹¹⁸⁸. El modelo weberiano de modernización se relaciona, hasta los tres cuartos del s. XX, con la expansión del proceso de racionalización basado en una especie de control del mundo por medio de la burocracia, donde las TIC supusieron un instrumento complementario dentro de un sistema socio-técnico de cálculo, sistematización semántica y valor ético congruente con reglas legitimadas democráticamente. Con las nuevas TIC basadas en la web e Internet aparece con claridad dentro del análisis de la modernización el factor tecnológico.

En un plano ontológico para Enrique Criado la relación de unidad en el concepto de modernización entre la NGP y la eAdministración se dirime en varias perspectivas de un único proceso de avance¹¹⁸⁹. En primer término, de tipo pesimista, se ve como una separación y oposición entre ambos conceptos, de forma que en el avance se producen ciclos entre la NGP y la eAdministración dominados por modas impulsadas por la retórica de los gobernantes en el proceso de superación de los problemas ocasionados en las reformas de la etapa anterior y las respuestas políticas ante ellos que se concreta en la idea de que todo cambia para que todo siga igual¹¹⁹⁰. La segunda perspectiva, de carácter optimista, postula un crecimiento constante hacia el perfeccionamiento técnico, a través de ciclos entre la NGP y la

¹¹⁸⁶ Se subraya el gran peso de la Administración electrónica en los servicios públicos británicos del Estado del bienestar como la seguridad social y la sanidad o en tributación e inmigración, todos ellos típicamente burocráticos. Vid. DUNLEAVY, Patrick; MARGETTS, Hellen; BASTOW, Simon y TINKLER, Jane. *Digital Era Governance: IT Corporations, the State and E-government*. Oxford University Press, 2006. p. 250.

¹¹⁸⁷ Helen Margetts propone explorar una perspectiva alternativa en la que trata de mostrar cómo la visión de la gestión pública cambia con las formas de operación digital que modifican el grado de implementación de las reformas de la NGP de la década de los noventa al año 2000. Así, al examinar las relaciones entre gestión pública y *e-government* sugiere el concepto de “digital-era governance” (DEG), que cruza transversalmente los estilos de gestión de la NGP utilizando un punto de vista contemporáneo de la reforma administrativa. Vid. MARGETTS, Helen. “Public management... Op. Cit. p. 119-120.

¹¹⁸⁸ Vid. CRIADO, José Ignacio. *Entre sueños...* Op. Cit. 131.

¹¹⁸⁹ Vid. Ibid. 134-136.

¹¹⁹⁰ Reflejando esa tendencia pesimista Hood describe la imprevisión de los cambios de la política económica (keynesianismo vs monetarismo, regulación clásica vs esregulación arrastraron transformaciones en la gestión pública que fueron imprevisibles dominados por los intereses y las ideas con el fin de cambiar los contextos sociales de forma autodestructiva. Vid. HOOD, Christopher. *Explaining Economic Policy Reversals*. Buckingham, Open University Press, 1994. Situado en un paradigma cultural que muestra que problema crítico del cambio en la gestión pública no radica en las duras propuestas científicas sino en la retórica la reacción y la cultura. Vid. HOOD, Christopher. *The Art of the State: Culture, Rhetoric, and Public Management*. Oxford, Oxford University Press, 1998. p. 192. La adopción de los cambios en la estructura formal de las organizaciones, a partir de su estudio empírico en la función pública de las ciudades, demuestra que sólo una fuerte institucionalización consigue a través del uso de la Ley o de una legitimación gradual una asunción de los cambios, más rápida y profunda cuando se produce por un mandato estatal en una fuente legal. Vid. TOLBERT, Pamela S. y ZUCKER, Lynne G. “Institutional Sources of Change in the Formal Structure of Organizations: the Diffusion of Civil Service Reform, 1880-1935” en *Administrative Science Quarterly*, v. 28, n.1, 1983. p. 22-39.

eAdministración con fases de declive y fuerte crecimiento. En la tercera perspectiva, de inspiración socio-técnica, el avance se produce a través de fuertes cambios de rumbo (al modo de un velero) que implican virajes para mantener una determinada dirección fijada por la voluntad de los actores políticos y administrativos con ajustes periódicos en la dinámica de innovación de la gestión pública cuya complejidad reside en los cálculos racionales realizados para adoptar una dirección en las transformaciones. Por otra parte aparecen unos límites fijados por la viabilidad del curso de acción, fijada externamente y variable según las restricciones existentes.

VII.2.3 Caracteres de la regulación de las TIC en el marco jurídico administrativo.

VII.2.3.a Encaje de las TIC en la especificidad del sector público y su marco jurídico especial.

La Administración pública se muestra como un sujeto receptor de las transformaciones de la sociedad de la información y agente activo en su conformación y difusión¹¹⁹¹. Con el fin de establecer un modelo explicativo de las relaciones entre las TIC y la Administración pública se propone abordar el análisis de la relación de en tres ámbitos: primero, desde el ámbito jurídico, en la legislación y normativa de la Administración que se ocupa de la regulación general del uso de la tecnología en la actividad pública y privada; segundo, desde el ámbito funcional, a través de los cambios en la organización y el funcionamiento de la Administración ocasionados por la implantación de las TIC conectada con la ejecución del gasto; tercero, desde el ámbito político o estratégico, según la perspectiva de dirección pública en que nos situemos, en las políticas de definición con los recursos, instrumentos y servicios que concurren en la implantación de las TIC para la ejecución de nuevas actuaciones públicas¹¹⁹².

Por otra parte se considera que en la relación entre la innovación de las TIC y la Administración pública estos ámbitos independientes no actúan aisladamente, pues se encuentran conectados por procedimientos de gestión y normas técnicas que forman el sustrato de la actividad administrativa. Las actividades que se emplean son la clasificación amplia que permite diferenciar los tipos jurídicos de la

¹¹⁹¹ Este papel de la Administración queda asimilado por el concepto *Information Polity*, ya citado, creado en el año 1991 que “it emphasizes the role of information in the changing system of relationships which is emerging in and around government in the information age”. BELLAMY, Christine y TAYLOR, John A. “Reinventing ... Op. Cit. p. 2. TAYLOR, John “Information an X-ray: What is Public Administration for the Information Age?” en *Public Administration in an Information Age. A Handbook*. (SNELLEN, I. Th. M y VAN DE DONK, W.B.H.J., Ed.). Amsterdam, IOS Press, 1998, p. 21-32.

¹¹⁹² Esta clasificación de planos se establece en analogía con los ámbitos de actuación en los que se divide la política comunitaria según el cuarto marco de referencia de la Estrategia de Lisboa 2000: aspectos reglamentarios (plano jurídico); aspectos estratégicos (plano político-estratégico) y aspectos presupuestarios (plano funcional). Vid. ALABAU, Antonio. *La Unión Europea y su política para el desarrollo de la Administración Electrónica*. Madrid, Fundación Vodafone, 2004. p.38-40. La analogía en este punto entre el planteamiento expositivo de la UE, sustentado también en el artículo 68 del Tratado de Funcionamiento de la UE Título V, que regula el espacio de libertad, seguridad y justicia, y el planteamiento metodológico de la investigación presenta coincidencias heurísticas sin propósito de nexo causal de esta sistematización.

actuación de la Administración, cuya mayor desagregación desciende a detalles posiblemente inalcanzables por la extensión de la legislación en las TIC o en cualquier caso fuera del propósito de esta investigación. La hipótesis permite ordenar esta relación por los contenidos típicos de las actividades administrativas¹¹⁹³. Así, a la actividad ordenadora le corresponde el *desarrollo de los instrumentos jurídicos* que regulan las figuras técnicas utilizadas por las TIC; a la actividad prestacional la *aplicación interna de los recursos tecnológicos* para optimizar y ampliar los servicios públicos de acuerdo a los principios de eficacia y eficiencia; por último, la actividad promocional puede orientar las políticas y acciones públicas a la *aplicación externa de los recursos TIC* para incentivar el crecimiento, la competitividad y la actividad económica que incluye completar con la intervención directa de las inversiones tecnológicas allí donde el sector privado no es autosuficiente.

Para cada ámbito se delimitan dimensiones específicas. En el ámbito jurídico aparece la *dimensión instrumental* donde el efecto de las normas se limita a trasponer el empleo de las TIC sobre el sustrato jurídico preexistente, y la *dimensión transformadora*, cuando la regulación normativa recoge cambios sustantivos en las relaciones internas y externas de cada actividad administrativa. En el ámbito funcional de las TIC la *dimensión procedimental* se refiere a la cobertura jurídica que intenta regular la implantación tecnológica de los procedimientos y procesos operativos de la Administración, mientras que la *dimensión organizativa* pondera las normas relacionadas con el establecimiento de órganos o unidades administrativas expresamente creadas para gestionar esa regulación. En el ámbito estratégico la *dimensión de planeamiento* establece la cobertura legal de los grandes planes de actuación y la *dimensión de programación* describe la normalización jurídica de las acciones materiales que ejecutan la implantación de las TIC. Por último, las dimensiones reflejan también diferentes grados de profundidad en la cobertura jurídica, pues se considera que las dimensiones transformadora, organizativa y programada en su respectivo ámbito amplían los efectos de las TIC en cada actividad.

VII.2.3.b *Los ámbitos en las relaciones Administración-TIC en la AGE.*

La cobertura jurídica de las relaciones Administración-TIC en la AGE se establece entre los ámbitos de actuación de las TIC con las actividades administrativas mediante una clasificación por los criterios de intervención predominantes en ambos aspectos de las normas jurídico-administrativas. Dichas normas son seleccionadas de acuerdo a la importancia de sus efectos regulatorios, que cuantifican el modelo de relación según su número en cada actividad y ámbito. Como resultado se

¹¹⁹³ Se acoge a la división clásica ya citada y elaborada en España por Jordana Pozas. Su concisión permite abarcar con el criterio jurídico de clasificación la totalidad de actividades administrativas Vid. JORDANA DE POZAS, Luis. "Ensayo de una teoría del fomento..." Op. Cit. p.41-54.

obtiene la representación de la Tabla 7.2. que permite evaluar la cobertura jurídica del sistema de relaciones entre la Administración y las TIC.

Actividades administrativas	Ámbitos TIC en la Administración	Ámbito Jurídico TIC		Ámbito Funcional TIC		Ámbito Estratégico TIC	
	Dimensiones	Instrumental	Transformador	Procedimental	Organizativo	Planeado	Programado
Actividad Ordenadora		5	5	5	4	2	
Actividad Prestacional		3		2	2	1	
Actividad Promocional		2				1	2

Tabla 7.2: Tabla de cobertura jurídica de las TIC en la AGE.

Fuente: Elaboración propia a partir de datos de Portal de Administración Electrónica (<http://www.administracionelectronica.gob.es/>).

Ámbito jurídico público.

El **ámbito del marco jurídico público** de las TIC se caracteriza por ser un nivel de soporte transversal tanto al plano funcional como al plano estratégico. En el caso de España parece que preferentemente ha interesado aplicar el aspecto regulador del uso de las TIC a la actividad ordenadora, tanto ad intra como ad extra. En su acción externa, la Administración ejecuta las funciones reguladora y potestativa con normas más orientadas a la doctrina de los actos jurídicos propios del Derecho Privado; mientras que para la actividad interna prefiere aplicar las normas a los actos que se producen en el nuevo ámbito electrónico de acuerdo a las relaciones jurídicas preexistentes. En general, la escasa implicación del marco jurídico público interno en los cambios de la Administración junto al predominio de la forma privada de regulación externa favorecen la concepción jurídica meramente instrumental de las TIC que cede la concepción transformadora a las prácticas basadas en procedimientos técnicos ajurídicos y entornos colaborativos de gobierno extra-administrativos, excepto los necesarios ordenamientos regulatorios típicos para la actividad privada¹¹⁹⁴.

Por otra parte el estudio empírico de las transformaciones ocasionadas por las TIC en el paradigma de la e-administración introduce nuevas características en la dinámica de la actividad

¹¹⁹⁴ Un primer caso lo presenta el análisis de las formas privadas en el gobierno de Internet y su infraestructura en lo que denomina “global policy process” a través de la participación *multi-stakeholder*. Vid. COGBURN, Derrick L. “Enabling effective multi-stakeholder participation in global internet governance through accessible cyber-infrastructure” en *The Routledge Handbook of Internet Politics*, (eds. Andrew Chadwick y Philip. N. Howard). Nueva York, Routledge, 2010. p.401-414. Los primeros estudios sobre los procedimientos y normas de y su empoderamiento en emplazamientos nacionales limitados – es decir, al margen de la regulación pública del resto de los Estados afectados- se remontan a la década de los ochenta y da lugar al término planteado por Krasner “international regime” en el que la gobernanza de Internet sería un caso. Vid. KRASNER, S.D. “Structural causes and regime consequences: regimes and intervening variable” en *International Organization*. Spring, MIT, v.36, n.2, 1982. p. 185-205. También la Cumbre Mundial de la Sociedad de la Información (CMSI – WSIS en inglés) organizada por la Unión Internacional de Telecomunicaciones (UIT – ICT en inglés) y auspiciada por la ONU en torno a superar la “brecha digital” sirve al análisis de la participación de los grupos de interés (*stake-holders*) en la elaboración de políticas globales para el desarrollo de Internet, sostenidas a través del Foro de Gobernanza de Internet (IGF en inglés, su lengua oficial) cuyas primeras ediciones se realizan en 2003 en Ginebra y 2005 en Túnez, enuncian un movimiento de participación de la sociedad civil en el gobierno global que no resiste el análisis de los criterios de representación y legitimidad con que dichos grupos e instituciones públicas participan en ese objetivo. Vid. DUTTON, William H. y PELTU, Malcolm. “The new politics of the internet. Multi-stakeholder policy-making and the internet technocracy” en *The Routledge Handbook of Internet Politics*, (eds. Philip. n.). Nueva York, Routledge, 2010. p. 384-400.

administrativa¹¹⁹⁵. Así, se incrementa la capacidad de relación entre los actores y receptores de las políticas públicas, sean organizaciones, asociaciones o instituciones conformadas por los grupos de interés; los medios tecnológicos también modifican las formas de actuación que permiten establecer comunicaciones inmediatas tanto internamente como en la conexión entre la parte interna y externa de las organizaciones. Todo ello produce una modificación fáctica de los procesos administrativos en la gestión pública y de toma de decisiones en la elaboración de políticas.

Los cambios operativos en las relaciones abren el camino a la transformación organizativa de las instituciones formales en las que opera el marco jurídico tradicional, por métodos técnicos e instituciones informales que permiten definir e implementar los objetivos de las políticas y reestructurar la gestión pública. Sin embargo, como afirma Jane E. Fountain, queda por comprobar la verdadera eficacia de estas potencialidades en su aplicación a la calidad del diseño e implementación de la política en los efectos de la transparencia, la capacidad de manipulación o puesta al servicio de la sociedad, las consecuencias de la gestión de la infraestructura tecnológica en la reestructuración de la Administración, su utilización y la naturaleza de los objetivos de estas reformas¹¹⁹⁶. Elementos que invitan a la actuación del marco jurídico en el plano no sólo instrumental, sino también transformador.

En la regulación que asume la dimensión instrumental de la tecnología encontramos sucesivas normas cuyo principal fin consiste en sancionar la validez jurídica de las herramientas disponibles en las condiciones del sistema administrativo preexistente¹¹⁹⁷. En primer lugar se consideran las normas de carácter interno que regulan los actos administrativos ejecutados dentro de la Administración como, entre otras, el Real Decreto 263/1996, de 16 de febrero, por el que se regula la utilización de técnicas electrónicas, informáticas y telemáticas por la Administración General del Estado como antecedente muy remoto de la LAECSP, cuyo ambicioso propósito, como Decreto inspirado por los informes del Consejo Superior de Informática (CSI), consistió en “delimitar en el ámbito de la Administración General del Estado, las garantías, requisitos y supuestos de utilización de las técnicas electrónicas, informáticas y telemáticas” y “las garantías y derechos de los ciudadanos frente a la Administración

¹¹⁹⁵ La distinción entre ambos conceptos es defendida por Martínez Gutiérrez por sus respectivos ámbitos administrativo y político de gobierno respectivamente, para lo que se acuña en la terminología anglosajona el término e-Governance distinguido de e-Government. Vid. MARTÍNEZ GUTIÉRREZ, Rubén. “Instrumentos para el acceso de los ciudadanos a la Administración Electrónica” en *Derecho, gobernanza y tecnologías de la información en la sociedad del conocimiento*, (eds. GALINDO, Fernando y ROVER, A.J.). Zaragoza, LEFIS, 2009. p.191. En otro sentido se pronuncia Ignacio Criado al clasificar el término e-Government en las dimensiones eAdministración, eDemocracia y eGobernanza, adquiriendo la locución inglesa un significado general cercano al contenido de Administración Electrónica. Vid. CRIADO, José Ignacio. *Entre sueños...* Op. Cit. p. 45. Tabla 1.2.

¹¹⁹⁶ Vid. FOUNTAIN, Jane E. “Bureaucratic reform and e-government in the United States: an institutional perspective” en *The Routledge Handbook of Internet Politics*, (eds. Philip. n.). Nueva York, Routledge, 2010. p. 99-113.

¹¹⁹⁷ Colección de normas parcialmente recogidas en <http://administracionelectronica.gob.es/pae_Home/pae_Documentacion/pae_LegNacional/pae_BIBLIOTECA_NORMATIVA_ESTATAL_Leyes.html#Ujhe_cibtMs> (Consultado el 17 de septiembre de 2013).

cuando ésta utiliza las tecnologías de la información” tal y como señala en el Preámbulo, todo ello dentro de un marcado carácter restrictivo por la subordinación a los requisitos y autorizaciones administrativas en el uso de las TIC. Ya dentro de un contexto más actual la Ley 59/2003, de firma electrónica, que actualiza y modifica el vigente Real Decreto Ley 14/1999 de 17 de septiembre de firma electrónica que traspone con anticipación a su promulgación en el DOCE la Directiva 1999/93/CE, posteriormente la misma materia se actualiza con la Ley 59/2003, de 19 de diciembre, de firma electrónica, que recoge las ventajas de la firma electrónica avanzada y concede mayor espacio a la autorregulación privada; o la Ley 56/2007, de 28 de diciembre, de medidas de impulso de la sociedad de la información, que pese a lo pueda parecer que indica su título se presenta como profundamente reguladora y limitativa en sus modificaciones de la legislación anterior. Todas ellas resultan habilitadoras de un marco jurídico especial para el uso de tecnologías sin perjuicio de las normas de aplicación del régimen jurídico ordinario cuyas formas de relación administrativa permanecen intactas. En este ámbito instrumental figurarían también la Ley 18/2011, de 5 de julio, reguladora del uso de las TIC en la Administración de Justicia; Real Decreto 209/2003, de 21 de febrero, por el que se regulan los registros y las notificaciones telemáticas, así como la utilización de medios telemáticos para la sustitución de la aportación de certificados por los ciudadanos; Real Decreto 181/2008, de 8 de febrero, de ordenación del diario oficial «Boletín Oficial del Estado» que da carta de naturaleza a la edición electrónica del BOE homologando los efectos jurídicos de publicidad y promulgación a la edición tradicional¹¹⁹⁸.

También se pueden considerar como tratamiento jurídico de carácter instrumental de las TIC ciertas regulaciones de carácter externo como la legislación y el desarrollo normativo de las políticas liberalizadoras orientadas al fomento de la actividad económica relacionadas con el sector tecnológico cuyo fin es sancionar un marco de regulación e impulso de servicios tecnológicos ya existentes. Entre estas normas figura la Ley 32/2003, de 3 de noviembre, General de Telecomunicaciones, que completa la Ley 11/1998 de 24 de abril con la trasposición de un importante paquete de Directivas europeas tanto en la protección de derechos de ciudadanos y usuarios como de regulación de la competencia del sector; la Ley 34/2002, de servicios de la sociedad de la información y comercio electrónico; Ley 51/2003, de 2 de diciembre, de igualdad de oportunidades, no discriminación y accesibilidad universal de las personas con discapacidad¹¹⁹⁹.

¹¹⁹⁸ Respecto al Real Decreto 181/2008, se considera a la función del B.O.E un servicio público de naturaleza jurídica, en este caso prestado desde la Administración, que adapta el marco electrónico, dotado de carácter instrumental.

¹¹⁹⁹ En la perspectiva de la Administración como sujeto transformador las disposiciones que remarcan su “mínima intervención” (párrafo tercero de Exposición de Motivos I de Ley 32/2003) permiten calificar el papel instrumental de la norma jurídica. La calificación resulta también aplicable a la regulación de aspectos no cubiertos por las regulaciones

Cabe diferenciar aquella regulación que sanciona una dimensión transformadora en los servicios públicos más allá del instrumental, comprendido en cualquier caso, donde se establecen nuevos horizontes con cambios en los procedimientos de gestión o en las formas de relación internas y externas de la Administración directamente deducidos de los medios tecnológicos. Esta caracterización permite agrupar en la actividad administrativa ordenadora una categoría de normas legislativas como son la Ley 11/2007, de 22 de junio, de acceso electrónico de los ciudadanos a los Servicios Públicos (LAECSP)¹²⁰⁰; dentro del bloque de la citada Ley aparece el Real Decreto 1671/2009, de 6 de noviembre, por el que se desarrolla parcialmente la Ley 11/2007; Ley Orgánica 15/1999, de 13 de diciembre, reguladora del tratamiento automatizado de datos de carácter personal (LORTAD); así como el Real Decreto 1720/2007, de 21 de diciembre, por el que se aprueba el Reglamento de desarrollo de la LORTAD¹²⁰¹; la Ley 37/2007, de 16 de noviembre, sobre reutilización de la información del sector público, que fundamenta los principios jurídicos de la política de Gobierno Abierto (*Open Government*) con notable incidencia en la potencial transformación interna y externa del funcionamiento de la gestión pública, que en el aspecto externo se conecta con la actividad promocional económica dentro de un tratamiento normativo instrumental¹²⁰².

No se considera que ninguna de ellas afecte directamente a los servicios públicos en una función transformadora, al no aparecer regulaciones básicas, en el caso de este ámbito jurídico, que modifiquen el sustrato de funcionamiento en la materialización de derechos prestacionales como la sanidad, educación o prestaciones sociales y asistenciales, entre otros relacionados con dichos servicios públicos, que sí se verán implicados en la dimensión procedimental del ámbito funcional. Tampoco aparece relacionada con esta normativa transformadora ninguna actividad promocional en el ámbito jurídico básico que regule específicamente las TIC.

Ámbito funcional.

ordinarias ante nuevas actividades en el ámbito del comercio electrónico y otros servicios de la S.I. (Párrafo I de Exposición de motivos I de la Ley 34/2002).

¹²⁰⁰ La LAECSP contiene elementos regulados que puede considerarse de carácter instrumental, como la sede electrónica, registro electrónico, notificación electrónica, firma electrónica y en general todas las disposiciones contenidas en el Título Segundo. Vid. MARTÍNEZ GUTIÉRREZ, Rubén. “Instrumentos...” Op. Cit. p. 193-220. Junto a ellas aparece un importante bloque transformador expuesto en el Título Tercero en referencia al marco de simplificación y rediseño abierto para la gestión electrónica de procedimientos, especialmente en las disposiciones comunes de los artículos 33 y 34.

¹²⁰¹ El carácter transformador de la gestión pública que la Ley Orgánica 15/1999 otorga a los medios tecnológicos lo baso en que el desarrollo del art. 18.4. CE que concierne a esta norma, al limitar expresamente en su ámbito el uso de las TIC, también permite obtener a través de ellas garantías difícilmente alcanzables sin su concurso que facilita la gestión por la Administración de este ámbito de control de la legalidad y protección objetiva de esos derechos fundamentales.

¹²⁰² En la Ley 37/2007, el título II sobre el régimen jurídico de reutilización, al regularlo, proyecta en su ordenación la creación de actividades económicas de explotación de la información pública, pero sin afectar la transformación de la actividad de fomento donde las TIC aparecen como un instrumento implícito que favorece esta explotación. La disposición adicional primera prevé el desarrollo de planes y programas que entrarán de lleno en la regulación del ámbito estratégico en el fomento de estas actividades.

El ámbito funcional representa al nivel operativo en cuyo sustrato se implementan todas las actividades de la Administración relacionadas con las TIC. En la dimensión procedimental se encontrarían normas específicas de simplificación que por las facilidades aportadas ante la implantación de determinadas tecnologías permiten eliminar, redefinir o garantizar el cumplimiento de determinados trámites, bien específicos o transversales a varios procedimientos. Entre otras se pueden considerar el Real Decreto 1553/2005, de 23 de diciembre, por el que se regula la expedición del documento nacional de identidad y sus certificados de firma electrónica, instrumento material aplicado en los actos de identificación y autenticación; Real Decreto 523/2006, de 28 de abril, por el que se suprime la exigencia de aportar el certificado de empadronamiento, como documento probatorio del domicilio y residencia, en los procedimientos administrativos de la Administración General del Estado y de sus organismos públicos vinculados o dependientes; Real Decreto 522/2006, de 28 de abril, por el que se suprime la aportación de fotocopias de documentos de identidad en los procedimientos administrativos de la Administración General del Estado y de sus organismos públicos vinculados o dependientes; Real Decreto 1494/2007, de 12 de noviembre, por el que se aprueba el Reglamento sobre las condiciones básicas para el acceso de las personas con discapacidad a las tecnologías, productos y servicios relacionados con la sociedad de la información y medios de comunicación social, que puede y debe verse como un criterio de simplificación administrativa dirigido en una política social garantizadora del acceso a los servicios públicos de un sector de la población; Orden PRE/3523/2009, de 29 de diciembre, por la que se regula el Registro Electrónico Común que fija las condiciones y requisitos de funcionamiento creado en el Real Decreto 1671/2009, a su vez desarrollo reglamentario de la Ley 11/2007 de la AGE para la unificación de registros interadministrativos y sus consiguientes efectos facilitadores en la materialización del derecho de presentación de escritos y documentos a las Administraciones públicas; Real Decreto 137/2010, de 12 de febrero, por el que se establecen criterios para la emisión de la comunicación a los interesados prevista en el artículo 42.4 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común; Real Decreto 368/2010, de 26 de marzo, por el que se regulan las especificaciones y condiciones de empleo del Documento Único Electrónico (DUE) para la puesta en marcha de las empresas individuales mediante el sistema de tramitación telemática.

En su dimensión organizativa, existe un marco normativo que, desde los albores de la modernización administrativa, recoge la creación de órganos formados como elementos garantizadores para la ejecución de las normas jurídicas y el ejercicio de los derechos que llevan aparejadas. Caben destacar en este ámbito el Real Decreto 2291/1983, de 28 de julio, sobre órganos de elaboración y desarrollo de la política informática del Gobierno, que crea el ya extinto Consejo Superior de Informática (CSI) apoyado por la Orden de 9 de junio de 1988 por la que se aprueba la realización de un

sistema de información de los recursos informáticos de la Administración del Estado y de la recogida de información inicial, emitido desde el MAP por la recién creada Comisión Interministerial de Adquisición de Bienes y Servicios Informáticos (CIABSI); Real Decreto 589/2005, de 20 de mayo, por el que se reestructuran los órganos colegiados responsables de la Administración electrónica, acto reglamentario introductor del término; Real Decreto 396/2013, de 7 de junio, por el que se regula el Comité técnico estatal de la Administración judicial electrónica; de especial interés es el desarrollo de los instrumentos garantizadores previstos en la Ley 11/2007 como son el Real Decreto 4/2010, de 8 de enero, por el que se regula el Esquema Nacional de Interoperabilidad en el ámbito de la Administración Electrónica y el Decreto 3/2010, de 8 de enero, por el que se regula el Esquema Nacional de Seguridad en el ámbito de la Administración Electrónica cuyo marco de actuación procura el ejercicio de los derechos previstos en la citada Ley.

Ámbito estratégico.

Respecto al ámbito estratégico se define a partir de objetivos homogéneos o relacionados entre sí que coordinan un conjunto de acciones en la actividad administrativa establecidas por planes y programas. A este ámbito le impulsan políticas públicas elaboradas en los niveles de dirección del gobierno, generalmente con delegación a los centros directivos, organismos o agencias de la Administración que responden directamente a los responsables de los departamentos del poder ejecutivo. Como norma general la elaboración de los planes permite actuar fuera de un marco jurídico legislativo para la definición y ejecución de las acciones que disponen de un conjunto de normas técnicas o estándares que rigen su actividad. En este plano intervienen todas las administraciones, incluida la UE cuyos programas son ejecutados a través de decisiones y reglamentos del Consejo y Comunicaciones de la Comisión refrendadas por el Parlamento a través de la AGE y las Comunidades Autónomas, y dirigidos tanto al sector público como al privado. Los planes estratégicos se recogen en un soporte normativo amparado por Resoluciones del Consejo de Ministros del Gobierno de España, del Consejo o de la Comisión de la UE. Se definen frecuentemente en declaraciones, libros indicativos o documentos técnicos que contienen el planteamiento estratégico y los estudios que detallan los programas y planes de actuación.

Admon.	Año	Plan/Programa Estratégico	Descripción	Base jurídico-normativa
AGE	2001	Plan Info XXI	Plan de actuación provisto para el periodo 2001-2003. Aborda tres áreas: información electrónica, tramitación por Internet y servicios públicos en línea presentado por el Ministerio de Ciencia y Tecnología.	Presentado por el Presidente del Gobierno sin directrices jurídicas
AGE	2003	Plan de choque para el impulso de la administración electrónica en España	Plan de choque para el impulso de la administración electrónica en España: 8 de mayo de 2003, presentado por el Ministerio de Ciencia y Tecnología y el Ministerio de Administraciones Públicas. El Plan prioriza un conjunto de diecinueve medidas y concentra sus esfuerzos en quince grandes servicios electrónicos.	Documento del Plan citado presentado por el MCyT y el MAP sin directrices jurídicas
AGE	2005	Plan estratégico de modernización CONECTA	Plan estratégico de modernización CONECTA: tu administración en red de 12 de abril de 2005. Promueve, Dirección General de Modernización Administrativa. Publicada por el Ministerio de Administraciones Públicas (MAP). Secretaría General Técnica, septiembre 2005.	Marco de referencia de la COM (2002) 263 y legislación española vigente
AGE	2005	Plan Avanza 1	Estrategia 2005-2009 promovido por el MITYC. Aprobado por el Consejo de Ministros del 4 de noviembre de 2005, se enmarca en los ejes estratégicos del Programa Nacional de Reformas diseñado por el Gobierno para cumplir con la Estrategia de Lisboa del año 2000 a través del eje de I+D+i del Programa Ingenio 2010.	Acuerdo del Consejo de Ministros del 4 de noviembre de 2005
AGE	2010	Plan Avanza 2	Estrategia 2011-2015 promovido por el MITYC. Secretaría de Estado de Telecomunicaciones y para la Sociedad de la Información. Aprobado en Consejo de Ministros de 16/07/2010. Consta de un texto base que destaca el papel de las TIC en la economía y el crecimiento, el Marco Europeo concretado en la Agenda Digital Europea 2010-2015. Apunta 10 objetivos en los retos de la S.I., entre los que se encuentra generalizar la Administración Electrónica y fortalecer el sector de los contenidos digitales.	Acuerdo del Consejo de Ministros de 16 de julio de 2010
AGE	2013	Agenda Digital para España	La Agenda Digital para España marca la hoja de ruta para el cumplimiento de los objetivos de la Agenda Digital para Europa en la estrategia Europa 2020 en materia TIC y de administración electrónica, e incorpora objetivos específicos para el desarrollo de la economía y la sociedad digital en España.	Acuerdo del Consejo de Ministros de 15 de febrero de 2013
UE	2002	eEurope 2002	El plan de acción eEurope 2002 se inscribe directamente en el marco de la estrategia de Lisboa, pensada para convertir a la Unión Europea en la economía del conocimiento más dinámica y competitiva del mundo de aquí a 2010. Objetivos clave que debían alcanzarse para finales de 2002: una Internet más rápida, barata y segura; invertir en las personas y en la formación; estimular el uso de Internet.	COM (2001) 140 final
UE	2003-2005	Programa de MODINIS	Seguimiento, identificación, análisis y difusión de buenas prácticas para eEurope y análisis de las consecuencias económicas y sociales de la sociedad de la información.	Decisión 2256/2003/CE Decisión 2113/2005/CE
UE	2005	eEurope 2005	Marco estratégico de la cumbre de Lisboa 2000. Difusión de buenas prácticas, mejora de la red y seguridad de la información. Supervisión bajo el programa de MODINIS (2003-2005)	COM (2002) 263
UE	2010	i2010	Se inscribe en la estrategia Europa 2020 bajo la iniciativa "Agenda Digital para Europa" de la que forma uno de los siete pilares.	COM(2010) 245 final

Admon.	Año	Plan/Programa Estratégico	Descripción	Base jurídico-normativa
UE	1998-2002	V Programa Marco	eGovernment-ISTA aglutina programas en paralelo a Estrategia de Lisboa Information Society Technology	Decisión 1999/182/CE
UE	2002-2006	VI Programa Marco	Línea tecnológica con un nuevo ámbito dedicado a la gestión del conocimiento y el cambio organizativo	Decisión 2002/835/CE
UE	1995-2004	Programa IDA	El programa IDA (Interchange of Data between Administrations) tiene por objeto facilitar el Intercambio de datos entre administraciones y las instituciones europeas. La segunda fase del programa (IDA II) se puso en marcha en 1999, se ha reorientado hacia el mercado y la interoperabilidad con vistas a aumentar la eficacia de la prestación de servicios públicos en línea a las empresas y los ciudadanos europeos.	Decisión 1719/1999/CE Decisión 1720/1999/CE Decisión 2045/2002/CE Decisión 2046/2002/CE
UE	1997	Programa eTEN	Redes transeuropeas de Telecomunicaciones (TEN-TELECOM). Centrado en los servicios públicos, el programa eTEN fomenta el uso innovador de servicios en línea: fomentar el desarrollo de servicios, aplicaciones y contenidos electrónicos, y a acelerar el despliegue del acceso seguro de banda ancha a Internet.	Reglamento 2236/1995/CE Decisión 1336/97/CE
UE	2001-2004	Programa CONTENT	Mercado de contenidos y acceso y uso de la información del sector público	Decisión 2001/48/CE
UE	2005-2009	Programa IDBAC	En el marco de las iniciativas eEurope2005 e i2010. Continuación del Programa IDA. Tiene por objeto prestar servicios paneuropeos de administración electrónica a las administraciones públicas, las empresas y los ciudadanos. El objetivo consiste en mejorar la eficacia de las administraciones públicas europeas y la colaboración entre ellas.	2004/387/CE
UE	2005-2008	Programa CONTENT Plus	Renovación de Programa CONTENT destinado a respaldar el desarrollo de contenidos multilingües al objeto de alimentar los servicios en línea innovadores de la Unión Europea (UE).	Decisión nº 456/2005/CE
UE	2000-2006	Fondos FEDER - Agenda 2000 - Acciones Innovadoras	Impulso de Fondos para inversiones TIC dentro de la Política Regional de Cohesión Económica y Social. Infraestructuras y fondos limitados para administración electrónica. Creación de grupos interregionales y amplia participación privada (eForum). Incitar a las regiones desfavorecidas a que inviertan en innovación y desarrollo tecnológico con el fin de reducir su retraso de desarrollo y aumentar su competitividad. Favorecer los intercambios de experiencias y de buenas prácticas mediante la creación de redes temáticas interregionales	COM (2001) 60

Tabla 7.3: Tabla de programas estratégicos en TIC de la AGE y la UE.

Fuentes: Elaboración propia a partir de Portal de Administración Electrónica de la AGE; CRIADO, José Ignacio. Entre sueños...Op.Cit. p. 147-180; ALABAU, Antonio. *La Unión Europea...*Op. .Cit. p.19.

En la tabla 7.3 se enuncian los principales planes trazados en la AGE y la UE durante el periodo de expansión de las políticas de la SI y la AE. Sin descender al detalle de sus contenidos, que no son objeto de esta investigación, en la tabla se puede observar que la relación entre los planes de la Administración General del Estado y los programas y planes de la UE guardan bastante simetría o causalidad. El impulso del Plan de Acción eEurope 2002 supone la materialización presupuestaria que permite sistematizar las actuaciones de la Estrategia de Lisboa de Administración Electrónica en el fomento tecnológico de las TIC bajo la tutela de las administraciones públicas, tanto en inversiones

propias como en subvenciones a los sectores económicos y grupos de interés favorecidos. En las primeras se anima la redacción de proyectos basados en las TIC para las actividades de ordenación y de servicio público con la elaboración de planes estratégicos y de modernización en las administraciones locales y autonómicas. En los segundos, las políticas subvencionadoras y de fomento público se dirigen al tejido empresarial en el uso de las tecnologías y la difusión entre los sectores de la población cuyo apoyo se considera imprescindible para propagar el uso de Internet¹²⁰³.

Se puede observar que mientras los planes en la actividad de fomento de las TIC impulsados por la UE quedan adscritos a un marco jurídico, no se puede en cambio considerar generalizada la formalización jurídica de los programas cuyo desarrollo corresponde a las administraciones estatales, que en el caso de España, no se son objeto de interés político preferente, sino a veces tan solo un mal necesario¹²⁰⁴. Esa carencia de rentabilidad política promueve la delegación de las competencias tecnológicas a una infocracia y nueva clase directiva de segundo orden que sin embargo debe gestionar crecientes presupuestos de los que comienzan a depender el conjunto de las actividades administrativas. Como consecuencia el seguimiento y control en la ejecución de los planes de modernización basada en las TIC, que incluye su cobertura normativa, pasa a un segundo plano. Esta tendencia comienza a romperse en el periodo de los años 2005-2012 con el Plan Avanza (I y II), enmarcados en Acuerdos del Consejo de Ministros que, a propuesta del departamento ministerial, detallan con mayor rigor las medidas, los medios y procedimientos de financiación, evaluación y seguimiento¹²⁰⁵.

Normas técnicas de la cobertura jurídica.

Paralelamente al desarrollo de la legislación básica de administración electrónica, ya citada en el ámbito jurídico, la cobertura normativa perfecciona los instrumentos en un conjunto de normas jurídico-

¹²⁰³ La difusión y formación en el uso de internet apareció como una lección aprendida tras el fracaso del Plan Info XXI. Vid. "Los graves fallos de Info XXI" publicado en El País el 17 de julio de 2003. Para un balance completo de este plan Vid. CRIADO, Ignacio. *Entre Sueños utópicos...* Op. Cit. p. 207-211.

¹²⁰⁴ En el caso de la Comunidad de Madrid, asimilable a los gobiernos en competencia democrática, Manuel Villoria señala que por la alta competencia con otras administraciones (Estado y capitalidad del municipio). "[...] las políticas de planificación, control y evaluación no servían a los intereses de la clase política dirigente, la cual obtenía su legitimación de los outputs de su gestión y de la venta de los mismos". VILLORIA, Manuel. "La función pública de la Comunidad de Madrid" en *Autonomías. Revista catalana de Derecho público*. n. 18. p. 153.

¹²⁰⁵ Entre los medios presupuestarios se establece la dotación incremental sometida a los presupuestos generales en el Plan Avanza 1, mientras que el Plan Avanza 2 no está vinculado a unos presupuestos concretos sino que marca unas prioridades que se desarrollan dentro de los escenarios de consolidación presupuestaria aprobados por el Gobierno y establece (prevé) el efecto inductor que los fondos aportados por el Estado deben tener sobre los fondos aportados por otras Administraciones, entidades y el sector privado. Para su ejecución se determinan actuaciones, o medidas, directas por parte de la AGE y a través de convenios bilaterales de cooperación con las comunidades autónomas o entidades locales. <<https://www.planavanza.es/InformacionGeneral/ResumenEjecutivo2/Paginas/ResumenEjecutivo.aspx>> (Consultado el 23 de noviembre de 2013).

técnicas en forma de resoluciones de la Secretaría de Estado¹²⁰⁶. Destaca y sirven de ejemplo el bloque de normas técnicas de interoperabilidad que se acompañan de guías de aplicación y otros documentos técnicos de apoyo mostradas en la tabla 7.4. La importancia de consagrar estas normas en disposiciones administrativas reside en que su contenido técnico obtiene las garantías correspondientes, es decir, los actos administrativos ejecutados cumpliendo esas normas son válidos y poseen plena eficacia jurídica. Conservan un carácter instrumental debido a que cualquier ajuste o reforma en los procesos administrativos facilitados por los estándares de interoperabilidad debe someterse al resto de la legislación aplicable en el procedimiento, organización, función pública, régimen de recursos y procesal, o cualesquiera otros ámbitos de aplicación del régimen jurídico administrativo.

Objeto de la Norma	Norma Administrativa	Objeto de la Norma	Norma Administrativa
Catálogo de estándares	Resolución de 3 de octubre de 2012 (BOE 31 de octubre), de la Secretaría de Estado de Administraciones Públicas, por la que se aprueba la Norma Técnica de Interoperabilidad de Catálogo de estándares	Relación de modelos de datos	Resolución de 28 de junio de 2012 (BOE de 26 de julio), de la Secretaría de Estado de Administraciones Públicas, por la que se aprueba la Norma Técnica de Interoperabilidad de Relación de modelos de datos.
Documento electrónico	Resolución de 19 de julio de 2011 (BOE de 30 de julio), de la Secretaría de Estado para la Función Pública, por la que se aprueba la Norma Técnica de Interoperabilidad de Documento Electrónico	Política de gestión de documentos electrónicos	Resolución de 28 de junio de 2012 (BOE de 26 de julio), de la Secretaría de Estado de Administraciones Públicas, por la que se aprueba la Norma Técnica de Interoperabilidad de Política de gestión de documentos electrónicos.
Digitalización de documentos	Resolución de 19 de julio de 2011 (BOE de 30 de julio), de la Secretaría de Estado para la Función Pública, por la que se aprueba la Norma Técnica de Interoperabilidad de Digitalización de Documentos.	Requisitos de conexión a la Red de comunicaciones de las Administraciones Públicas españolas	Resolución de 19 de julio de 2011 (BOE de 30 de julio), de la Secretaría de Estado para la Función Pública, por la que se aprueba la Norma Técnica de Interoperabilidad de requisitos de conexión a la red de comunicaciones de las Administraciones Públicas españolas
Expediente electrónico	Resolución de 19 de julio de 2011 (BOE de 30 de julio), de la Secretaría de Estado para la Función Pública, por la que se aprueba la Norma Técnica de Interoperabilidad de Expediente Electrónico	Procedimientos de copiado auténtico y conversión entre documentos electrónicos	Resolución de 19 de julio de 2011 (BOE de 30 de julio), de la Secretaría de Estado para la Función Pública, por la que se aprueba la Norma Técnica de Interoperabilidad de Procedimientos de copiado auténtico y conversión entre documentos electrónicos

¹²⁰⁶ Las reestructuraciones ministeriales afectan profundamente a las competencias en las TIC, así, en este caso las resoluciones sobre materias análogas pasan a las Secretarías de Estado de Administraciones Públicas y Función Pública indistintamente.

Objeto de la Norma	Norma Administrativa	Objeto de la Norma	Norma Administrativa
Política de firma electrónica y de certificados de la Administración	Resolución de 19 de julio de 2011 (BOE de 30 de julio), de la Secretaría de Estado para la Función Pública, por la que se aprueba la Norma Técnica de Interoperabilidad de Política de Firma Electrónica y de certificados de la Administración.	Modelo de Datos para el intercambio de asientos entre las Entidades Registrales	Resolución de 19 de julio de 2011 (BOE de 30 de julio), de la Secretaría de Estado para la Función Pública, por la que se aprueba la Norma Técnica de Interoperabilidad de Modelo de Datos para el Intercambio de asientos entre las entidades registrales
Protocolos de intermediación de datos	Resolución de 28 de junio de 2012 (BOE de 26 de julio), de la Secretaría de Estado de Administraciones Públicas, por la que se aprueba la Norma Técnica de Interoperabilidad de Protocolos de intermediación de datos.	Reutilización de recursos de información	Resolución de 19 de febrero de 2013 (BOE de 4 de marzo), de la Secretaría de Estado de Administraciones Públicas, por la que se aprueba la Norma Técnica de Interoperabilidad de Reutilización de recursos de la información.

Tabla 7.4: Tabla de normas administrativas de técnicas de interoperabilidad.
Fuente: Portal de la Administración Electrónica de la AGE.

En resumen se trata de procedimientos técnicos cuyo cumplimiento es exigible para la interconexión administrativa por medios electrónicos. En la LAECSP se señala directamente por el legislador la importancia de especificar los medios técnicos que garanticen el cumplimiento del principio en su artículo 42.4:

En la elaboración de ambos Esquemas [*Esquema Nacional de Interoperabilidad y Seguridad, en adelante ENI*] se tendrán en cuenta las recomendaciones de la Unión Europea, la situación tecnológica de las diferentes Administraciones Públicas, así como los servicios electrónicos ya existentes. A estos efectos considerarán la utilización de **estándares abiertos** así como, en su caso y de forma complementaria, estándares que sean de **uso generalizado** por los ciudadanos. (Aclaración entre corchetes y palabras en negrita mías).

La misma Ley dispone en el artículo 42.1 la creación del ENI aprobado finalmente por el Real Decreto 4/2010, de 8 de enero, por el que se regula el Esquema Nacional de Interoperabilidad en el ámbito de la Administración Electrónica, En el Preámbulo I define la interoperabilidad como “[...] la capacidad de los sistemas de información y de los procedimientos a los que éstos dan soporte, de compartir datos y posibilitar el intercambio de información y conocimiento entre ellos”. El concepto de interoperabilidad tiene una procedencia muy temprana entre las primeras iniciativas de la Unión Europea que en 1991 plantea el programa IDA para “el desarrollo e implantación de redes telemáticas paneuropeas para las Administraciones Públicas”¹²⁰⁷. Finalmente en la DAP del Decreto se prevén las normas administrativas de técnicas de interoperabilidad plenamente relacionadas las que figuran en la Tabla 7.4.

¹²⁰⁷ Sobre el programa IDA in extenso. Vid. ALABAU, Antonio. *La Unión Europea...* Op. Cit. p.129-152.

VII.2.3.c *Los ámbitos de las relaciones Administración-TIC en las Comunidades Autónomas.*

De la misma forma en la tabla 7.5 se representan las relaciones jurídico-administrativas con las TIC en las Comunidades Autónomas, tomando como fuente la selección de aquellas que cada Administración autonómica ha ido particularizando en sus respectivos procesos de modernización e implantación tecnológica. En la tabla 7.6 recoge el total para obtener una valoración comparada del conjunto en estas administraciones. De acuerdo con la selección legislativa y reglamentaria que expone el Portal de Administración Electrónica el reparto de normas entre ellas queda del siguiente modo.

CC.AA.							
Actividades administrativas	Ámbitos TIC en la Administración	Ámbito Jurídico TIC		Ámbito Funcional TIC		Ámbito Estratégico TIC	
	Dimensiones	Instrumental	Transformador	Procedimental	Organizativo	Planeado	Programado
Actividad Ordenadora		12	19	20	3	4	
Actividad Prestacional		2		4	4	6	
Actividad Promocional						1	

Tabla 7.5: Tabla de cobertura jurídica de las TIC las Comunidades Autónomas.

Fuente: Elaboración propia a partir de datos de Portal de Administración Electrónica (<http://www.administracionelectronica.gob.es/>).

A la dispersión y cierta falta de integración normativa debe añadirse, en el caso de España, la abundante legislación autonómica, correlato de su diversidad político-administrativa. Precisamente en este plano se desarrollan gran parte de los rasgos de la modernización propios de un Estado descentralizado territorial y políticamente, pues el desarrollo y aplicación del ordenamiento relacionado con la innovación tecnológica refleja los niveles de interrelación administrativa. En este sentido, la creación de un nuevo modelo de gestión pública acoge en buena medida su sede en las administraciones descentralizadas que asumen sus competencias en un contexto de modernización en el que las TIC juegan un papel preponderante.

Para llegar a esas conclusiones se muestra en la Tabla 7.6 el detalle con la asignación de valores que se ha realizado en las diferentes normas autonómicas. Destacan como rasgos comparativos con la legislación estatal el mayor peso de la normativa transformadora en el ámbito jurídico y la dimensión procedimental respecto a la organizativa en el ámbito funcional. La creación de un modelo más reformista de las administraciones territoriales se ve confirmada en el enfoque normativo de las TIC, en coherencia con un menor énfasis en la formalización de estructuras organizativas en las que pesa la inercia burocrática estatal. También resulta acusada la formalización del planeamiento como herramienta declarativa de las políticas públicas que sin embargo no se pronuncia en una programación más precisa de esos planes. Como contrapeso las actividades ordenadoras superarían a la AGE lo que se puede interpretar por ese esfuerzo de mimetismo y legitimación político-administrativa que emprenden las Comunidades Autónomas. Proporción que se corrige en la mayor presencia de la actividad prestacional en el planeamiento político y estratégico

El marco jurídico de la modernización en la gestión pública

Comunidad Autónoma	Normativa	Fecha de publicación	Dimensión	Actividad
ANDALUCÍA	Acuerdo de 16 de noviembre de 2010, del Consejo de Gobierno, por el que se aprueba el Plan Director de Seguridad de los Sistemas de Información y Telecomunicaciones de la Administración de la Junta de Andalucía (2010-2013).	BOJA: 30/11/2010	Planeado	Ordenadora
	Decreto 68/2008, de 26 de febrero, por el que se suprime la aportación de la fotocopia de los documentos indetificativos oficiales y del certificado de empadronamiento en los procedimientos administrativos de la Administración de la Junta de Andalucía y se establece la sede electrónica para la práctica de la notificación electrónica	BOJA: 03/03/2008	Procedimental	Ordenadora
	Ley 9/2007, de 22 de octubre, de la Administración de la Junta de Andalucía.	BOJA: 31/10/2007	Transformador	Ordenadora
	Acuerdo de 26 de diciembre de 2006, del Consejo de Gobierno, por el que se aprueba el Plan de Desarrollo de la Sociedad de la Información en Andalucía 2007-2010.	BOJA: 05/05/2007	Planeado	Promocional
	Decreto 183/2003, de 24 de junio, por el que se regula la información y atención al ciudadano y la tramitación de procedimientos administrativos por medios electrónicos (Internet).	BOJA: 15/07/2003	Transformador	Ordenadora
ARAGÓN	ORDEN de 29 de julio de 2009, del Consejero de Presidencia, por la que se da publicidad al acuerdo de 21 de julio de 2009 del Gobierno de Aragón por el que se aprueba el Plan de Administración Electrónica de la Comunidad Autónoma de Aragón.	BOA: 19/8/2009	Planeado	Ordenadora
	DECRETO 228/2006, de 21 de noviembre, del Gobierno de Aragón, por el que se crea el Registro Telemático de la Administración de la Comunidad Autónoma de Aragón, se regula la tramitación de Procedimientos Administrativos por medios electrónicos y se establecen otras medidas en materia de administración electrónica.	BOA: 15/12/2006	Procedimental	Ordenadora
	DECRETO 129/2006, de 23 de mayo, del Gobierno de Aragón, por el que se regulan las relaciones de la administración de la Comunidad Autónoma de Aragón con su personal mediante el uso de redes telemáticas y se crea el Directorio Electrónico Unico.	BOA: 5/6/2006	Instrumental	Ordenadora
	DECRETO 325/2002, de 22 de octubre, del Gobierno de Aragón, por el que se regula el Portal de Servicios del Gobierno de Aragón en la red Internet.	BOA: 6/11/2002	Procedimental	Prestacional
ASTURIAS	Resolución de 1 de febrero de 2011, de la Consejería de Presidencia, Justicia e Igualdad, por la que se ordena la publicación del Convenio Marco de Colaboración entre el Principado de Asturias y la Administración General del Estado en materia de reducción de cargas administrativas.	BOPA: 17/2/2011	Transformador	Ordenadora
	Resolución de 9 de enero de 2009, de la Consejería de Administraciones Públicas y Portavoz del Gobierno, por la que se publican los procedimientos adaptados para la transmisión tecnológica y automática de cesión de datos relativos a DNI/NIE y Certificado de Empadronamiento para el ejercicio del derecho 6.2 b) de la Ley 11/2007, de 22 de junio, de Acceso Electrónico de los Ciudadanos a los Servicios Públicos	BOPA: 9/2/2009	Procedimental	Prestacional
	Decreto 115/2008, de 20 de noviembre, de modificación del Decreto 111/2005, de 3 de noviembre, sobre registro telemático	BOPA: 2/12/2008	Procedimental	Ordenadora
BALEARES	Ley 4/2011, de 31 de marzo, de la buena administración y del buen gobierno de las Illes Balears	BOIB: 09/04/2011	Transformador	Ordenadora
	Acuerdo del Consejo de Gobierno de día 11 de marzo de 2011, de autorización de la firma del Convenio Marco de colaboración entre la Administración de las Illes Balears, a través de la Consejería de Presidencia, y la Administración del Estado, a través del Ministerio de Política Territorial y Administración Pública, en materia de reducción de cargas administrativas	BOIB: 19/03/2011	Transformador	Ordenadora
	Decreto 14/2007, de 9 de Marzo, por el que se regulan los registros telemáticos y las notificaciones telemáticas de la Administración de la Comunidad Autónoma de las Islas Baleares.	BOIB: 15/03/2007	Procedimental	Ordenadora
	Decreto 107/2006, de 15 de diciembre, por el cual se regula el uso de la Firma Electrónica en el ámbito de las Illes Balears.	BOIB: 26/12/2006	Instrumental	Ordenadora

Comunidad Autónoma	Normativa	Fecha de publicación	Dimensión	Actividad
CANARIAS	Decreto 6/2013, de 21 de enero, del Presidente, por el que se crea la Unidad de Modernización Administrativa de la Presidencia del Gobierno.	BOC 01/02/2013	Organizativo	Prestacional
	Resolución de 3 de agosto de 2012, por la que se dispone la publicación del Acuerdo por el que se aprueba la Estrategia para la Modernización y Mejora de los Servicios Públicos de la Administración Pública de la Comunidad Autónoma de Canarias 2012-2014.	BOC Nº 195. 04/10/2012	Planeado	Prestacional
	ORDEN de 23 de diciembre de 2010, por la que se aprueba el Programa Anual de Acciones para la modernización de la Administración Pública de la Comunidad Autónoma de Canarias para el año 2011	BOC: 3/1/2011	Planeado	Prestacional
	Resolución de 28 de febrero de 2011, de la Directora, por la que se crea y regula la sede electrónica y el registro electrónico del Instituto Canario de Estadística (ISTAC)	BOC: 24/3/2011	Procedimental	Ordenadora
	Decreto 19/2011, de 10 de febrero, por el que se regula la utilización de los medios electrónicos en la Administración Pública de la Comunidad Autónoma de Canarias	BOC: 14/2/2011	Transformador	Ordenadora
	Ley 5/2010, de 21 de junio, Canaria de Fomento a la Participación Ciudadana	BOC: 30/6/2010	Transformador	Ordenadora
	ORDEN de 29 de septiembre de 2009, por la que se aprueba el Programa Anual de Acciones para la modernización de la Administración Pública de la Comunidad Autónoma de Canarias para el año 2010.	BOC: 6/10/2009	Planeado	Prestacional
	ORDEN de 25 de septiembre de 2008, por la que se aprueba el Programa Anual de Acciones para la modernización de la Administración Pública de la Comunidad Autónoma de Canarias para el año 2009.	BOC: 29/9/2008	Planeado	Prestacional
	Acuerdo por el que se aprueban las "ACCIONES PARA LA MODERNIZACIÓN DE LA ADMINISTRACIÓN PÚBLICA DE LA COMUNIDAD AUTÓNOMA DE CANARIAS".	BOC: 2/5/2008	Planeado	Prestacional
	Orden de 20 de febrero de 2004, por la que se desarrolla el sistema de sugerencias y reclamaciones en el ámbito de la Administración Pública de la Comunidad Autónoma de Canarias.	BOC: 26/2/2004	Transformador	Ordenadora
CANTABRIA	Decreto 110/2006, de 9 de noviembre, por el que se regula el Registro Telemático de la Administración de la Comunidad Autónoma de Cantabria y las notificaciones y certificados electrónicos.	BOC: 27/11/2006	Procedimental	Ordenadora
CASTILLA - LA MANCHA	Orden de 11/09/2013, de la Consejería de Presidencia y Administraciones Públicas, por la que se regula el régimen de utilización de la firma electrónica, basada en el certificado de empleado público, por las autoridades y empleados públicos de la Administración de la Junta de Comunidades de Castilla-La Mancha.	DOCM: 27/09/2013	Instrumental	Ordenadora
	Orden de 11/09/2013, de la Consejería de Presidencia y Administraciones Públicas, por la que se regula el tablón de anuncios electrónico de la Administración de la Junta de Comunidades de Castilla-La Mancha.	DOCM: 27/09/2013	Instrumental	Prestacional
	Decreto 12/2010, de 16/03/2010, por el que se regula la utilización de medios electrónicos en la actividad de la Administración de la Junta de Comunidades de Castilla-La Mancha	DOCM: 18/03/2010	Transformador	Ordenadora
CASTILLA Y LEÓN	Decreto 7/2013, de 14 de febrero, de utilización de medios electrónicos en la Administración de la Comunidad de Castilla y León.	BOCYL: 15/02/2013	Transformador	Ordenadora
	Orden ADM/2272/2009, de 16 de noviembre, por la que se establece la sede electrónica de la Administración de la Comunidad de Castilla y León.	BOCYL: 23/12/2009	Procedimental	Ordenadora
	Decreto 23/2009, de 26 de marzo, de medidas relativas a la simplificación documental en los procedimientos administrativos	BOCYL: 01/04/2009	Procedimental	Ordenadora
	Acuerdo 29/2009, de 12 de marzo, de la Junta de Castilla y León, por el que se aprueba el Plan de Implantación de la Administración Electrónica en Castilla y León 2009-2011	BOCYL: 18/03/2009	Planeado	Ordenadora
	Decreto 40/2005, de 19 de mayo, por el que se regula la utilización de técnicas de administración electrónica por la Administración de la Comunidad de Castilla y León	BOCYL: 25/05/2005	Instrumental	Ordenadora
	Orden PAT/136/2005, de 18 de enero, por la que se crea el Registro Telemático de la Administración de la Comunidad de Castilla y León y se establecen criterios generales para la presentación telemática de escritos, solicitudes y comunicaciones de determinados procedimientos administrativos.	BOCYL: 09/02/2005	Procedimental	Ordenadora
MELILLA	Decreto regulador del Reglamento de los Registros de Entrada y Salida de documentos de la Ciudad Autónoma de Melilla	BOME: 22/12/2004	Procedimental	Ordenadora

Comunidad Autónoma	Normativa	Fecha de publicación	Dimensión	Actividad
CATALUÑA	Ley 29/2010, de 3 de agosto, del uso de los medios electrónicos en el sector público de Cataluña.	DOGC: 6/8/2010	Transformador	Ordenadora
	Decreto 56/2009, de 7 de abril, para el impulso y el desarrollo de los medios electrónicos en la Administración de la Generalidad.	DOGC: 16/4/2009	Transformador	Ordenadora
	Decreto 13/2008, de 22 de enero, sobre acceso, evaluación y selección de documentos.	DOGC: 25/1/2008	Procedimental	Ordenadora
	Ley 2/2007, del 5 de junio, del Diari Oficial de la Generalitat de Cataluña.	DOGC: 12/6/2007	Instrumental	Prestacional
	Resolución GAP/1932/2004, de 6 de julio, por la que se da publicidad a la nueva redacción de los Estatutos del Consorcio Administración Abierta Electrónica de Cataluña	DOGC: 14/7/2004	Organizativo	Prestacional
COMUNITAT VALENCIANA	Decreto 21/2011, de 4 de marzo, del Consell, por el que se aprueba el Estatuto de la Agencia de Tecnología y Certificación Electrónica.	DOCV:08/03/2011	Organizativo	Ordenadora
	Decreto 165/2010, de 8 de octubre, del Consell, por el que se establecen medidas de simplificación y de reducción de cargas administrativas en los procedimientos gestionados por la administración de la Generalitat y su sector público.	DOCV: 14/10/2010	Transformador	Ordenadora
	Decreto 87/2010, de 21 de mayo, del Consell, por el que se establecen las condiciones técnicas y normativas para el uso de la Plataforma de Facturación Electrónica de la Generalitat, Ge-factura.	DOCV: 25/05/2010	Instrumental	Ordenadora
	Ley 3/2010, de 5 de mayo, de la Generalitat, de Administración Electrónica de la Comunitat Valenciana.	DOCV: 07/05/2010	Transformador	Ordenadora
	Decreto 18/2004, de 13 de febrero, del Consell de la Generalitat, de creación del Registro Telemático de la Generalitat y regulación de las notificaciones telemáticas de la Generalitat.	DOCV: 18/02/2004	Procedimental	Ordenadora
EXTREMADURA	Resolución de 26 de febrero de 2008, del Consejero, por la que se dispone la publicación del Acuerdo del Consejo de Gobierno de la Junta de Extremadura, de 22 de febrero de 2008, por el que se aprueba el "Plan de Impulso de la Mejora Continua y Modernización Tecnológica".	DOE: 10/3/2008	Planeado	Prestacional
	Decreto 18/2007, de 6 de febrero, sobre creación, organización y funciones de las Oficinas de Respuesta Personalizada de la Junta de Extremadura, y de modificación del Decreto 139/2000, de 13 de junio, y del Decreto 185/2006, de 31 de octubre.	DOE: 8/2/2007	Organizativo	Prestacional
	Decreto 2/2006, de 10 de enero, por el que se crea el Registro Telemático, se regula la utilización de técnicas electrónicas, informáticas y telemáticas, así como el empleo de la firma electrónica reconocida por la administración de la Comunidad Autónoma de Extremadura	DOE: 17/1/2006	Instrumental	Ordenadora
	Decreto 125/2005, de 24 de mayo, por el que se aprueban medidas para la mejora de la tramitación administrativa y simplificación documental asociada a los procedimientos de la Junta de Extremadura	DOE: 31/5/2005	Procedimental	Ordenadora
	Resolución de 1 de marzo de 2004, de la Consejera de Presidencia, por la que se dispone la publicación del Acuerdo del Consejo de Gobierno de la Junta de Extremadura de 26 de febrero de 2004, por el que se aprueba el "Plan de Modernización, Simplificación y Calidad para la Administración de la Comunidad Autónoma de Extremadura (2004-2007)"	DOE: 4/3/2004	Planeado	Ordenadora
GALICIA	Decreto 198/2010, de 2 de diciembre, por el que se regula el desarrollo de la Administración electrónica en la Xunta de Galicia y en las entidades de ella dependientes.	DOG: 17/12/2010	Transformador	Ordenadora
	Decreto 164/2005, de 16 de junio, por el que se regulan y determinan las oficinas de registro propias o concertadas de la Administración de la Comunidad Autónoma de Galicia, se crea el Registro Telemático de la Xunta de Galicia y se regula la atención al ciudadano.	DOG: 24/6/2005	Procedimental	Ordenadora

Comunidad Autónoma	Normativa	Fecha de	Dimensión	Actividad
GALICIA	Decreto 198/2010, de 2 de diciembre, por el que se regula el desarrollo de la Administración electrónica en la Xunta de Galicia y en las entidades de ella dependientes.	DOG: 17/12/2010	Transformador	Ordenadora
	Decreto 164/2005, de 16 de junio, por el que se regulan y determinan las oficinas de registro propias o concertadas de la Administración de la Comunidad Autónoma de Galicia, se crea el Registro Telemático de la Xunta de Galicia y se regula la atención al ciudadano.	DOG: 24/6/2005	Procedimental	Ordenadora
LA RIOJA	Ley 3/2006, de 17 de marzo, de creación de la Agencia del Conocimiento y la Tecnología	BOR: 21/3/2006	Organizativo	Ordenadora
	Decreto 57/2006, de 27 de octubre, por el que se regula la atención al ciudadano en la Comunidad Autónoma de La Rioja	BOR : 2/11/2006	Procedimental	Prestacional
	Decreto 58/2004, de 29 de octubre, por el que se regula el Registro en el ámbito de la Administración General de la Comunidad Autónoma de La Rioja y sus Organismos Públicos.	BOR :9/11/2004	Procedimental	Ordenadora
	Ley 3/2002, de 21 de Mayo para el desarrollo de la firma electrónica	BOR: 25/5/2002	Instrumental	Ordenadora
	Orden 159/2001, de 11 de diciembre, por la que se aprueba la Guía de Estilo del Portal de la Administración Pública de la Comunidad Autónoma de La Rioja:	BOR: 20/12/2001	Procedimental	Ordenadora
COMUNIDAD DE MADRID	Decreto 62/2009, de 25 de junio, del Consejo de Gobierno, por el que se regula la utilización de medios electrónicos, informáticos y telemáticos en la contratación pública de la Comunidad de Madrid.	BOCM : 30/06/2009	Instrumental	Ordenadora
	Decreto 94/2006, de 8 de noviembre, del Consejo de Gobierno, de utilización de la firma electrónica en las relaciones con la Administración de la Comunidad de Madrid por medios electrónicos, informáticos y telemáticos.	BOCM: 10/11/2006	Instrumental	Ordenadora
	Decreto 175/2002, de 14 de noviembre, por el que se regula la utilización de las técnicas electrónicas, informáticas y telemáticas por la Administración de la Comunidad de Madrid	BOCM: 2/12/2002	Instrumental	Ordenadora
	Decreto 85/2002, de 23 de mayo, del Consejo de Gobierno, por el que se regulan los sistemas de evaluación de la calidad de los servicios públicos y se aprueban los Criterios de Calidad de la Actuación Administrativa en la Comunidad de Madrid.	BOCM : 5/6/2002	Transformador	Ordenadora
REGIÓN DE MURCIA	Resolución de 15 de marzo de 2011, de la Secretaría General de la Consejería de Presidencia y Administraciones Públicas, por la que se ordena la publicación de los convenios de prestación de Servicios de Administración Electrónica entre la Comunidad Autónoma de la Región de Murcia y los Ayuntamientos de esta Región.	BORM: 28/3/2011	Instrumental	Ordenadora
	Orden de la Consejería de Economía y Hacienda, 14 de junio de 2006 por la que se crea un Registro Telemático auxiliar del Registro General de la Comunidad Autónoma de Murcia para la presentación de escritos, solicitudes y comunicaciones y se establecen	BORM : 10/7/2006	Procedimental	Ordenadora
NAVARRA	Resolución 11/2011, de 4 de marzo, del Secretario General Técnico del Departamento de Presidencia, Justicia e Interior, por la que se dispone la publicación en el Boletín	BON: 18/03/2011	Organizativo	Prestacional
	Decreto Foral 70/2008, de 23 de junio, del Registro General Electrónico de la Administración de la Comunidad Foral de Navarra.	BON: 09/07/2008	Procedimental	Ordenadora
	Ley Foral 11/2007, de 4 de Abril, para la implantación de la Administración Electrónica en la Administración de la Comunidad Foral de Navarra	BON: 18/4/2007	Transformador	Ordenadora
	Ley Foral 21/2005, de 29 de diciembre, de evaluación de las políticas públicas y de la calidad de los servicios públicos	BON: 09/01/2006	Transformador	Ordenadora
PAIS VASCO	Decreto 72/2008, de 29 de abril, de creación, organización, y funcionamiento de los registros de la Administración General de la Comunidad Autónoma de Euskadi y sus Organismos Autónomos.	BOPV: 30/5/2008	Procedimental	Ordenadora
	Decreto 232/2007, de 18 diciembre, por el que se regula la utilización de medios electrónicos, informáticos y telemáticos en los procedimientos administrativos.	BOPV: 31/1/2008	Transformador	Ordenadora
	Orden de 11 de abril de 2008, de la Consejera de Hacienda y Administración Pública, reguladora del pago de ingresos de derecho público de la Hacienda General del País	BOPV: 26/5/2006	Instrumental	Ordenadora
	Decreto 108/2004, de 8 de junio, del modelo de presencia de la Administración Pública de la Comunidad Autónoma de Euskadi en Internet.	BOPV: 16/7/2004	Procedimental	Prestacional
	Ley 2/2004, de 25 de febrero, de Ficheros de Datos de Carácter Personal de Titularidad Pública y de Creación de la Agencia Vasca de Protección de Datos.	BOPV: 4/3/2004	Organizativo	Ordenadora
CEUTA	Aprobación definitiva del Reglamento del Registro General de la Ciudad Autónoma de Ceuta	22 de enero de 2009	Procedimental	Ordenadora

Tabla 7.6: Tabla de normas de AE en las CC.AA.

Fuente: Elaboración propia a partir de datos de Portal de Administración Electrónica (<http://www.administracionelectronica.gob.es/>).

Otro aspecto destacable es la comparación interterritorial de las diferentes Comunidades Autónomas entre su producción normativa correlacionada con el esfuerzo en innovación tecnológica, cuyas diferencias parten de sus diferentes grados de desarrollo económico según los indicadores que se exponen en la tabla 7.7.

Indicadores Económicos y Tecnológicos por CC.AA.	Número de Fuentes Jurídicas*	PIB PER CÁPITA 2009**	PIB 2011***	GASTOS en I+D sobre el PIB 2008***
ANDALUCÍA	5	17.485	143.383.281	1,03
ARAGÓN	4	24.639	33.892.079	1,03
ASTURIAS	3	21.523	22.621.149	0,96
BALEARES	4	24.510	26.633.478	0,35
CANARIAS	10	19.867	41.860.330	0,62
CANTABRIA	1	23.343	13.115.868	1
CASTILLA Y LEÓN	6	22.314	55.845.913	1,26
CASTILLA - LA MANCHA	3	17.208	37.134.601	0,72
CATALUÑA	5	26.831	198.908.416	1,61
COMUNITAT VALENCIANA	5	20.259	101.461.173	1,05
EXTREMADURA	5	16.301	17.082.050	0,86
GALICIA	2	19.995	56.841.313	1,04
COMUNIDAD DE MADRID	4	30.029	190.156.777	2
REGIÓN DE MURCIA	2	18.619	27.857.919	0,86
NAVARRA	4	29.598	18.459.302	1,92
PAIS VASCO	5	30.703	66.087.992	1,96
LA RIOJA	5	24.754	8.056.394	1
CEUTA	1	22.208	1.529.125	0,2
MELILLA	1	21.250	1.356.364	0,2
	* Fuente Portal de AE	** Fuente EUROSTAT	*** Fuente INE	

Tabla 7.7: Tabla de indicadores económicos y producción jurídica por CC.AA.

Fuente: Elaboración propia a partir de los datos aportados por EUROSTAT, INE y el Portal de Administración Electrónica.

La asimetría territorial se puede apreciar en el volumen normativo, que en las regiones más desarrolladas alcanza su equilibrio, y mayores desproporciones en las restantes tal y como permite apreciar el gráfico 7.1.

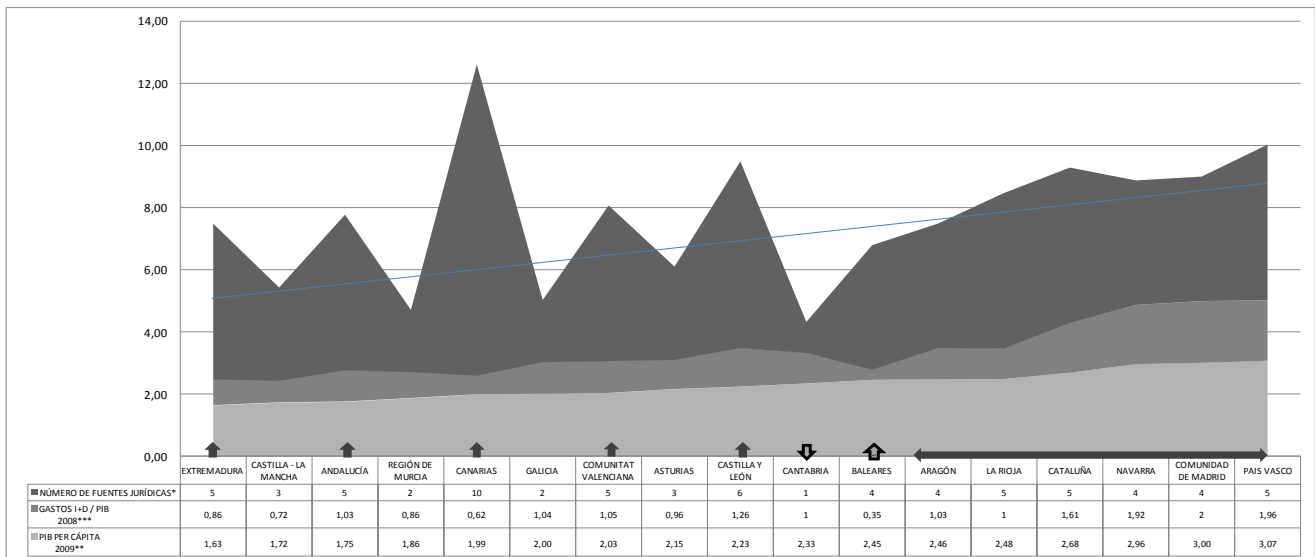


Gráfico 7.1. : Gráfico de correlación entre producción normativa y capacidad económica en las CC.AA.

Fuente: Elaboración propia a partir de los datos aportados por EUROSTAT, INE y el Portal de Administración Electrónica.

A partir de series de datos económicos consolidados (2008-2009) y normas consideradas relevantes por el PAE hasta el presente, las Comunidades Autónomas ordenadas por producto per cápita (expresado por 10.000 €) conforman una proporción desigual en el volumen de normas jurídicas en relación al coeficiente de gastos de innovación por PIB regional y el PIB per cápita. En la tabla asociada al gráfico se señalan con un vector ascendente aquellas Comunidades que presentan una desviación por exceso respecto a la tendencia general entre el volumen de normas y el sustrato económico en el que se apoyan. Como primera observación se aprecia que mientras en el tramo de las Comunidades menos desarrolladas el comportamiento normativo en esas desviaciones es irregular, en las más desarrolladas ofrece un carácter homogéneo¹²⁰⁸. Ese primer tramo presenta los rasgos de fuerte institucionalización y legitimación que se abordarán más adelante, pero que pueden alejarse del objetivo de eficacia jurídica.

Conclusiones parciales.

Finalmente se llega en la tabla 7.8 a una visión general totalizando las normas de las Comunidades Autónomas y la AGE para establecer un análisis conjunto de las relaciones jurídico-administrativas con las TIC en las Administraciones Públicas

AA.PP.							
Actividades administrativas	Ámbitos TIC en la Administración	Ámbito Jurídico TIC		Ámbito Funcional TIC		Ámbito Estratégico TIC	
	Dimensiones	Instrumental	Transformador	Procedimental	Organizativo	Planeado	Programado
Actividad Ordenadora		16	24	25	7	6	
Actividad Prestacional		5		6	6	7	
Actividad Promocional		2				2	2

Tabla 7.8: Tabla de cobertura jurídica de las TIC en el conjunto de las Administraciones.

Fuente: Elaboración propia a partir de datos de Portal de Administración Electrónica (<http://www.administracionelectronica.gob.es/>).

¹²⁰⁸ En el caso de la Baleares se hace patente esa desviación en su bajo índice de Gastos I+D en relación al resto de indicadores. Cantabria, por el contrario, presenta un deficiente respaldo jurídico-administrativo de acuerdo a su posición tecno-económica. Se trata de inconsistencias político-administrativas en la estructura económica e institucional respectivamente.

La actividad de ordenación se considera que tiene un amplio desarrollo en el ámbito jurídico general y funcional de las TIC, mientras la actividad prestacional se encuentra más regulada en su dimensión instrumental y en la dimensión procedimental. Respecto a la actividad promocional se centra en la ejecución de planes y programas dotados de cobertura jurídica en su formulación y desarrollo técnico. En este sentido los planes estratégicos y de modernización se han extendido en todas las actividades, pero principalmente en la actividad de Fomento, esencialmente subvencionadora, donde también se considera relevante, la existencia de programas de actuación que desarrollan dichos planes y con frecuencia los sustituyen. Esta imputación de valores no evita que existan casos de cobertura jurídica para cada tipo de actividad administrativa en todos los ámbitos y dimensiones, pero aquellos situados fuera de la media cuantitativa o ponderación cualitativa de su importancia se consideran no significativos.

En su conjunto encontramos que la cobertura jurídica en la introducción de las TIC presenta un gran esfuerzo normativizador que sin embargo no se corresponde con los efectos que el marco jurídico produce en la modernización administrativa. Para establecer ese supuesto nos servimos de una serie de conclusiones parciales. En primer lugar el carácter instrumental de la adaptación de las TIC a la Administración en el marco legislativo, que limita las posibilidades transformadoras en la gestión pública y la organización administrativa, pero también en la ampliación de los derechos y garantías constitucionales con los principios y las actividades administrativas de aplicación. En segundo término la proliferación de normas en un entorno jurídico inmaduro ante las innovaciones prácticas y las necesidades de regulación de las TIC que ocasionan inseguridad en su aplicación ante la ambigüedad y falta de dotación material para el cumplimiento de sus objetivos. Tercero, la urgencia clarificadora de la legislación en el ámbito de las TIC que puede aconsejar tanto un trabajo de homogenización doctrinal como otro recopilatorio de sus fuentes normativas en forma de textos refundidos. Como cuarto punto la insuficiencia de mecanismos de gestión, planificación, seguimiento y control para la consecución de objetivos organizativos y técnicos en la aplicación de las normas jurídicas. El quinto elemento viene dado por el peso excesivo de la actividad ordenadora respecto al resto de las actividades administrativas en la regulación de las TIC a falta de un sistema jurídico eficaz que equilibre su capacidad de intervención en el conjunto de las actuaciones públicas. En último lugar aparecen los problemas de aplicación del principio de coherencia en el desarrollo de las normas legislativas y la fijación de competencias entre las Administraciones en el ámbito de la Administración Electrónica ante el gran

desarrollo unilateral de la AGE, sin mecanismos interadministrativos de coordinación fácticos en su elaboración y ejecución¹²⁰⁹.

VII.3 Aplicación de la innovación tecnológica a las Administraciones Públicas.

De acuerdo con el modelo de análisis planteado, la investigación pasará a caracterizar las técnicas innovación tecnológica con los mismos principios ya expuestos en el capítulo 6, considerados ampliamente utilizados en los procesos de modernización y reforma de la gestión pública, especialmente dentro del marco continental europeo y particularmente en el caso de España. En este apartado se trata de afrontar las herramientas que las TIC han puesto a disposición de estas técnicas para facilitar o en algunos casos hacer posible la aplicación concreta de esos principios.

La reflexión económica, sociológica y politológica se considera parte de las fuentes de la organización administrativa y por ende del desarrollo jurídico que la conforma y se detiene, entre otros aspectos, en las relaciones de las TIC con la Administración como fenómeno social que afecta a la organización de la gestión y el diseño de las políticas públicas. De dicha reflexión, como se ha mostrado, el marco jurídico público puede sustraer fundamentos teóricos y prácticos para la conformación especial de la organización y actividad administrativa en la caracterización de: las relaciones competenciales con la aparición de nuevas funciones institucionales, directivas y ejecutivas de las mismas; las relaciones con la sociedad y sus demandas por sectores socio-económicos cambiantes; los procesos internos y externos en los que se desarrolla la actividad de la gestión pública, con el uso nuevas formas de relación y técnicas de simplificación y racionalización de los mismos, tal y como expresa Schmidt-Assmann como fundamento y marco de un nuevo planteamiento relacionado con el Derecho de la Organización:

[...] En un primer análisis, aplicando técnicas propias de la ciencia de la organización, puede comprobarse que existen algunos campos dotados de características y necesidades propias que deben ser reconocidas también en el plano jurídico. Estos 'puntos de especial atención' se derivan de un conjunto de observaciones, experiencias y datos proporcionados por el análisis de la organización en sí misma considerada.

- Las organizaciones como sistemas de procesamiento de la información: la obtención y tratamiento de informaciones, el control del flujo de la información en el interior de las unidades organizativas y entre ellas, la obtención de fuentes externas de información, por ejemplo, mediante la audiencia de expertos o a

¹²⁰⁹ Si bien la extensión de la Administración Electrónica en las Administraciones Públicas se ha regido por un modelo cooperativo entre el Estado y las Comunidades Autónomas, incluso multilateralmente entre ellas de acuerdo a los programas financiados inspirados por la UE, se ha dejado notar el federalismo dual, de competencias exclusivas, en la elección de formas particularistas de desarrollo de las TIC. Vid. FERNÁNDEZ MANJÓN, Desiderio...Op. Cit.p. 53. Con todo han predominado los procesos miméticos multilaterales en las experiencias. Vid. DIMAGGIO, Paul J. y POWELL, Walter W. "The Iron Cage Revisited: Institutional Isomorphism and Collective Rationality in Organizational Fields" en *American Sociological Review*, v. 48, n. 2, 1983. p.156.

través de la cooperación con el sector privado, como cuando se da valor jurídico a normas elaboradas por particulares¹²¹⁰.

Falta por exponer el nexo de la modernización administrativa con la evolución de los paradigmas tecnológicos, la investigación científica y técnica profundamente unida al desarrollo en la aplicación de las disciplinas de ingeniería y cálculo matemático con sus materias afines a la producción de la ingeniería electrónica en las TIC. Como se vio anteriormente, aparece una inicial desvinculación entre las formulaciones de la modernización administrativa y el concepto tecnológico, cuyo desarrollo en la gestión pública, sin embargo, arranca desde periodos anteriores a ese proceso¹²¹¹. Sin embargo, durante esta fase anterior a la expansión de internet y el concepto de Administración Electrónica se sitúa el cambio decisivo de paradigma que relaciona directamente a las TIC con la transformación del sector público. Sólo con Internet aparece de forma decisiva el factor tecnológico de la modernización administrativa, pero más allá de la importancia de la e-Administración, en ocasiones catalizadora de la introducción de las tecnologías a través de los programas gubernamentales en las diferentes administraciones, conviven dos vertientes dentro de una secuencia cronológica¹²¹².

En primer término durante la segunda mitad del siglo XX las TIC cumplieron una función racionalizadora, sistematizando reglas y procedimientos, resolviendo problemas burocráticos clásicos de racionalidad limitada a partir de la implementación en el nivel operativo y de la racionalización del proceso de toma de decisiones¹²¹³. Los procesos se transforman al volverse más sofisticados con métodos renovados de análisis coste-beneficio y cuando se incorpora la transacción en tiempo real de servicios web un elemento diferenciador permite a las organizaciones interactuar con el entorno disminuyendo los costes.

Posteriormente, con la incorporación del uso de internet y la generalización de los sistemas de información se ha pasado de condicionar los procesos internos a modificar las formas relación entre las Administraciones Públicas y la sociedad incorporando las TIC al concepto de gobernanza que condiciona “[...] los términos generales de la relación entre ellas [las administraciones públicas] y la sociedad civil”¹²¹⁴. Otra de las alteraciones, señalada por Perri, que incorporan los usos tecnológicos de la e-gobernanza, procede de la estandarización de la información que sustituye a la subjetividad anterior

¹²¹⁰ SCHMIDT-ASSMANN, Eberhard. Teoría general ... Op. Cit. p. 261. Aunque hace referencia a un estadio tecnológico previo, el concepto tratamiento jurídico no de mera cobertura si no de reconocimiento de otras ciencias y técnicas aplicadas a la Administración es extrapolable a la evolución posterior.

¹²¹¹ Vid. JORDANA DE POZAS, Luis. “El XI Congreso...” Op. Cit. p. 339-351.

¹²¹² CRIADO, José Ignacio. *Entre sueños...* Op. Cit. 128-133.

¹²¹³ La apreciación sobre la implementación de procesos operativos es subrayada por los autores como característica del *e-government*, particularmente los servicios de policía, frente a los estratégicos o de soporte que caracterizan la primera etapa de la informatización administrativa. Vid. ZOURIDIS, Stavros y THAENS, Marcel. “Reflections on the Anatomy of e-Government” en *The Information Ecology of e-Government*, (eds. v.J.J. M. Bekkers y v.M.F. Homburg). Amsterdam, IOS Press, 2005. p. 28.

¹²¹⁴ CRIADO, José Ignacio. *Entre sueños...* Op. Cit. 133.

donde tenía cabida la discriminación favorable, el conocimiento concreto de cada caso y el juicio positivo, lo que da lugar a una compleja institucionalización: “*Developing alternative customs requires more than simply assertion and effort: it requires work on institutionalized expectations and commitments among wider publics*”¹²¹⁵.

Por otra parte, esas vertientes se sustancian en la aparición de tecnologías concretas, aplicadas a los procesos internos o externos de las Administraciones Públicas en los que se vuelcan los planes y programas del despliegue tecnológico. Dichos programas se compondrán de un conjunto de elementos característicos, como son su conceptualización funcional y técnica, su definición como tendencia tecnológica asentada en la evolución de la industria de las TIC y, por último, su soporte en arquitecturas innovadoras y complementarias que permiten fijar productos en el mercado tecnológico. En este sentido la investigación buscará, de acuerdo a sus premisas, más allá de las políticas que inspiran las actuaciones administrativas, la correspondencia de los conceptos, tendencias y plataformas tecnológicas utilizadas con los principios caracterizadores de las técnicas de gestión pública: la orientación al ciudadano, la orientación a resultados y la orientación a los procesos. Como consecuencia del marcado dominio por un sector industrial y de servicios externo a la Administración, casi todas ellas encontrarán su marco jurídico habitual en los enunciados de los planes y programas en su vertiente de Derecho indicativo (*soft-law*), y de forma más imperativa, como acto jurídico administrativo especial, en los contratos públicos definidos en la parte expositiva y los requerimientos de los pliegos de prescripción técnica que materializan las actuaciones administrativas afectadas por la gestión. La correlación entre ambos instrumentos, los criterios utilizados en sus especificaciones junto al marco funcional establecido deberán determinar la eficacia del ámbito jurídico en su delimitación y aplicación, en la que resulta de gran importancia la consideración de los fundamentos técnicos.

VII.3.1 La orientación al ciudadano: los modelos de gestión aplicados a la prestación de los servicios.

VII.3.1.a Fundamentos técnicos de la gestión de la relación con los clientes e implicaciones en la modernización administrativa.

Minería de Datos y CRM.

Uno de los principales cambios introducidos en el *management* empresarial se ha llevado a cabo en el análisis de los procesos de relación con los clientes a través de las técnicas de *márketing*, sin embargo estas transformaciones en las relaciones y desarrollo de las técnicas no se pueden entender sin

¹²¹⁵ Esta reflexión presenta inequívocas consecuencias para la actividad jurídica. Vid. PERRI. “e-Governance. Weber’s Revenge” en *Challenges to Democracy. Ideas, Involvement, and Institutions*, (eds. K.Dowding, J. Hughes y H. Margetts. Houndmills). Palgrave, 2001. p. 230-231.

las oportunidades brindadas por los avances tecnológicos. Esto es así porque, en general, las relaciones con los clientes mantenidas desde el entorno empresarial se han visto transformadas por el conocimiento de la información que las organizaciones disponen acerca de aquellos, pero principalmente, debido al tratamiento de esa información que ha permitido el avance de técnicas como el *Data Mining*¹²¹⁶. En la gestión de la relación con los clientes han aparecido nuevas necesidades y una creciente complejidad en los siguientes aspectos: disminución de los ciclos de comercialización, con una alta competencia y bajos periodos de reacción para mantener la fidelización del cliente a un producto o marca; incremento de los costes de comercialización, especialmente por los medios tradicionales; nuevos flujos de oferta de productos con incremento de su número y formas de canalizar la oferta; presencia de competidores nicho, altamente especializados para captar los mejores clientes en pequeños segmentos de altos beneficios. Todo ello lleva a la necesidad de automatizar los procesos capaces de seleccionar: la oferta correcta, el público adecuado, el periodo favorable y el canal óptimo para satisfacer las necesidades de los clientes que precisan múltiples interacciones para optimizar los tiempos de respuesta¹²¹⁷.

Dadas las condiciones de una organización para poseer información de los clientes, tecnologías como el *Data Mining* (DM) permiten obtener patrones de información que respondan al perfil de necesidades para dirigir esa oferta a través de estadísticas y técnicas de aprendizaje automáticas con las que crear modelos capaces de predecir el comportamiento de los clientes. En este sentido, el DM es el artefacto que facilita la utilización de las técnicas de procesamiento de la información que permiten valorar su relevancia mediante la experiencia e intuición del analista estadístico¹²¹⁸. Otro aspecto importante del uso de la técnica del DM es su ubicación en el proceso de negocio, ya que en definitiva se sitúa en uno de los pasos de dicho proceso, aquel que por otra parte le permite optimizarlo esclareciendo en el momento oportuno la información necesaria para su simplificación y evitar con ello la realización de tareas superfluas o improductivas. En este contexto el CRM es el sistema que contiene

¹²¹⁶ Para una profundización en los fundamentos matemáticos del Data Mining Vid. CLARKE, Bertrand; FOKOVÉ, Ernest y ZHANG, Hao Helen. *Principles and Theory for Data Mining and Machine Learning*. New York, Springer, 2009. Fundamentos teórico-matemáticos del DMML divididos en tres apartados: uso de los métodos de “nonparametric regression”; clasificación y comparaciones computacionales; clustering, reducción de dimensiones, selección de variables y comparaciones múltiples. Para una exposición de las técnicas de Data Mining Vid. TSIPTISIS, Konstantinos; CHORIANOPOULOS, Antonios. *Data Mining Techniques in CRM. Inside Customer Segmentation*. New York, Wiley, 2009. p. 61. Estadísticas: algorítmicas (OLSR), logistic regression, análisis de factores/PCA; machine learning: árboles de decisión, redes neuronales, reglas de asociación, mapas de autoorganización (self-organizing maps); Presenta aplicaciones segmentadas en Banca, Telecomunicaciones, Retail...

¹²¹⁷ Vid. BERSON, Alex; SMITH, Stephen; THEARLING, Kurt. *Building Data Mining Applications for CRM*. New York, McGraw-Hill, 2000. p. 4-5. Definición dada de Data Mining: “The process of discovering meaningful new correlations, patterns, and trends by digging into (mining) large amounts of data stored in warehouses”. Aplicación del CRM al negocio real respecto a los problemas con el cliente: Rentabilidad, Adquisición, Cross (replicación de ventas a clientes), Retention – Fidelización, Segmentación.

¹²¹⁸ Vid. Ibid. p.6.

los procesos donde se gestionan las interacciones entre la compañía y sus clientes, a través de aplicaciones y bases de datos que procuran la automatización de ese proceso de interacción.

A esos procesos se pueden incorporar técnicas de Márketing que permiten segmentar el mercado y hacer prospección en él de los beneficios potenciales mediante campañas que impactan favorablemente en el comportamiento de ese segmento. Todo ello se puede soportar en un software de gestión adecuado que acceda a la base de datos de clientes mediante técnicas de DM, evaluación de predicciones y beneficios del modelo¹²¹⁹.

En este contexto el *Data Warehousing* (DW) sería la forma de organizar la información para optimizar el proceso de DM por medio del diseño de un acceso a partir del almacenamiento de datos operacional (tipo de información objetiva, no repetible, actualizable y con valores vigentes) a una estructura de datos informacional (tipo de información que responde a preguntas sobre materias o entidades relevantes para la toma de decisiones y que no es directamente actualizable)¹²²⁰. Los registros informacionales se obtienen de las fuentes de datos operacionales incluidas en cualquiera de las aplicaciones, bases de datos y sistemas informáticos dentro de la organización. La diferencia entre la volatilidad de los datos operacionales y las necesidades de acceso a los datos informacionales requieren actividades administrativas para las diferentes utilidades de la información, tales como el rendimiento del sistema, la vigencia y exactitud precisada o la frecuencia y volumen de actualización de los datos.

Los propios datos operacionales pueden requerir por su volumen la racionalización e integración con estructuras como los *Operational Data Store* (ODS) que organizan la información operacional analizando el rendimiento, los requerimientos de las transacciones de datos y el soporte a las decisiones operacionales del día a día. Estas estructuras o arquitecturas utilizan flujos de procesos y almacenamientos similares a los que precisará la arquitectura del DW pero aún se almacenarán en bases de datos convencionales (tablas). Por las características de dichos procesos parte de sus datos se pueden considerar informacionales al no actualizarse directamente por su introducción desde el sistema, si no por medio de su procesamiento a través de reglas de actualización que introducen valores necesarios para su integración por asuntos o materias, clasificación, así como la agregación y transformación que optimice la obtención de conocimiento para facilitar el análisis de la gestión del negocio¹²²¹. El DW representa una arquitectura de valor que añade lógica de negocio a los procesos de Data Mining sobre

¹²¹⁹ Las técnicas de evaluación son conceptualizadas con el término anglosajón *Score*. Vid. Ibid. p.12-13.

¹²²⁰ Vid. Ibid. p. 20. Diferenciación entre Datawarehousing, OLAP, Analytic Sandboxes, Data Mining. Vid. BERRY, Michael J.A. y LINOFF, Gordon S. *Data Mining Techniques. For Marketing, Sales, and Customer Relationships*. New York, Willey, 2011. 3ª edición. p. (613-655).

¹²²¹ Vid. Ibid. p. 23-25.

los que la información corporativa obtiene información capaz de aportar inteligencia a los datos corporativos que facilitan la toma de decisiones.

Los sistemas de CRM se conciben en este sentido especializados tanto en la obtención de información directa de los procesos de relación con el cliente, como en la integración de la información ya existente en otros sistemas de gestión y permiten optimizar la orientación al cliente como fuente beneficios del negocio o cumplimiento de objetivos en la actividad de servicio de la organización. Técnicamente estas estructuras de información tienen un coste adicional cuya rentabilidad aparece en la capacidad de acercar la actividad y la oferta a las necesidades del cliente, ampliando la línea de productos y disminuyendo los costes mediante el soporte informático de las relaciones con éste. Debe considerarse que estos criterios de rentabilidad que tienen su origen en el sector privado quedan restringidos en el sector público, si bien se trata de un indicador común a ambos en la interpretación del éxito e idoneidad de las tecnologías que, como ésta, presentan costes de oportunidad y beneficios intangibles en la percepción del cliente o el aumento de la precisión y tiempo de respuesta en la entrega de los servicios¹²²².

Para su rentabilización en el sector público se requiere un volumen que permita recuperar la inversión, por lo que en general se aplican a servicios públicos y administraciones con un número relevante de usuarios y ciudadanos. Otro requisito, que se conecta con el anterior en términos de justificación del gasto, es la capacidad y madurez organizativa que permite optimizar su utilización, explotar las funcionalidades y evolucionar el sistema tecnológico hacia nuevos requerimientos y áreas de aplicación, alargando así la vida útil y ampliando las prestaciones con resultados tangibles. Los principales campos de aplicación de estas tecnologías han sido los servicios de gestión y de atención ciudadana.

Por otra parte, los sistemas basados en la tecnología de DM, aumentan la capacidad de explotación de los sistemas de toma de decisiones (DSS, *Decision Support System*), en el sector público se trata de identificar y definir los indicadores de gestión utilizando para ello datos económico-financieros, objetivos organizativos previamente definidos, variables de procesos y de calidad objetiva y percibida de los servicios, que fijan cuadros de mando orientados a evaluar la gestión y los resultados de los servicios públicos ofreciendo información a los gestores, órganos externos (políticos, instituciones de investigación) y a los ciudadanos¹²²³.

¹²²² Vid. AIBAR, Eduard y URGELL, Ferrán. *Estado...* Op. Cit. p. 120. COHEN, S. y EIMICKE, W. *The Use of the Internet in Government Service Delivery*. Nueva York, Columbia University, 2001. p. 15

¹²²³ Para obtener una visión general del uso de los indicadores en la gestión pública, Vid. AECA. *Indicadores de gestión para las entidades públicas*. Documentos AECA, n.16, 2000. Las primeras elaboraciones conceptuales de los DSS a mediados de la década de los setenta muestran diseños conceptuales sobre la tecnología disponible en este periodo: Vid.

Como se ha mencionado, los sistemas de CRM se han aplicado fundamentalmente a los servicios de Atención e Información Ciudadana, integrando los datos de los ciudadanos o usuarios de los servicios públicos con la información prestacional y de servicios personales recogida en el flujo de contactos establecido en cualquiera de los canales: presencial, telefónico o telemático¹²²⁴. Esta integración de los datos en los servicios de atención ciudadana soportados por los sistemas CRM aumenta la transversalidad de los procesos en el conjunto de los departamentos de una Administración dada, que se une a la integración efectuada por la multicanalidad. En el primer caso se trata de integrar cada uno de los canales de todos los departamentos administrativos, de forma que la diferente ubicación del canal presencial o la creación de un canal de internet y telefónico unificados utilicen una misma fuente de información independientemente de la forma de acceso. En el segundo, cada administración puede tener una base de datos independiente, pero el acceso a los servicios de información y atención se realiza por cualquiera de los tres canales¹²²⁵. En este sentido las plataformas de CRM permiten gestionar los servicios a los ciudadanos e integrar a partir de esa gestión la información dispersa que se sirve desde ellos.

VII.3.1.b *Fundamentos técnico-jurídicos de los modelos de participación y transparencia en la prestación de los servicios públicos: Gobierno Abierto y Código Abierto (Open Government, Open Source y Open Data).*

El Gobierno abierto (*Open Government*, en su vocablo inglés universalmente utilizado), encuentra su precedente político en su inclusión por Barack Obama dentro de la Agenda Gubernamental el 21 de enero de 2009, que establece un nuevo modelo de relación del Gobierno con los ciudadanos basado en los principios de transparencia, participación y colaboración¹²²⁶. Esta iniciativa forma la doctrina donde los principios de participación y transparencia en las relaciones entre el Gobierno, la Administración y los ciudadanos se encuentran con las posibilidades que proporcionan las TIC para su

KEEN, Peter G.W. *Decisión support systems: lessons for the 80's*. Cambridge, Mass., Center for Information Systems Research, n. 70. Working paper (Afred P. Sloan School of Management, 1980. p. 1223-1280.

¹²²⁴ En el año 2002, el CRM fue objeto de presentación en las Jornadas de Tecnimap con, entre otras ponencias: FARRE ORIOL, Domenech. *El I-CRM una Administración Inteligente*. A Coruña, VII Jornadas sobre Tecnologías de la Información para la Modernización de las Administraciones Públicas, 15-18 de Octubre de 2002. CEREZO, Tiburcio. *CRM en Seguridad Social*. A Coruña, VII Jornadas sobre Tecnologías de la Información para la Modernización de las Administraciones Públicas, 15-18 de Octubre de 2002.

<http://administracionelectronica.gob.es/pae_Home/pae_Estrategias/pae_lineas_ccoperacion/pae_Tecnimap/pae_TECNIMAP_2002_-_A_Corunia/pae_TECNIMAP_2002_Comunicaciones-Presentadas/pae_TECNIMAP_2002_COM_1-1.html> (Consultado el 7 de octubre de 2013). Vid. WELP, Yanina URGELL, Ferrán y AIBAR, Eduard. "La e-gobernanza: propuesta para el análisis" en *VII Congreso Español de Ciencia Política y de la Administración: Democracia y Buen Gobierno*. Madrid, 22 de septiembre de 2005. p. 92.

¹²²⁵ Vid. AIBAR, Eduard y URGELL, Ferrán. *Estado...* Op. Cit. p. 159-162. Siguiendo la evolución de la Generalitat de Cataluña los autores aprecian como la integración de la información se produce de forma desigual en cada uno de los canales con una tendencia inicial a mantener la compartimentación de la estructura organizativa.

¹²²⁶ OBAMA, Barack. *Transparency and Open Government. Memorandum for the Heads of Executive Departments and Agencies*. <http://www.whitehouse.gov/the_press_office/TransparencyandOpenGovernment> (consultado el 2 de septiembre de 2013).

materialización. El Gobierno Abierto (GA) expresa de este modo la intención de alcanzar el máximo exponente de la relación entre Administración y ciudadanos otorgándole un contenido político en la raíz constitucional del funcionamiento del Estado¹²²⁷. El sustrato jurídico de la doctrina del GA aparece en la regulación básica del derecho de acceso a la información que encuentra su primer antecedente en la *Freedom of Information Act* de 1966, que establece el acceso a los registros e información de las agencias federales no sujetas a restricción por exenciones específicas. En la UE se produce un primer paso dado a través de la Directiva 2003/98/CE, de 17 de noviembre de 2003, del Parlamento Europeo y del Consejo, relativa a la reutilización de la información del sector público. La Directiva se inscribe en el bloque de políticas de configuración del mercado interior mediante la armonización de normas y prácticas en relación con la explotación de la información del sector público. Esta información se considera un activo económico en el seno de la sociedad de la información y el conocimiento (considerando 2 y 3) debido a la amplia información impersonal recogida, elaborada y difundida por el sector público que se convierte en un recurso económico en el sector de la producción y prestación de servicios de contenidos digitales (considerando 4 y 5). Sobre esta premisa se retoma la política subyacente, pues se trata de eliminar diferencias prácticas y normativas entre los Estados en materia de reutilización de estos recursos con el fin de perfeccionar el funcionamiento del mercado interior en el contexto de la sociedad de la información (considerando 6). Aunque no representa una obligación de reutilización de documentos a la Administración pública, en concreto a los órganos de la UE, si reconoce el Derecho de los ciudadanos a tener acceso a los documentos de los organismos públicos y por ende insta a dejarlos disponibles para su reutilización (considerando 9).

La trasposición a la legislación española de esta Directiva se efectúa en la Ley 37/2007, de 16 de noviembre, sobre reutilización de la información del sector público, junto al Real Decreto 1495/2011, de 24 de octubre, que la desarrolla. Se trata de un Derecho constitucional que en España es objeto de un bloque legislativo disperso o restrictivo por la prevalencia de otros derechos fundamentales, como la LOPD, o bien especial como en materias medioambientales o tecnológicas¹²²⁸. Además el apartado 3 del artículo 3 de la Ley 37/2007 relata un importante y abierto conjunto de excepciones de diferente índole que incluyen por su laxitud en ciertos casos, un amplio margen de discrecionalidad para el ejercicio al Derecho a disponer de la información y documentación. Baste citar en este sentido los apartados b), que tras exceptuar los documentos en materia de seguridad y confidencialidad comercial prevé también las

¹²²⁷ El acceso a la participación supone “[...] la cesión, distribución o delegación del poder por parte de los poderes públicos hacia la iniciativa ciudadana”. Vid. ORTIZ DE ZARATE, Alberto. “¿Por qué esta obsesión con la participación ciudadana?” en *Open Government: Gobierno abierto*, (coord. César Calderón y Sebastián Lorenzo). Alcalá la Real, Algón Editores, 2010. p. 37.

¹²²⁸ Vid. MARTÍNEZ USERO, J. “Evolution of freedom of information related law in Spain: new prospects for a more open government” en *Open Government: a journal on Freedom of Information*, v. 4, n. 2, 2006, (consultado en <http://eprints.ucem.es/6038> el 12 de septiembre de 2013).

actuaciones sometidas al deber de reserva, secreto o confidencialidad a una norma; c) el requerimiento en su caso de titularidad de un derecho o interés legítimo; d) la compleja interpretación de aquellos documentos del sector público y las Administraciones que no corresponden a funciones de servicio público, como si pudieran disociarse actos de órganos y organismos públicos no sujetos a esa finalidad, razón que en cualquier caso debe definir una norma; por último, en los apartados f), g) y h) se cita una enorme pléyade de documentos de valor cultural donde se ignoran los posibles medios electrónicos de difusión con copias de originales que evitan el riesgo de su custodia.

El marco jurídico público puede acceder a medios basados en la expansión de Internet para el desarrollo de los principios de transparencia y participación que permiten la interacción en gran parte de los ámbitos de la actividad político-administrativa con costes predecibles, bien sea el acceso del individuo a la gestión, objetivo ya formulado en el enfoque al ciudadano y el cliente de la modernización administrativa, o en la definición y ejecución de las políticas a través de la participación pública¹²²⁹. Esta relación con el individuo, gracias al uso de los dispositivos basados en Internet, permite además transformar los procedimientos de intermediación y cooptación de asociaciones o grupos de interés por otros métodos más directos e inmediatos de participación o formación de grupos¹²³⁰. La conexión entre el principio de transparencia y participación puede apreciarse en la escala de participación ciudadana anticipada en año 1969 por Sherry Arnstein, que tipifica los niveles de participación ciudadana desde la información hasta el poder delegado y el control ciudadano, donde *“Informing citizens of their rights, responsibilities, and options can be the most important first step toward legitimate citizen participation”*¹²³¹. Como se ha visto en el capítulo anterior la legislación en materia de transparencia no siempre une, según los criterios jurídico-políticos aplicados, el derecho a la información y la participación, como muestra el caso del proyecto de Ley de Transparencia, Acceso a la Información Pública y Buen Gobierno del Consejo de Ministros de 27 de julio de 2012, en el que no se contempla la regulación del principio de participación que, sin embargo, queda íntimamente ligado en parte de la legislación básica como puede verse en el art. 3.5 de la LRJAP modificado en la Ley 4/1999, de 13 enero. Más bien en el ámbito de la transparencia la falta de regulación lleva a una libre

¹²²⁹ La participación ciudadana se define como todas las actividades dedicadas a influir en la política pública, tanto por los ciudadanos individuales como por parte de colectivos y asociaciones. Vid. PRIETO MARTÍN, Pedro. “Virtual Environments for Citizen Participation: Principal Bases for Design” en. 6th European Conference on e-Government, (ed., Dan Remeneyi). Philips Universität Marburg, 2006. p. 349. Del mismo autor, Vid. PRIETO MARTÍN, Pedro. “Sistemas avanzados para la participación electrónica municipal: ejes conceptuales para su diseño” en *Democracia, participación y voto a través de las nuevas tecnologías*, (coord. Lorenzo Cotino Hueso). Granada, Comares, 2007. p. 140-180.

¹²³⁰ Font e Ismael Blanco desmenuzan las limitaciones de las asociaciones y su representatividad en los mecanismos de participación. FONT, Joan y BLANCO, Ismael. *Experiencias de participación ciudadana. Polis, la ciudad participativa. Participar en los municipios: ¿Quién?, ¿Cómo? y ¿Por qué?* Barcelona, Diputación de Barcelona, 2006. p. 19-21.

¹²³¹ ARNSTEIN, Sherry R. "A Ladder of Citizen Participation" en JAIP, v. 35, n. 4, 1969. p. 219.

conurrencia de los órganos administrativos en las redes sociales tal y como se muestra en el gráfico 7.2 y 7.3.

Otro aspecto profundamente relacionado, en una sociedad en la que el ámbito privado alcanza cuotas de poder que lo equiparan al sector público, es la aplicación a ese ámbito de similares deberes de transparencia y participación indirecta, fundamentalmente a través de las medidas regulatorias públicas.

Therefore, a very substantial part of the energies of transparency advocates should be redirected toward making corporations and other organizations in society meet the same standards increasingly demanded of open government. This shift requires the transparency movement to reorient itself in several substantial ways. Government assumes a different role in the political imagination. Rather than a looming specter of threat that society must tame through transparency, government becomes an ally of society whose strength is required to make businesses transparent. In many cases, private and civic organizations will not disclose information voluntarily, and the force of law and policy -and the kind of authority that can come only from government – will make them do so. Complementing a citizen's right to know about general processes within government, measures to create an open society produce information that is geared at reducing specific risks and harms, such as health threats, pollution, and economic risks.¹²³²

¹²³² Vid. FUNG, Archong y WEIL, David. "Open Government and Open Society" en. *Open Government*, (eds. Daniel Lathrop y Laurel Ruma). Sebastopol, Calif., O'Reilly, 2010. p. 109.

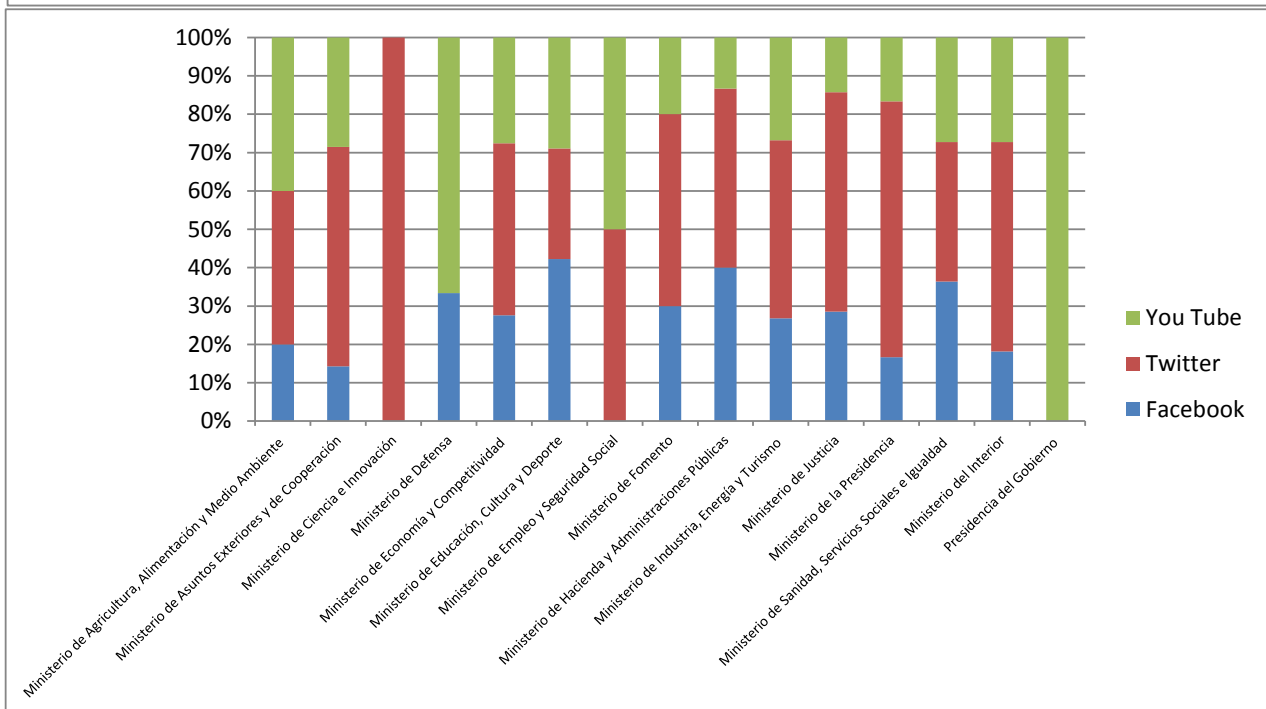
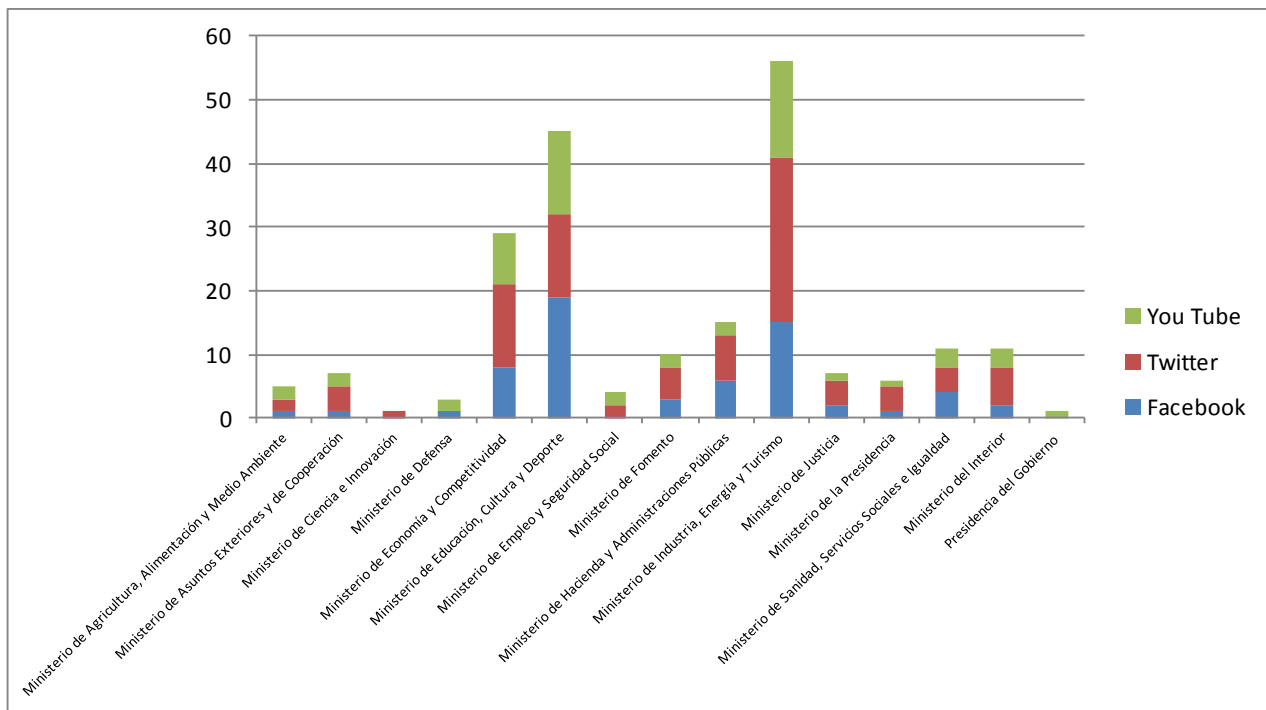


Gráfico 7.2: Utilización de las Redes Sociales en la Administración General del Estado (Número de RR.SS. adscritas a organismos y programas por cada Ministerio).

Gráfico 7.3: Utilización de las Redes Sociales en la Administración General del Estado (% de utilización de RR.SS. adscritas a organismos y programas por cada Ministerio).

Fuente: Elaboración propia a partir de datos de http://administracionelectronica.gob.es/pae_Home/pae_Estrategias/pae_Gobierno_Abierto_Inicio/pae_La_Administracion_General_en_los_Medios_Sociales.html. Elaborado 13/06/2010. Recogido el 18 de septiembre de 2013.

En el aspecto del principio de colaboración, también las aplicaciones basadas en Internet permiten desarrollar determinadas dinámicas sociales en el ámbito tecnológico que son recogidas posteriormente dentro de las políticas públicas en TIC. En ellas emerge el principio de colaboración que matiza el carácter individual al favorecer las relaciones intersubjetivas, cuyo epítome lo constituye la

sociedad en red¹²³³. Sobre el principio de colaboración surgen paradigmas TIC como el Código Abierto o Software libre (*Open Source*), que pasa a convertirse en objeto de políticas públicas en todos los ámbitos administrativos, así como los productos que alumbran las aplicaciones en la Web 2.0. Respecto al primero se incentiva su utilización para evitar dependencias tecnológicas de la Administración con los fabricantes y beneficiarse de las economías de escala que provoca la colaboración público-privada e interadministrativa¹²³⁴. La segunda brinda soluciones de diseño caracterizadas por la interactividad con elementos informales, uso de las redes sociales y el diseño concurrente de múltiples usuarios¹²³⁵.

Por otra parte, aparecen estándares que hacen posible la materialización de los propios conceptos tecnológicos a través de normas y protocolos que faciliten su operativa a través de recursos de acceso a la información recogidos bajo el término de *Open Government Data* (OGD). En este ámbito el World Web Consortium (W3C) define a través del *Government Linked Data* (GLD) *Working Group*, aquellos estándares que permitan disponer y reutilizar la información pública¹²³⁶. Entre otros, aquellos que pueden facilitar la oferta de los servicios que persigue la Directiva 2003/98/CE citada anteriormente, a través, por ejemplo, del establecimiento de normas de interoperabilidad y uso de información procesada semánticamente por medio de estándares como el formato Resource Description Framework (RDF)¹²³⁷. Por todo ello, se pone de manifiesto que la materialización del principio de transparencia requiere de recursos tecnológicos, cuyo desarrollo sigue su curso, que permiten no sólo publicar la información, sino hacerlo “de una manera estructurada y que pueda ser reutilizada [...] para que cualquiera pueda generar servicios que ofrezcan más información y que pueda ser utilizada tanto para aportar como para

¹²³³ El efecto de las redes en la dialéctica entre individualización, integración e identidad es explorado como principal premisa por Castells. Vid. CASTELLS, Manuel. *La Era de la Información. Volumen I. La Sociedad Red*. Madrid, Alianza, 1997. p. 28-30.

¹²³⁴ El Open Source, se considera el medio que garantiza la interoperabilidad, la accesibilidad a los datos y la interacción con los ciudadanos como opuesto a los sistemas propietarios: “Es muy difícil el *Open Government* sin la utilización de tecnologías OpenSource Para tener una perspectiva histórica del *OpenSource*”. MANCHADO, Antoni “Gobierno abierto: una aproximación desde el Estado” en *Open Government: Gobierno abierto*, (coord. César Calderón y Sebastián Lorenzo). Alcalá la Real, Algón Editores, 2010. p. 115. Vid. FOGEL, Karl (ed.). *Producir Software de Código Abierto. Cómo Llevar a Buen Puerto un Proyecto de Código Libre*. O’Reilly, 2007. p.3-10.

¹²³⁵ Para una aproximación general a la concepción a partir de la conferencia de *brainstorming* entre O’Reilly y Dale Dougherty que suscitó la delimitación del concepto. Vid. O’REILLY, Tim. *What is Web 2.0. Design Patterns and Business Models for the Next Generation of Software*. O’Reilly Media, 2009. Examina el impacto de las aplicaciones Web 2.0 en la política y la gestión pública presentando su uso en la prestación de servicios públicos en España, Vid. CABA PÉREZ, Carmen; RODRÍGUEZ BOLÍVAR, Manuel Pedro y LÓPEZ HERNÁNDEZ, Antonio Manuel. “The use of web 2.0 to Transform Public Services Delivery: The case of Spain” en *Web 2.0 Technologies and Democratic Governance: Political, Policy and Management Implications*, (eds. Tim O’Reilly y Stephen Kwamena Aikins). San Antonio, Springer, 2012. p. 41-62.

¹²³⁶ Vid. GUARDIAN HORTA, Carlos “¿Transparencia?” en *Open Government: Gobierno abierto*, (coord. César Calderón y Sebastián Lorenzo). Alcalá la Real, Algón Editores, 2010. p.85. Para obtener una visión general sobre la creación de estándares por W3C, Vid. JACKSON, Joab.”W3C investigates possible e-Gov standards” en GCN, Technology, Tools and Tactics for Public Sector IT, 1 de abril de 2009. <<http://gcn.com/Articles/2009/04/01/W3C-eGov.aspx>> (consultado en el 12 de septiembre de 2013).

¹²³⁷ Las soluciones se encaminan al uso de la Web 3.0 o web semántica. Vid. *Ibid.* p. 83.

fiscalizar la acción de gobierno”¹²³⁸. Concretando el concepto de Open Data (OD) como prerequisite de GA, el OGD establece las condiciones siguientes para el establecimiento de los procesos de publicación por los Gobiernos: uno, datos estructurados que permitan su procesamiento; dos, catalogación documentada de los datos primarios que permita establecer las fuentes de la información; tres, datos legibles por las personas y los procesadores¹²³⁹.

A nivel institucional comienzan las primeras iniciativas para la suscripción de los principios de GA, tal es el caso de la *Open Government Partnership*, que parte de una Declaración a la que se van adhiriendo los gobiernos voluntariamente:

All governments that have submitted a letter of intent, committed to abide by OGP principles and processes by endorsing the OGP Declaration¹, and initiated the process of developing concrete action plans are considered participants governments in OGP and listed on the OGP website¹²⁴⁰.

Como clásica organización de Gobernanza comienza a desarrollar una actividad autorreguladora y admonitoria abierta a la participación privada y la colaboración de los gobiernos basada en mecanismos de redes de trabajo. Con todo, si bien se dirige a la obtención de informes nacionales de resultados y mejores prácticas con planes de acción gubernamentales, la vinculación voluntaria podría apuntar a obtener bases de regulación jurídica en las legislaciones nacionales debido a la capacidad de crear o materializar nuevos derechos y obligaciones que estos principios del GA amparados comportan, objetivo, desde luego, hasta ahora alejado del pronunciamiento. El GA trata, en suma, de una doctrina basada en un concepto tecnológico alentado por la visión optimista, aspecto que se debe tener muy en cuenta cuando analizamos este fenómeno, pues para ella las meras posibilidades técnicas se presentan a menudo como profundas transformaciones irreversibles¹²⁴¹. Sin embargo, en esta visión no se considera, por ejemplo, que en la gestión pública la Administración Electrónica (AE) se ha tenido que apoyar en un marco jurídico complejo, y aun así de forma débil e indicativa, para empezar a hacerse realidad, mientras el GA apenas ha recorrido su sustrato legal. Al entender a ambas como categorías análogas en la definición de las relaciones del Estado con el ciudadano, la práctica legislativa de la AE anuncia para el GA la necesidad de disponer en el medio tecnológico de normas específicas.

¹²³⁸ Ibid. p. 84.

¹²³⁹ Vid. MANCHADO, Antoni “Gobierno abierto: una aproximación desde el Estado“ en *Open Government: Gobierno abierto*, (coord. César Calderón y Sebastián Lorenzo). Alcalá la Real, Algón Editores, 2010. p. 108.

¹²⁴⁰ Vid. OGP. “II Participation in OGP” en *Open Government Partnership: Articles Of Governance*. Junio, 2012. <<http://www.opengovpartnership.org/>> (consultado el 8 de enero de 2014).

¹²⁴¹ CALDERÓN, César y LORENZO, Sebastián “Introducción“ en *Open Government: Gobierno abierto*, (coord. César Calderón y Sebastián Lorenzo). Alcalá la Real, Algón Editores, 2010. p. 11-13. Bajo una inspiración optimista que vincula el Open Government al paradigma de la Web 2.0. Vid. CRIADO, J. Ignacio. “Redes sociales y Open Government. Hacia unas Administraciones locales en red y abiertas” en *Revista Democracia y Gobierno Local*. Fundación Democracia y Gobierno Local, n. 18 y 19, 2012. p. 4-13.

VII.3.2 La orientación resultados: los modelos de control y evaluación de la gestión.

VII.3.2.a Fundamentos técnicos de los Sistemas Integrados de Gestión Corporativa de Recursos.

Los sistemas ERP (Enterprise Resource Planning) surgen ante la necesidad de integrar la información financiera suministrada por las filiales de los grandes grupos empresariales, o posteriormente para integrar la información procedente de las distintas áreas de la empresa a través de aplicaciones compuestas por varios módulos que sirven para gestionar las actividades empresariales de sus procesos de negocio. El origen de los sistemas ERP se considera una evolución de los sistemas de planificación y gestión de recursos en el área de operaciones, conocidos como *Material Resource Planning* (MRP) a su vez una técnica de la *Supply Chain Management* (SCM)¹²⁴². Las mejoras tecnológicas permitieron ampliar sus funcionalidades y extender la integración con el resto de las áreas empresariales, tanto la integración horizontal en las organizaciones con múltiples ubicaciones territoriales, como vertical, en los diferentes procesos de la organización¹²⁴³. Surge así bajo una arquitectura cliente-servidor que permite el acoplamiento de los sistemas de información tanto en la ejecución de los procesos como en el uso de una base de datos única y compartida por toda la compañía que permite su acceso a todos los usuarios¹²⁴⁴.

En los sistemas ERP destacan entre sus fortalezas la reducción de costes, el control a los usuarios y la mejora del servicio al cliente, y entre sus debilidades la elevada inversión necesaria, la duración del proceso de implantación y la necesidad de adaptación y resistencia al cambio por los usuarios internos. El enfoque de diseño se basa en una integración de las actividades de la empresa orientada a la gestión de tiempos, en lugar de la gestión de materiales que caracteriza a los sistemas MRP, y amplía su alcance a los principales procesos de soporte como producción, finanzas, *márketing* y recursos humanos. En el planteamiento de adquisición opta por orientarse a aplicaciones estandarizadas en lugar de aplicaciones personalizadas a los requerimientos de cada organización empresarial. En este sentido los sistemas ERP proponen una aplicación estándar y relativamente adaptable a las necesidades específicas que integra los principales procesos de negocio de la empresa con sus funciones administrativas¹²⁴⁵. Esa estandarización lleva a la aparición de corporaciones privadas que crean y evolucionan los sistemas ERP con productos diferenciados cuyos más destacados se muestran en la siguiente Tabla.

¹²⁴² Para entender el concepto de *Supply Chain Management* y su contexto doctrinal, relacionado con la aparición de ERP Vid. SUKLA, R.J.; GARG, Dixit. y AGARWAL, Ashish. "Understanding of Supply Chain: A Literature Review" en *International Journal of Engineering Science and Technology (IJEST)*, v. 3, n.3, Marzo, 2011. p. 2059-2072.

¹²⁴³ Vid. VV.AA. *Sistemas de Información Integrados (ERP)*. Documento n.6. Madrid, AECA, 2007. p. 17.

¹²⁴⁴ Diseño de red que permite distribuir las funciones de los sistemas entre los puestos y servidor/es, donde el puesto que hace de cliente se especializa en la ejecución de parte de los procesos y el/los servidores centralizan los datos o los procesos comunes de servicio a la red. Suponen unos requerimientos específicos de software y hardware más costosos y no siempre eficientes. El modelo es básico para la creación de las redes de ordenadores y su concepto se amplía a la propia arquitectura de Internet. Vid. TANENBAUM, Andrew S. *Redes de computadoras*. Mexico, PRENTICE HALL, 1997. p. 4-5.

¹²⁴⁵ Vid. Ibid. p.18-21.

Compañía Fabricante		Año de creación	Características destacadas
SAP AG		1972	Creadora del concepto ERP
ORACLE	ORACLE	1993	Primera en adaptar INTERNET
PEOPLE SOFT		1985	Soluciones sectoriales específicas
JD Edwards		1977	EE.UU. soluciones sectoriales para PYMES
Baan Co.	INFOR	1978	Crece a partir de software financiero
SSA GT / BPCS		2003	Adaptado al sector industrial
Microsoft / Navision		1995	Orientado a personas y roles
SAGE Murano		2011	Producido en España y adaptado a su legislación

Tabla 7.9: Cuadro de productos ERP

Fuente: elaboración propia con síntesis de fuentes diversas (*Sistemas de Información Integrados (ERP)* AECA, 2007; ERPsoftware 360, Top5 Client/Server ERP Software Applications, consultado en <http://www.erpsoftware360.com/erp-software.htm> el 12-09-2013; otras fuentes de distribuidores y fabricantes)

En la Tabla 7.9 se observa el proceso de adquisiciones que caracteriza al mercado de ERP. Si bien se trata de un rasgo común al sector tecnológico, dicho mercado comienza a significarse como solución específica y plataforma tecnológica bien definida en una aplicación integrada de gestión empresarial. Esta situación permite delimitar su creciente volumen en la industria TIC que da lugar a un mercado competitivo proclive a la concentración financiera e industrial. En este sentido PEOPLE SOFT adquiere a JD Edwards y es adquirida después por ORACLE especializándose en el mercado de las PYMES. SSA Global adquiere Baan Co y lanza su adaptación a los sectores automovilístico, farmacéutico y financiero. Finalmente MICROSOFT se sitúa en el mercado con Navision, enfocándose a las PYMES. Todos estos movimientos benefician a SAP AG, sobre todo gracias a su CRM, si bien el mayor crecimiento lo afrontan Microsoft, SSA Global y SAGE. A pesar de su flexibilidad, y de acuerdo al principio de estandarización, en general son las organizaciones las que más deben adaptarse a los sistemas ERP y no a la inversa. La razón fundamental es que son productos de software dirigidos a un mercado amplio que impide la adaptación completa a cada caso particular. Esto implica la necesidad de una reorganización de las empresas y los procesos internos, necesidad que aumenta al considerar que cualquier adaptación excesiva se desvía del estándar y aumenta los futuros costes de mantenimiento¹²⁴⁶.

VII.3.2.b Efectos organizativos de los Sistemas Integrados de Gestión Corporativa de Recursos.

¹²⁴⁶ Vid. Ibid. p. 65-67.

El principal efecto de la adaptación empresarial procede de la resistencia a los mencionados cambios organizativos y la redistribución del poder por el personal que debe afrontarlos, pues se produce un nuevo reparto de tareas y funciones. La implantación se debe afrontar por consiguiente con un sistema de incentivos y medidas de estímulo. Estas medidas se refieren fundamentalmente a la comunicación e información para la dirección, el soporte desempeñado por los implantadores para lo que resulta fundamental la selección del equipo con una adecuada representación de usuarios finales, y la formación que debe implicar a todos los niveles, especialmente el directivo como gran receptor de la información procesada. Sin embargo estos aspectos suelen ser tenidos en cuenta al final, cuando se considera que el sistema debe entrar en funcionamiento, en definitiva, tarde.

Se pueden considerar tres tipos de cambios en la implantación de un sistema ERP: uno, los que se pueden estimar con anticipación; dos, los que surgen de forma imprevisible; tres, aquellos que aprovecha las oportunidades brindadas por el proceso. El primero justifica particularmente la planificación de la gestión del cambio, acompañado a menudo de la reingeniería o rediseño de los procesos organizativos. Se trata con ello de reducir los riesgos de descoordinación entre el proceso actual y el nuevo sistema, para lo cual se suele recomendar el inicio de los cambios antes de la implantación, aunque en general ambas acciones se realizan simultáneamente. Por último los procesos de implantación de los ERP son costosos en tiempo y esfuerzo, sin que presenten ahorros inmediatos y, por lo general, acusando desviaciones en los costes de implantación.

Los ERP favorecen la descentralización de la gestión económica tanto en la introducción de la información como en la recuperación de informes, todo ello con el fin de poder disponer de ella de forma centralizada. Consigue reducir la plantilla de gestores y contables que, en todo caso, pierden su papel operativo y ganan otro más de asesoramiento y supervisión¹²⁴⁷.

Los problemas de implementación de un ERP en el sector público son recogidos por Kimberly Furumo en su estudio del caso de la University of Hawai at Hilo. Las Universidades públicas funcionan como otras agencias gubernamentales y sus principales problemas residen en la limitación de recursos en medio de grandes requerimientos de informes y un aumento de la burocracia debido a su régimen estatutario. Tras un análisis se concluye la necesidad de adecuar los recursos financieros a los proyectos IT y gestionar el cambio. Desde el punto de vista organizativo, los ERP requieren cambiar los sistemas centralizados *legacy* de la última mitad del siglo XX por nuevos sistemas distribuidos en los que se modifican los papeles y responsabilidades¹²⁴⁸.

¹²⁴⁷ Vid. *Ibid.* p. 69-70.

¹²⁴⁸ Vid. *FURUMO, Kimberly. "Insuring a successful ERP Implementarion: Lessons Learned from a Failed Project a State Public University"* en *Case Studies on Digital Government*, (ed. Bruce Rocheleau). Hershey, Idea Group, 2007. p. 110.

Los sistemas ERP se caracterizan por su tamaño y complejidad que integran todos los sistemas de planificación de recursos de una empresa a gran escala. Constan de módulos independientes que pueden ser instalados todos juntos o uno cada vez sobre una única base de datos que contiene toda la información sin duplicidades. Proveen a los usuarios de una interfaz gráfica (GUI) que permite extraer fácilmente los datos y crear formatos para personalizar los informes. La principal ventaja común a los paquetes de software es que permite un desarrollo de los sistemas in-house que reduce los costes, implementación rápida y un sistema de alta calidad¹²⁴⁹. Al estar diseñado para múltiples casos de uso diferentes se encuentran altamente estandarizados y requieren frecuentemente a las organizaciones cambiar sus procesos de negocio o invertir recursos significativos para adaptar el software. Como consecuencia muchas de estas implementaciones no encuentran tiempo, financiación ni metas de productividad¹²⁵⁰. Los riesgos de esta implementación dependen del grado de fidelidad del paquete con los procesos de negocio actuales y la extensión en que los procesos de negocio de la organización necesiten ser renovados lo que requiere liderar la resistencia al cambio. Dicha resistencia se negocia con enfoques de reingeniería de negocio que transforman los procesos de negocio (BPR) a menudo con resultados menos brillantes de lo esperado¹²⁵¹. Otra parte de los problemas proceden de la necesidad de integrarse con los antiguos sistemas centralizados que han recibido fuertes inversiones que las organizaciones no están dispuestas a eliminar pero deben encontrar vías de integración con los nuevos sistemas ERP¹²⁵². Por otra parte la dificultad de la implementación TIC en el sector público procede en parte del nivel de interdependencia transversal entre organizaciones públicas que requieren múltiples conexiones.

The authority of the public organizations derives in part from legal and constitutional arrangements. Embedded in those institutions are traditional concerns for checks and balances, often manifested as oversight groups or external organizational control of personnel activity and financial resources. Consequently, public organizations exhibit greater interdependence across organizational boundaries than do private organizations¹²⁵³.

El fenómeno de la interdependencia genera controles con muchos procedimientos, pasos y retrasos en los procesos. En la Universidad analizada últimamente se han incrementado los requerimientos de informes y rendición de cuentas por las tasas académicas. El sector público presenta una variedad de usuarios que necesitan acceder a la información e incrementar el esfuerzo

¹²⁴⁹ Vid. LUCAS, H.C., WALTON, E. y GINZBER, M. "Implementing packaged software" MIS, Quaterly, 12, 1988. p. 537-549.

¹²⁵⁰ Vid. JOSHI, K. "Understanding user resistance and acceptance during the implementarion of an order management system: A case study using the equity implementarion model" en *Journal of Information Technology Case a applications Research*, v.7, n.1. p. 4-22.

¹²⁵¹ Vid. PAPER, D. "The Enterprise transformation paradigm: The case of Honeywell's industrial automation and control" en *Journal of Information Technology Case a applications Research*, v. 1, n.1, 1999. p. 127-146

¹²⁵² ERLICKH, L. "Levering legacy systems in modern architectures" en *Journal of Information Technology Case a applications Research*, v.4, n.30, 2002. p. 175-189,

¹²⁵³ Vid. FURUMO, Kimberly. "Insuring a ... Op. Cit. p. 111.

administrativo para elaborar los informes. Los costes derivados por los imperativos de custodia de la información (*legacy*) obligan a distribuir los proyectos en el tiempo por fases y periodos plurianuales. Otro problema encontrado en la diferencia con el sector privado es que en éste el CIO (*Chief Information Officer* – Director de Informática) se encuentra al más alto nivel, mientras que en la Administración se encuentra en un nivel bajo que limita su influencia y autoridad y le hace depender de los frecuentes cambios políticos, falta de autoridad que también se resiente en la implementación de los sistemas¹²⁵⁴.

VII.3.3 La orientación a los procesos: los modelos de cobertura tecnológica de los procesos de gestión.

VII.3.3.a Fundamentos técnico-organizativos de los Sistemas de Gestión de Procesos de Negocio.

En los años noventa se produce el movimiento del *Business Process Reengineering* (BPR) bajo el cual la tecnología se presenta como aspecto clave en la gestión y cambio de procesos empresariales en un entorno altamente competitivo¹²⁵⁵. También en el paradigma de la gestión por procesos aparece el modelo de *Total Quality Management* (TQM) que impone una visión bajo el principio de la mejora continua que se opone al concepto radical del BPR¹²⁵⁶. Desde entonces las TIC han ido ganando preeminencia sobre la noción de ser una carga en los gastos generales que no contribuye a la competitividad de las grandes compañías. Como consecuencia directa se extiende desde la mitad de la década de los noventa hasta el año 2001 la implementación del ya expuesto Enterprise Resource Planning (ERP). Sin embargo, este software resulta costoso, difícil de sustituir una vez implantado y ocasiona rígidos cortes en los procesos de negocio que se ven superados por los conceptos de reingeniería. Los nuevos procesos de negocio y la tecnología de Internet introducen un nuevo marco tecnológico basado en el empleo del diseño de procesos para soluciones de negocio¹²⁵⁷.

¹²⁵⁴ Vid. BRETSCHNEIDER, S. "Management information systems in public and private organizations: An empirical Test" en *Public Administration Review*, September/October, 1990. p. 536-545.

¹²⁵⁵ Podemos tomar la definición aportada por Michael Hammer considerado fundador del concepto BPR: "Reengineering", properly, is the fundamental rethinking and radical redesign of business processes to achieve dramatic improvements in critical, contemporary measures of performance, such as cost, quality, service, and speed". HAMMER, Michael y CHAMPY, James. *Reengineering the Corporation: Manifesto for Business Revolution*. Nueva York, HarperCollins, 1993. p. 35.

¹²⁵⁶ El concepto de TQM, recordando al de NGP, no encuentra una definición científica precisa, de él prescinde su propio teórico fundador, Deming, y se encuentra sustanciado en las aproximaciones a la praxis de la calidad de las que se van infiriendo principios y enunciados ampliamente publicitados por las escuelas universitarias de Management que buscan su fundamentación. Entre estas investigaciones y obras divulgativas se puede destacar. Vid. HACKMAN, Richard. J y WAGEMANN, Ruth. "Total Quality Management: Empirical, conceptual, and practical issues" en *Administrative Science Quarterly*, n. 40, 1995. p. 309-342.

¹²⁵⁷ Vid. CHANG, James. F. *Business Process Management System: Strategy and Implementation*. Boca Ratón, Auerbach Pub, 2006. p. 1.

Esta evolución se traduce en la convergencia de los paradigmas de gestión empresarial con el desarrollo tecnológico, que desemboca en una función transformadora de las TIC de acuerdo al esquema de retroalimentación entre la innovación de éstas y la modelización modernizadora expuesto al inicio de este capítulo. La distinción inicial entre las posibilidades del desarrollo organizativo y el marco generado por las TIC tiende a asentar la iniciativa de las TIC en la propuesta, el diseño y la implementación de los modelos de gestión que transforman las organizaciones. Las técnicas de modelización de procesos muestran un especial protagonismo en esta tendencia.

A review of goal-oriented business process modeling literature identified three distinct perspectives on goal-oriented business process modeling: Decision Sciences, Requirements Engineering and Business Process Management perspectives. Each of these perspectives makes an important contribution towards goal-oriented business process modeling. Methods originating in Decision Sciences focus on modeling business goals and objectives with the aim of maximizing business effectiveness. Requirement Engineering methods provide a link between a variety of goal types and structures and activities and functions responsible for them. Within Business Process Management, frameworks that are able to represent various aspects of the business process, with the focus on its efficient execution have been developed and widely implemented¹²⁵⁸.

, Las restricciones de la modelización se convierten así, al mismo tiempo, en intérpretes de la tecnología disponible para abordar los nuevos requerimientos tecnológicos, que de este modo, van ampliando el ámbito de la innovación tecnológica. La conexión entre los objetivos de negocio - objetivos de la organización y su actividad sea pública o privada - con el marco de su representación en el BPM, proponen la implementación TIC de los procesos de gestión y producción de bienes y servicios¹²⁵⁹.

VII.3.3.b *Fundamentos técnicos de los Sistemas de Gestión de Procesos de Negocio.*

Los sistemas de gestión de procedimientos se han venido aplicando a la gestión de expedientes administrativos como parte de las aplicaciones (*back office*) de la Administración Electrónica, aunque en primer lugar se instalan en la gestión interna de las administraciones, aún antes, y todavía es así en gran medida, de su conexión con las páginas web y sedes electrónicas administrativas. Con estos sistemas se trata de regular el flujo de información y documentos, bien en formato digitalizado o en formularios electrónicos que contienen todos los datos desagregados que conforman la documentación administrativa¹²⁶⁰.

¹²⁵⁸ NEIGER, Dina y CHURILOV, Leonid. "Goal-Oriented Business Process Modeling with EPCs and Value-Focused Thinking" en *Business Process Management. Second International Conference, BPM 2004*. (Eds. Jörg Desel, Barbara Pernici y Mathias Weske,) Potsdam, Springer, 2004. p. 98-99.

¹²⁵⁹ En el caso presentado por Neiger y Churilov, que modeliza un proceso de negociación, puede apreciarse como las posibilidades de un modelo formal el EPC (Event-driven Process Chain) puede transformarse en una sistema de representación gráfica (redes de Petri) con un fuerte soporte matemático que permite su implementación final en una plataforma tecnológica del tipo ARES. Vid. Ibid. p. 150-161.

¹²⁶⁰ La ejecución del workflow (flujo de trabajo) se realiza normalmente por un motor central de promulgación que interpreta una definición de proceso y despacha las actividades como se especifica en la definición. Las primeras

La evolución tecnológica ha ido realizando propuestas a partir de la formulación de los procesos de negocio, diferentes en su acepción a los procesos informáticos, pues se fundamentan en las reglas de gestión empresarial de los procesos de producción de bienes y servicios, anterior a las mismas propuestas tecnológicas. A partir de aquí nos centraremos en lo que han supuesto las principales tendencias de implementación tecnológica de estos procesos.

Business Process Management: BPM.

En ese papel transformador, aparece el Business Process Management (BPM) como la metodología empresarial cuyo objetivo es mejorar la eficiencia a través de la gestión sistemática de los procesos de negocio, que se deben modelar, automatizar, integrar, monitorizar y optimizar de forma continua. BPM se enfoca en la administración y gestión de dichos procesos. Permite el modelado de actividades que ayudan a entender el negocio; la automatización de procesos que procura la reducción de errores, el comportamiento homogéneo y la visualización de su estado; la administración de procesos que asegura una ejecución eficiente; el uso de herramientas para construir aplicaciones BPMS tales como, workflow, SOA y servicios WEB¹²⁶¹.

Se debe considerar que cuando afloran estas tecnologías, una parte significativa de los procesos de gestión se encuentran ya con una alta cobertura tecnológica en diferentes grados de maduración. Esto significa que existen bases de datos corporativas, aplicaciones informáticas diseminadas en las funciones departamentales, una alta automatización de las actividades más rutinarias o repetitivas, bien incluidas en procedimientos implícitos en el desempeño de las organizaciones, explícitos en normas e instrucciones escritas o con su formalización embebida en los procesos informáticos¹²⁶².

aplicaciones de work-flow se corresponden a estos inicios anteriores a la extensión de la web y sus lenguajes de conectividad. Vid. HUR, Wonchang; JUNG, Jae-yoon; KIM, Hoontae y KANG, Suk-Ho. "Model-Driven Approach to Workflow Execution" en *Business Process Management. Second International Conference, BPM 2004*. (Eds. Jörg Desel, Barbara Pernici y Mathias Weske,) Potsdam, Springer, 2004. p. 261-273.

¹²⁶¹ GONZALEZ ANTOLÍN, Rubén. Aplicación de Ingeniería dirigida por Modelos (MDE) en Procesos de Negocio (BPM). Trabajo Fin de Máster. Madrid, EPS UAM, 2009. p. 19-31.

¹²⁶² Define tres tipos de procesos BPMS: *system to system*, *person to person* y *person to system*. Vid. BPM 2002 Market Milestone Report en *Delphi Group White Paper*. <<http://www.delphigroup.com/whitepapers/pdf/20020220bpm-ws-wp.pdf>> (consultado el 22 de agosto de 2013). Los procesos informatizados que ilustra el gráfico e basan en una encuesta a 10.000 directivos y ejecutivos de 20 subsectores empresariales en los cinco continentes del propio informe.

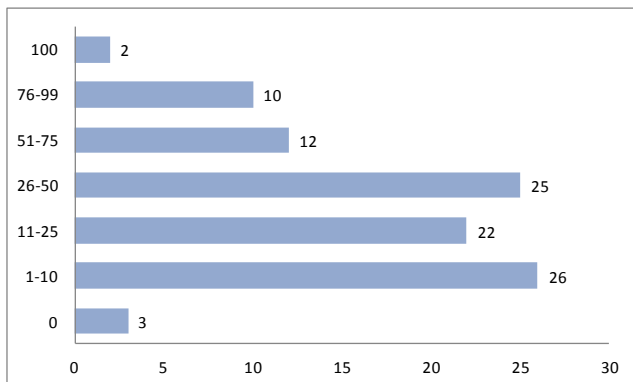


Gráfico 7.4: Porcentaje de procesos informatizados dentro de las Organizaciones.
Fuente: Delphi's Market Milestone Reports 2002 y elaboración propia.

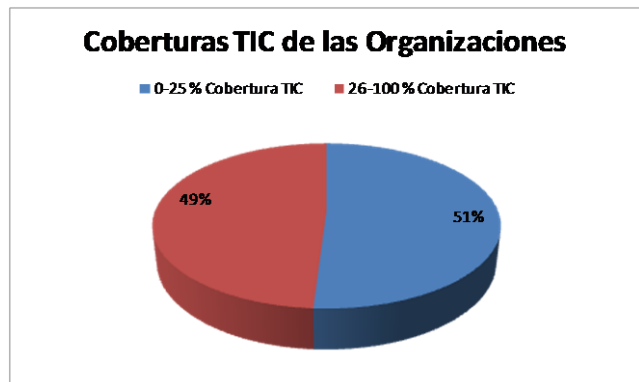


Gráfico 7.5: Porcentaje de coberturas TIC dentro de las organizaciones.
Fuente: Delphi's Market Milestone Reports 2002 y elaboración propia.

Los datos que presenta Delphi Group en el informe BPM 2002 permiten realizar varias lecturas. La propia del Informe respecto al retraso general en la informatización empresarial y las consecuentes oportunidades para introducir la tecnología BPM respecto a las anteriores generaciones, fundamentalmente el paradigma basado en integraciones individuales con códigos propietarios que representa el Enterprise Application Integration (EAI). Sin embargo admite también la interpretación positiva en la perspectiva del nivel de cobertura, al encontrar que cerca del 50% de las empresas han informatizado por encima del 25% de sus procesos. Sin recurrir a otros datos empíricos el dato puede considerarse una masa crítica de cobertura tecnológica de gran alcance considerando criterios como el principio de Pareto, tanto en la ponderación del peso de las empresas inscritas a ese grupo en el conjunto del mercado como lo que puede suponer el 25 % de los procesos de cualquier organización en el total de su actividad¹²⁶³.

Business Process Management Systems: BPMS.

Con cualquiera de ambas interpretaciones la convergencia de las nuevas tecnologías de integración en el concepto de Business Process Management Systems (BPMS) se explica a partir de herramientas capaces de construir plataformas que entregan soluciones de gestión de procesos de negocio. Con BPMS las TIC adquieren parte de las funciones transformadoras y funcionales que van más allá de las soluciones características de la función instrumental y estratégica en las dimensiones analizadas en las relaciones Administración-TIC al examinar la regulación de las TIC del epígrafe 7.3.

El BPMS se forma por un conjunto de estándares desarrollados en el mercado tecnológico en iniciativas de fabricantes privados, entidades público-privadas y redes de colaboración que confeccionan normas con diferentes formas de participación en el sector tecnológico. Este sustrato de herramientas, metodologías, técnicas, productos y estándares, bajo principios comunes de orientación a los procesos en la gestión de las organizaciones, constituyen elementos que cada vez deben pasar menos

¹²⁶³ Vid. Ibid. p.2-3.

desapercibidos en las decisiones estratégicas y la operativa de las organizaciones, bien en el nivel corporativo o en el especializado de las actividades de gestión. A fin de adentrarnos en su significado conceptual y técnico se identifican y describen a continuación algunos de los más significativos por su amplia difusión¹²⁶⁴. La principal característica de todos ellos es que permiten especificar los procedimientos técnicos y administrativos para la validación por sus agentes materiales; en segundo término se puede destacar que, como artefacto tecnológico, se traducen en formas de ejecución de dichos procesos en el medio tecnológico.

NOMBRE Estándar / Producto / Técnica	DESCRIPCIÓN	ELEMENTOS/COMPONENTES
MDE - Model-Driven Engineering.	Metodología de software centrada en la creación de modelos o abstracciones más cercana a los conceptos de un dominio particular que a conceptos computacionales.	Consta de: DSML, lenguajes específicos de dominio (aviónica, servicios financieros, gestión de almacenes,...) especifican la semántica y restricciones asociadas a los conceptos del dominio; Motores de transformación y generadores que sintetizan varios tipos de artefactos (código fuente, descriptores XML, representaciones,...) que aseguran la consistencia entre la implementación de la aplicación y la información del análisis funcional capturada por los modelos. Para el modelado se utilizan redes de petri, DEVS, GPSS y ODEs. Los diferentes formalismos se pueden adaptar a cada dominio y transformar con escasas pérdidas de información hasta llegar a la generación del código.
MDA- Model-Driven Architecture.	Propuesta por el OMG (Object Management Group). Modelo que establece tres submodelos que separan la especificación de la implementación.	Modelo independiente de computación (CIM), Modelo Independiente de Plataforma (PIM) y Modelo específico de plataforma (PSM).
UML- Lenguaje unificado de modelado.	Nace en 1990 con Rational Software, Modelado gráfico de los sistemas que permite representar: arquitectura, objetos, interacciones entre objetos, datos, aspectos del ciclo de vida de la aplicación y diseño de componentes incluyendo su construcción y despliegue. La última versión publicada por la OMG es la 2.4.1.	El lenguaje de intercambio UML entre entornos es XMI, que utilizan entre otros CORBA, EJB, EDOC,...etc.
MOF- Meta Object Facility.	Estándar de OMG para la definición, representación y gestión de metadatos. Los metadatos son un término acuñado por Jack Myers en la década de los sesenta en el campo de la biblioteconomía. Se trata de datos sobre datos que buscan la mayor concisión para identificar los recursos de información.	Arquitectura de 4 niveles; definición de clases de metadatos; repositorio de metamodelos; intercambio por XMI. Permite definir lenguajes de modelado incluido UML.

¹²⁶⁴ GONZALEZ ANTOLÍN, Rubén. Aplicación de Ingeniería...Op. Cit. p. 3-6.

NOMBRE Estándar / Producto / Técnica	DESCRIPCIÓN	ELEMENTOS/COMPONENTES
GPSS – Simulación de Sistemas de Propósito General	Forma de representación de las actividades y sus secuencias de ejecución por diagramas de bloques, que permite una descripción homogénea de los sistemas, fue definida por IBM en 1961.	-
Web Services - Servicios Web	Componentes de software autocontenidos, autodescritivos y modulares que pueden ser accedidos, localizados e invocados desde cualquier lugar sobre la red.	Se basa en los siguientes estándares: UDDI (Universal Description, Discovery and Integration) [UDDI v.3.02. UDDI Spec Technical Committee Draft]; WDSL (Web Service Description Language) [v.2.0.W3C. Rec 26.Junio.2007]; SOAP (Simple Object Access Protocol). Invocación vía HTTP. [v.1.2 W3C Recommendation (Second Edition) 27 de abril 2007; XML (Extensible Markup language), asegura la interoperabilidad de los datos [XML 1.0 (fifth edition), W3C Recommendation 26, nov 2008].
XPDL - XML Process Definition Language.	Primer intento de establecimiento de un estándar para la definición y ejecución de procesos de negocio en 2001 por la WfMC (Workflow Management Coalition XPDL 2.0 octubre 2005, última versión v.2.1 abril 2008. Permite su uso por cualquier editor adscrito al estándar.	-
BPMN - Business Process Management Notation.	Notación gráfica del modelo de procesos BPMI ahora parte del OMG.	BPML es el metalenguaje de BPMI que proporciona la traducción de un formato gráfico a un formato ejecutable.
BPEL - Business Process Execution Language	Lenguaje de Ejecución de Procesos de Negocio que permite definir los procesos con servicios web. Estándar convergente de IBM y Microsoft basado en web services y XML.	-

Tabla 7.10: Estándares, métodos, técnicas y productos de representación, modelización y ejecución de procesos en plataformas TIC.

Fuente: Elaboración propia a partir de GONZALEZ ANTOLÍN, Rubén. Aplicación de Ingeniería dirigida por Modelos (MDE) en Procesos de Negocio (BPM). Trabajo Fin de Máster. Madrid, EPS UAM, 2009 y SCHMIDT, D.C. "Model driven engineering" en IEEE Computer, 39, febrero, 2006.

Service Oriented Architecture: SOA.

La arquitectura orientada a los servicios se presenta como un enfoque más versátil para acometer la implementación cuando, como se ha visto, gran parte de los procesos se encuentran con diferentes capas de soluciones tecnológicas que corresponden generalmente a diferentes etapas. La implementación del BPMS significa una migración de las aplicaciones en funcionamiento de costes muy altos, SOA permite ensamblar la infraestructura de aplicaciones y componentes existentes y utilizar

extensamente las tecnologías adoptadas por INTERNET¹²⁶⁵. Su definición nos aproxima a un modelo conceptual que agrupa la utilización de diferentes estándares adscritos a él:

“Estilo de diseño que guía todos los aspectos de crear y usar servicios de negocio a través de su ciclo de vida, definiendo y proveyendo una infraestructura de IT que permita que diferentes aplicaciones intercambien datos y participen en procesos de negocios independientes de lenguaje, sistemas operativos y sistemas de red subyacentes”¹²⁶⁶.

El enfoque orientado a servicios es complementario a los desarrollos de software orientadas a objetos, procesos, mensajes y datos en tecnologías que convergen: XML (formatos de datos independiente y común entre: plataformas, lenguajes, entornos de desarrollo y sistemas operativos); Servicios web (“Tecnología basada en XML para intercambio de mensajes, descripción de servicios, descubrimiento y características extendidas”); SOAP (“Metodología de interoperabilidad y reutilización de aplicaciones IT con foco en los procesos más que en las estructuras de datos”); BPM: (“conjunto de metodologías y tecnologías para automatizar los procesos de negocio”). Como principal aportación de esta amalgama de tecnologías deben considerarse los ahorros en la construcción del software y la estabilidad que ofrece en el mantenimiento de las reglas de negocio ya establecidas, facilitando una integración que permite controlar las funciones del sistema como un proceso de negocio¹²⁶⁷.

Por otra parte el enfoque SOA está sujeto a críticas para las que no cumple las expectativas de simplificación del negocio al concebirse como simplificador de la integración tecnológica que reutiliza los componentes de negocio ya existentes a través de tecnologías abiertas, pero sin obtener el pleno valor añadido del enfoque de servicios. Existen en estas posiciones tres razones expuestas por Marc Fiammante¹²⁶⁸:

a) Utilización de tecnologías avanzadas para implementar un enfoque cliente-servidor en servicios web de tipo *bottom-up* (de abajo a arriba, de lo particular a lo general), que no añade valor al negocio y en algunos casos empeora el rendimiento.

b) Utilización de los servicios existentes con su funcionalidad limitada por SOA. Conlleva problemas de modularidad y capacidad de variación de los procesos de negocio, frente al enfoque BPM, integra las actividades con servicios reutilizables que no presentan una adecuada modularidad.

¹²⁶⁵ Fundamentalmente de tecnología de los servicios web (web services). Vid. GOLANI, Mati y GAL, Avigdor. “Flexible Business Process Management Using Forward Stepping and Alternative Paths” en *Business Process Management. Second International Conference, BPM 2005*. (Eds. Wil M.P. van derAalst, Boualem Benatallah, Fabio Casati y Francisco Curbera) Nancy, France, September 5-8, 2005. p. 48-63.

¹²⁶⁶ GONZALEZ ANTOLÍN, Rubén. *Aplicación de Ingeniería...* Op. Cit. p. 19.

¹²⁶⁷ Vid. Ibid. p.19.

¹²⁶⁸ FIAMMANTE, Marc. *Dynamic SOA and BPM. Best Practises for Business Process Management and SOA Agility*. Boston, IBM Press, 2010. p. 1-20.

c) Exposición de los servicios de negocio (*business service*) a formatos rígidos de información. Los servicios son tratados como operaciones sin considerar que la estructura de la información debe soportar variaciones con la evolución del negocio: “*This led to instability of the exposed services and integration processes*”. El mantenimiento de la evolución de los servicios y procesos alargan los proyectos TI que sufren retrasos y se hacen costosos.

En las perspectiva de sus críticas el enfoque SOA ejemplifica cómo en muchos casos el aumento de la capacidad de las soluciones tecnológicas incrementan la complejidad y los costes, incluso cuando se trata de salvar el esfuerzo tecnológico previo. En este sentido, el mantenimiento de los sistemas y aplicaciones pasan a ser una tarea continua y una función productiva que se incorpora a las necesidades vitales de la organización como motor del cambio y adaptación permanente de sus actividades. En el caso de la organización pública es determinante el cumplimiento de la legalidad, cuyos cambios normativos exigen uno de los tipos de adaptación permanente de los sistemas de información tanto en los cambios de los procesos como en la adaptación de esos cambios a los procedimientos de garantía que se exigen.

VII.4 Factores organizativos en la implantación de las Tecnologías de la Información.

La capacidad de las TIC de modificar la gestión administrativa dota a la organización pública de nuevas características. Estos rasgos de cambio son restringidos por las relaciones entre la modernización administrativa, donde bajo un esquema racionalizador weberiano “las tecnologías de la información ocuparon un papel secundario, recludas en el sistema socio-técnico constituido por la organización burocrática” y la eAdministración¹²⁶⁹. Por otra parte, a la luz de los estándares organizativos impuestos por la gestión tecnológica, con independencia de sus adaptaciones al entorno de la Administración pública, se pretende revisar que su carácter transversal a todas las áreas y sectores vinculados con la Administración, condiciona los procesos de especialización, descentralización y en último término externalización de la gestión pública en este ámbito tecnológico y otro adyacentes. Por último, la contratación pública supone no sólo un instrumento, sino un elemento transformador de las relaciones entre la Administración y el ámbito privado a través del cual cambio su organización, en cuyo ámbito interno operan las TIC como el sector que más influye en los cambios de estructura y funcionamiento de la gestión pública.

¹²⁶⁹ CRIADO, José Ignacio. *Entre sueños...* Op. Cit. 131.

VII.4.1 Caracteres técnicos de las TIC en la organización pública.

VII.4.1.a Las normas y estándares técnicos para la organización de las TIC.

La organización TIC se sustenta en un conjunto de normas y estándares que por sus características técnicas son específicas en el funcionamiento de las áreas tecnológicas y aplicables transversalmente a cualquier organización. A diferencia de los métodos y técnicas de otras disciplinas de ingeniería, históricamente utilizadas por el sector público para actuaciones externas y materiales, como la arquitectura, la ingeniería civil, industrial, agrícola, minera,... etc., se tratan ahora instrumentos para los servicios tecnológicos aplicados a la gestión interna. En efecto, las TIC crean en los órganos de los poderes públicos artefactos dedicados al funcionamiento de la dirección y gestión basados en plataformas y aplicaciones capaces de soportar y modificar sus medios de funcionamiento y organización.

Básicamente, en un acercamiento comparado al concepto de los recursos técnicos utilizados por la Administración, con unos se dota a los servicios públicos de medios físicos, mientras que con otros se crean recursos formales de gestión. De forma significativa son las ramas de ingeniería las introductoras de las doctrinas de gestión anteriores a la existencia de las TIC, con Frederick Winslow Taylor, ingeniero mecánico autor de la organización científica del trabajo y Henri Fayol, ingeniero de minas y gerente metalúrgico, considerado predecesor del Management o Administración de Empresas, pero sólo con las disciplinas de la electrónica digital o informáticas se imbrica la tecnología con las áreas de gestión de la actividad productiva de bienes y servicios. Esta imbricación puede llegar a ser más allá de una actividad adicional, parte esencial en la gestión y prestación de los servicios, como describe Holgersson que sucede con la actividad de la policía en lo que denomina “dinámicas organizativas” (*organizational dynamics*):

*[...] dynamics of police investigation performance is presented as an example of organizational dynamics. Decisions made by the police are often based on information from IT systems. My research shows that important work practice knowledge is filtered out by the IT systems. Information technology people usually have a great influence on the decisions taken concerning the development of IT systems, which means that there often is much focus on technical questions. The technical demands, rather than the core activity, form the central issues*¹²⁷⁰.

Como consecuencia se subraya la importancia de los estándares de organización TIC, tanto en el sector privado como en el público, que incide directamente en sus medios de dirección y gestión. Dentro de esos medios, en el caso de la Administración, los órganos, entidades y organismos dependientes quedan afectados especialmente por su marco jurídico público, que, entre otros aspectos, regula su organización y funciones, tales como la contratación, el patrimonio, los ingresos, presupuestos, planes y

¹²⁷⁰ HOLGERSSON, Stefan. “Forewords” en *Business Dynamics in Information. Technology*. GOTTSCHALK, Petter (ed.). Londres, Idea Group Pub., 2007. p. vi y vii.

programas de actuación. Así, las normas propuestas por la revisión de la organización TIC mediatizan la organización administrativa pública con la adopción por el sector público de esos estándares, algunos de ellos creados desde el sector privado, con el amparo administrativo o el respaldo reglamentario para actuar como verdaderos agentes de la regulación pública¹²⁷¹.

VII.4.1.b *Incidencia de las normas y estándares técnicos en la organización pública.*

Ciertas normas de ejecución técnica encuentran su marco regulador en el Real Decreto 2200/1995, de 28 de diciembre, por el que se aprueba el reglamento de la Infraestructura para la Calidad y Seguridad Industrial, basada en la Resolución del Consejo de la CEE de 7 de mayo de 1985 en aplicación de la Directiva del Consejo 83/189/CEE que define las funciones fundamentales de los organismos nacionales de normalización. Sin embargo, como se verá, tras dicha regulación se produce una delegación a organismos privados señalados como verdaderos detentadores de poderes públicos.

Centrándonos en la Directiva 83/189/CEE, parcialmente modificada por la Directiva 88/182/CEE del Consejo, de 22 de marzo de 1988, bajo la aplicación del principio de la libre circulación de mercancías encontramos en su prefacio un texto que persigue la aplicación homogénea de las normas técnicas¹²⁷². Así, el criterio de homogeneidad no cuestiona, si no que se antepone a cualquier intento de control de dichas normas técnicas. Con el propósito de eliminar cualquier barrera del comercio homologada por normas nacionales no se duda en crear un ordenamiento que traslade a todos los países de la Comunidad Europea un modelo que sustituya a las entidades públicas para instituir un sistema organizativo privado sin ánimo de lucro¹²⁷³. Además, con el denominado “nuevo enfoque” las directivas europeas prescinden de un contenido técnico detallado para centrarse en los requisitos esenciales, inspirados por la Sentencia Dijon, en materias de interés general, como seguridad, salud, protección del consumidor y medio ambiente, y remiten las soluciones técnicas detalladas a las normas armonizadas no obligatorias¹²⁷⁴. De alguna manera, en virtud del inexorable principio de la libre circulación de mercancías en la CEE y posteriormente en la UE, las reglamentaciones técnicas estatales quedan

¹²⁷¹ El caso más señero lo constituye la IEFT, cuyas regulaciones sobre Internet y el uso de las redes de banda ancha no encuentran ningún obstáculo reglado en la Administración en lo que Sylvain denomina “enfoque” tecnológico. En este sentido Sylvain cuestiona la delegación de la regulación a los ingenieros expertos y el sector empresarial con el principio de “neutralidad de las redes” sin considerar el importante papel del sector público en la formulación de políticas. Vid. SYLVAIN, Olivier. "Internet Governance and Democratic Legitimacy" en *Federal Communications Law journal*, v.62, n. 2, 2009. p. 206-210.

¹²⁷² Vid. COMISIÓN EUROPEA. *Mantener el Mercado Único. La Directiva 83/189/CEE. Guía de los procedimientos de información en materia de normas y reglamentaciones técnicas nacionales*. Luxemburgo, Oficina de Publicaciones de las Comunidades Europeas, 1998. p. 7.

¹²⁷³ “Así, se trasladó a la iniciativa privada las actividades de normalización y certificación con la constitución de una organización privada e independiente y sin fines lucrativos. El objetivo era difundir la cultura de la calidad entre el tejido productivo español para así mejorar su competitividad”. (Texto en negrita mío). Consultado en la página de AENOR <<http://www.aenor.es/aenor/aenor/historia/historia.asp>> (consultado el 14 de octubre de 2013).

¹²⁷⁴ Por el citado caso Dijon se establece el reconocimiento mutuo de las reglamentaciones vigentes en cada uno de los Estados miembros. STJC, de 20 de febrero de 1979, asunto 20/178. Rec. p. 679.

obligadas a aceptar una mayor laxitud en su aplicación al tiempo que comienzan a verse sometidas a una organización certificadora de carácter privado, voluntario, pero ejercida monopolísticamente por ella cuando su aplicación queda debidamente informada¹²⁷⁵.

En España el proceso de adopción de las regulaciones de normalización en el sistema autorizador para actividades y productos se forma gradualmente. En primer término el Real Decreto 1614/1985 por el que se crea el Consejo Nacional de Normalización, que aún bajo control ministerial traspasa las funciones de IRANOR a la nueva figura de las Asociaciones Normalizadoras, ya de carácter privado. El desarrollo del RD 1614/1985 da un nuevo paso con la Orden Ministerial de Industria y Energía de 26 de febrero de 1986 que designa a AENOR como Entidad de normalización y certificación que desarrolla las normas UNE en correspondencia, como miembro español, de las organizaciones internacionales de normalización: ISO (*International Organization for Standardization*), la IEC (Comisión Electrotécnica Internacional), CEN (Comité Europeo de Normalización), CENELEC (Comité Europeo de Normalización Electrónica) y ETSI (Instituto Europeo de Normalización de las Telecomunicaciones). En la siguiente etapa la Ley 21/1992, de 16 de julio, de Industria, para la función del cumplimiento reglamentario en materia de seguridad industrial, disocia el control de la Administración de las declaraciones responsables y los organismos de control, equiparando la capacidad administrativa con los citados organismos y las entidades certificadoras de personificación privada, sólo sujetas al reconocimiento administrativo previo de las autoridades estatales, de acuerdo a las disposiciones de la Unión Europea (art. 11.1 a 11.4), con autorizaciones de duración indefinida. Por último, su desarrollo reglamentario en el Real Decreto 2200/1995, aprueba el Reglamento de la infraestructura para la calidad y la seguridad industrial que designa a AENOR como Organismo de Normalización según el capítulo II del mismo que regula la inscripción (art. 9) y los requisitos de organización y funcionamiento vinculados a la reforma de los Estatutos de la asociación (art.10). En ellos se reconoce la personalidad jurídica propia equiparada a las normas de la Unión Europea de la que emanan los organismos similares de los Estados miembros. La intervención administrativa de estas entidades consagra la participación en su gobierno de otras organizaciones público-privadas como las asociaciones y corporaciones empresariales, de consumidores, administraciones y afiliados particulares. No obstante, la cesión y capacitación de las competencias administrativas en materias de control de la calidad y seguridad industrial, amparada por las normas estatales y de la UE, no evitan el ejercicio sancionador de la

¹²⁷⁵ STJ, de 30 de abril de 1996, asunto 194/94. Rec. 1996. p. I-2201. Establece un procedimiento de información para normas y reglamentaciones técnicas por el que se obliga a los Estados Miembros a notificar a la Comisión de los proyectos de reglamentos técnicos. En contraposición a estas exigencias las garantías de los sistemas certificadoros permiten una simplificación extra reglamentaria del sistema autorizador amparada por las Directivas de la CEE.

Administración por utilización monopolística en estas organizaciones de determinados sectores industriales¹²⁷⁶.

Este contexto absorbe al sector tecnológico en las normas y estándares, que con diferentes orígenes nacionales públicos y privados comienzan a controlarlo con una nueva característica no dominada por los productos industriales, si no por la adquisición de normas de regulación del funcionamiento y la organización de las áreas TIC que dan soporte a la gestión y por ende al perfil orgánico y funcional de la organización pública, donde destacan, entre otros, los identificados en la tabla 7.11.

¹²⁷⁶ En el Expte. SANCIONADOR 469/99, AENOR, del Tribunal de Defensa de la Competencia se intima y sanciona a AENOR por las prácticas de utilización discriminatoria de las facultades públicas concedidas a favor de la integración vertical del sector de mallas para el hormigón, en el que las empresas siderúrgicas en su acción monopolista.

Estándar	Creación	Ult. Versión	Objeto	Corporación	Certificación de entidades	Acreditación profesional	Precedencias	Características
ITIL Information Technology Infrastructure Library	Diciembre 2005 (Empezó a desarrollarse en los años 80)	V3 2011	Gestión de servicios TI	CCTA / OGC Gobierno británico	N	S	A Management System for Information Systems de IBM.	Gestión del soporte y la adquisición de servicios TI en las organizaciones. Guías de gestión de infraestructuras, seguridad, negocio, aplicaciones y activos software. En la V2 aborda la estrategia y diseño del servicio
CMM/CMMI Capability Maturity Model Integration	1987	V 1.3 2010	Gestión del Desarrollo de Software	S.E.I. DOD EUA/ Carnegie Mellon	S	S	SW-CMM V 1.0 : 1991. V 1.1.: 1993; V 1.2: 1997. Nuevo modelo integrado SW-CMMI: 2000.	Evaluación de la madurez de una organización o capacidad de ciertas áreas de procesos para el desarrollo, la adquisición y prestación de productos de software. Modelo escalonado de 5 niveles.
COBIT / Val IT Control Objectives for Information and related Technology	1996	V5 2011	Gestión Corporativa TI	ISACA / IT Governance Institute	N	S	Procedente de V 4.1. la V.5 se integra con Val IT, Risk IT de ISACA e ITIL y las normas ISO relacionadas.	La orientación al negocio de COBIT vincula los objetivos de negocio y la IT; proporciona métricas y modelos de madurez para medir su alcance y asocia las responsabilidades de negocio y los procesos IT.
ISPL Information Services Procurement Library	1999	V5 2012	Gestión de Contratación TI	Comisión Europea / Consorcio Privado	S	S	Procedente de Euromethod y desarrollado por 5 empresas en el programa SPRITE-S2 lanzado por la CE. Adaptable a ITIL y PRINCE 2 (Gestión de Proyectos de OGC).	Herramientas y servicios de apoyo a organizaciones de proveedores y clientes para gestionar la adquisición de servicios y sistemas. Gestión de Riesgos y acuerdos relacionados. Aplicable al sector público y privado.
ISO/IEC 20000	2005	2012	Gestión de servicios TI	ISO International Organization for Standardization	S	S	Procedente de BS 15000 (British Standard). Integrada con el estándar ITIL como norma certificadora.	Sistema de gestión de servicios aplicable a proveedores internos, externo y organizaciones de subcontratación de TI. Aborda los procesos de provisión, control, entrega, resoluciones y relaciones.
ISO/IEC 27001	2005	2009	Gestión de Seguridad TI	ISO International Organization for Standardization	S	S	En España se publicó la UNE 71502:2005 procedente de BS 7799-2:2002 (British Standard). Relacionado con COBIT e ITIL en el apartado de gestión de la seguridad.	Agrupar los requisitos de la serie 27000 de normas ISO. Aborda el alcance y política del SGI; procedimientos de control; evaluación y tratamiento de riesgos; aplicabilidad y registros.
ISO/IEC 38500	2007	2008	Gobierno Corporativo TI	ISO International Organization for Standardization	S	S	Anteriormente ISO/IEC 29382:2007 , se basa en la norma australiana AS8015:2005. Se relaciona con el estándar ITIL como norma certificadora.	Provisión de un marco de gobernanza TI por la dirección de las organizaciones respecto a: responsabilidades, buen soporte, adquisiciones, rendimiento, legalidad, factor humano.
ISO/IEC 27002	2000	2005	Gestión de la seguridad de la información	ISO International Organization for Standardization	N	N	Renombrada de la norma ISO/IEC 17799:2005 procedente de BS 7799-1 (British Standard) de 1998. Se relaciona con el estándar COBIT .	Especifica los controles para la seguridad de la información. Desarrolla los objetivos de control en tres apartados: seguridad física del entorno; seguridad de los recursos humanos; control de accesos.
ISO/IEC 22301	2006	2012	Gestión de la continuidad del negocio	ISO International Organization for Standardization	N	N	Procedente de BS 25999-1 (British Standard) de 2006.	Estándar para el mantenimiento de un sistema de prevención de incidentes que garantice la recuperación e impida las interrupciones en la actividad de las organizaciones.
ISO/IEC 15504 SPICE	1998	2003	Especificación de las capacidades del proceso de mejora de Software	ISO / SPICE	S	S	Integrada con ISO/IEC 12207:1995 de ciclo de vida del software. Se relaciona con el estándar CMMI	Estándar para evaluar y mejorar la capacidad y madurez de los procesos de desarrollo y mantenimiento software. Establece 6 niveles de madurez en función de los procesos implantados y su grado de implantación

Tabla 7.11: Estándares de gestión y organización en las TIC.
Fuente: Elaboración propia adaptando fuentes teóricas y metodológicas diversas de ingeniería de software.

Los estándares forman un ordenamiento técnicamente delimitado que se aplica a los procesos de gestión, organización y funcionamiento de los servicios tecnológicos, todos ellos, ante la función desempeñada por las TIC, fuertemente implicados en la gestión pública. Asimismo, como puede apreciarse en la mayoría de los casos, las organizaciones que producen las metodologías y normas, amparadas por el sector público, o promovidas desde éste, se constituyen como entidades privadas. Sin duda es el grado de especialización organizacional requerido el que dificulta su asimilación por una organización convencional de la función pública e induce a crear entidades independientes o incluso utilizar procesos de externalización¹²⁷⁷.

¹²⁷⁷ “[...] la regulación no alcanza sus fines aprobando simplemente una ley; es necesario, además, mantener el control de forma permanente y actualizada, y conocer de forma detallada e íntima la actividad regulada” lo que lleva a “Las críticas a

VII.4.2 La función pública en las TIC.

En la perspectiva de la función pública sometida al impulso de las TIC se expone, por una parte, a la orientación sociológica centrada en un análisis subjetivo y conductista de las élites burocráticas, que inspira las políticas de organización y gestión administrativa¹²⁷⁸. En la perspectiva jurídica constituye un reto formar un sustrato jurídico coherente que no se desvíe a la indeterminación técnica por vacío legal, inconsistencia o fragmentación de las normas legislativas y reglamentarias.

VII.4.2.a El enfoque de las élites burocráticas.

En la organización de la implantación de las TIC tienen gran importancia los factores subjetivos ligados a los profesionales TIC y los grupos con capacidad de decisión sobre ellos que se recogen siguiendo el análisis realizado por Ignacio Criado¹²⁷⁹. Su fundamentación teórica a partir de los datos empíricos analizados por los estudios administrativistas y politológicos permite establecer un escenario que invita al ajuste técnico y jurídico de la organización pública, incluso en su conjunto. La profesionalización en las TIC presenta dos niveles de penetración en la función pública: los puestos técnicos y las posiciones directivas, esta última se ha encontrado tradicionalmente reservada a los grupos jurídicos, lo que ha complicado y retrasado la plena incorporación de profesionales tecnológicos. En este sentido las relaciones entre la burocracia tradicional y la nueva *infocracia* se ha visto dominada por las relaciones entre los agentes políticos, gestores públicos y los profesionales TIC.

Los profesionales tecnológicos se han caracterizado por su fragmentación en las actividades relacionadas con las telecomunicaciones y la informática¹²⁸⁰. En su origen, los perfiles profesionales TIC han presentado una identidad difusa creada en parte por el sector empresarial TIC por la que las innovaciones tecnológicas han dependido de equipos mixtos de informáticos trabajando con ingenieros, matemáticos, físicos,...etc., lo que ha dificultado encontrar un perfil específico tanto en el sector privado como en el público. La procedencia de los primeros informáticos en las Administraciones, entre profesionales tecnológicos y puestos organizativos fue diversa y poco cohesionada. El primer grupo prevaleció en las organizaciones especializadas y fuertemente

estas organizaciones vienen por su dificultad de control democrático y por los peligros de su captura por los sujetos regulados". Vid. VILLORIA, Manuel. "Una breve introducción sobre la acción gubernamental" en *Crisis y externalización en el sector público ¿Solución o Problema? Monografía del Grupo de Investigación para el estudio del Empleo Público*, (dir. Luis Ortega Álvarez). Madrid, INAP, 2011. p. 28-29.

¹²⁷⁸ Vid. CRIADO, José Ignacio. *Entre sueños...* Op. Cit. 85. Vid. ZUURMOND, A. "From Bureaucracy to Infocracy: Are Democratic Institutions Lagging Behind?" in *Public Administration in an Information Age*. (eds. I. Th. M Snellen y W.B.H.J. van de Donk). Amsterdam, A Hand Book, 1998. p. 259-271.

¹²⁷⁹ Vid. *Ibid.* 103-112.

¹²⁸⁰ En este interesante estudio se muestra como en el sector tecnológico el poder de las corporaciones y la importancia para el Gobierno de sus funciones obliga a los directivos públicos a mantener políticas de retención de expertos TIC para controlar los resultados ante las inversiones y gastos en TIC. Vid. DUNELAVY, Patrick; MARGETTS, Hellen; BASTOW, Simon y TINKLER, Jane. *Digital Era Governance: IT Corporations, the State and E-government*. Oxford University Press, 2006.

centralizadas, mientras el segundo dominó en aquellas administraciones que optaron por un modelo descentralizado cuyo perfil tecnológico se difumina dentro de la organización. En este contexto, la infocracia, formada a partir de sus diferentes procedencias, crea un nuevo poder de decisión basado en su capacidad de modelizar el marco normativo y procedimental, que disminuye la facultad discrecional característica de la burocracia tradicional en su capacidad de interpretar dicho marco aplicado a las resoluciones de cada caso¹²⁸¹. Además a medida que la cobertura tecnológica aumenta en extensión y capacidad de automatización, esa influencia se manifiesta no solo en la pérdida de capacidad de decisión administrativa en las tareas rutinarias, sino en el diseño de los procedimientos controlados por la monitorización de los sistemas de información¹²⁸². Como consecuencia la infocracia tiende a formar uno de los pilares de la modernización administrativa ante su implicación en la definición de reglas procedimentales de la gestión y el control administrativo, las políticas públicas de rendición de cuentas, las dinámicas de poder de la burocracia de contacto con el ciudadano, así como, en el nivel directivo y político, las directrices estratégicas ligadas a la configuración de la eAdministración¹²⁸³.

En la vertiente tecnológica los grupos directivos intervienen en la configuración de la eAdministración en tres grupos: responsables políticos, directivos o responsables de servicios generales y gestores de programas y proyectos TIC. Los responsables políticos, que participan en numerosas iniciativas apoyando la incorporación de las TIC en la prestación de servicios, se centran en el diseño estratégico de la eAdministración. A menudo muestran mayor preocupación tecnológica por el posicionamiento de sus organizaciones en los análisis benchmarking y menos en el posicionamiento competencial y la estructura administrativa brindadas por las TIC. Buscan resultados a corto plazo visibles externamente y propugnan la descentralización de las funciones tecnológicas que permite disponer de mayores esferas de poder, excepto algunas por desconocimiento de su potencialidad y dimensión funcional dentro de la organización, como las telecomunicaciones. Por ello tienden a promover los proyectos orientados a la mejora de relaciones con los ciudadanos alejándose de los relacionados con la transformación administrativa en la mejora de la gestión y la organización interna. En general muestran un apoyo reactivo a la eAdministración “más allá de la retórica ampulosa, y a veces utópica, empleada en las formulaciones estratégicas o en los discursos políticos”¹²⁸⁴.

¹²⁸¹ Vid. LIPSKY, Michael. *Street Level Bureaucracy: dilemmas of the individual in public services*. Nueva York, Rusell Sage, 1980.

¹²⁸² SNELLEN, Ignace, Th. M. “Street Level Bureaucracy in an Information Age” en *Public Administration in an Information Age. A Handbook* (eds. T.M. Snellen y W. van de donk). Amsterdam, IOS Press, 1998. p. 497-505.

¹²⁸³ Vid. BOVENS, Mark y ZOURIDIS, Stavros. “From Street-Level to System-Level Bureaucracies: How Information and Communication Technology Is Transforming Administration Discretion and Constitutional Control” en *Public Administration Review*, v. 65, n. 5, 2002. p. 174-184.

¹²⁸⁴ Vid. CRIADO, José Ignacio. *Entre sueños...* Op. Cit. 108.

Las relaciones entre los profesionales TIC y los directivos públicos de servicios generales se apuntan en conjunto por la fuerte interrelación en la que se desenvuelve su papel como agentes en la adquisición, gestión y utilización tecnológica. La infocracia y la burocracia tradicional intervienen en el liderazgo de los proyectos de eAdministración con intereses y percepciones divergentes que originan problemas de comunicación basadas en el dominio respectivo y excluyente de los conocimientos en TIC y los procesos de negocio¹²⁸⁵. El enfoque racional-conductista para el análisis de la dinámica de difusión tecnológica en las Administraciones Públicas impone fijarse en las actuaciones de dichos actores, vinculados a dos vertientes divergentes en los beneficios producidos por los sistemas de información. En la vertiente técnica el beneficio se vincula a la reducción de costes del procesamiento de datos y el acceso a grandes recursos de información y se limita por las fuertes inversiones en infraestructuras y el personal cualificado necesario¹²⁸⁶. En la vertiente política la implantación de las TIC conlleva cambios en las relaciones de poder entre los agentes implicados, cuyo reparto constituye una parte sustancial de los beneficios finales al margen de la eficacia¹²⁸⁷.

En dichas relaciones de poder no se persigue estrictamente el objetivo de maximizar el presupuesto, pues en las características de la burocracia pública no aparecen los incentivos ni rasgos propios del mercado como la competencia, libre elección y poder directo del consumidor. Lo que cuenta es aquello que Dunleavy denomina el presupuesto núcleo, es decir, lo que el departamento gasta en sí mismo restando lo que se asigna de su presupuesto a otros departamentos o a los usuarios, cuyas partidas redundan en mayor trabajo y responsabilidad sin una compensación tasada de incentivos, en su lugar resultan deseables trabajos de élite alejados de la gestión operativa que permiten ejercer una supervisión directiva y huir de la rutina, verdadero objetivo político de la nueva infocracia y la burocracia tradicional en las decisiones sobre la dirección de los procesos de implantación tecnológica¹²⁸⁸. Esta orientación intersubjetiva, delimitada por los intereses individuales, condiciona por lo tanto las relaciones entre ambos grupos y los criterios de prioridad en la implantación TIC, dónde la pluralidad de intereses individuales nunca parece satisfactoriamente

¹²⁸⁵ Vid. HEEKS, Richard y BILUR, Savita. "Analyzing e-Government Research. Perspectives, Philosophies, Theories, Methods, and Practice" en *Government Information Quarterly*, v. 24, n.2, 2006. p. 243-265.

¹²⁸⁶ Aplicado a los sistemas de información urbanos Downs estudia el balance entre los beneficios en el acceso a la información y la eficacia de la información obtenida para la toma de decisiones. Vid. DOWNS, Anthony. "A Realistic Look at the Final Payoffs from Urban Data Systems" en *Public Administration Review*. v. 27, n. 3 (Sep), Wiley, 1967. p. 204-210.

¹²⁸⁷ Tras estudiar 42 gobiernos locales llegan a la conclusión de que el control y la aplicación de la tecnología se encuentra altamente diversificada. Vid. DANZIGER, James N.; DUTTON, William H.; KONG, Rob y KRAEMER, Kenneth L. (eds.). *Computers and Politics. High Technology in American Local Governments*. Nueva York, Columbia University Press, 1982.

¹²⁸⁸ Dunleavy trata de poner de manifiesto, dentro de una aproximación económica por la Teoría de la Elección Pública, las correcciones que los métodos formales economicistas necesitan para explicar de forma más convincente los procesos de organización pública a través del comportamiento económico en la toma de decisiones. Vid. DUNLEAVY, Patrick. *Democracy, Bureaucracy and Public Choice, Economic Explanations in Political Science*. Hemel Hempstead, Harvester Wheatsheaf, 1991. p. 211.

regulada para la protección de los intereses públicos respecto a los particularismos del poder, una vez más, políticos y técnicos, en el escenario de la implantación tecnológica.

VII.4.2.b Especialización y descentralización administrativa de la organización TIC.

La especialización de la función tecnológica en las Administraciones públicas es una consecuencia de la introducción de nuevas actividades técnicas en las funciones de soporte de la Administración. En este sentido las TIC se insertan en la organización tradicional produciendo nuevos cuerpos o especialistas técnicos de la Administración y servicios o unidades administrativas independientes, pero sin modificar el marco orgánico y funcional ni las disposiciones generales de la Función y Organización Pública. Estas últimas adaptan el marco normativo necesario para su introducción en forma de disposiciones reglamentarias y órdenes internas de organización dentro de los departamentos administrativos ya existentes o creando nuevas entidades públicas a través de estatutos que las encuadran en diferentes figuras de personificación y régimen jurídico. Paradójicamente la especialización de la función pública en cuerpos corresponde desde la perspectiva organizativa a un modelo descentralizado, donde cada órgano o departamento de la Administración gestiona su soporte informático de forma incluso descoordinada, mientras que la segregación de la función tecnológica en organismos independientes suele utilizarse para centralizar funcionalmente ese soporte. Esta figura del caso de España que veremos a continuación, presenta una concordancia con las hipótesis de Zuurmond:

(1) The organizational environment becomes even more complex, dynamic and interdependent, forcing organizations to decentralize their decision-making routines and to create more organic, informal and horizontal structures. (2) Even if the organizational environment becomes more complex, dynamic and interdependent, the new technology will accommodate this, creating process technology organizations that have a high level of central control, combined with organic organizational structures¹²⁸⁹.

Respecto a las primeras en el caso de la Administración del Estado aparece tempranamente la creación de cuerpos específicos con total equivalencia a los generales, como son el Cuerpo Superior de Sistemas y Tecnologías de la Información, el Cuerpo de Gestión de Sistemas e Informática y el Cuerpo de Técnicos Auxiliares de Informática. Esta excepción, que encaja la función de las TIC en la organización administrativa de forma específica, aunque dentro de su régimen de Función Pública, se atiene por ello a las disposiciones generales de estructuración y clasificación del personal, de manera que al intento de homogenizar la función del personal público le sigue una descoordinación organizativa.

La creación de entidades independientes es la que sustancia la descentralización funcional de las actividades tecnológicas de la Administración, así, siguiendo con el caso de la AGE, se crea

¹²⁸⁹ ZUURMOND, Arre. "Organisational Transformation Throught the Internet" en *Public Administration University of Leiden*. Cambridge, v. 25, n. 1, 2005. p. 136.

dependiendo del Ministerio de Industria la Entidad Pública Empresarial RED.ES, cuya actividad de promoción de las TIC agrupa la función de fomento en el sector público y privado, es decir, por medio de acuerdos en forma de encomiendas y convenios de colaboración, diseña y ejecuta las políticas públicas de la Administración central, y a través de los programas que gestiona, de las administraciones autonómicas y locales¹²⁹⁰. Forma parte por lo tanto de una función transversal en dependencia jerárquica departamental de un Ministerio y recibe competencias del Gobierno para la aplicación de programas de la UE en al ámbito de todas las Administraciones públicas. En un último peldaño descentralizador, participa empresarialmente en sociedades y fundaciones público-privadas relacionadas con funciones de fomento sectorial y órganos especiales de información y asesoramiento, como el Observatorio Nacional de las Telecomunicaciones y la Sociedad de la Información (ONTSI).

En diferente escala pero análogos esquemas se define la organización de las TIC en el resto de administraciones, la autonómica y la local, donde se asientan una mayor pluralidad de técnicas de organización próximas a modelos de la NGP, gobernanza y privatización debido a diferentes factores: su definición política de nueva planta, en el caso de las administraciones locales el nuevo régimen político y administrativo basado en el principio de autonomía local, con carácter de administraciones descentralizadas y ejecutoras del principio de subsidiariedad, además especializadas en la prestación de servicios públicos directos.

El caso de la Generalitat de Cataluña se rige en la estructura pública general por su propia norma de función pública, Decreto Legislativo 1/1997, de 31 de octubre, por el que se aprueba la refundición en un texto único de los preceptos de determinados textos legales vigentes en Cataluña en materia de función pública. En el desarrollo de los cuerpos especiales de funcionarios, entre los que no aparece el cuerpo informático, como sucede en el caso de la AGE, tampoco se recoge posteriormente en los cuerpos generales¹²⁹¹. En cuanto a su organización se plasma, en un modelo seguido con sus significadas diferencias por otras comunidades autónomas, mediante la creación de una entidad pública dependiente del Departamento de Presidencia. Entre los rasgos más significativos de su organización asume las siguientes funciones y competencias: se forma como una entidad de derecho público sujeta en sus actividades al derecho privado excepto en sus relaciones internas con la Administración de la

¹²⁹⁰ En el Real Decreto 351/2011, de 11 de marzo, por el que se modifica el Estatuto de la entidad pública empresarial Red.es, aprobado por el Real Decreto 164/2002, de 8 de febrero se establece una relación de subordinación que entre las entidades de la AGE y RED.ES, por la que se estipula en la modificación del art. 30 la obligación de la entidad empresarial de prestar los servicios solicitados por aquellas y carácter de poder adjudicador en el régimen público de contratación.

¹²⁹¹ “En el ámbito político-administrativo español, la consolidación de un grupo o cuerpo de profesionales con un contenido tecnológico más homogéneo no se produjo hasta muy recientemente, al menos, en los casos en los que se ha logrado dicha caracterización profesional”. Vid. CRIADO, José Ignacio. *Entre sueños utópicos...* Op. Cit. p. 104.

Generalitat; la contratación queda sometida al Derecho privado hasta que dicha cláusula queda modificada en la Ley 16/2008, de 23 diciembre, de medidas fiscales y financieras que aplica la legislación de contratos del sector público; las funciones de coordinación, supervisión y control de la ejecución de los sistemas y servicios de telecomunicación e informática de la Administración de la Generalitat; la contratación del personal queda sujeta en exclusividad al Derecho laboral. Como nota de interés se introduce en la Ley 16/2008 la facturación del CTTI a las entidades públicas de acuerdo al régimen de encomiendas y las tarifas aprobadas por el Gobierno. Finalmente aparece el contrato de externalización de la totalidad de sus servicios adjudicado por el concurso convocado por la Generalitat en una última fase de privatización de sus actividades.

Aplicando la hipótesis de Zuurmond el modelo anterior responde a una centralización funcional a través de una organización instrumental que disocia su función de la descentralización orgánica. En el modelo descentralizador con un régimen de función pública la toma de decisiones se hace más informal con estructuras horizontales de control (casos del Consejo Superior de Informática, Subdirecciones Generales de Ministerio de Administraciones Públicas, CIABSI,...). La adopción de organismos y sociedades instrumentales de carácter público sujetos al Derecho Privado han significado en sentido opuesto, una mayor centralización y control de las competencias y funciones tecnológicas en el conjunto de las Administraciones (casos de CTTI o ICM en la Comunidad de Madrid) que sostiene el criterio profesionalizado de la función tecnológica y permite el ejercicio de la ejecución y el control de las inversiones en TIC¹²⁹².

VII.4.3 Las formas de contratación de las TIC.

Si el desarrollo de las TIC ha determinado su especialización y especialidad en la organización y funcionamiento de las Administraciones públicas, las formas de gestión en el aprovisionamiento y contratación de la tecnología juegan un papel esencial en dichas relaciones organizativas de acuerdo a diferentes factores. En primer lugar la consideración instrumental de las TIC, como mero artefacto tecnológico que permite regular por los requerimientos de las organizaciones públicas su desempeño funcional. Además, la consideración estratégica, en la medida que las TIC incorporan contenidos funcionales que permiten modificar los objetivos y políticas de las organizaciones públicas, bajo el control y gestión de los poderes públicos. Por último, el reconocimiento del carácter privado del desarrollo tecnológico, dirigido fundamentalmente por corporaciones y organizaciones empresariales, profesionales o socio-técnicas con la participación, por la propia dinámica innovadora del sector, de diversos agentes que autorregulan su mercado .

¹²⁹² Vid. ZUURMOND, Arre. "Organisational..." Op. Cit. p. 146.

La asimilación de estos factores por la Administración supone tanto la modificación de los esquemas organizativos de las TIC vistos en el apartado anterior como la creciente demanda de contratación del sector privado por el sector público¹²⁹³. Esta investigación sostiene que al no crearse ninguna especialidad jurídica, las características cualitativamente diferentes del sector TIC inciden en la regulación de la contratación pública para resolver la inserción del mercado de las TIC en las necesidades y directrices del sector público, término que abarca a las Administraciones Públicas, entes del sector público no considerados como tales y organismos públicos¹²⁹⁴.

La directiva europea 2004/18/CE y la LCSP trata de enmarcar en el régimen jurídico público las relaciones contractuales que regulen las nuevas y múltiples formas de privatización de los servicios públicos (sanidad, transporte, educación, servicios sociales, entre otros) y administrativos (delegación de autoridad) cuyos servicios tecnológicos, transversales a todos ellos, ocupan por los factores indicados un lugar destacado entre las causas de la adaptación legislativa¹²⁹⁵. Puede apreciarse así, que la directiva 2004/18/CE establece sus fuentes inspiradoras en los principios de libertad económica de circulación de mercancías, establecimiento y prestación de servicios del considerando 2, con el fin primordial de coordinar los procedimientos nacionales de contratación para abrirlos a la competencia transnacional comunitaria, pero fundamentalmente, según recoge el considerando 4, al principio general de defensa de la competencia de los licitadores privados, que legitima el proceso privatizador inserto en la relación contractual. En este sentido aparece la variación introducida en el principio de flexibilidad que establece el considerando 31: “En la medida en que la utilización de procedimientos abiertos o

¹²⁹³ Los primeros ejercicios de encaje de la contratación y suministro de equipamiento informático dan lugar a las primeras regulaciones específicas, como el Decreto 2572/1973, de 5 de octubre, por el que se aprueba el pliego de cláusulas administrativas generales para la contratación de equipos y sistemas para el tratamiento de la información y de mantenimiento, arrendamiento y programas. Incluso se prevé en los supuestos de contratación la particular incidencia del personal informático, cláusula 2.1 y los servicios públicos basados en el empleo exclusivo o principal de equipos de tratamiento de la información, cláusula 2.8. como elementos previsibles y ajenos a los objetos de contratación actuales que deben asimilarse a la normativa de contratación vigente de forma expresa dada su especificidad. Las normas de contratación precedentes a la LCSP que se analiza corresponden al Real Decreto Legislativo 2/2000, de 16 de junio, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas y el Real Decreto 1098/2001, de 12 de octubre, por el que se aprueba el Reglamento general de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas (TRLACAP).

¹²⁹⁴ La LCSP se extiende en esta categorización especificada en el artículo 3.1 de acuerdo a la definición de sector público de la Ley General Presupuestaria, la definición de organismo público establecida en la Directiva 2004/18/CE y los entes del sector público que no se consideran Administraciones Públicas. La heterogeneidad orgánica que comprende el sector público, junto un alto grado de especificación que aporte seguridad jurídica conducen a una elevada complejidad de su contenido legislativo. Otro aspecto a reseñar es la complejidad normativa de la propia fuente legal originaria, Ley 30/2007 de Contratos del Sector Público, de 16 de junio, que por simplificación seguimos denominando LCSP pero que debe considerarse vigente a través del TRLACAP. Dicho texto compendia la sucesión legislativa, coincidente con normas especiales y medidas extraordinarias relacionadas con la crisis económica iniciada en 2008 con la quiebra de Lehman Brothers, junto a otras normas de financiación privada totalizando hasta 15 normas legislativas.

¹²⁹⁵ Ya vimos el umbral doctrinal en cuanto a la limitación de la gestión indirecta en servicios que impliquen ejercicio de autoridad, aunque es sobradamente conocida la vulnerabilidad de los límites en que la teoría del levantamiento del velo concurre con legislaciones específicas que tratan restringen su interpretación doctrinal con normas positivas. Vid. RODRIGUEZ ESCANCIANO, Susana. “Externalización y empleo público en Régimen Laboral” en *Crisis y externalización en el sector público ¿Solución o Problema? Monografía del Grupo de Investigación para el estudio del Empleo Público*, (dir. Luis Ortega Álvarez). Madrid, INAP, 2011. p.155.

restringidos no permita la adjudicación de dichos proyectos [complejos o de gran tamaño], es conveniente pues un procedimiento flexible que salvaguarde tanto la competencia [...] como la necesidad [...] de debatir con cada candidato los aspectos del contrato”, que desvela la limitación del sector público para establecer las premisas de sus propias actuaciones, tanto más ejecutarlas y gestionar sus resultados.

En el primer factor, que incorpora la función instrumental de las TIC, la LCSP comienza por el propio procedimiento de contratación que, en las disposiciones adicionales décimoctava y décimonovena, aborda el uso de los medios de comunicación, electrónicos, informáticos y telemáticos con garantías de publicidad, no discriminación, cumplimiento de plazos, autenticación y envío de documentación en la licitación, así como la facturación electrónica en la ejecución del contrato. Otra utilización instrumental de las TIC en el procedimiento se encuentra el artículo 309, por el que se dispone una plataforma electrónica de contratación que surte efectos legales de información y publicidad en un portal único del contratante conectado al BOE. Para las adquisiciones no complejas destinadas también a diferentes usos instrumentales de las TIC, se crea con propósito general la figura del acuerdo marco y la regulación de las centrales de contratación, que permiten consolidar figuras practicadas anteriormente sin una cobertura legislativa específica o con una utilización restringida a los suministros. Ambas simplifican y flexibilizan las condiciones contractuales permitiendo su especificación post contractual en el primer caso, o la recurrencia eficiente en las adquisiciones de carácter homogéneo ahora extendidas a todos los bienes y servicios, en el segundo¹²⁹⁶.

El uso estratégico encuentra una adaptación específica para la contratación de las TIC respecto a otros tipos de bienes y servicios en la modalidad del contrato de colaboración definido en el artículo 11 de la LCSP, por el cual se contempla la realización de una actuación global en las situaciones de gran complejidad característica de ciertos servicios tecnológicos debido a la duración de los contratos, su gestión y financiación. Esta modalidad de posible aplicación a la contratación de TIC permite abordar contratos especiales para la innovación, desarrollo o inversión requeridas en la gestión de infraestructuras complejas que pueden incorporar la externalización¹²⁹⁷. Para salir de dudas en cuanto a la adaptación de la LCSP a las peculiaridades de los servicios TIC en este tipo de contratos, a los requisitos anteriores puede añadirse el alcance de las prestaciones siguientes:

¹²⁹⁶ AVEDILLO DE JUAN, Daniel. "La Ley de Contratos del Sector Público: una oportunidad para las TIC" en *Auditoría y Seguridad*. Ministerio de Economía y Hacienda, v. 2008, n. 28, 2008. p. 96. Vid. GALÁN, Carlos. "Europa avanza hacia la contratación pública cien por cien electrónica" en *Contratación Electrónica en el sector público español*. Eficiencia, Ahorro, Transparencia, (dir. José Ramón Pin). Barcelona/Madrid, IESE, 2013. p.13-24.

¹²⁹⁷ Vid. *Ibid.* p. 97.

“Artículo. 11[...] a) La construcción, instalación o transformación de obras, equipos, sistemas, y productos o bienes complejos, así como su mantenimiento, actualización o renovación, su explotación o su gestión.

b) La gestión integral del mantenimiento de instalaciones complejas. c) La fabricación de bienes y la prestación de servicios que incorporen tecnología específicamente desarrollada con el propósito de aportar soluciones más avanzadas y económicamente más ventajosas que las existentes en el mercado [...]”¹²⁹⁸.

Por otra parte otro elemento nuevo de calado estratégico que aparece en la nueva norma respecto a la anterior se refiere a la simplificación del tipo de contrato al que se sujetan las actividades informáticas, recogido en la refundición en el contrato de servicios de los anteriores de servicios y consultoría y asistencia. Además, en el número 7 de la clasificación del anexo II se invoca a una única categoría denominada de “servicios informáticos y servicios conexos”, junto, en el número 5, a la también relacionada con actuaciones en TIC de servicios de telecomunicación. Todos ellos otorgan a la definición una gran holgura que flexibiliza la clasificación y reglamentación contractual específica.

Respecto al factor de reconocimiento del carácter privado del mercado tecnológico encuentra una clara alusión en el procedimiento de adjudicación de diálogo competitivo que se establece en el Libro III, Título I, Capítulo I, Sección 5ª, indicado para las licitaciones cuya complejidad técnica requiere la definición previa de los requisitos y medios necesarios para alcanzar las necesidades u objetivos, determinar la cobertura jurídica o financiera de un proyecto y la práctica definición de las necesidades que, en su caso, las propias entidades públicas no alcanzan a delimitar entre un gran número de opciones y alternativas. En general se consagra la protección de las grandes corporaciones privadas, compensada parcialmente por una flexibilización de la subcontratación, motivada en la Directiva por el fin de proteger la actividad de las pequeñas empresas, pero que en la práctica redundará en una subordinación de éstas al entramado corporativo.

¹²⁹⁸ Este artículo queda modificado, como otros de la presente Ley de Contratos, por la Ley 2/2011, de 4 de marzo, de Economía Sostenible.

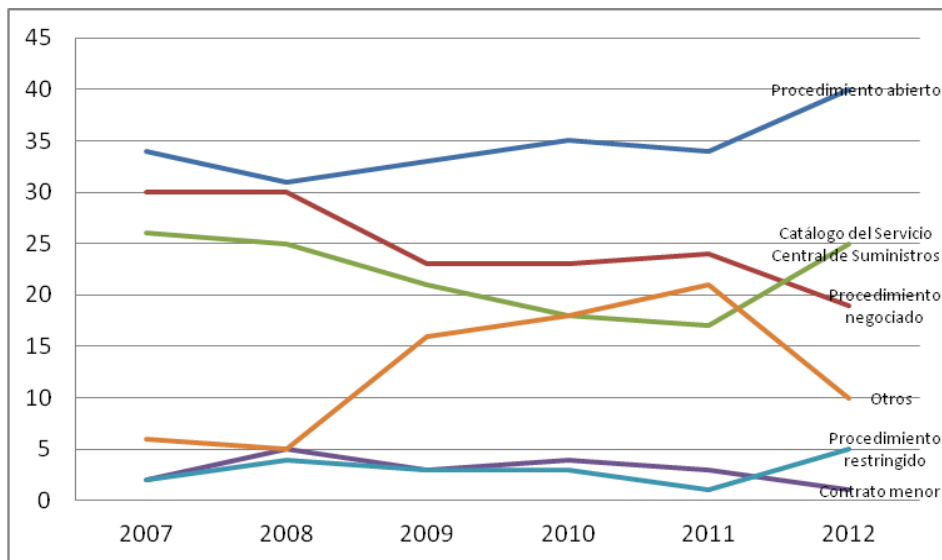


Gráfico 7.6: Evolución de las formas de contratación de los gastos informáticos de la Administración del Estado.
Fuente: Elaboración propia a partir de datos los Informes REINA años 2008 a 2013.

La priorización de grandes contratistas se constata indirectamente en el reforzamiento de los instrumentos de homologación de los Registros Oficiales de Licitadores y Empresas Clasificadas, que queda sujeto a un exigente nivel de obligaciones, pero también a garantías en detrimento de la transparencia, lo que origina posibles reservas de información pública por el empresario al que se aplica para su acceso a los datos la doctrina del interés legítimo¹²⁹⁹. A esta circunstancia se opone la plena aplicación del principio de transparencia en el Registro de Contratos, pero se extiende una amplia e indeterminada utilización de las normas de protección de datos personales y, sobretudo, reserva de confidencialidad en la información de las empresas, que afecta por lo tanto sólo al ámbito privado. Se podría afirmar que como consecuencia el sector tecnológico privado, sensible a la innovación frecuentemente producida con un alto componente de trabajo intelectual intensivo en equipos estables de trabajo de un entorno cercano a las pequeñas y medianas empresas, ve restringida su actividad a la producción de servicios a gran escala. Por consiguiente, el acceso a la contratación queda a menudo garantizado por la exclusiva fortaleza financiera de las medianas y grandes corporaciones privadas, que utilizan la subcontratación como forma de capitalizar sus recursos económicos, disminuyendo así la diversificación de la oferta tecnológica¹³⁰⁰.

¹²⁹⁹ La ampliación y detalle de estos requisitos se reglamenta en el real decreto 817/2009, de 8 de mayo.

¹³⁰⁰ En el Informe Reina 2013 con datos correspondientes al año 2012 correspondientes al gasto de la AGE puede observarse que sólo ocho grandes empresas se reparten el 39% del total de gasto en TIC dividido en las partidas de Hardware, Software y Servicios. *Las Tecnologías de la Información y las Comunicaciones en la Administración del Estado. Informe REINA 2013*. Madrid, MHAP, 2013. p. 27.

VII.5 Especificidad de la gestión pública ante los nuevos modelos tecnológicos

VII.5.1 Aspectos diferenciales de la gestión pública en la regulación tecnológica

VII.5.1.a Premisas de la delimitación entre las técnicas de gestión privada y pública.

La especificidad de la gestión pública respecto a la gestión empresarial privada reside en su objeto de actuación, que considerado de forma general se sitúa en su intervención en el marco del conjunto de la sociedad¹³⁰¹. Así, mientras la gestión privada limita su ámbito de actuación a su concreta actividad empresarial y centra sus objetivos en los resultados económicos obtenidos, la gestión pública atiende al conjunto de la actividad económica y social con múltiples instrumentos de regulación en los que el factor económico interno, presupuestario, y externo, macroeconómico, poseen dicho carácter instrumental que centra sus objetivos en la obtención de resultados políticos y sociales adaptados a las prioridades fijadas en un escenario temporal¹³⁰². Uno de los más significativos ejemplos lo constituye el desarrollo de las Tecnologías de la Información tras la Segunda Guerra Mundial al amparo de las actividades e inversiones públicas¹³⁰³.

A partir de este marco la propia dinámica política y social crea figuras que comunican los dos ámbitos. Esto puede verse en el enfoque estratégico del negocio privado, cuyo funcionamiento en las sociedades desarrolladas requiere atender factores extraeconómicos para lograr modelos empresariales estables basados en la capacidad de sostener pérdidas recuperables en el largo plazo y autorregular su funcionamiento en instituciones sectoriales que incluyen pautas de comportamiento de interés público, tales como la responsabilidad social o los acuerdos sancionados por el derecho privado nacional e internacional¹³⁰⁴. También en el ámbito privado, bien sujetas a los grandes grupos empresariales o a iniciativas autónomas, se conocen actividades sin ánimo de lucro, entre las cuales aparecen entidades no gubernamentales que complementan o en algunos casos sustituyen la atención de necesidades sociales

¹³⁰¹ Stewart y Ranson delimitan la especificidad del sector público y su consiguiente modelo de gestión en los objetivos, las condiciones específicas que lo constituyen y las tareas de gobierno que llevan a cabo. Vid. STEWART, John y RANSON, Stewart. "La gestión en el ámbito público" en *Lecturas de Gestión Pública* (eds, Q. Brugué y J. Subirats). Madrid, INAP-BOE, 1996. p.64-66

¹³⁰² "Una organización pública ofrece unos servicios, los cuales han sido determinados por la elección colectiva que se ha realizado en un proceso político, no en un mercado". Vid. Ibid. p. 64.

¹³⁰³ Licklider hace un exhaustivo recorrido por los principales sectores de la actividad pública que intervienen en el despegue científico y técnico de la industria de las TIC, para ello sitúa a la Administración y el Estado en dos escenarios: en el primero el Estado actúa como el principal usuario de sistemas informáticos, en el segundo, desde la SGM hace posible la creación de una infraestructura de redes y demanda para ellas su compatibilidad e interconexión física. Vid. LICKLIDER, J.C.R., Daniel. "Computers and Government" en *The Computer Age: a Twenty Year View*. Cambridge, MIT Press, 1979. p. 87-126.

¹³⁰⁴ En el Código de Responsabilidad Social Corporativa Carlos García de la Torre recopila un conjunto de disposiciones agrupadas bajo ese concepto en las normas de responsabilidad laboral, responsabilidad económica y de gobierno corporativo y responsabilidad medioambiental. Entre las legislativas y reglamentaria destaca el Código Unificado de Buen Gobierno sujeto al principio de voluntariedad condicionado a la obligación de explicar su no seguimiento. Vid. DE LA TORRE GARCÍA, Carlos (ed). *Responsabilidad social corporativa*. Navarra, Códigos básicos-Aranzadi, 2008. Respecto al ligamen monopolístico de la autorregulación con el libre ejercicio ético desde el poder privado. Vid. DARNACULLETA I GARDELLA, Mercè. Autorregulación... Op. Cit. p. 99.

específicas que corresponden al Estado, por lo que se adscriben en casi todos los casos a su regulación o parcial financiación pública.

En sentido contrario, la Administración pública, sujeta a importantes restricciones presupuestarias en el seno de las políticas monetaristas que caracterizan los procesos de reforma asociados a la modernización de la gestión pública, adquiere comportamientos empresariales. Así, dentro del normal esquema de su gestión presupuestaria, enmarca el gasto público en los resultados de su actividad que centra la obtención de sus recursos en la fiscalidad privada, restringiendo su autofinanciación a reglas independientes fijadas por las autoridades financieras públicas sujetas a objetivos de control presupuestario y la financiación de su deuda en los mercados financieros privados. Asimismo, el sector empresarial público tiende a su privatización y la fragmentación del sector público en unidades independientes traspa las técnicas de gestión empresarial a la actividad administrativa de autoridad. Se tiende a un modelo de gestión pública que establece los objetivos de su actividad en la gestión económica de los recursos medidos por resultados tangibles y cuantificables, estableciéndose niveles de servicios que pueden adquirir una forma contractual.

Sin embargo, el sector público no puede desprenderse sustancialmente de la diferencia de sus objetivos con el sector privado, que asume el Estado liberal con la *conditio sine qua non* de su no injerencia en la concurrencia de la actividad privada, para lo que exige a los poderes públicos un sustrato no enajenable por el patrimonio privado ni competidor con aquella. Obviamente también este marco conceptual presenta sus matizaciones y excepciones en la medida que el control político de la Administración no queda exento de los intereses privados que ejercen la supremacía de unos sobre otros a través de la acción política y en suma, administrativa. Se quiere considerar que una vez fijadas estas correlaciones de fuerzas en presencia expresadas en las políticas públicas, la Administración establece pautas de control y seguimiento de su actividad, diferentes al sector privado. Además, de acuerdo a esos nuevos criterios de gestión pública empresarial, las técnicas de control pasan a centrarse en los resultados de la actividad fundamentalmente en dos ámbitos: en primer lugar el ámbito externo, que recoge el impacto de la actividad por la repercusión de los resultados obtenidos en la población y sus grupos de interés con indicadores basados en objetivos previamente establecidos; en segundo lugar el ámbito interno, que aborda la utilización de los recursos técnicos y económicos dispuestos en los planes y las previsiones presupuestarias de la actividad administrativa. En el caso de España estas particularidades del sector público y sus administraciones se tratan de recoger en un corpus legislativo específico, donde la dimensión jurídica de los procesos tecnológicos como parte del servicio público recupere la función ordenadora a través de un marco de obligaciones de las Administraciones Públicas y derechos de los ciudadanos.

VII.5.1.b *Administración electrónica: derechos y deberes en la gestión y prestación de los servicios públicos.*

La Administración Electrónica, sintagma con el que se generaliza el concepto de e-Administración, no puede entenderse como un asunto meramente técnico. Se trata de un proceso cuyo desarrollo, según menciona Agustín Cerrillo, presenta diferentes materias, los medios técnicos entre ellos, el cambio organizativo necesario en las estructuras y procesos de la Administración, el liderazgo político necesario para impulsarlo y las normas jurídicas que permitan garantizar los derechos de los ciudadanos y la seguridad jurídica de las transacciones electrónicas¹³⁰⁵. El mismo Agustín Cerrillo destaca el importante vínculo del fenómeno con el concepto de Gobernanza, apoyándose para ello en la Recomendación (2004) 15 del Comité de Ministros del Consejo de Europa y en la Comunicación de la Comisión de la Unión Europea sobre “El Papel de la administración electrónica en el futuro de Europa” [COM (2003) 567 final] que sintetiza esta idea afirmando que “el énfasis no debe ponerse en las TIC propiamente dichas, sino en su utilización combinada con los cambios organizativos y con nuevas aptitudes encaminadas a mejorar los servicios públicos, los procesos democráticos y las políticas públicas”¹³⁰⁶.

En cualquier caso, se quiere destacar que uno de los principales rasgos que caracterizan las normas y actuaciones que amparan a la Administración Electrónica es su decidido impulso para situar las inversiones tecnológicas de las Administraciones Públicas en el cumplimiento de los derechos reconocidos al ciudadano. Aspecto que no quedaba debidamente cubierto en las iniciativas legislativas ni en la ejecución administrativa, más centrada en satisfacer las necesidades internas de su organización¹³⁰⁷.

La AE impacta en el Derecho Público con, entre otros elementos, la reconsideración de la importancia del elemento territorial, el procedimiento administrativo, la firma electrónica, el derecho de acceso a la información y la protección de los datos personales. Sólo de esta forma la tecnología puede incidir en la definición de una nueva Administración y en las bases conceptuales del Derecho Administrativo que regula sus relaciones. También entronca con la aplicación de principios constitucionales como la regulación de la protección de datos personales y la transparencia

¹³⁰⁵ CERRILLO, Agustín. *La Administración Electrónica*. Cizur Menor, Aranzadi, 2007. p.15.

¹³⁰⁶ Vid. *Ibid.*

¹³⁰⁷ VALERO TORRIJOS, Julián. *El régimen jurídico de la e-Administración. El uso de medios informáticos y telemáticos en el procedimientos administrativo común*. Granada, Comares, 2007 (2ª ed.). p. 11. Vid. CENTENO, R. van Babel y BURGELMAN. *eGovernment in the UE in the next decade*. Institute for Prospective Technological Studies-Comision Europea, 2004. p. 16-18. <<http://ec.europa.eu/idabc/servlets/Doc?id=19131/>> (consultado el 26 de agosto de 2013).

administrativa, acorde a la regulación sistemática del deber de responsabilidad de la Administración y el derecho de participación de los ciudadanos¹³⁰⁸.

Reconocido el entronque de la LAECSP con el procedimiento administrativo y sus garantías, uno de los aspectos fundamentales de la legislación reconocedora de derechos que se ejecuta en un marco técnico reside, sin ambages, en la eficacia jurídica, aspecto en el que se han detenido algunos estudios sobre los límites de la exigibilidad de los derechos emanados de la norma. Se comienza por el derecho de los ciudadanos a relacionarse por medios electrónicos con la Administración, para el que Hernández Corchete pone de manifiesto la dificultad de hacer efectivas las acciones procesales por la falta de correlación entre los supuestos de la LAECSP y las estipulaciones de la Ley 29/1998, de 13 de julio, reguladora de la Jurisdicción Contencioso Administrativa (LJCA) en su artículo 29.1, ante el vacío que incurre la Ley de Administración Electrónica en el desarrollo del art. 6.1 por no disponer cómo se sustancia la obligación básica de reconocimiento de nuevos derechos ciudadanos. No obstante, en opinión de este jurista, los mecanismos coercitivos del art. 112 de la LJCA hacen pensar en cierta utilidad de los mismos¹³⁰⁹. Se incurre así en la categorización de los derechos ciudadanos ante la Administración cuyo incumplimiento carece de consecuencias jurisdiccionales y sus garantías dependen del cumplimiento de ciertos requisitos materiales.

Aparecen también limitaciones en el derecho a no aportar datos y documentos que se prevé en el art. 6.2.b) que se restringe a una Administración, aplicable a la AGE, y queda reducido al soporte del formato electrónico. Además, la exigencia procesal en los supuestos de incumplimiento hace más restrictivo el acceso al derecho, pues el RD 1671/2009 en el art. 2.1.e) pide una motivación con el derecho a una reclamación o queja orientada a la mejora de la calidad sin establecer cuándo la documentación requerida obra en papel y en otra administración o no. Procede en este caso que si el precepto no lo indica, se deba habilitar el pleno derecho a exigir las responsabilidades administrativas e incluso patrimoniales a que haya lugar¹³¹⁰.

Otro aspecto de importantes implicaciones jurídicas en la LAECSP es su regulación del procedimiento electrónico y, por ende, su efecto en el procedimiento administrativo. Ramón Aguilar y

¹³⁰⁸ Vid. PIÑAR MAÑAS, José Luis. "Revolución tecnológica, Derecho Administrativo y Administración Pública. Notas provisionales para una reflexión" en La autorización administrativa. La Administración Electrónica. La enseñanza del Derecho Administrativo hoy, (ed. Asociación Española de Profesores de Derecho Administrativo). Cizur Menor (Navarra), THOMSON Aranzadi, 2007. p. 51-92. Una revisión de los antecedentes y premisas a la Ley 11/2007 en los programas y legislación de la UE y España se encuentra en GÓMEZ PUENTE, Marcos. "La Administración Electrónica" en VV.AA. La autorización administrativa. La Administración Electrónica. La enseñanza del Derecho Administrativo hoy, (ed. Asociación Española de Profesores de Derecho Administrativo). Cizur Menor (Navarra), THOMSON Aranzadi, 2007. p. 93-191.

¹³⁰⁹ HERNÁNDEZ CORCHETE, José Antonio. "El Derecho de los ciudadanos a relacionarse con las Administraciones Públicas utilizando medios electrónicos y los derechos complementarios que delimitan su alcance" en *Administración Electrónica y ciudadanos* (ed. PIÑAR MAÑAS, José Luis.). Cizur Menor (Navarra), THOMSON Aranzadi, 2011. p. 132-134.

¹³¹⁰ Vid. Ibid. p. 163.

Palomar Olmeda destacan que la norma se inscribe en una perspectiva más instrumental y relacional que procedimental. En este sentido contiene formulaciones asimétricas tanto en el plano material, respecto a las obligaciones que deben asumir las Administraciones Públicas, como en el ámbito subjetivo de los plazos para el cumplimiento de las obligaciones por las respectivas administraciones (DFT 1. y 2.). En líneas generales, una vez conocidos los límites jurisdiccionales, la garantía de cumplimiento del art. 6 se puede considerar de carácter posibilista, tanto en los derechos enunciados como en la sustitución de los procedimientos tradicionales por otros de base electrónica¹³¹¹.

Respecto a la inserción del Procedimiento administrativo común en la regulación de los procedimientos se plantea habitualmente a tres niveles: la LRJAP, los desarrollos reglamentarios y las normas procedimentales. El encaje de las regulaciones administrativas en cada uno de estos niveles tuvo como precedente la figura del silencio administrativo, cuya adecuación después de la reforma de la de la LRJAP por la Ley 4/1999, de 26 de noviembre, se situó en la reserva de Ley, que evitaba las múltiples normas de adaptación existentes con anterioridad para esa figura y propiciaba una alta excepcionalidad. Del mismo modo se puede considerar el encaje de las actuaciones procedimentales resultantes de la aplicación de los métodos electrónicos por medio de dos opciones: que sea la norma de adaptación procedimental la que lo determine, o que se atribuya a las normas previstas en el art. 39 por la que se regulan los órganos competentes y responsables de las especificaciones técnicas. Aunque parece lo óptimo que las normas de adaptación informen de los requerimientos del art. 39 no puede evitarse que se regulen por separado¹³¹².

En este sentido, la LRJAP sistematiza los preceptos en materia de procedimientos en dos ámbitos, o bien por instrumentos relacionales, tales como la regulación de los registros, archivos y notificaciones, o con instrumentos para la formación de la voluntad, que permiten la configuración estricta de un procedimiento. En otras palabras, elementos que afectan y elementos que conforman el procedimiento. El procedimiento electrónico sitúa los aspectos instrumentales en algunos casos fuera de las propias normas técnicas y aún administrativas, disociación que ya se producía en la normativa procedimental común, pero que en aquel se incrementa considerablemente. Respecto al plano estrictamente procedimental se indica por estos autores que la transformación a procedimiento electrónico requiere una legislación que clarifique la utilización electrónica dentro de la misma norma de desarrollo y concreción de los procedimientos administrativos que permitan a los usuarios disponer de todas las adaptaciones en una visión de conjunto, de acuerdo a los que se refiere la LRJAP y el citado

¹³¹¹ AGUILAR ROS, Ramón y PALOMAR OLMEDA, Alberto. “El procedimiento electrónico (gestión electrónica de los procedimientos)” en *Administración Electrónica y ciudadanos* (ed. José Luis Piñar Mañas). Cizur Menor (Navarra), THOMSON Aranzadi, 2011. p. 631-636.

¹³¹² HERNÁNDEZ CORCHETE, José Antonio. “El Derecho...” Op. Cit. p.136-139

art. 39 de la LAECSP, que debe determinar su forma y el contenido de los trámites cubiertos por la utilización electrónica. Esta Ley prefigura en su alcance tres ámbitos jurídicos diferenciados: los derechos de acceso, los procedimientos administrativos y los aspectos instrumentales en orden a la eficacia y seguridad en la ejecución de los anteriores. La necesidad de integrar ambas regulaciones en determinadas figuras de los actos administrativos, tales como la nulidad, obliga a la convergencia de ambos ordenamientos tanto en el encaje del instrumento procedimental con los procedimientos convencionales como en la citada nulidad. Por otra parte, como se comienza advirtiendo en este epígrafe, la LAECSP afecta a implicaciones procedimentales indisponibles en el aseguramiento de los derechos contenidos en el art. 6, clasificados en derechos de conformación general, específicos de alcance general y específicos en los relativos al establecimiento de actividades de servicios, por medio de los apartados 1, 2 y 3 del art. 6 respectivamente¹³¹³. De forma opcional se puede considerar introducir en esta norma la garantía de los derechos plasmados en el art. 6, aunque en el caso de la AGE su operatividad es directa por el imperativo legal, también, por el mismo imperativo, se debieran regular los instrumentos definidos en la LAECSP, siendo de aplicación cuando se mencionen en la propia regulación procedimental de los procedimientos. Esta clarificación de las reglas y alcance de la utilización electrónica tienen gran importancia al permitir la revisión jurisdiccional en condiciones de normalidad¹³¹⁴.

Se puede decir, por lo tanto, que la especificidad pública cuya diferenciación señala el marco jurídico, presenta en la introducción tecnológica unos efectos que la propia técnica jurídica no acaba de resolver con eficacia. El imparable avance de esta introducción, por consiguiente, deja al marco técnico un amplio margen de discrecionalidad y al marco jurídico un papel testimonial y legitimador en su impulso, con defectos reguladores de eficacia jurídica y carencias en su función transformadora de la Administración.

VII.5.2 Los cambios organizativos de la Administración en el imperativo de la transformación tecnológica.

La función de las TIC en la Administración pública va adquiriendo una significación diferente a lo largo de su implantación en las administraciones. Este cambio de significado se relaciona con las tendencias que presenta la propia organización TIC en la adaptación de sus estándares técnicos a la estructura de los departamentos y centros Directivos de la Administración definidos en sus títulos estatutarios. Sobre el primer aspecto emerge el principio de especialización, por el que la función tecnológica contiene un conjunto de actividades relacionadas con el diseño e implantación de sistemas

¹³¹³ AGUILAR ROS, Ramón y PALOMAR OLMEDA, Alberto. “El procedimiento...” Op. Cit. p. 639-646

¹³¹⁴ Vid. Ibid. p. 661.

que da soporte a la ejecución de las competencias asignadas a las entidades públicas. En el segundo, dicha especialización que confiere unidad funcional a la actividad tecnológica, por su función de soporte a una estructura administrativa organizada por diferentes criterios, debe adaptarse al principio de descentralización funcional, que corrige el tratamiento homogéneo de esa actividad. En este sentido ambos ejes pueden considerarse los elementos principales en la consolidación institucional de la función TIC dentro de los procesos de modernización y reforma de la gestión pública. Ambos principios de la organización se desarrollan en las políticas de gestión pública, que en el caso de España afectan de forma destacada a las nuevas administraciones autonómicas y locales¹³¹⁵. Los fenómenos que originan estas políticas son analizados por los estudios sociológicos de la organización, que informan de la especificidad de estos procesos en la introducción de las TIC y por ende a las políticas públicas que adoptan las estrategias organizativas de la organización tecnológica. En la exposición de sus principales rasgos se utiliza el marco conceptual fijado por Ignacio Criado para la caracterización de los procesos de adquisición, gestión y utilización de las TIC en el sector público.

VII.5.2.a El enfoque del neoinstitucionalismo.

Ante la modernización administrativa el neoinstitucionalismo aborda una nueva interpretación de la función pública en el sentido amplio de la organización. Se trata de un enfoque transversal al conjunto de las ciencias sociales que parte del institucionalismo clásico, cuyos objetivos y técnicas no son de aplicación en los últimos veinte años, entre otras causas por la aparición de las nuevas relaciones políticas y económicas en redes de agentes institucionales más complejas y en segundo lugar por las connotaciones surgidas desde la perspectiva tecnológica. El concepto de institución se define bajo el criterio funcional según la vertiente en que se aborde: en la vertiente económica neoliberal se trata de entes que actúan de manera consciente y dirigida por el diseño humano, que produce la decisión racional; en la vertiente de la Teoría de la Organización, más sociológica, sin oponerse a la premisa humano-racional, los mecanismos de actuación son inconscientes por la dinámica compleja de las instituciones¹³¹⁶.

Para el neoinstitucionalismo en la función pública los comportamientos individuales se subordinan a las reglas y rutinas de la organización a su vez condicionadas por la percepción individual de dichas reglas y los intereses en presencia¹³¹⁷. Las instituciones, en suma, son el resultado del

¹³¹⁵ Por ejemplo, la Generalitat de Catalunya, entre otras administraciones, mimetiza el modelo burocrático del Gobierno central basado en la función reguladora de la Administración, alto nivel de burocratización y fuerte sentido de la jerarquía. Vid. AIBAR, Eduard. *E' Governança...* Op. Cit. p.247.

¹³¹⁶ Vid. LOWNDES, Vivien. "Varieties of New Institutionalism: a Critical Appraisal" en *Public Administration*, v. 74, n.2, 1996. p. 181-197.

¹³¹⁷ James G. March y Johan G. Olsen las instituciones forman parte de los sistemas político en tres dimensiones: institucional, como conjunto de estructuras, reglas, normas y procedimientos que les dan autonomía en el sistema político;

entramado de normas que las forman y también de la agregación de la actividad individual de los empleados públicos que interpretan y utilizan dichas normas. Lowdes establece las bases de las que parten los neoinstitucionalistas para definir a las instituciones: uno, el carácter intermedio social-individual de las instituciones entre los procesos y los comportamientos, permiten aumentar el efecto de las acciones humanas que las forman al tiempo que restringen la capacidad de acción individual; dos, el carácter formal que permite expresar las instituciones de forma organizada a través de reglas o normas legislativas y el carácter informal que conforma a las instituciones por medio de procesos y rutinas inconscientes que se imponen por su acción habitual; en tercer lugar, la atribución de legitimidad y estabilidad que se alcanza por su sentido de perdurabilidad en el tiempo y vinculación a un espacio o lugar¹³¹⁸. La concurrencia entre la formalización organizativa y las acciones intersubjetivas quedan representadas en el marco jurídico por la exposición de los ordenamientos y su aplicación a las actuaciones administrativas de la persona jurídica pública en sus actos individuales o conjuntos. Así, desde la perspectiva de la función pública, cabe atribuir al negocio jurídico su intervención continua en la formación de la voluntad y la ejecución de la actividad institucional o administrativa contenida en esta definición.

A partir de las bases que fijan su objetivo de estabilidad de organización y funcionamiento, particularmente ante la adopción de las TIC, las instituciones presentan unos rasgos de comportamiento en los procesos de transformación organizativa que Criado utiliza, como se verá posteriormente, para explicar las “dinámicas institucionales” aplicables a la perspectiva de la introducción tecnológica: el isomorfismo institucional, la tendencia a incorporar las prácticas y procesos dominantes en el ámbito organizativo, institucional y social, incrementando su legitimidad y estabilidad con independencia de la eficacia y eficiencia¹³¹⁹; el desajuste por las contradicciones entre la adopción de estructuras formales y las necesidades de funcionamiento resueltas con prácticas que evitan las inconsistencias entre el isomorfismo legitimador y las actividades no integradas¹³²⁰; la dependencia, que restringe la adopción en el futuro de alternativas distintas a la elección inicial por el coste de cambio de alternativa que se incrementa con el paso del tiempo, lo que acentúa la estabilidad con arreglos institucionales que priman

la perspectiva del actor racional, organizada para el intercambio calculado de los actores políticos; perspectiva de comunidad cultural que comparte valores en una comunidad de cultura común. Vid. MARCH, James G. y OLSEN, Johan P. “The New Institutionalism: Organizational Factors in Political Life” en *American Political Science Review*, v. 78, n.3, 1984. p. 734-779.

¹³¹⁸ Vid. LOWNDES, Vivien. “Varieties...” Op. Cit. p. 182.

¹³¹⁹ Si bien el constructo sobre el isomorfismo Dimaggio y Powell lo formulan desde la más amplia sociología organizativa, en la hipótesis B-4 lo aplican plenamente al cambio tecnológico en las organizaciones, ya ampliamente difundido, estableciendo que a mayor ambigüedad e incertidumbre, característica propia de la innovación tecnológica, mayor es el grado de isomorfismo. Vid. DIMAGGIO, Paul J. y POWELL, Walter W. “The Iron ...” Op. Cit. p.156.

¹³²⁰ Vid. MEYER, John W. y ROWAN, Brian. “Institutionalized Organizations: Formal Structure as Mith and Ceremony” en *American Journal of Sociology*, v. 83, n. 2. 1977. p. 340-363. Las organizaciones reflejan estructuralmente la realidad construida socialmente, bajo esta premisa la ineficacia que producen las reglas de la racionalidad institucional pueden resolverse con su desacoplamiento.

la perdurabilidad por encima de la eficiencia¹³²¹; la coyuntura crítica, que permite iniciar cambios institucionales profundos y la adopción de nuevas alternativas institucionales capaces de establecer legados institucionales sometidos a nuevos senderos de dependencia, dinámica a la que se encuentra vinculada¹³²².

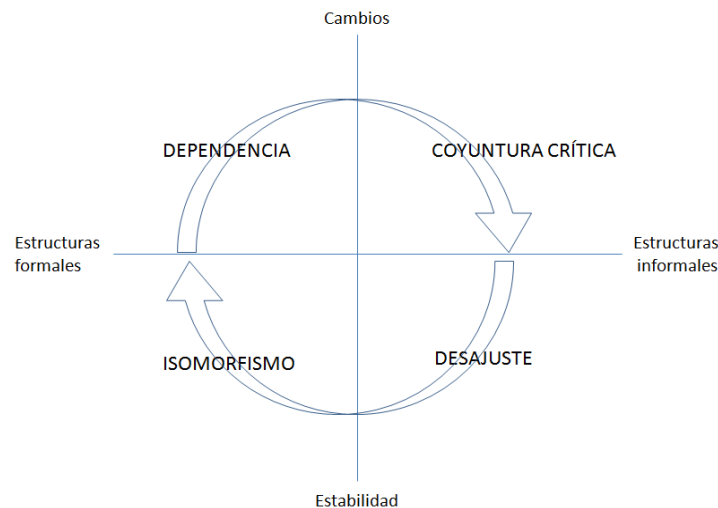


Figura 7.2: Rasgos de comportamiento institucional ante la adopción de las TIC.
Fuente: Elaboración propia a partir de CRIADO, José Ignacio. *Entre sueños...* Op. Cit. p. 91-107.

Los anteriores rasgos de comportamiento, tal y como muestra la figura 7.2, se aplican a los cambios institucionales como características permanentes que intervienen en momentos separables de los procesos de transformación organizativa ante la configuración de los diferentes modelos de eAdministración. Dichos cambios se producen en gran medida por la introducción de las TIC en las Administraciones Públicas en tres tipos de dinámicas institucionales que expone José Ignacio Criado¹³²³:

a) Dinámicas de difusión institucional que resultan el vehículo para la aplicación de los principios del isomorfismo a la introducción en las organizaciones de un campo nuevo. En las Administraciones Públicas se tiende a aceptar la estructuración del entorno de referencia para obtener la legitimidad ante la falta de objetivos claramente delimitados y mecanismos de evaluación del

¹³²¹ El concepto es acuñado por Paul David bajo un enfoque historiográfico. Vid. DAVID, Paul A. “Some New Standards for the Economics of Standardization in the Information Age” en *Economic Policy and Technological Performance* (Eds. Partha Dasgupta and Paul Stoneman) Cambridge, Cambridge University Press, 1987. p. 332. Kay analiza el concepto concluyendo su utilidad para el entendimiento de las políticas públicas, aunque lo considera intuitivo sin una explicación clara sobre su implicación en la toma de decisiones, los cambios y las implicaciones normativas, y alejado de su uso empírico. KAY, Adrian. “A Critique of the Use of Path Dependency in Policy Studies” en *Public Administration*, v. 83, n. 3, 2005. p. 82-111.

¹³²² “The critical juncture may involve a relatively brief period in which one direction or another is taken or an extended period of reorientation”. Vid. COLLIER, Ruth y COLLIER, David. *Shaping the Political Arena. Critical Junctures, The Labour Movement and Regime Dynamics in Latin America*. Princeton, Princeton University Press, 1991. p. 27.

¹³²³ Vid. CRIADO, José Ignacio. *Entre sueños...* Op. Cit. 94-103.

desempeño, como sucede con la tecnología. Los mecanismos de isomorfismo por difusión institucional serían¹³²⁴: *isomorfismo coercitivo*, basada en la capacidad de presión formal e informal de otras organizaciones por autoridad, como el Estado o las instituciones europeas; *procesos miméticos*, con otras organizaciones de referencia que transfieren la legitimidad por su éxito en la introducción de respuestas pioneras ante la incertidumbre de soluciones poco claras; *presiones normativas*, procedentes de los grupos profesionales que tratan de legitimar su autonomía al definir las condiciones y métodos de su trabajo¹³²⁵. En los procesos de difusión se observan dos fenómenos contradictorios, por una parte la complejidad de los nuevos métodos tecnológicos de procesamiento de la información aumenta la tendencia a la racionalización de las estructuras organizativas que acentúa el paradigma de la racionalidad weberiana, por otra parte no se generan respuestas eficaces y eficientes creándose un desajuste entre el real funcionamiento y las instituciones formales que evita su integración¹³²⁶. Por consiguiente, el isomorfismo propicia el desajuste entre las actividades prácticas y la legitimidad de las estructuras formales con el fin de minimizar los conflictos internos mediante dichas correcciones¹³²⁷.

a) Dinámicas de aprendizaje organizativo. Los procesos de implantación tecnológica satisfacen las necesidades de aprendizaje motivadas por los bajos niveles de rendimiento o el desfase entre las aspiraciones y el rendimiento potencial¹³²⁸. Estas premisas permiten explicar por qué las organizaciones cambian sus rutinas sin afrontar ninguna crisis. En la búsqueda de nuevas prácticas aparecen estrategias de exploración, que requieren inversión con alto apoyo de la dirección y producen resultados a medio y largo plazo a menudo poco significativos, y estrategias de explotación, con pequeñas inversiones que proponen mejoras incrementales sin requerir altos apoyos políticos por considerarse legitimados los resultados perseguidos¹³²⁹.

b) Dinámicas de sendero de dependencia. El concepto de dependencia en las Administraciones Públicas se refiere a la inercia que condiciona la capacidad de realizar elecciones futuras por las

¹³²⁴ Vid. DIMAGGIO, Paul J. y POWELL, Walter W. "The Iron ...". Op. Cit. p. 147-160.

¹³²⁵ En el sector público la consultoría tecnológica permite la recepción de determinadas innovaciones de otros entornos, especialmente ante el peso creciente de los procesos de externalización que transfieren las dinámicas de innovación a empresas especializadas. Vid. OLÍAS DE LIMA, Blanca. "Cara y cruz de la externalización..." Op. Cit. p.44.

¹³²⁶ En cuanto a la desconexión de la organización formal respecto a la tecnológica Vid. FOUNTAIN, Jane. E. *Building the Virtual State. Information Technology and Institutional Change*. Washington D.C., Brookings Institution Press, 2001. p.193-206.

¹³²⁷ Parte del sistema de correcciones de los desajustes se basa en un sistema irracional de creencias que se encuentran especificadas como maneras de actuar cuya eficacia depende de su extensión o formulación por personas reconocidas para establecer determinados asuntos. Vid. MEYER, John W. y SCOTT, W. Richard (eds.). *Organizational Environments. Ritual and Rationality*. Londres, Sage, 1992. p.21-44.

¹³²⁸ Sobre el aprendizaje de las organizaciones Levitt y March establecen la codificación de las experiencias propias y ajenas y las inferencias de las rutinas que guían su comportamiento incluso más allá de la rotación del personal y el paso del tiempo. Vid. LEVITT, Bárbara y MARCH, James G. "Organizational Learning" en *Annual Review of Sociology*, n. 14, 1988. p. 319-340.

¹³²⁹ La explotación está referida a la búsqueda de nuevas configuraciones institucionales y la explotación al proceso vinculado a perfeccionar lo que ya existe. Vid. LANZARA, Giován F. "¿Por qué es tan difícil construir las instituciones?" en *Desarrollo Económico*, v. 38, n.152, 1999. p. 925-952.

elecciones presentes, pues el cambio de opción por las disfunciones de una elección previa se encarece con el transcurso del tiempo. Los resultados posibles ante las circunstancias de partida son diversos y dan lugar a consecuencias en ciertos casos virtualmente imposibles de revertir¹³³⁰. Las características de sus procesos de producción ante los beneficios derivados de la repetición de actividades permite que la extensión de las TIC en la Administración mejore e incremente sus resultados, lo que revierte en la estructuración rígida y el bloqueo. Las fuentes de estos rendimientos se encuentran en el aprendizaje por el uso, las interdependencias organizativas, las economías de escala, la reducción de costes de diseminación de información, y la seguridad en las prácticas adquiridas¹³³¹. Debido al carácter no competitivo, los marcados plazos de legislatura y la tendencia a mantener el statu quo, las actuaciones político-administrativas facilitan los retornos en las dinámicas del sendero de dependencia. Así, la secuencia de actuaciones públicas permite que las coyunturas críticas forme nuevos senderos de dependencia. Un ejemplo lo constituye la introducción de la Web y de la eAdministración, que con su transformación abre un nuevo legado tecnológico.

En el enfoque neoinstitucional estas dinámicas tienden a estabilizar las organizaciones públicas y sus políticas, también en la vertiente tecnológica, sin menospreciar el cambio incremental y las adaptaciones al entorno de referencia de otras organizaciones, pero con dificultades para transformar las estructuras burocráticas o altamente institucionalizadas. Por otra parte todas estas dinámicas se desarrollan con la participación de los actores clave, los políticos y los directivos en el diseño y ejecución de las estrategias de implantación tecnológica.

VII.5.2.b Transformación organizativa de la Administración por las TIC.

La influencia de las TIC en la transformación organizativa de la Administración pública parece encontrar su causalidad más allá de los enfoques radicalmente expuestos del determinismo tecnológico, socio-técnico y político. En cierto modo, para la superación dialéctica del análisis causal en las relaciones entre las TIC y la Administración recogido por el profesor Criado se puede considerar que la madurez del proceso tecnológico permite establecer estrategias de organización pública dirigidas a cumplir los objetivos políticos de los grupos sociales de interés relacionados con la Administración. En lo que se refiere al supuesto efecto de la informática sobre la descentralización o no de las organizaciones públicas, Herbert A. Simon opina, en un periodo temprano de su extensión, que las TIC no son determinantes. Para Simon el diseño o modificación de las organizaciones son una elección

¹³³⁰ Vid. PIERSON, Paul. *Politics in Time: History Institutions and Social Analysis*. Princeton, Princeton University Press, 2004.

¹³³¹ Vid. WALKER, "The Diffusion of Innovations among the American States" en *American Political Sciences Review*, v. 63, n. 3, 1969. p. 1186-1191.

independiente donde la tecnología ofrece un amplio rango de alternativas para adaptar la toma de decisiones de los sistemas a nuestros requerimientos¹³³².

Por una parte la maduración tecnológica presenta desde sus inicios una lógica relativamente independiente, algo que evidencia el modelo que anticipa Nolan en el año 1973 aplicado al uso y crecimiento de las TIC¹³³³. En dicho modelo, ampliado en 1974 por Nolan y Gibson, se fijan cuatro estadios que tratan de sistematizar la organización TIC inicial con el fin de orientar las decisiones de inversión empresarial a través de esquemas que traduzcan el significado de la evolución tecnológica. El modelo explica cómo la evolución tecnológica recoge las necesidades funcionales o las soluciones que demanda la gestión del negocio en cuatro etapas: 1, eficiencia informática; 2, desarrollo de aplicaciones en las áreas funcionales; 3, control y aseguramiento de la eficacia; y 4, tecnología de bases de datos y de procesos. Sin embargo, es un hecho que ese sistema orientador se crea a posteriori, a partir de la observación empírica de las aplicaciones desarrolladas por las infraestructuras informáticas: cálculos sistemáticos, cálculos analíticos aplicados, procesos de planificación y control, sistemas de gestión y explotación de la información en bases de datos¹³³⁴. Dichas infraestructuras no se basan sólo en artefactos físicos de producción industrial y tecnología avanzada, o lógicos de aplicación de servicios especializados de adaptación al entorno empresarial y público, sino que incorpora las dimensiones de organización, control y planificación en un modelo de gestión autónomo y centralizado como partes cohesionadas que se unifican en las TIC para alcanzar un modelo integrado de información de explotación transversal, es decir, compartida por todas las unidades de la organización que la actualizan en bases de datos homogéneas.

En las grandes organizaciones, como las del sector público, esta especialización y centralización sirve a las divisiones funcionales tradicionales en su organización interna para formar un *back-office* que se comporta como un nuevo ordenamiento funcional electrónico, “*Finally with integration, organizations start to share information infrastructures and co-develop information strategies and information policies*”¹³³⁵. En esa evolución, bajo la compartición de la información y la circulación de sus procesos siguen existiendo unidades funcionales ordenadas por principios de jerarquía y responsabilidad orgánica. Por otra parte, las organizaciones públicas se ven crecientemente fragmentadas en entidades independientes que asumen funciones especializadas y relaciones

¹³³² SIMON, Herbert A. “The Consequences of Computers for Centralization and Decentralization” en *The Computer Age: a Twenty Year View*. (M.L. Dertouzos y J. Moses eds). Cambridge, MIT Press, 1979. p. 227.

¹³³³ Vid. El modelo descriptivo de estadios en la gestión de las actividades tecnológicas se inicia ante el estudio de los gastos de los EDP (Electronic Data Processing). Vid. NOLAN, Richard L. “Managing the computer resource: a stage hypothesis” en *Communications of the ACM*, v.16, 1973. p. 399-405.

¹³³⁴ Vid. GIBSON, Cyrus F y NOLAN, Richard L. “Managing the Four Stages of EDP Growth” en *Harvard Business Review*, v. 52, n. 1, 1974. p. 77-78.

¹³³⁵ ZUURMOND, Arre. “Organisational...” Op. Cit. p. 144.

interorganizacionales, incluyendo entre ellas relaciones con otras entidades privadas. Este proceso se ve facilitado con la extensión de Internet, especialmente cuando se conecta con el *back-office*, que permite la interoperabilidad y el uso de las TIC para las prácticas interorganizacionales¹³³⁶. En esa nueva estructura interviene fundamentalmente el sector público en sus ámbitos de coalición y cooperación interadministrativa e intergubernamental, pero también los grandes sectores privados que coordinan procesos de autorregulación o sistemas en red que operan con clientes, proveedores, competidores y grupos de interés en el ámbito de sus mercados. Conviven así, en opinión de Zuurmond, estructuras orgánicas con toma de decisiones descentralizadas y un mayor control centralizado de la capacidad ejecutiva en la infraestructura tecnológica¹³³⁷.

En el ascenso a las relaciones entre departamentos y organismos, propiciado por las redes de Internet, la infraestructura tecnológica abarca funciones tradicionalmente ejercidas por los funcionarios de atención al público y abordadas ahora con mayor discrecionalidad en una estructura más descentralizada. En la analogía que establece Zuurmond con las teorías de Woodward es posible pasar de la fabricación repetitiva en masa a la producción personalizada en masa, donde los servicios se atienden bajo demanda y se sirven en procesos electrónicos que adaptados a las particularizaciones también de forma masiva. Bajo este esquema el control se ejerce en la infraestructura informática determinando la información que sirve las premisas de la toma de decisiones, sin necesidad de recurrir a la autoridad jerárquica y vertical, pero con capacidad de ejercer más control que las clásicas organizaciones jerárquicas tayloristas y weberianas¹³³⁸.

En la transformación organizativa de la Administración con las TIC, como se ha mencionado, encontramos un caso de interés en los servicios de atención ciudadana que se sustancia en los dispositivos organizativos de atención ciudadana. En el ámbito de España en esta área de la modernización administrativa destaca la temprana actuación de la Generalitat de Cataluña que en el año 1995 lanza el “Plá d'Actuació sobre els Sistemes d'Informació al Ciutadà”. En el mismo año se crea la Subdirección General de Atención Ciudadana que en el año 2000 pasará al rango de Dirección General, cuyas bases de actuación se encuentran en la ejecución de las líneas trazadas en el citado plan¹³³⁹. En un primer momento estos servicios se adscriben a las políticas de comunicación corporativa en la Dirección General de Difusión de la Secretaría General de Comunicación y Estudios. En un estado tan temprano del desarrollo de estas funciones destaca el papel pionero de las administraciones públicas en España a

¹³³⁶ BEKKERS, Victor J.J.M. *Grenzeloze overheid / druk 1 over informatisering en grensveranderingen in het openbaar bestu.* Nederlands, Kluver, 1998

¹³³⁷ Vid. ZUURMOND, Arre. “Organisational...” Op. Cit. p. 144-145.

¹³³⁸ Lo que Zuurmond llega a considerar como una organización neo-taylorista. Vid. Ibid. p. 145.

¹³³⁹ Desarrolla un estudio empírico de esta unidad en la que desbroza las políticas públicas y principios que la inspiran. Vid. AIBAR, Eduard. *E'Governança i atenció ciutadana. La Generalitat de Catalunya en el context internacional.* Barcelona, UOC-Generalitat, 2006. p. 89.

nivel internacional, considerando que con su ascendiente cuasi fundacional de las administraciones territoriales autonómicas, el modelo catalán de gestión pública, como en otras áreas, se acaba difundiendo al resto de administraciones autonómicas y locales. La función de impulsar y aplicar los sistemas de información al ciudadano basa una de sus características más relevantes en la interconexión entre los departamentos, por lo que ya desde su origen se dota de un carácter transversal que, junto a otras nuevas funciones, consiste en crear redes de interrelación e interconexión tanto en la estructura departamental como en la utilización de las TIC mediante la figura jurídica de los convenios¹³⁴⁰.

Con el caso de las Oficinas de Atención Ciudadana resulta relevante comprobar cómo la necesidad de implantar nuevas estrategias de servicio público aparece ante la oportunidad que sugiere la innovación tecnológica, estrategias basadas en políticas de descentralización por la coordinación entre las unidades de la organización administrativa burocrática. Así, se verifica que estas estrategias formuladas en planes de actuación administrativos definidos con un uso intensivo de la tecnología disponible “*mitjançant la introducció de mitjants multimèdia i informàtics*” actúan con la lógica del desarrollo de la oferta de servicios públicos. No resulta sencillo limitar la incorporación por las administraciones, en una especie de proceso mimético, de una oferta tecnológica desarrollada esencialmente en el ámbito privado para cubrir necesidades esencialmente públicas, aunque las propuestas de la NGP partan de dicho paradigma. Lo cierto es que los fundamentos tecnológicos juegan un papel fundamental en la apropiación de sus métodos y artefactos por los servicios públicos, dándoles en la mayoría de los enfoques, como en éste de la orientación ciudadana, un nuevo sentido organizativo a su prestación.

VII.5.3 El marco jurídico público en la modelización de los sistemas: restricción o directriz.

Sin pretender agotar con ello las especificidades que introduce la gestión pública en las TIC y sus modelos de aplicación, se aborda el papel del marco jurídico en la definición de los modelos tecnológicos, que vuelve a traer la hipótesis de fondo de esta investigación sobre el cuestionamiento de la función directriz del marco jurídico administrativo en los procesos de modernización y reforma de la gestión pública. Por una parte el análisis de los sistemas TIC en la gestión pública cuenta con los condicionantes jurídicos como una restricción funcional añadida a otras reglas de gestión, o dicho de otra forma, como un requisito adicional a considerar en la función o el proceso implementado. Por otra parte, se considera que el marco jurídico resulta el elemento esencial y diferencial para la definición del modelo de gestión pública con las TIC y no un mero condicionante de la actividad, al menos en dos aspectos: uno, la función directriz de la regulación jurídica para la organización de la actividad pública

¹³⁴⁰ Vid. Ibid. p.90

basada en las prerrogativas de las Administración como sistema garantizador del interés público y los derechos ciudadanos; dos, en el recurso a la técnica legislativa para la delimitación de la función de las TIC en el sector público, imperativo aparentemente aún no del todo asimilado por la técnica jurídica y posiblemente sobre demandado por la función tecnológica¹³⁴¹.

Función tutelar de la indeterminación jurídica frente a la determinación tecnológica.

En su conformación tecnológica la implantación de las TIC contempla los aspectos técnicos, sociales, políticos, organizativos, funcionales y normativos de la gestión pública, como un conjunto de restricciones de los requerimientos que deben contemplarse para su puesta en funcionamiento eficaz. Además, todos estos aspectos quedan contenidos en el marco jurídico público, que en su conjunto instruye con exclusividad a través del imperio legislativo y reglamentario las formas de comportamiento del sistema administrativo entendido en sus funciones, actividades y relaciones ad intra y ad extra. Sin embargo, la doctrina ha observado que en el contexto de la modernización administrativa el ámbito jurídico público pierde en uniformidad de principios y eficacia lo que gana en amplitud de acción y cobertura de una realidad más compleja presidida por las relaciones intersubjetivas impuestas desde un sustrato donde lo público y lo privado presentan límites difusos y diversas conexiones indiferenciadas funcional y jurídicamente. Se añade a esto que con frecuencia las TIC imponen estrategias de introducción de artefactos tecnológicos complejos que contienen elaborados sistemas de gestión de la información junto a paradigmas de servicios que no se integran directamente con la práctica habitual de los procedimientos y la gestión administrativa¹³⁴².

Debe aceptarse que el marco jurídico público ha impuesto como principio del Derecho el principio de legalidad, por el cual en los actos reglados existe un cierto automatismo entre la previsión de la norma y su ejecución en la resolución administrativa. Junto a éstos la doctrina administrativa admite la facultad discrecional para los actos individuales no previstos estrictamente en la ley. Para ello en los actos discrecionales deben cumplirse unos requisitos por los órganos administrativos que, resumiendo, se basan en su apreciación subjetiva. En este sentido los sistemas tecnológicos se implantan bajo una interpretación restrictiva del marco normativo legal como forma típica de funcionamiento, algo

¹³⁴¹ Perri realiza esta distinción con un trasfondo opuesto por la técnica al marco jurídico de la Administración, que se divide en “gobernanza de la tecnología” y “gobernanza con tecnología”, con un verdadero alegato de la desregulación pública y la autorregulación privada auspiciado por la OCDE. Vid. 6PERRI. “e-Governance. Weber’s Revenge” en *Challenges to Democracy. Ideas, Involvement, and Institutions*, (eds. K.Dowding, J. Hughes y H. Margetts. Houndmills). Palgrave, 2001. p. 70.

¹³⁴² La experiencia de implantación en la Generalitat de Cataluña de la plataforma CAT365 plantea una estrategia de inducción donde deben producirse los cambios como consecuencia de la inmersión tecnológica renunciando a un plan que dilataría la implantación de los nuevos servicios digitales. Vid. AIBAR, Eduard y URGELL, Ferrán. *Estado...* Op. Cit. p. 182.

que pertenece sólo, suponiendo que su lógica fuera adaptable, al ideal jurídico¹³⁴³. Vista la limitación de los sistemas tecnológicos para implementar los requisitos establecidos para una apreciación subjetiva de los actos discrecionales y su capacidad de determinar la forma y el fondo de los actos intermedios y finales de un proceso en su diseño e implementación, corresponde a este momento la medida restrictiva que condiciona las resoluciones individuales bajo un mismo criterio establecido unívocamente en los sistemas de información.

La restricción de la discrecionalidad administrativa por el modelo tecnológico.

En la tradición continental los principios jurídicos de legalidad, seguridad e igualdad del liberalismo clásico deben aplicarse en el Estado del Bienestar a un rango más extenso de servicios públicos que obligan a ampliar el margen de discrecionalidad en decisiones administrativas más personalizadas, masivas y con un alto impacto en la vida cotidiana de los ciudadanos, en definitiva, obligan a aplicar la legalidad con principios que completen la diferencia entre la previsión legal y la realidad que se manifiesta en cada caso, apoyándose para ello en los sistemas de procesamiento de información. Por esta vía, el diseño y análisis de los sistemas informáticos presenta a sus actores, analistas y diseñadores de *software* caracterizados en sociología organizativa como *infocracia*, como actores clave en los servicios públicos y organismos administrativos. Estos actores sustituyen el típico poder discrecional de los funcionarios de atención y ejecución de actuaciones públicas personales creanso un nuevo tipo de discrecionalidad que, en su concordancia con el concepto de Lipsky, Bovens y Zouridis, denominan *system-level bureaucracies*¹³⁴⁴. En este paradigma los funcionarios públicos deben integrarse en un sistema que somete el principio de imparcialidad para resolver en Derecho la necesaria particularización de los casos individuales, que antes al menos podían someterse a la pericia y criterio humano, a procesos y reglas implementados electrónicamente¹³⁴⁵. Como consecuencia la discrecionalidad queda mediatizada por el diseño de los sistemas informáticos.

Tras la materia de la discrecionalidad se encuentran los límites de la eficacia jurídica y con ella la aplicación efectiva del Derecho, que en las relaciones entre el poder ejecutivo y los ciudadanos es procurada fundamentalmente por el Derecho Administrativo. Sin entrar en la concepción jurídica y doctrinal de la discrecionalidad en la práctica administrativa, ya abordada anteriormente en esta investigación, Bovens y Zouridis señalan que la discrecionalidad surge en los mismos límites del diseño

¹³⁴³ Sin pretender caer en ningún relativismo generalizado y admitiendo la existencia concreta de los actos regulados el entendimiento del Derecho Positivo radica en los límites del razonamiento jurídico. Vid. ALONSO MAS, María José. *La solución...* Op. Cit. p. 28.

¹³⁴⁴ Un interesante recorrido por diferentes enfoques dados al término infocracia se encuentra en GORDON, Steven y MULLIGAN, Paul. "The coming Infocracy: New Organizational Forms for the Delivery or Personal Financial Sevices. *Issues & Trends of Information Technology Management in Contemporary Organizations*. Hershey, Idea Group Inc (IGI), 2002. p. 236.

¹³⁴⁵ BOVENS, Mark y ZOURIDIS, Stavros. "From Street-Level ..." Op. Cit. p. 4.

del legislador, cuando a pesar de sus regulaciones detalladas, el funcionario de cara al público se somete a la complejidad y variedad de situaciones reales que debe atender¹³⁴⁶. Con la aplicación de las TIC la discrecionalidad se traslada al diseño de los sistemas tecnológicos y por ende a la anteriormente mencionada infocracia. El nivel de atención ciudadana reduce su cualificación al trasladar a los sistemas de información las decisiones administrativas contempladas en la información y el diseño de los procedimientos que contiene. Por lo tanto el traslado de la discrecionalidad administrativa a los sistemas de información modifica las garantías de cualquier resolución o trámite que antes era abordada por la racionalidad del funcionario. Ahora se ciñe a los límites que la aplicación tecnológica impone a la resolución administrativa por el condicionamiento de la capacidad de decisión del empleado público que se limita a operar con el sistema¹³⁴⁷.

Por lo tanto donde la discrecionalidad aparece como una herramienta neutral en la resolución de cada caso favorablemente o no para el interesado, ante la procedimentación tecnológica aparece más rígida, pero no desaparece, si no que se trasvasa al diseño informático y por lo tanto a los diseñadores, personal jurídico asesor y expertos TIC. Con ello se reduce la capacidad de cada ciudadano para abrir los casos individuales a la discusión de cómo se aplican las reglas a cada situación concreta por aquella rigidez fijada en algoritmos que condicionan la ejecución administrativa con el diseño político¹³⁴⁸.

Ante el diseño de los sistemas informáticos la legalidad aparece como una restricción cuya rígida implementación puede menoscabar los derechos y la función tutelar que debe ejercer el marco jurídico en la actuación administrativa. Así, desde la perspectiva del cumplimiento de la legalidad, las facultades de revisión y recurso que contemplan las actuaciones administrativas obligan a aplicar el control jurídico sobre la forma en la que deben funcionar los algoritmos de los sistemas de información ante un procedimiento administrativo concreto.

Función directriz del Derecho para el funcionamiento de las TIC en la Administración.

Queda por lo tanto el recurso a la técnica legislativa como directriz para la restricción del diseño tecnológico de la función de las TIC. Sin embargo, la consideración del enfoque directriz del marco jurídico impele la necesidad de una regulación que incurra en un exceso normativo por dos causas fundamentales: la demanda de legalidad que las TIC reclaman para su expansión en el sistema administrativo y , dada la creciente demanda de transparencia, la difícil delimitación de los aspectos técnicos a regular ante la complejidad de los procesos tecnológicos.

¹³⁴⁶ Vid. Ibid. Lipsky, formulador del término, hace una verdadera defensa de la importancia del *street-level* en la actuación administrativa respecto al papel de las élites burocráticas. Vid. LIPSKY, Michael. *Street Level...* Op. Cit. p. xii.

¹³⁴⁷ Los dispositivos y artefactos tecnológicos sustituyen la mediación humana: cámaras, dispositivos, páginas web,... Vid. Ibid. p.13.

¹³⁴⁸ Vid. BOVENS, Mark y ZOURIDIS, Stavros. "From Street-Level..." Op. Cit. p. 16-18.

Ante ello la regulación se acompaña de los efectos propios de los procesos de privatización de la Administración, la indeterminación, generalización y práctica legislativa admonitoria. En definitiva, la introducción de las TIC expresa esos procesos técnicos y extrajurídicos propios de la modernización y reforma de la gestión pública, ahora con una formalización tecnológica que acompaña todos los campos de la actividad administrativa.

Ha sido ampliamente tratada la crítica y autocrítica que la doctrina jurídica y los poderes públicos, como en el caso ya comentado del ordenamiento corrector del Derecho indicativo por el Parlamento Europeo, sin embargo deben considerarse otras perspectivas en el análisis. Así, la doctrina jurídica puede y debe ocuparse de la observación positiva de estos fenómenos que no hacen si no reconocer, con cambios sustantivos en la forma, el papel director del marco jurídico público. Las nuevas codificaciones, recomendaciones, y otras formas normativas de carácter técnico que carecen de eficacia jurídica reproducen las formas del derecho tradicional cuando la legislación no encuentra vía procesal razonable de sanción o ejecución jurisdiccional. Sin embargo cubren un papel que se desenvuelve habitualmente dentro de aquel marco jurídico objetivo.

The process of decision making, for instance, has been strongly circumscribed by the principle of careful preparation, the fair-play principle, and the prohibition on *détournement de procedure*. Furthermore, a number of principles refer to the justification and structure of decisions, such as the limited means justification principle and the formal legal certainty principle. Finally, there are principles that impose standards on the quality of the content of decisions, such as the principle of proportionality, the principle of legal certainty, the principle of legitimate expectations, the principle of equality and the prohibition on *détournement de pouvoir*¹³⁴⁹.

Una adecuada sistematización doctrinal que incluya estos fenómenos debe permitir su entendimiento como paso previo a una clarificación positiva dotada de principios de aplicación, nuevos o reinterpretados, que permitan fijar su juridicidad o excluyan impedir la legitimidad que el marco jurídico público otorga a la actividad de la Administración y del Sector Público en su conjunto.

¹³⁴⁹ Vid. Ibid. p.5.

Conclusiones.

Las siguientes conclusiones presentan los efectos en el marco jurídico de los principales factores que se insertan en el proceso de modernización administrativa caracterizado históricamente, analizados en esta investigación. Para llegar a ellas la investigación ha conjugado de forma original los elementos jurídicos y técnicos del proceso de modernización, si bien estos últimos se consideran de carácter instrumental para los fines epistemológicos de su objeto, el marco jurídico, que trata de servir como enfoque y modelo omnicomprendivo de la gestión pública en los procesos de Modernización de la Administración.

1. La doctrina liberal se forma por la necesidad de regular y separar el ámbito público del privado, que en España el Estado patrimonial monárquico y oligárquico de la edad Moderna no ha estado en condiciones de disociar. Aunque el marco jurídico administrativo no es una necesidad imperiosa del Estado liberal, como muestra el análisis comparatista con el modelo anglosajón, se adopta en las circunstancias histórico-concretas creadas en la transición del Antiguo Régimen del ámbito europeo continental, dominado por el Estado absolutista y las posibilidades de adaptación reformista del Despotismo Ilustrado.

Como consecuencia, la construcción jurídica se impone como técnica de conformación de la organización y funcionamiento del nuevo Estado para el reordenamiento jurídico-político de las instituciones del Antiguo Régimen. Con el fin de asegurar la propia viabilidad y supremacía del nuevo Estado público respecto al entramado institucional anterior, se hace necesario atribuirle amplias potestades a través de su Administración. Políticamente supone la introducción, tras el periodo de la Restauración, que en España se produce durante la década Ominosa, del liberalismo doctrinario y moderado. Si bien, en paralelo a este periodo político y sin perjuicio de él, el marco jurídico evoluciona al servicio del fortalecimiento del poder ejecutivo.

El Derecho Administrativo surge así dentro de un nuevo Estado liberal en un proceso de reforma del sistema de privilegios del Antiguo Régimen. La aparición de procesos de revolución política y una profunda reforma administrativa, no evitan considerar que su formación establece cierta continuidad, una vez que los principios rupturistas se convierten en figuras donde predomina el moderantismo, como parte de un compromiso que vincula a los antiguos sectores con poder económico y social bajo un nuevo *statu quo*. Estos principios de transformación resultan válidos para cualquiera de los dos sistemas de

Derecho público, sea el británico o el continental en sus diversas variantes. Si en uno el compromiso se establece bajo el control de las *Courts in Law* con el traspaso de los privilegios ejecutivos de la monarquía hacia el gobierno bajo el control del Parlamento, en el otro opera un régimen jurídico propio de la Administración, cuyas prerrogativas al poder ejecutivo sirven para asegurar las garantías jurídicas de todos los intereses privados en presencia de la acción de las instituciones del Antiguo Régimen reforzada por la división de poderes. La formación del Derecho Administrativo se deduce así del fortalecimiento orgánico y funcional del poder ejecutivo, cuyo sujeto se sustancia en la Administración y se formaliza con un cuerpo doctrinal jurídicamente pragmático y positivo.

En una segunda etapa, solapada con la anterior, adquiere protagonismo el desarrollo jurisdiccional del marco jurídico administrativo, cuando la doctrina liberal de división de poderes entra de lleno en el programa político de liberales moderados y progresistas, como se observa en la evolución constitucional y legislativa del caso de España. La repercusión de este desarrollo en la doctrina jurisprudencial francesa y en la corriente pandectística de los nuevos Estados alemán e italiano, acaba de conformar las bases del Derecho administrativo como disciplina especial formada en principios unificadores del Derecho público. Su efecto en el desarrollo autoritario de los Estados y la estabilidad de sus administraciones dota a la doctrina jurídica administrativa de autonomía propia respecto a cambios constitucionales y de gobiernos. La consolidación del marco jurídico en el surgimiento del Derecho administrativo vino a reforzar al Estado liberal y el principio formal de legalidad, que permite acoger más adénante, bajo el refuerzo de su autoridad, la evolución hacia nuevas cláusulas sociales y democráticas de los principios constitucionales y jurídico-administrativos en la segunda mitad del siglo XIX.

2. A medida que el Estado absentista propio del liberalismo clásico, interviene y regula la actividad privada, bien porque la sustituye parcialmente o porque ésta se hace más compleja y produce un crecimiento intensivo de las normas, el Derecho administrativo modifica la definición dogmática formada *in fine* del desarrollo legislativo positivo. También se hace sustantivo del Derecho no sólo su carácter exegético, si no aquel que cumple la función de dirigir la legislación en un marco jurídico comprensivo, coherente y hasta cierto punto determinista, dadas las características de exactitud y certidumbre que requiere.

Esta complejidad de la actividad privada, coincidente con la segunda revolución industrial, lleva a una primera tecnificación creciente que sustituye los instrumentos de la ciencia jurídica por otros nuevos, no sólo en el ámbito de la ejecución administrativa, sino en el conjunto de la acción pública. Los aspectos técnicos se introducen en la gestión pública con procedimientos de progresiva penetración

que presentan nuevas figuras en las resoluciones administrativas, como la discrecionalidad técnica, cuya doctrina jurídica se ve limitada ante su dimensión conceptual. Finalmente, con la gran crisis del sistema económico liberal de los años treinta, emerge el Estado social, fuertemente intervencionista, que tras la SGM, consecuencia directa de esa crisis, ve emerger como última etapa al Estado del Bienestar.

3. En otro rasgo de esta evolución, los límites del marco jurídico, con unos orígenes normativos afines a la perspectiva jurisdiccional garantista para las élites y la perspectiva ejecutiva en el ejercicio de poderes exorbitantes, adquieren un desarrollo plural en todo tipo de competencias que la Administración, el Estado en definitiva, van asumiendo a lo largo de su desarrollo. El proceso de transformación del alcance y ámbito del marco jurídico transcurre así, desde unos orígenes fijados en la aplicación de principios a la resolución de casos singulares asimilados a conceptualizaciones sistemáticas y generales, la época de las grandes codificaciones y principios doctrinales, hasta la profunda dispersión y especialización que se sustancia en una agregación jurídica, ahora mucho más compleja y extendida en la aplicación del Derecho al conjunto de la actividad social en el servicio público.

Simultáneamente, esta dispersión favorece una falta de juridicidad por la tendencia de las normas públicas a ejecutarse con cierta aglomeración de enunciados meramente técnicos, sectoriales, especializados, y en ese sentido, discrecionales e incomprensibles por un lenguaje asequible a la ponderación jurídica del interés general. Ante ello, la adhesión de la Administración al marco jurídico público supone un principio inexcusable de legitimidad del Estado y su actuación pública.

4. Posteriormente, las doctrinas neoliberales, larvadas en la crítica al Estado del Bienestar, recurren, no obstante, al Estado como garante de las actividades productivas, que en el ajuste de su eficacia económica y social permiten optimizar la rentabilidad privada. Así, las políticas de reforma de la gestión pública proponen un reajuste entre el funcionamiento público y privado del Estado, cuya gestión con procedimientos típicos del ámbito privado resulta crítica para garantizar los resultados de la actividad económica y social.

En realidad, los objetivos latentes de la doctrina neoliberal en el plano económico no persiguen tutelar el principio de la libre competencia en el sentido clásico, que a menudo se mantiene de forma táctica y retórica, si no ejecutar un programa de reasignación de la renta pública a los sectores económicos privados de acuerdo a la capacidad de las fuerzas financieras en presencia, con el objetivo de transferir el gasto público en las actividades productivas a la rentabilidad privada despojada de

regulaciones. Dicho programa se sustancia en nuevas políticas públicas tales como la privatización del sector público y la desregulación de las actividades productivas y de soporte financiero.

En el plano jurídico-público, el neoliberalismo no plantea cambios constitucionales, salvo los obvios de estabilidad política y acceso a ciertas garantías jurídicas allí donde no existen, si no que se centra en la reforma administrativa del Estado por medio de un programa que impulsa nuevas políticas de gestión pública. Este programa también se separa del liberalismo político clásico, basado en los principios jurídicos de objetividad y neutralidad, por medio de técnicas de gestión pública que permiten al ámbito privado ejecutar su programa político-económico, mientras se mantiene el papel instrumental y determinante del Estado para el desarrollo económico.

A medida que se desarrolla el marco técnico de la Administración se constata que no lo hace en un sentido complementario con el marco jurídico, sino hacia políticas de impulso del ámbito privado cuyos métodos de gestión publicados favorecen los fines materiales a que sirven. No obstante, los medios de gestión disponibles por los poderes públicos son sometidos a un crecimiento continuo, tal y como muestran los cuadros y encuestas de la OCDE de las seis últimas décadas. En consecuencia, durante todo el periodo de modernización administrativa, las regulaciones y controles jurídicos superponen un entramado complejo de normas que crecen de forma continua. En esa tupida red de leyes, directivas, reglamentos y otras disposiciones reguladoras, la inseguridad jurídica se asienta sobre la coexistencia de prácticas de gestión con medios jurídico-administrativos inmersos en sistemas garantizadores de los intereses públicos y los derechos particulares ineficaces.

5. Todo ello indica que en la modernización administrativa sigue presente la intervención del Estado en el ámbito privado de la sociedad, pero ya sin someterse a los conceptos del Estado liberal clásico ni del Estado social. Las particularizaciones que introducen las nuevas políticas de gestión pública bajo la fórmula neoliberal no suponen una vuelta al origen, sino a formas de traspasar la responsabilidad del desarrollo económico y la estabilidad social al ámbito privado en el contexto de las nuevas condiciones creadas por la quiebra del Estado del bienestar. Si bien uno de los principales elementos programáticos de esta doctrina es la desregulación y privatización de la intervención pública, la vinculación de estos elementos a competencias públicas conecta la participación del ámbito privado con la Administración a través de un nuevo marco jurídico formalmente privado, pero sustancialmente público por su alcance, inexistente en el liberalismo primitivo. Por otra parte, las obligaciones públicas tampoco imponen, como se evidencia con las primeras reformas, que deba volverse a las estructuras administrativas de ese Estado del bienestar ni mantener los objetivos del aquel marco jurídico.

Por ello, la modernización administrativa parece mostrar que la burocratización y el gasto público, desconectado de las necesidades del ámbito privado y la materialización de los derechos del administrado, resultan incompatibles con el Estado democrático y social. Sin embargo, la ejecutoria radicalmente privatizadora también resulta ineficaz en su aplicación, lo que ha dado lugar en la gestión pública a la aparición de formas atemperadas de partenariado y de redes público-privadas, con sistemas autorregulados concertados en el ámbito privado, y tutelados por normativas públicas indicativas. La evolución decanta así en el proceso de modernización un nuevo Estado que no debe difuminar las responsabilidades públicas, de carácter político y funcional, con formas de participación plural en la intervención y regulación de lo público en lo privado.

6. En este contexto, las Administraciones públicas se debaten entre el deber de eficacia material que asegure la ejecución de sus actuaciones y la obligación de eficacia jurídica para cumplir servicio a los intereses generales con objetividad y sometimiento pleno a la Ley y el Derecho. Ambas directrices presentan contradicciones en la elección de la vía de resolución del problema, que obliga a incumplir los objetivos de una en beneficio de la otra, aspecto que se detecta en la propia naturaleza de las normas que establecen para ellos sistemas relativamente independientes. Tanto las normas técnicas como las normas jurídicas abstraen recíprocamente sus objetivos. Sin embargo, prevalece sobre ellas el principio de que cualquier actuación pública debe responder al menos a dos principios constitucionales: su servicio al interés general y su ejecución objetiva sin perjuicio de los derechos particulares en presencia. De lo contrario, por muchos beneficios prácticos que produzca la actividad administrativa, su ineficacia quedará acreditada al desarrollar un agente privado la función de objetividad que sólo puede establecerse desde el poder público. Por otra parte, las garantías jurídicas de esos principios no pueden obviar la eficacia material que para la actuación pública precisa de medios provistos desde la experiencia práctica y la racionalidad de todas las disciplinas científicas y técnicas en presencia. Sólo una concepción indivisible del principio de eficacia, material y jurídica, permite su cumplimiento, lo que obliga, antes que imponer uno sobre otro, a considerar la necesidad de establecer las normas de la actuación administrativa desde un concepto multidisciplinar que permita complementar los principios jurídicos y la obtención de resultados materiales.

7. En la aplicación del principio de eficacia material en la gestión, la modernización administrativa ha primado un marco técnico de las políticas públicas y los procedimientos operativos de gestión. Se trata de un trasvase de métodos, teorías científicas y principios heurísticos procedentes en gran medida – no exclusivamente - del sector privado. La introducción de estos métodos surgidos

en el paradigma de la Nueva Gestión Pública ha motivado un desplazamiento del papel director del marco jurídico público hacia la consecución de resultados con eficacia y eficiencia en el diseño técnico la Administración.

Sin embargo, el Derecho aparece como una necesidad de legitimación de la actividad del Estado ante la sociedad y una obligación para cumplir la función de cohesión social, que se conecta con el principio de servicio al interés general. Con el sistema jurídico que lo sustancia, los poderes legislativo y judicial pueden garantizar su cumplimiento con la calidad normativa y los medios materiales necesarios para su aplicación a partir de una regulación jurídica positiva basada en leyes y normas ejecutivas. No obstante, para que la legitimación del Estado sea efectiva, la actividad de la Administración debe desarrollarse en el cumplimiento de la legalidad, que establece como imperativo especial los procedimientos limitadores del ejercicio de las acciones potestativas y conformadoras de las prestaciones del servicio público. En suma, el marco jurídico público puede, mediante normas de Derecho, garantizar el cumplimiento de la eficacia material y jurídica para la prestación de los servicios públicos, que a través del sistema político la sociedad demanda a la Administración.

8. No obstante, para el mantenimiento de la eficacia, el marco jurídico público tampoco puede ser ajeno a su propia evolución, que abarca los instrumentos jurídicos precisos para cumplir sus objetivos de garante del Estado de Derecho a través de la actividad de la Administración, con principios inspirados en el ordenamiento constitucional sustanciados en las normas. Su valor esencial, el principio de legalidad, no sólo puede verse como una posición jerárquica y potestativa de los poderes públicos que represente una categoría absoluta y abstracta. Debe asegurar su cumplimiento de acuerdo a los intereses generales sustanciados en las cláusulas social y democrática. Éstas se consideran asimismo parte del ordenamiento jurídico general y principios de aplicación a las demandas de la sociedad a la Administración.

Así, el cumplimiento por el Derecho administrativo del principio de legalidad, le obliga a adaptar ésta a los procedimientos de la participación del pluralismo político y la función social, antes que a imponerlo desde presupuestos preestablecidos. La participación individual y colectiva en la ejecución de las resoluciones administrativas trata de evitar la *huida* del marco jurídico público por parte de las actividades de la Administración, que lleva a la quiebra del Estado de Derecho por el abandono de los principios directores de la juridicidad de los actos administrativos. Esa adaptación vigila también, por lo tanto, la adecuación de los procedimientos formales y materiales para atender las demandas de la sociedad en sus actuaciones. Asegura la capacidad de mantener, junto a un marco jurídico general, otro

propio más específico, delimitado por la Constitución y el servicio a los intereses generales, que pueda rediseñar los instrumentos jurídicos de la actividad administrativa.

9. Esta evolución impelida por la participación plural y la función social constata que las obligaciones jurídicas de la Administración no pueden constreñir formalmente sus fines sustanciales. Forma y fondo son dos aspectos que se conectan en una misma realidad material de la gestión pública. En este sentido el desarrollo normativo debe considerar que el principio de seguridad jurídica requiere, más allá del cumplimiento de una técnica formal que determina la legalidad, una calidad en su contenido que facilite su interpretación y aplicación.

La Administración, como sujeto plural e intersubjetivo de la actuación pública en el marco de sus instituciones activas y órganos de poder, dispone del mismo principio de capacidad de acción que la propia sociedad civil formada por sujetos de Derecho: su libertad de actuar en lo que las leyes no prohíben. Si bien, su sujeción al cumplimiento de las materias constitucionales de reserva de Ley le obligan a la interpretación motivada de una disposición administrativa o resolución discrecional de su procedimiento.

10. En este sentido, la Administración se comporta como un agente más que adapta instrumentos y técnicas para alcanzar los objetivos políticos y sociales. En los momentos más dinámicos de transformación económica y social esa adaptación modifica los medios que en el liberalismo clásico limitaban la acción pública a la ejecución de reglas tasadas en el ordenamiento jurídico. Una vez que se produce un desbordamiento motivado del límite normativo, como en el resto de las ramas del Derecho, es la norma la que debe adecuarse, pues el principio de que la Ley va detrás de la realidad no hace sino situar la legalidad como un constructo humano y social fuera de toda inmanencia ius-naturalista.

Sin embargo, esta adecuación no sólo consiste en la disposición positiva de los mecanismos técnicos con los que la Administración funciona, sino que de algún modo, debe incardinarse en el sistema racional de normas jurídicas como elementos que se relacionan de forma coherente en un todo relativamente armónico que evite la excepcionalidad y complejidad inconexa como puerta de la inseguridad jurídica. En definitiva, la adaptación del Derecho a la realidad técnica de la actuación administrativa no tiene que renunciar al procedimiento, la motivación jurídica, ni prescindir de su construcción dogmática y su desarrollo doctrinal, que aspira a una fundamentación teórica de su razonabilidad y la interrelación de sus categorías en una integridad científico-jurídica propia que se adapta a la realidad cambiante.

Se considera así, que sobre el legislador recae la responsabilidad de mantener un régimen jurídico administrativo capaz de subsumir las prácticas de la actividad administrativa bajo principios públicos debidamente sistematizados, o bien interdiéndolas expresamente o bien asumiéndolas bajo un sistema jurídico. De lo contrario, el absentismo en la recepción jurídica de los fenómenos recurrentes de la actuación administrativa quiebra la capacidad de dirección del Estado de Derecho de la organización pública y la tutela de los intereses generales de su actividad.

11. En esa adaptación del marco jurídico a la ejecución técnica aparece el Derecho indicativo y el desarrollo de las prácticas del *Soft Law*. Una primera observación de su aplicación a las normas administrativas parece revelar la debilidad del desarrollo jurídico administrativo, pero observado este fenómeno en sus causas se vislumbra la necesidad perentoria de regular, orientar y dirigir, siquiera en forma admonitoria, más allá de la eficacia jurídica de lo normado. Se deduce así que su fin es la ampliación del espacio jurídico, sin considerar la consecuencia jurisdiccional, como espacio de aplicación de principios y enunciados que determinan directrices y criterios de actuación nuevos respecto a la dimensión clásica del Derecho. Esta situación no evita la crítica de la eficacia jurídica, cuyo referente es una acción resolutoria administrativa o judicial basada en el procedimiento reglado, o como sugiere Juli Ponce en su lectura constitucional, el procedimiento debido. Sin embargo, debe reflexionarse sobre los nuevos efectos que se abren camino en otros tipos de acciones y actividades que emprende la Administración pública, que no son ajenos a la interpretación jurídica y la legitimación del Derecho, por más que obliguen a contemplar técnicas indeterminadas en la búsqueda de la eficacia allí donde una solución taxativa no se puede establecer, pero tampoco debe hacerlo el absentismo jurídico.

12. Esa necesidad de determinación del marco jurídico crea en la organización y gestión administrativa obligaciones que, desde el enfoque de las exigencias del cumplimiento de la legalidad, mejoran la eficacia y la calidad de sus actuaciones. El efecto firme (y multiplicador) de tal necesidad surge en los diferentes niveles jurisdiccionales capaces de crear jurisprudencia. Una vez asentada ésta, no sólo se obtiene la indicación potestativa o corrección de una conducta administrativa que obliga a disponer de los medios materiales adecuados en el caso concreto que se juzga, si no que, a menudo, se invita a través de la evaluación de la misma por los servicios jurídicos de la Administración, a llevarla a la práctica en todos los órganos afectados. Dicha práctica, que se atiene al cumplimiento del Derecho, puede, una vez que el legislador así lo ha determinado dentro del ordenamiento jurídico, obtener resultados que mejoren el rendimiento de la Administración para obtener los fines del Estado.

La acción jurisdiccional a través de su doctrina ofrece así un servicio público prestado al particular que recurre a él y un control potestativo que sirve al interés general.

En este sentido, el traslado al instituto jurisdiccional de los conflictos forma parte de la obligación de satisfacer la prestación de los servicios públicos a los ciudadanos, que incluyen el reconocimiento y la tutela de sus derechos. La Administración no puede sustituir a una jurisdicción independiente que garantice la revisión de toda interpretación subjetiva o indeterminación arbitraria de sus resoluciones y atienda a las consecuencias del incumplimiento de forma y de fondo de esos deberes con la intensidad requerida.

Por otra parte, para la correcta aplicación de la doctrina jurisdiccional, se requiere una gestión adecuada de los medios conceptuales y documentales para su producción, la accesibilidad que facilite su conocimiento, la debida difusión externa que permita generalizar su aplicación, y la simplificación de los procedimientos que agilicen la producción procesal. El desarrollo y la transparencia de la doctrina jurisdiccional pueden sustituir gran parte de la promulgación de normas, en la medida que el control judicial obliga a adaptar las acciones de la Administración a las obligaciones jurídicas sin necesidad de regular aquellas *a priori* y *ad litem*. Mientras, el poder legislativo, además de regular nuevos ámbitos de la actividad pública y privada, siempre puede ejercer la labor correctiva que ocasionan los efectos de la interpretación jurídica del poder judicial.

13. Dentro de la interpretación judicial, la discrecionalidad técnica ha venido siendo una figura aplicada en gran medida a los procedimientos de contratación pública y selección de personal de la Administración. En estos sectores se han producido importantes avances en la aplicación de una doctrina jurisdiccional moderadora del ámbito de la discrecionalidad en las resoluciones de fundamentación extrajurídica. No obstante, la modernización administrativa y los procesos de introducción de técnicas conectadas a la nueva gestión pública han ampliado dicho ámbito de aplicación a nuevas actuaciones administrativas en las actividades de autorización, sanción, fomento y otras vinculadas a funciones típicas de autoridad. Esta nueva discrecionalidad ahonda en la desviación de poder y la función de tutela del Estado de Derecho, cuya eficacia jurídica garantizaba en mayor grado la neutralidad de dichas acciones, mientras que ahora se ve sometida a nuevos criterios que escapan a su control.

Además de la actualización de los criterios jurídicos para la modificación de esta tendencia deben considerarse nuevos instrumentos de servicio público: la agilización del sistema judicial a través de la revisión y simplificación de los medios procesales; la incorporación de tecnologías que amplíen su alcance a los trámites procesales y soporten los elementos del conocimiento jurídico que no añaden

valor a la motivación judicial; la plena integración de la prueba pericial a una argumentación jurídicamente asequible y la penetración jurídica en el “núcleo material” o fondo de la materia enjuiciada. Se considera sin ambages, que el nuevo principio de orientación de la gestión pública al ciudadano incluye al ámbito jurisdiccional como servicio prestado por los poderes públicos en un doble ámbito: la tutela de los derechos fundamentales, en la cláusula de legalidad a la que se somete, y el servicio a los intereses generales, que representan al conjunto de la ciudadanía bajo los principios democráticos de pluralismo y participación de los que emana la justicia.

14. El desarrollo de las disciplinas jurídicas y sociales no siempre acompaña a todos los ámbitos de la evolución técnica en la experiencia de la evaluación de los fenómenos económicos y sociales. De este modo, la falta de cobertura jurídica materialmente eficaz expresa también el desplazamiento del marco jurídico público por los intereses privados para alcanzar eficiencia en sus resultados. Una vez obtenidos los medios técnicos que mejoran la gestión, la regulación pública es desatendida, más considerando que representa a corto plazo un sobre coste.

La necesidad de incorporar al conocimiento del sistema jurídico y administrativo los fenómenos sociales, junto a la cultura científica y tecnológica que asisten a la actividad del Estado, debe proporcionar las herramientas para integrarlo en el servicio público. Ese mismo papel del sentido de la justicia, por el que empezó Platón a establecer las bases de la organización de la polis, sirve para explicar la función del marco jurídico en la organización de la gestión pública, orientación de las políticas y resolución de los conflictos sociales. Sin embargo, la profusión de normas poco delimitadas, la desregulación de las acciones públicas que da lugar a fenómenos indeterminados y la tecnificación no traducida a fines comprensibles, son procesos que ya están positivamente definidos pero no ubicados en sus efectos negativos o positivos sobre el ordenamiento político y social. Los ciudadanos tampoco pueden conocer así los límites de la libertad que les permite actuar individualmente, pues es el Derecho el que delimita los poderes que se oponen a su ejercicio.

15. El servicio a los intereses generales obliga a la acción pública no sólo de forma pasiva, sino activa. En esta faceta se observa que los efectos de la falta de regulación de los derechos y obligaciones privadas o el grado de cohesión social no son habitualmente dimensiones evaluadas. En las reformas administrativas los costes jurídicos y sociales indirectos quedan sin valorar debido en gran medida a la complejidad e incertidumbre que conlleva su cuantificación. Sin embargo, también parece concluyente que determinadas situaciones sociopolíticas y macroeconómicas producidas por ausencia o deficiente regulación suponen cuantiosas pérdidas para el conjunto del sistema. La corrupción, la

asignación ineficiente de los capitales, los superávits de *stock* y devaluación de los bienes y servicios, el estancamiento de la producción, o el desempleo, entre otros fenómenos, pueden proceder de la nula o errónea toma en consideración de aquellas dimensiones en el diseño de las políticas públicas o los planes de inversión privados que resultan del estado de las regulaciones. Debe considerarse, que dentro de un entorno competitivo poco regulado, se aplica la necesidad imperiosa de buscar resultados a corto plazo, con el fin de que la acumulación de beneficios permita afrontar determinadas situaciones imprevistas futuras. Sin embargo, esto a menudo representa consecuencias económicas y sociales indeseables, cuando no catastróficas.

Esta valoración decreciente de la regulación jurídica y el tamaño que adquiere el Derecho administrativo en nuevos ámbitos especiales de la Modernización administrativa se presenta como una contradicción. Ello es debido a que la inmersión de formas jurídicas privadas en la Administración no puede evitar la especificidad del sujeto público al que deben someterse éstas. Ante la voluntad que ejerce ese sujeto, expresión de la sociedad y los grupos de interés que se relacionan con él, aquellas formas privadas acaban necesariamente particularizándose en su misión pública. Sin embargo ese crecimiento normativo, que se amolda a necesidades y prioridades específicas, se ve abocado a un sistema en crisis por carencias en su integración. Lo contrario de aquello que con la formación del Derecho Administrativo hizo la doctrina jurídica del Estado liberal, actualizado por el impulso democrático formal y después por el desarrollo de las funciones de intervención social y económica, cuando trataba de conformar un cuerpo plural y complejo, pero sistemático, que guiaba el desarrollo legislativo y la técnica jurídica.

16. A esta nueva estructura reguladora le corresponden cambios en la estructura organizativa. En este sentido, la organización administrativa dentro del régimen jurídico público es objeto de reformas de acuerdo a tres dimensiones ya iniciadas en el Estado del Bienestar pero ahora reforzadas con nuevas figuras. En el modelo continental en general y en particular dentro del caso de España, la necesidad de acometer una reforma en todas las dimensiones de la organización pública profundiza el régimen jurídico privado en cada una de ellas, pero no aparece un proceso modernizador y reformista plenamente consolidado del régimen jurídico administrativo, que mantiene sustancialmente los modelos clásicos.

El principio de descentralización se encuentra en el nivel político-administrativo con la formación de un nuevo tipo de Administración pública en las Comunidades Autónomas, que reproducen con un alto mimetismo la estructura de la organización del Estado, sus principales diferencias aparecen en el ámbito de la exclusividad y concurrencia competencial de los servicios públicos y la ordenación

del territorio con las Administraciones locales y la Administración estatal. En segundo término, las fragmentaciones orgánico-administrativas en entidades públicas bajo una gran diversificación de personificaciones jurídicas con arreglo a dos criterios no coincidentes, por un lado las definidas en la LOFAGE, y por otro, las establecidas en las Leyes Generales de Presupuestos sujetas a modificaciones periódicas, también aparece una descentralización interna basada en la gestión presupuestaria, tanto en la ejecución del gasto como de la de los planes y programas. En tercer lugar, la Función Pública es objeto de reformas que dentro de las Administraciones del modelo continental dan lugar a diferentes modelos, ya sean modelos jurídico-públicos basados en la estructura administrativa y funcionarial clásica, en el caso de Francia, modelos de privatización de las relaciones de empleo público que alcanzan los límites jurídico laborales del sistema de la función pública, en el caso de Italia, o modelos mixtos, con plantillas en un régimen administrativo donde toman un gran peso las relaciones laborales y la subcontratación, aunque siempre en un papel supletorio de la estructura funcionarial, en el caso de España.

En todos los casos, como características de las reformas organizativas se presentan dos figuras. En el ámbito de la descentralización orgánico-administrativa destaca la aparición y extensión de las Agencias públicas, sujetas a diferentes establecimientos según cada tradición político-administrativa, hasta identificarse con su más pura forma contractual, independiente de la designación política. Como segunda figura adaptada a los tres casos señalados, la introducción del Directivo público, nuevo perfil de gestor, cercano a las funciones definidas por el modelo gerencial adoptado desde los paradigmas de la NGP.

17. No obstante, el modelo de modernización de la Administración pública en el caso de España puede recogerse en una caracterización que impregna una nueva cultura de gestión pública en todas las administraciones. Se definen dos grandes dimensiones que motivan los programas de impulso de la modernización administrativa, con un cuadro conceptual que recoge la literatura administrativa del caso de España y permite reconocer cada una de las figuras detalladas en el desarrollo doctrinal de la nueva gestión pública, cuya influencia y recepción en ese sentido resulta incuestionable.

En primer lugar, la dimensión de nuevos principios introducidos en la reforma de las normas administrativas, donde figuran la orientación al ciudadano, sustanciada en el establecimiento de nuevas formas de relación que inciden en la renovación de la organización y funcionamiento de las administraciones públicas; le sigue el bloque de principios de orientación a resultados y técnicas de descentralización administrativa; por último la orientación a los procesos en la organización y la gestión, principio común a la mayoría de las técnicas de gestión, que entronca el modelo burocrático con las

innovaciones en las disciplinas de la gestión de los procesos de negocio, la producción y los nuevos recursos tecnológicos. En segundo lugar, de acuerdo con la hipótesis de esta investigación, aparece la dimensión de las técnicas recogidas en métodos y modelos utilizados en la aplicación de dichos principios dentro de la implementación de las políticas públicas, los procedimientos que introducen en la Administración el *management* desde el ámbito privado, y finalmente, los métodos de aseguramiento y gestión de la calidad impulsados en la tradición continental por la Unión Europea. Su grado de aplicación por la Administración pública en España en una muestra empírica, a través del procedimiento de la contratación pública, permite inferir el alto grado de penetración de los principios y técnicas enumeradas, cuya eficacia aún no se puede ponderar adecuadamente, pero sí la utilización de las directrices emprendidas en todas las administraciones en la fórmula contractual.

18. Entre los principios y técnicas modernizadoras destaca de forma singular el papel de la innovación tecnológica. A estas alturas del conocimiento de la evolución de las instituciones públicas, no puede considerarse, como al comienzo, un mero factor instrumental adjetivo, si no sustantivo y sustancial de la modernización administrativa. Es cierto que no desde el comienzo de las reformas de la gestión pública, donde las TIC todavía presentaban un carácter accesorio cuando éstas comienzan a emprenderse, pero sí en las etapas posteriores. Tras probarse su eficacia en los procesos de soporte de la gestión pública, las TIC manifiestan su carácter transformador cuando la conformación de la Administración Electrónica como política de gestión pública acompaña los principios y métodos citados en la conclusión anterior. La observación de su interrelación con la Administración pública, permite afirmar que el cumplimiento de las acciones de ésta en dichos principios de modernización se acompañan de tecnologías concretas, que para su constatación deben conocerse en su realidad más próxima a la tecnología utilizada. Se aprecia así que existe una alta correspondencia entre los modelos tecnológicos empleados por la Administración, para soportar las diferentes actuaciones basadas en los nuevos principios de gestión, y aquellos sistemas, aplicaciones y tendencias tecnológicas disponibles. Además, diferentes enunciados propios de las demandas del servicio público encuentran sus correspondientes conceptos, paradigmas y desarrollos en el campo tecnológico. Así, la relación no es simplemente de causa-efecto, si no que llegado el momento, el desarrollo de la tecnología brinda por sí mismo opciones de desarrollo de los servicios públicos y sus procedimientos de gestión.

Tras unos inicios titubeantes, España se incorpora participando en planes y programas de actuación específicos de forma decidida y profunda en las dinámicas impulsadas por la UE. Desde la perspectiva de su aplicación en el marco jurídico, se consideran el empleo transformador e instrumental de las TIC dentro de las dimensiones clásicas de su actividad, aplicadas a los ámbitos jurídico, funcional y estratégico, así como aquellos paradigmas técnicos, políticos y sociológicos que han evaluado el

impacto de las TIC en las instituciones públicas y su recepción en el caso de España. En el balance final, o tal vez provisional, han predominado las aplicaciones instrumentales sobre las transformadoras, tanto en el marco jurídico como en el desempeño de la Administración pública en su conjunto. Sin embargo, la función del marco jurídico en la modelización de los sistemas tecnológicos evidencia su inexcusable papel directriz para la introducción de las TIC en la gestión pública, de la que el marco jurídico público constituye su esencial regla de negocio.

19. Los procesos de modernización administrativa constituyen el gran fenómeno contemporáneo que ha tratado de superar las rigideces de un marco administrativo y jurídico ineficaz representado por el Estado burocrático e intervencionista. Sin embargo, en ese empeño han fijado un constructo que no siempre ha asimilado la importancia del Derecho, no sólo como instrumento ordenador y arbitral, sino delimitador del ámbito público y privado. Una doctrina que no coarte la capacidad creativa privada y los derechos fundamentales inherentes a los ciudadanos, pero, como en el liberalismo clásico, que permita controlar los poderes excesivos que pueden emanar fuera del control público. No sirve para ello una Administración rígida, centralizada y apostada en fundamentos jurídicos dogmáticos que permita a sectores minoritarios de la sociedad apropiarse de sus poderes jurisdiccionales y ejecutivos. Tampoco la solución parece estribar en la creación indefinida de sistemas autorregulados que fijen espontáneamente todo el ordenamiento de lo que en definitiva son los intereses públicos, ni encorsetar la iniciativa privada, en nombre de intereses generales sustanciados en entes abstractos, cuando ésta actúa libremente buscando cauces a la cooperación y estímulos en la competencia. Se trata de fijar una nueva comprensión sistemática de la organización pública en el ordenamiento jurídico, basada en la experiencia de los éxitos y fracasos de todos los procesos de reforma administrativa, de la teoría y práctica de la organización pública apoyada en la revolución tecnológica que se ofrece, si se sabe utilizarla, como bien público y mejora de nuestro modo de vida. En definitiva, no perder de vista el antiguo principio de construir un Estado que, como enunciaron los grandes clásicos de la Antigua Grecia, permita procurar la buena vida y garantizar la justicia de todos los ciudadanos.

20. La Modernización del Estado representa un conjunto de reformas de la gestión pública, acotadas en tres décadas entre los siglos XX y XXI, que transforman el modelo de Administración haciéndolo más tecnificado y privatizado tanto formal como materialmente. En ese nuevo modelo el marco jurídico adquiere una función complementaria, que desarrolla la especialización, desagregación e indeterminación de sus contenidos normativos, en la que pierde su papel director de la

Administración pública. Ante ello surgen dos grandes cuestiones relacionadas con las consecuencias de este nuevo paradigma. En primer lugar, la situación resultante del Estado de Derecho de acuerdo a cómo los sistemas constitucionales liberal-democráticos regulan sus principios ordenadores, lo que afecta a la sustancia del principio de legalidad. En segundo término, los efectos de la privatización formal y material del sector público en la actuación neutral e independiente de la Administración, cuestión que se conecta con el principio de servicio objetivo a los intereses generales. Ambos principios cardinales corresponden a la esencia misma del funcionamiento de la Administración pública en las condiciones que impone nuestro sistema político y constitucional. Sin embargo, el ámbito privado se ha adelantado en casi todos los aspectos de la modernización administrativa (especialmente en las técnicas de gestión y de innovación tecnológica), a la teoría y praxis pública que debe tomar al marco jurídico público como núcleo esencial de su negocio. Todo indica que, sin desarrollar jurídicamente los principios constitucionales del Derecho administrativo en lo que respecta a la cláusula democrática y social, no es posible encauzar las relaciones entre los ámbitos público y privado en el obligado cumplimiento del principio de servicio al interés general por la Administración. Resulta para ello esencial considerar que el reconocimiento al pluralismo y la participación ciudadana, por una parte, y el fin de cohesión social de la actividad pública, por otra, constituyen bases constitucionales de ese marco jurídico que evitan incumplir los objetivos por los que el Estado liberal fue fundado y se fue transformando. Dicho reconocimiento puede reafirmar, bajo nuevas premisas, la función directora, independiente y objetiva del ámbito público en sus necesarias relaciones con el ámbito privado, plenamente definido por los ciudadanos con sus intereses individuales y colectivos, al que sirve.

BIBLIOGRAFÍA.

6PERRI. "Governing by Technique: Judgement and the Prospects for Governance of and with Technology" en *Governance in the 21st Century*, (ed. OECD). París, OCDE, 2001.

6PERRI. "e-Governance. Weber's Revenge" en *Challenges to Democracy. Ideas, Involvement, and Institutions*, (eds. K.Dowding, J. Hughes y H. Margetts. Houndmills). Palgrave, 2001.

ABBLER, Ronald y ADAMS, John S. The industrial and occupational structure of the American labor force. Dept. of Geography, Pennsylvania State University, 1977.

ABELLÁN, Joaquín. "Estudio preliminar" en WEBER, M. *Escritos políticos*. Madrid, Alianza Editorial, 2008. 2ª ed.

AGUILAR ROS, Ramón y PALOMAR OLMEDA, Alberto. "El procedimiento electrónico (gestión electrónica de los procedimientos)" en *Administración Electrónica y ciudadanos* (ed. José Luis Piñar Mañas). Cizur Menor (Navarra), THOMSON Aranzadi, 2011.

AGUILERA BARCHET, Bruno. "De la etapa liberal a la era social. Las transformaciones jurídicas del Estado español entre 1923 y 1939" en *Anuario de Historia del Derecho Español*. LXXXII, Madrid, 2012.

AGUILERA IZAGUIRRE, Gustavo. "La calidad como parámetro de actuación de la Administración Pública" en *Actualidad administrativa*, n. 22, 2010.

AIBAR, Eduard y URGELL, Ferrán. *Estado, Burocracia y Red. Administración electrónica y cambio organizativo*. Barcelona, Ariel, 2007.

AIBAR, Eduard. *E'Governança i atenció ciutadana. La Generalitat de Catalunya en el context internacional*. Barcelona, UOC-Generalitat, 2006.

AJA FERNÁNDEZ, Eliseo. "La dimensión constitucional del hecho diferencial en el Estado autonómico" en *Anuario de Derecho Constitucional Parlamentario*. n. 8, 1996.

AJA FERNÁNDEZ, Eliseo. *El Estado Autonómico: federalismo y hechos diferenciales*. Madrid, Alianza,

2007.

ALABAU, Antonio. *La Unión Europea y su política para el desarrollo de la Administración Electrónica*. Madrid, Fundación Vodafone, 2004.

ALBA, Carlos R. "Bureaucratic politics in Spain" en *Politicians, Bureaucrats and Administrative Reform*, (ed. Guy Peters and Jon Pierre). Routledge/ECPR, London, 2001.

ALDAMA, Enrique (Dir.). *Informe de la Comisión Especial para el Fomento de la Transparencia y la Seguridad en los Mercados Financieros y las Sociedades Cotizadas*. ("Informe Aldama"). Madrid, 8 de enero de 2003. <http://www.cnmv.es/Portal_Documentos/Publicaciones/CodigoGov/Informefinal.PDF> (consultado el 18 de enero de 2013).

ALDEGUER CERDÁ, Bernabé. "La ética pública como valor y orientación del nuevo servicio público español. Especial consideración en el ámbito local" en *X Congreso Español de Ciencia Política y de la Administración*, Murcia, 7-9 de septiembre, 2011.

<<http://www.aecpa.es/uploads/files/modules/congress/10/papers/574.pdf>> (consultado el 18-2-2013).

ALEXI, Robert. *Teoría de los derechos fundamentales* (Trad. Ernesto Garzón Valdés). Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1993.

ALIGHIERI, Dante. *Monarquía*. (Trad. Laureano Robles Carcedo y Luis Frayle Delgado). Madrid, Tecnos, 2009.

ALLI ARANGUREN, Juan-Cruz. *Derecho Administrativo y globalización*. Navarra, Thomson-Civitas, 2004.

ALLI TURRILLAS, Juan Cruz. "Capítulo XI. La intervención de la Administración en el ámbito de la acción social" en *Parte especial del Derecho administrativo. La intervención de la Administración en la sociedad*, (coord. Enrique Linde Paniagua). Madrid, Colex, 2007.

ALLISON, Graham, T. "Public and private management; Are they fundamentally Alike in All Unimportant Respects" en TILLMAN, Richard J. *Public Administration. Concepts and Cases*. University of Colorado, 1996. 6ª ed.

ALLISON, Graham.T. "La gestión pública y la privada ¿son fundamentalmente similares en todos los aspectos no importantes?" en *Clásicos de la Administración Pública*. Colegio Nacional de Ciencias Políticas y Administración Pública, FCE. Mexico, 1999.

- ALONSO GARCÍA, Ricardo. "El Soft Law comunitario" en *Revista de administración pública*, n. 154, 2001.
- ALONSO MAS, María José. *La solución justa en las resoluciones administrativas*. Valencia, Tirant lo Blanch-Universitat de Valencia, 1998.
- ALTAMIRA GIGENA, Julio I. *Responsabilidad del Estado*. Buenos Aires, Astrea, 1973.
- ÁLVAREZ CONDE, Enrique y GARCÍA FERNÁNDEZ, Javier. "La Constitución y el Derecho Constitucional" en *Administraciones Públicas y Constitución. Reflexiones sobre el XX Aniversario de la Constitución Española de 1978*, (Coord. Álvarez Conde). Madrid, MAP, 1998.
- ANAO. *Better Practice Guide sobre el Public Sector Internal Audit*, Agosto de 2012.
- ANDERSON, Perry. *El Estado absolutista*. Madrid, Siglo XXI, 1984.
- ANSOFF, H, Igor. *Strategic Management*. New York, Palgrave Macmillan, 2007. (Reimp. primera edición 1979). Prefacio de Gen-Ichi Nakamura.
- ANSOFF, H.I. "Dirección estratégica, un nuevo sistema de dirección" en *Notas de organización*, n 2, 1983.
- ANSOFF, Igor. "Strategies for diversification" en *Harvard Business Review*, sept- oct, vol 35 no 5, 1957 *Corporate*
- ANSOFF, Igor. *Implanting Strategic Management*. Englewood Cliffs, New Jersey, Prentice-Hall International, 1984.
- ANSOFF, Igor. *Strategy: an analytic approach to business policy for growth and expansion*. New York, Mc. Graw Hill, 1965.
- ANSOFF, Igor; DE CLERCK, Roger P y HAYES. Robert L. *From strategic planning to strategic management*. n. York, John Wiley/Interscience, 1975.
- APPLEBY, Paul. "El gobierno es diferente" en SHAFRITZ, JAY M. y HYDE, ALBERT, C. *Clásicos de la Administración Pública*. Colegio Nacional de Ciencias Políticas y Administración Pública. México, 1999.
- ARELLANO, Xavier (Dtor. De Planeación y Desarrollo). "Documentos de trabajo de atención ciudadana: El enfoque actual de la atención ciudadana (Documento 1)". Mexico, Dirección General de Atención Ciudadana y Dirección General Adjunta de Políticas y Programas, marzo de 2005.
- ARENILLA SÁEZ, Manuel. *Crisis y reforma de la Administración pública*. La Coruña, Netbiblo, 2011.

- ARENILLA SÁEZ, Manuel. *La reforma administrativa desde el ciudadano*. Madrid, INAP, 2003.
- ARISTÓTELES. *Política*. Madrid, Alianza, edición de 2000, versión del griego de Carlos García Gual y Aurelio Pérez Jiménez.
- ARNSTEIN, Sherry R. "A Ladder of Citizen Participation" en JAIP, v. 35, n. 4, 1969.
- ARTOLA, Miguel. *La burguesía revolucionaria. Historia de España dirigida por Miguel Artola*. Madrid, Alianza Editorial, 1990.
- ARTOLA, Miguel. *La España de Fernando VII*. Madrid, Espasa Calpe, 1999. v. XXXII de la Historia de Menéndez Pidal.
- ARTOLA, Miguel. *La Monarquía de España*. Madrid, Alianza Editorial, 1999.
- AUCOIN, Peter. "Administrative Reform in Public Management: Paradigms, Principles, Paradoxes and Penduloms" en *Governance: An International Journal of Policy and Administration*, 80, 2, 1990.
- AVEDILLO DE JUAN, Daniel. "La Ley de Contratos del Sector Público: una oportunidad para las TIC" en *Auditoría y Seguridad*. Ministerio de Economía y Hacienda, v. 2008, n. 28, 2008.
- GALÁN, Carlos. "Europa avanza hacia la contratación pública cien por cien electrónica" en *Contratación Electrónica en el sector público español. Eficiencia, Ahorro, Transparencia*, (dir. José Ramón Pin). Barcelona/Madrid, IESE, 2013.
- BAENA DEL ALCÁZAR, Mariano. "Artículo 103.1 y 2. Los principios generales y la estructura de la Administración" en *Comentarios a la Constitución Española de 1978* (dir. Oscar Alzaga Villamil). Madrid, Edersa, 1998.
- BAENA DEL ALCÁZAR, Mariano. *Curso de Ciencia de la Administración. Volumen I*, Madrid, TECNOS, 1984. 4ª edición reformada.
- BALDWIN, R. y CAVE, M. *Understanding regulation: theory, strategy, and practice*. Nueva York, Oxford University Press, 1999.
- BALLART, Xavier y Carles Ramió. *Ciencia de la administración*. Valencia, Tirant lo Blanc, 2000.
- BALLBÉ, Manuel. "Derecho administrativo" en *Nueva Enciclopedia Jurídica. Tomo I*, (dir. Carlos E. Mascareñas). Barcelona, Francisco Seix, 1950.

BALLESTEROS, A. "La función pública de las Comunidades Autónomas" en *S. Pasado, presente y futuro de las Comunidades Autónomas*, (ed. Martín Retortillo). Madrid, Instituto de Estudios Económicos, 1989.

BANCO EUROPEO DE INVERSIONES. "The EIB's role in Public-Private Partnerships", 2004.

BANCO MUNDIAL. *Informe de Desarrollo del Banco Mundial para 1996: del Plan al Mercado*. Washington D.C., Ed. Banco Mundial, 1996.

BAÑÓN MARTÍNEZ, Rafael "Democracia y nueva gestión pública" en *La participación en las Administraciones Públicas. ¿Cooperación o enfrentamiento?*, (coord. Antonio Colomer Viadel). Valencia, UPV, 1984.

BAÑÓN, Rafael y TAMAYO, Manuel. "Las relaciones intergubernamentales en España: el nuevo papel de la Administración Central en el modelo de relaciones intergubernamentales". Jornadas sobre el Federalismo, IVAP, Vitoria, 3 y 4 de noviembre.

BAÑÓN, Rafael. "Los enfoques para el estudio de la administración pública: orígenes y tendencias actuales" en *La nueva Administración Pública*, (eds. R. Bañón Martínez y Ernesto Carrillo). Madrid, Alianza Universidad Textos, 1997.

BARCELAY, Michael. "La importancia de la Gestión del Cambio en la Administración Pública" en *Administración Inteligente*, (coord. Antonio Díaz Méndez y Eloy Cuéllar.). Madrid, MAP, 2005.

BARNES VÁZQUEZ, Javier. "Introducción a la doctrina alemana del Derecho privado administrativo" en *Administración instrumental. Libro homenaje a Manuel Francisco Clavero Arévalo. I*, (coord Pérez Moreno). Madrid, Civitas, 1994.

BARNES VÁZQUEZ, Javier. "Método de la ciencia administrativa" en *Innovación y reforma en el Derecho administrativo*, (ed. Javier Barnes Vázquez). Global Law Press. Sevilla. 2003.

BARRETE, Jacques; LEMYRE, Louise; CORNEIL, Wayne y BEAUREGARD Nancy. "Organizational learning among senior public-senior executives: an empirical investigation of culture, decisional latitude and supportive communication" en *Canadian Public Administration*, v. 50, n. 3, 2007.

BARRIO TATO, Luis y BARRIO CARVAJAL, Sandra. "El informe de control interno en la Administración Pública" en *Auditoría Pública*, n. 46, 2008.

BARZELAY, M. "Central Audit Institutions and Performance Auditing: A Comparative Analysis of

Organizational Strategies in the OCDE. An International. Journal of Policy, Administration and Institutions” en *Governance*, v.10, No 3, 1997.

BARZELAY, Michael. “Performance Auditing and the New Public Management: Changing Roles and Strategies of Central Audit Institutions” en *Performance auditing and the modernisation of government*. París, OCDE, 2, 1996.

BARZELAY, Michael. *Breaking through Bureaucracy: a New Vision for Managing in Government*. Berkeley, University of California Press, 1992, (edición en español: FCE, 1998).

BARZELAY, Michael. *La nueva gestión pública. Un acercamiento a la investigación y debate*. México, FCE, 2003.

BASTIDA, Francisco J. y BENITO, Bernardino. “Informes financieros y descentralización en gobiernos municipales” en *Revista Internacional de Ciencias Administrativas*, v. 72, n. 2, 2006.

BATBIE, A. *Introduction générale au droit public et administratif, Traité théorique et pratique de droit public et administratif*. Paris, Cotillon, 1861.

BATINI, Stéfano y CIMINO, Benedetto. "La función directiva italiana entre la privatización y la politización" en *La función pública directiva en Francia, España e Italia* (Dtor. Miguel Sánchez Morón). Madrid, INAP, 2007.

BEKKERS, Victor J.J.M. *Grenzeloze overheid / druk 1 over informatisering en grensveranderingen in het openbaar bestuu*. Nederlands, Kluver, 1998

BELL, Daniel. “The Social Framework of the Information Society” en *The Computer Age: a Twenty Year View*, (eds. M.L. Dertouzos y J. Moses). Cambridge, MIT Press, 1979.

BELL, Daniel. *The coming of Post-Industrial Society: a venture in social forecasting*. Cambridge (Mass.), Basic Books, 1973.

BELLAMY, Christine y TAYLOR, John A. “New Information and Communications Technologies and Institutional Change. The Case of the UK Criminal Justice System” en *International Journal of Public Sector Management*, v.9, n. 4, 1996.

BELLAMY, Christine y TAYLOR, John A. “Reinveinting Government in the Information Age” en *Public Money & Management*, (Julio-septiembre), 1994.

BELLAMY, Christine y TAYLOR, John A. "Understanding Government Direct" en *Information Infrastructure and Policy*, n. 6, 1998.

BELLAMY, Christine. "Implementing Information-Age Government: Principles Progress and Paradox" en *Public Policy and Administration*, v. 15, n. 1, 2000.

BELLAMY, Christine. "Joining-Up Government in the UK: Towards Public Services for an Information Age" en *Australian Journal of Public Administration*, v. 58, n. 3, 1999.

BELLAMY, Christine. "Transforming Social Security Benefits Administration for the Twenty-First Century: Towards On-Stop Service and the Client Group Principle?" en *Public Administration*, v. 74, n. 2, 1996.

BELTRÁN VILLALBA, Miguel. *La élite burocrática española*. Madrid, Fundación Juan March, Editorial Ariel, 1977.

BELTRÁN VILLALVA, Miguel. "De la reforma de la Administración al control de calidad de los servicios públicos" en *Gestión y Análisis de Políticas Públicas*, 5-6, Enero-Agosto, 1956.

BELTRÁN VILLALVA, Miguel. "El futuro de la Acción Pública" en *Perfil de la sociología española*, (ed. Salustiano del Campo). Madrid, Los libros de la Catarata, 2001.

BELTRÁN VILLALVA, Miguel. *La acción pública en el régimen democrático*. Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2000.

BELTRÁN VILLALVA, Miguel. *La productividad de la Administración española: un análisis comparativo*. Madrid, Instituto de Estudios de Prospectiva, MEH, 1991.

BERGARA, Mario y PEREYRA, Andrés. *El proceso de diseño e implementación de políticas y las reformas en los servicios públicos*. Washington, Banco Interamericano de Desarrollo, 2005.

BERNAL, Antonio Miguel. *España proyecto inacabado. Costes y beneficios del Imperio*. Madrid. Marcial Pons Historia. 2005.

BERNARD CHENOT, *Organisation économique de L'Éta.*, Paris, Dalloz, 1995.

BERRY, Michael J.A. y LINOFF, Gordon S. *Data Mining Techniques. For Marketing, Sales, and Customer Relationships*. New York, Willey, 2011. 3ª edición.

BERSON, Alex; SMITH, Stephen; THEARLING, Kurt. *Building Data Mining Applications for CRM*. New

York, McGraw-Hill, 2000.

BERTALANFFY, Ludwig. "An outline of General System Theory" en *The British Journal for The Philosophy Science*. v.1, n. 2 (Ago.), 1950.

BESSELINK, Leonard "Conclusion: The Eclipse of Legality: An Assessment" en *The Eclipse of the Legality Principle in the European Union*, (ed. Leonard Besselink, Frank Pennings y Sacha Prechal). AH Alphen aan den Rijn, Kluwer Law International, 2011.

BEVERIDGE, William. *Social Insurance and Allied Services Report by Sir William Beveridge. Presented to Parliament by Command of His Majesty*. November 1942. London, HMSO, 1942.

BOBBIO, Noberto. *Teoria dell'ordinamento giuridico*. Torino , Giappichelli, 1960.

BOCANEGRA SIERRA, Raúl. *La teoría del acto administrativo*. Madrid, Iustel, 2005.

BODIN, Jean. *Los seis libros de la República*. Madrid, Tecnos, 1997.

BORRAJO INIESTA, Ignacio. "El intento de huir del Derecho administrativo" en *Revista Española de Derecho Administrativo*. n. 78,1993.

BOSTON, Jonathan. *Public Management: The New Zealand Model*. Auckland, Oxford University Press, 1996.

BOSTON, Jonathan; MARTIN, John; PALLOT, June y WALSH, Pat. (eds.). *Reshaping the State: New Zealand Model*. Auckland, Oxford University Press, 1991.

BOVAIRD, Tony. "Performance Assessment of Service Quality: Lessons from UK National Initiatives to Influence Local Government" en *Quality, Innovation and Measurement in the Public Sector*, (eds H. Hill, H. Klages y E. Löffler). Frankfurt, Peter Lang GmbH, 1996.

BOVAIRD, Tony. "Public governance: balancing stakeholder power in a network society" en *International Review of Administrative Sciences*, v.71, n.2, 2005.

BOVAIRD, Tony y LÖFFLER, Elke. "Performance Assessment of Service Quality: Lessons from UK National Initiatives to Influence Local Government" en *International Review of Administrative Sciences*, v. 75, n. 3, 2009.

MURRAY, Michael. "Comparing Public and Private Management: An Exploratory Essay" en *Public Administration Review*, julio-agosto, 1975.

BOVENS, Mark y ZOURIDIS, Stavros. "From Street-Level to System-Level Bureaucracies: How Information and Communication Technology Is Transforming Administration Discretion and Constitutional Control" en *Public Administration Review*, v. 65, n. 5, 2002.

BOWER, Joseph L. *Business policy: text and cases*. Homewood, III, R.D. Irwin, 1965.

BOWER, Joseph. "Effective Public Management", en *Harvard Business Review*, marzo-abril, 1977.

BPM 2002 Market Milestone Report en *Delphi Group White Paper*.

<<http://www.delphigroup.com/whitepapers/pdf/20020220bpm-ws-wp.pdf>> (consultado el 22 de agosto de 2013).

BRACKER, J. "The Historical Development of the Strategic Management Concept" en *Academy of Management Review*, v.5, n. 2.

BRETSCHNEIDER, S. "Management information systems in public and private organizations: An empirical Test" en *Public Administration Review*, September/October, 1990.

BUCHANAN, Ian y TULLOCK, Gordon. *The Calculus of Consent: Logical Foundations of Constitutional Democracy*. Ann Arbor, Michigan University Press, 1962.

BURKE, W. y ROBERTSON, P. *Desarrollo Organizacional: Investigación, Teoría y Práctica*. Boston, Editores Handbook y Organización Psicológica, 1992.

C. ROLAND, Christensen; ANDREWS, Kenneth R; BOWER, Joseph L; HAMERMESH, Richard G. y PORTER, Michael E; *Business Policy: Text and Cases*. 5 ed. Homewood (IL), Richard D. Irwin, 1982. (1ªed. 1965).

CABA PÉREZ, Carmen; RODRÍGUEZ BOLÍVAR, Manuel Pedro y LÓPEZ HERNÁNDEZ, Antonio Manuel. "The use of web 2.0 to Transform Public Services Delivery: The case of Spain" en. *Web 2.0 Technologies and Democratic Governance: Political, Policy and Management Implications*, (eds. Tim O'Reilly y Stephen Kwamena Aikins). San Antonio, Springer, 2012.

CAIDEN, G. *Administrative Reform Comes of Age*. Berlin, de Gruyter, 1991.

CALDERÓN, César y LORENZO, Sebastián "Introducción" en *Open Government: Gobierno abierto*, (coord. César Calderón y Sebastián Lorenzo). Alcalá la Real, Algón Editores, 2010.

CALVO CHARRO, María. "La administración institucional. Los organismos públicos" en *La Administración*

pública española (Dtor. RODRÍGUEZ-ARANA MUÑOZ, J). Madrid, INAP, 2002.

CALVO ROJAS, Eduardo; PICO LORENZO, Celsa y SABÁN GODOY, Alfonso. "La Reforma de la jurisdicción contencioso-administrativa" en *Jueces para la Democracia*, n. 28, 1997.

CAMPBELL, Colin y WILSON, Graham K. *The End of Whitehall: Death of a Paradigm?* Oxford, Blackwell, 1995.

CAMPO SAINZ DE ROZAS, Julián. "El futuro de las empresas públicas: propiedad pública y propiedad privada" en VV.AA. *La empresa pública española*. Madrid, Instituto de Estudios Fiscales, 1980.

CANGA-ARGÜELLES, José. *Elementos de la Ciencia de Hacienda*. Londres, 1825.

CANTERO MARTÍNEZ, Josefa. "La decisión administrativa de externalizar y su repercusión en el empleo público. Límites y pautas para su adopción" en *Crisis y externalización en el sector público ¿Solución o Problema? Monografía del Grupo de Investigación para el estudio del Empleo Público*, (Dtor. Luis Ortega Álvarez). Madrid, INAP, 2011.

CANYELLES, J.M. "Responsabilidad social" en *Revista de Contabilidad y Dirección*, v.13, 2011.

CARBONERO GALLARDO, José Miguel. *La adjudicación de los contratos administrativos: origen, evolución y sistema actual. Tesis Doctoral*. Granada, Editorial de la Universidad, 2010.

CARDOZO, Myriam. "Organización y métodos alternativos en la evaluación de políticas y programas sociales. La experiencia consolidada y la emergente en el caso de Mexico" en *GAPP*, n. 5, enero-junio 2011.

CARR, Edward, H. *¿Qué es la historia?* Barcelona, Ariel, 1987.

CARRETERO PÉREZ, Adolfo. "La Teoría de los Actos Separables" en *Revista de Administración Pública*, n. 61, 1970.

CARROLL, James D. y LYNN, Dahlia B. "The future of Federal Reinvention: Congressional Perspectives" en *Public Administration Review*, vol 56, n.3, 1996.

CASSESE, Sabino (ed.) *Istituzioni di diritto amministrativo*. Roma, Giuffrè Editore, 2012. 5ª edición.

CASSESE, Sabino. "Grandezza e miserie dell'alta burocrazia in Italia" en *PD*, 1981.

CASTELLS, Manuel. *La Era de la Información. Volumen I. La Sociedad Red*. Madrid, Alianza, 1997.

CASTELLS, Manuel. *La Galaxia Internet. Reflexiones sobre Internet, Empresa y Sociedad*. Barcelona, Plaza

& Janés, 2001.

CASTILLO BLANCO, Federico A. *La interpretación y aplicación del ordenamiento jurídico público*. Madrid, INAP, 2007.

CASTILLO BLANCO, Miguel. "Los sistemas de selección en el empleo público español: reflexiones y propuestas" en VV.AA. *El Estatuto de la Función Pública a debate*. Madrid, Cóllex, 2003.

CEJUDO, Guillermo M (ed.). *La nueva gestión pública. Una introducción al concepto y a la práctica. Nueva gestión pública*. México, Siglo XXI, 2011.

CENTENO, R. van Babel y BURGELMAN. *eGovernment in the UE in the next decade*. Institute for Prospective Technological Studies-Comision Europea, 2004.

<http://ec.europa.eu/idabc/servlets/Doc?id=19131/> (consultado el 26 de agosto de 2013).

CEREZO, Tiburcio. *CRM en Seguridad Social*. A Coruña, VII Jornadas sobre Tecnologías de la Información para la Modernización de las Administraciones Públicas, 15-18 de Octubre de 2002.

CERRILLO, Agustín "La gobernanza hoy: Introducción" en *La gobernanza hoy. 10 textos de referencia*, (coord. Agustín Cerrillo). INAP, Madrid, 2005.

CERRILLO, Agustín. *La Administración Electrónica*. Cizur Menor, Aranzadi, 2007.

CHANG, James. F. *Business Process Management System: Strategy and Implementation*. Boca Ratón, Auerbach Pub, 2006.

CHEVALLIER, Jacque. *L'état post-moderne*. Paris, L.G.D.J., D.L. 2004.

CHINCHILLA, Carmen; DEL SAZ, Silvia y LOZANO, Blanca. *Nuevas perspectivas del Derecho Administrativo. Tres estudios*. Madrid, Ed. Universidad Nacional de Educación a Distancia y Editorial Civitas, S. A., 1992. 1ª edición.

CLARKE, Bertrand; FOKOVÉ, Ernest y ZHANG, Hao Helen. *Principles and Theory for Data Mining and Machine Learning*. New York, Springer, 2009.

CLAVERO ARÉVALO, Manuel. "Consecuencias de la concepción del Derecho administrativo como Ordenamiento común y normal"- RGLJ, noviembre, 1953.

CLAVERO ARÉVALO, Manuel. "La doctrina de los principios generales del Derecho y las lagunas del

ordenamiento administrativo" en *Revista de Administración Pública*, n. 7, 1952.

CLAVERO, Bartolomé. "Origen constitucional de la codificación civil en España. (Entre Francia y Norteamérica)" en *Derecho privado y Revolución burguesa. II Seminario de Historia del Derecho privado. Gerona, 25-27 de mayo de 1988*. (coord. PETIT, Carlos). Madrid, Marcial Pons, 1990.

"COGBURN, Derrick L. "Enabling effective multi-stakeholder participation in global internet governance through accessible cyber-infrastructure" en *The Routledge Handbook of Internet Politics*, (eds. Andrew Chadwick y Philip. N. Howard). Nueva York, Routledge, 2010.

COHEN, S. y EIMICKE, W. *The Use of the Internet in Government Service Delivery*. Nueva York, Columbia University, 2001.

COLLADO YURRITA, Miguel Ángel y MARTÍNEZ TIRADO, Juan Francisco. *La inspección de servicios en el ámbito de la Universidad*. Universidad de Castilla la Mancha, 2000.

COLLIER, Ruth y COLLIER, David. *Shaping the Political Arena. Critical Junctures, The Labour Movement and Regime Dynamics in Latin America*. Princeton, Princeton University Press, 1991.

COLMEIRO, Manuel. *Elementos del derecho político y administrativo de España*.

COLOM PIAZUELO, Eloy. *Los Procedimientos Especiales de Responsabilidad Administrativa*. Cizur Menor, Thompson Aranzadi, 2007.

COLÓN DE CARVAJAL, Borja. "El contrato de colaboración entre el sector público y el sector privado en el ordenamiento jurídico español: orígenes, características y naturaleza de una experiencia exitosa" en *Noticias jurídicas*, octubre, 2009. <<http://noticias.juridicas.com/articulos/15-Derecho%20Administrativo/200910-43829474723947563.html#sdfootnote6sym>> (consultado el 1 de julio de 2011).

COLÓN DE CARVAJAL, Borja. "La contratación administrativa en tiempos de crisis: tres ideas útiles para ahorrar" en *Actualidad administrativa*, n. 2, 2010.

COM (2001) 428 final. (http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/site/es/com/2001/com2001_0428es01.pdf: Recogido el 29-12-2008).

COM (2004) 327, de 30 de abril de 2004. *Libro Verde sobre la colaboración público-privada y el Derecho comunitario en materia de contratación pública y concesiones*.

COM (2006) 691 final. *Medir los costes administrativos y reducir las cargas administrativas en la Unión*

Europea. Bruselas, 14.11.2006.

COMÍN, Francisco. "La segunda industrialización en el marco de la primera globalización (1870-1913)" en *Historia Económica Mundial. Siglos X-XX* (eds. Francisco Comín, Mauro Hernández y Enrique Llopis). Madrid, Crítica, 2010.

COMISION DE LAS COMUNIDADES EUROPEAS. *La Gobernanza Europea. Un Libro Blanco*. Bruselas, 25.7.2001. COM (2001) 428 final.

COMISIÓN EUROPEA. "Stakeholders views at Conference. Single Market: Time to Act!". <http://ec.europa.eu/internal_market/smn/smn60/docs/smact_conference_en.pdf> (consultado el 27 de agosto de 2013).

COMISIÓN EUROPEA. *eGovernment beyond 2005: CoBrA recommendations for modern and innovative public administrations by 2010*. IP/04/1167. Brussels, 1st October 2004.

COMISIÓN EUROPEA. *Mantener el Mercado Único. La Directiva 83/189/CEE. Guía de los procedimientos de información en materia de normas y reglamentaciones técnicas nacionales*. Luxemburgo, Oficina de Publicaciones de las Comunidades Europeas, 1998.

COMISION EUROPEA. *Manual del SEC95 sobre el déficit público y la deuda*. Luxemburgo, Oficina de Publicaciones Oficiales de las Comunidades Europeas, 2002.

<http://www.epp.eurostat.ec.europa.eu/cache/ITY_OFFPUB/KS-42-02-585/ES/KS-42-02-585-ES.PDF> (consultado el 9 de julio de 2011).

COMISIÓN NACIONAL DE LA COMPETENCIA "Guía para la elaboración de memorias de competencia de los proyectos normativos" en *Actualidad Administrativa*. La Ley. 2010-1, enero, 2009.

COMISIÓN NACIONAL DE LA COMPETENCIA "Informe de 28 de noviembre de 2008 sobre el Proyecto de RD por el que se desarrolla la Ley 30/2007, de contratos del sector público en materia de clasificación de contratistas y órganos competentes en materia de contratación" en *Actualidad Administrativa*. La Ley. 2010-1, enero, 2010.

COMMISSION INTERNATIONALE DE JURISTES. *L'Espagne et la Primauté du droit*. Ginebra, 1962

COMMITTEE OF SPONSORING ORGANIZATIONS OF THE TREADWARY COMMISSION y COOPERS & LYBRAND (ed.). *Los Nuevos Conceptos del Control Interno: Informe COSO*. Madrid, Ediciones Díaz de Santos - Business & Economics, 1997.

CONSTITUCIÓN DE LA REPÚBLICA GRIEGA. <<http://www.eft.com.ar/legislac/constit/grecia.htm>> (consultado el 19 de septiembre de 2009).

CONSTITUCIÓN DE LA REPÚBLICA ITALIANA.

<<http://www.governo.it/Governo/Costituzione/CostituzioneRepubblicaItaliana.pdf>> (consultado el 19 de septiembre de 2009).

CONSTITUCIÓN DE LA REPÚBLICA FEDERAL DE ALEMANIA.

<<http://constitucion.rediris.es/legis/legextr/ConstitucionAlemana.html#a65.>> (consultado el 18 de septiembre de 2009).

CONSTITUCIÓN DE LA REPÚBLICA PORTUGUESA. <<http://www.parlamento.pt/Legislacao/Paginas/ConstituicaoRepublicaPortuguesa.aspx#art182>> (consultado el 30 de septiembre de 2009).

CONSTITUCIÓN DE WEIMAR.

<http://www.der.uva.es/constitucional/verdugo/Constitucion_Weimar.pdf> (consultado el 28 de octubre de 2010).

CONSTITUCIÓN DEL REINO DE SUECIA.

<http://www.riksdagen.se/templates/R_PageExtended___6325.aspx> (consultado el 27 de septiembre de 2009).

CONSTITUCIÓN FRANCESA DE 1791.

<<http://www.conseil-constitutionnel.fr/conseil-constitutionnel/francais/la-constitution/les-constitutions-de-la-france/constitution-de-1791.5082.html>> (consultado el 22 de abril de 2010).

COSTAS, Antón. “Regulación y calidad de los servicios públicos liberalizados” en *GAPP*, 32, Enero-Abril, 2005.

CRAIG, P. and RAWLINGS, R (eds.). “Law and Administration in Europe” en *Essays in Honour of Carol Harllow*. Oxford University Press, Oxford, 2003.

CRESPO RODRIGUEZ, Miguel y ZAFRA JIMENEZ, Antonio. *Transparencia y Buen Gobierno: su regulación en España*. Madrid, La Ley, 2005.

CRIADO, José Ignacio. “Redes sociales y Open Government. Hacia unas Administraciones locales en red y abiertas” en *Revista Democracia y Gobierno Local*. Fundación Democracia y Gobierno Local, n. 18 y 19, 2012.

CRIADO, José Ignacio. *Entre sueños utópicos y visiones pesimistas. Internet y las tecnologías de la*

información y la comunicación en la modernización de las Administraciones Públicas. Madrid, INAP, 2009.

CROSBY, Philip B. *La calidad no cuesta: El arte de cerciorarse de la calidad*. Mexico, Compañía Editorial Continental, 1990.

CROZIER, Michael y VV.AA. *La crisis de la inteligencia: ensayo sobre la incapacidad de las élites para reformarse*. Madrid, INAP, 1996.

CRUZ FERRER, Juan de la. "Una aproximación al control de proporcionalidad del Consejo de Estado francés: el balance costes-beneficios en las declaraciones de utilidad pública de la expropiación forzosa" en *Revista de Derecho Administrativo*, Civitas. n. 45, 1985.

CTiTI i Kairos Management. *Metodología Esprit. Versió 1.3*. Marzo 2005.

CUATRECASAS ARBÓS, Luis. *Lean Management: la gestión competitiva por excelencia*. Barcelona, Profit, 2010.

DA COSTA MARQUES, Conceição. "La corporate governance en el sector público; principios elementos y enmarcación conceptual" en *Técnica Económica. Administración y dirección de empresas*, n. 175, 2006.

DA SILVA OCHOA, Juan Carlos "Estudio sistemático de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común" en *Administraciones Públicas y Ciudadanos* (coord. B. PENDAS). Barcelona, Praxis, 1993.

DANIEL, D. Ronald, "Management Information Crisis," en *Harvard Business Review*, Sept.-Oct., 1961

DANZIGER, James N y KRAEMER, Kenneth L. *People and Computers, The Impacts of _Computing on End Users in Organizations*. Nueva York, Columbia University Press, 1986.

DANZIGER, James n. y DUTTON, William H. "Computers as an Innovation in American Local Governments" en *Communications of the ACM*, v. 20, n. 12, 1977.

DANZIGER, James n.; DUTTON, William H.; KONG, Rob y KRAEMER, Kenneth L. (eds.). *Computers and Politics. High Technology in American Local Governments*. Nueva York, Columbia University Press, 1982.

DARNACULLETA I GARDELLA, Mercè. *Autorregulación y Derecho público: la autorregulación regulada*. Madrid, Marcial Pons, 2005.

DAVID, Paul A. "Some New Standards for the Economics of Standirization in the Information Age" en *Economic Policy and Technological Performance* (Eds. Partha Dasgupta and Paul Stoneman) Cambridge,

Cambridge University Press, 1987.

DE FUELLES BENÍTEZ, M. *Educación e ideología en la España contemporánea (1767-1975)*, Barcelona: Politeia. 1980.

DE LA PEÑA VELASCO, Gaspar. “La delimitación del contenido constitucional de la parte dispositiva de las leyes de presupuestos en materia tributara” en *Revista Española de Derecho Financiero*, n. 99, julio-septiembre 1998.

DE LA PUENTE Y LAVALLE, Manuel. “¿Por qué se contrata?” en *Derecho Civil Patrimonial*. (ed. Gastón Fernández Cruz y Alfredo Bullard). Lima, PUCP, 1997.

DE LA QUADRA-SALCEDO, Tomás. “Constitución y modelo económico liberalizador” en *Cuadernos de Derecho Público*, n. 9, enero-abril, 2000.

DE LA TORRE GARCÍA, Carlos (ed). *Responsabilidad social corporativa*. Navarra, Códigos básicos-Aranzadi, 2008.

DEL SAZ CORDERO, Silvia. “Desarrollo y crisis del Derecho administrativo. Su reserva constitucional“, en *Nuevas perspectivas del Derecho Administrativo. Tres estudios*. (Ed. Carmen Chinchilla, Silvia Del Saz y Blanca Lozano). Madrid, Ed. Universidad Nacional de Educación a Distancia y Editorial Civitas, S. A., 1992. 1ª edición.

DELGADO DE LA TORRE, Rosario. *Probabilidad y estadísticas para ciencias e ingenierías*. Madrid, Delta, 2008.

DEYON, Pierre. *Los orígenes de la Europa moderna: el mercantilismo*. Ediciones Península, Barcelona, 1976.

DÍAZ DE MONTALVO, Alfonso. *Compilación de Leyes del Reino. Ordenamiento de Montalvo*. Edición facsimilar de la edición de 1484. Valladolid, Lex Nova, 1986.

DIAZ LEMA, José Manuel. “La constitución y el Derecho Administrativo” en *Administraciones Públicas y Constitución. Reflexiones sobre el XX Aniversario de la Constitución Española de 1978*, (Coord. Álvarez Conde). Madrid, MAP, 1998.

Diccionario de la RAE, 22ª edición.

DÍEZ, Manuel María. *Derecho administrativo*. Buenos Aires, Editorial Bibliográfica Argentina, 1963. T.I.

DIMAGGIO, Paul J. y POWELL, Walter W. "The Iron Cage Revisited: Institutional Isomorphism and Collective Rationality in Organizational Fields" en *American Sociological Review*, v. 48, n. 2, 1983.

DOMÍNGUEZ ORTIZ, Antonio. *El Antiguo Régimen: Los Reyes Católicos y los Austrias. Historia de España dirigida por Miguel Artola*. Madrid, Alianza Editorial, 1988.

DORREGO DE CARLOS, Alberto y MARTÍNEZ VÁZQUEZ, Francisco. "La colaboración público-privada" en *La colaboración público-privada en la Ley de Contratos del Sector Público. Aspectos administrativos y financieros*, (dtores. Alberto Dorrego De Carlos y Francisco Martínez Vázquez) y (coord. Jorge Villarino Marzo). La Ley, Madrid, 2009.

DOWNS, Anthony. "A Realistic Look at the Final Payoffs from Urban Data Systems" en *Public Administration Review*. v. 27, No. 3 (Sep), Wiley, 1967.

DRUCKER, Peter F. *The Practice of Management*. Nueva York, Harper & Row, 1950

DUGUIT, León. *Las transformaciones generales del derecho privado desde el Código de Napoleón*. (Trad. Carlos González Posada). Valparaiso, Edeval, 1987.

DUGUIT, León. *Le droit social, le droit individuel et la transformation de l'État*. París, 1908.

DUGUIT, León. *Manual de derecho constitucional: teoría general del Estado, el Derecho y el Estado, las libertades públicas*. Granada, Comares, 2005.

DUIJKERSLOOT, Ton. "The Principle of Legality and the 'Soft Law' Regulation and Supervision of Financial Markets" en *The Eclipse of the Legality Principle in the European Union*, (ed. Leonard Besselink, Frank Pennings y Sacha Prechal). AH Alphen aan den Rijn, Kluwer Law International, 2011.

DUNLAVY, Patrick; MARGETTS, Hellen; BASTOW, Simon y TINKLER, Jane. *Digital Era Governance: IT Corporations, the State and E-government*. Oxford University Press, 2006.

DUNLEAVY, Patrick y HOOD, Christopher. "De la Administración Pública tradicional a la nueva gestión pública. Ensayo sobre la experiencia modernizadora de diversos países desarrollados" en *Gestión y Análisis de las Políticas Públicas*, n.3, 1995.

DUNLEAVY, Patrick y HOOD, Christopher. "From Old Public Administration to New Public Management" en *Public Money & Management*, v. 14, n.3, 1994.

DUNLEAVY, Patrick. *Democracy, Bureaucracy and Public Choice, Economic Explanations in Political*

Science. Hemel Hempstead, Harvester Wheatsheaf, 1991.

DUTTON, William H. y PELTU, Malcolm. "The new politics of the internet. Multi-stakeholder policy-making and the internet technocracy" en *The Routledge Handbook of Internet Politics*, (eds. Philip. n.). Nueva York, Routledge, 2010.

ECHEBARRIA ARIZNABARRETA, Koldo. "Reivindicación de la reforma Administrativa: Significado y modelos conceptuales" en *Reforma y Democracia*, n. 18, 2000.

ECHEBARRÍA, K. y MENDOZA, X. "La especificidad de la gestión pública: el concepto del management público" en *¿De burócratas a gerentes? Las ciencias de la gestión aplicadas a la administración del Estado*, (Ed. Carlos Losada). Washington, D.C., Banco Interamericano de Desarrollo (BID), 1999.

EDWARDS DEMING, William. *Calidad, productividad y competitividad*. Madrid, Díaz de Santos, 1989.

EFQM. *An overview of the EFQM Excellence Model*. Bruselas, 2012

EMBID IRUJO, Antonio. *El ciudadano y la administración*. Madrid, MAP, 1994.

EMERY, F.E. y TRIST, E.L. "The casual texture of organizational environments" en *Human Relations*, v.18, 1965.

ERLICKH, L. "Levering legacy systems in modern architectures" en *Journal of Information Technology Case a applications Research*, v.4, n.30, 2002.

ESCOLANO DE ARRIETA, Pedro. *Práctica del Consejo Real en el Despacho de los negocios consultivos, instructivos y contenciosos*. 2 tomos. Madrid, 1796. Tomo II.

ESCUIN PALOP, Vicente. *Los recursos administrativos*. Cizur Menor (Navarra), Aranzadi-Thomson Civitas, 2011.

ESTATUTO ALBERTINO 1848. <<http://www.quirinale.it/qrnw/statico/costituzione/statutoalbertino.htm>> (consultado el 9 de noviembre de 2010).

ESTELLA DE NORIEGA, Antonio. "La Administración Pública Comunitaria" en VV.AA. *Manual de Derecho Comunitario*. Madrid, Centro de Estudios Ramón Areces, 2000.

FAIRLEY, Richard. *Ingeniería de Software*. Mexico, Mc. Graw Hill, 1989.

FARRE ORIOL, Domenech. *El I-CRM una Administración Inteligente*. A Coruña, VII Jornadas sobre

Tecnologías de la Información para la Modernización de las Administraciones Públicas, 15-18 de Octubre de 2002.

FAYOL, H. *General and Industrial of Management*. Londres, Pittman, 1949

FEIGENBAUM, A. *The Total Quality Control*. Nueva York, McGraw Hill, 1961.

FELCMAN, I., BLUTMAN, G. y MÉNDEZ PANES, S. *Cultura Organizacional en la Administración Pública Argentina*. Buenos Aires, Ediciones Cooperativas, 2002.

FEMP. *Informe SATI. Resolución del Parlamento Europeo sobre la revisión intermedia del plan de acción europeo sobre medio ambiente y salud 2004-2010*. Noviembre de 2008.

FERNÁNDEZ DE BUJÁN, Antonio. "El papel de la buena fe en los actos, arbitrajes y contratos" en *Revista de Derecho de la UNED*, n. 7, 2010.

FERNÁNDEZ DE VELASCO, Recaredo. *Resumen de Derecho Administrativo y de Ciencias de la Administración*. Barcelona, Bosch, 1930. 2ª ed.

FERNANDEZ ESPINAR, Luis Carlos. "El control judicial de la discrecionalidad administrativa. La necesaria revisión de la construcción dogmática del mito de la discrecionalidad y su control" en *Revista Jurídica de Castilla y León*, n. 26, Enero, 2012.

FERNÁNDEZ MANJÓN, Desiderio. "La colaboración como instrumento de construcción de los estados compuestos asimétricos. Luces y sombras" en *Autonomies*, n. 27, 2001.

FERNÁNDEZ MANJÓN, Desiderio. *La colaboración en el Estado compuesto asimétrico. El caso de España*. Oñate, IVAP, 2001.

FERNÁNDEZ MANJÓN, Desiderio. *La identidad europea. La aportación española*. Madrid, Vision Libros, 2009.

FERNÁNDEZ MANJÓN, Desiderio. *Los desafíos de la diversidad en los Estados Compuestos Asimétricos*. Barcelona, Fundación La Caixa, 2001.

FERNÁNDEZ MANJÓN, Desiderio. *Proyección internacional de la diversidad territorial*. Oñati, IVAP, 2003.

FERNÁNDEZ MANJÓN, Desiderio. *Viejos pueblos, nuevas perspectivas*. Oñati, IVAP, 2006.

FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, T.R., *Arbitrariedad y discrecionalidad*. Civitas, Madrid, 1991.

FERNÁNDEZ TORRES, Juan Ramón. *Historia legal de la jurisdicción contencioso-administrativa (1845-1998)*. Madrid, Iustel, 2007.

FERNÁNDEZ, Estanislao de Kotska, "Políticas Públicas" en *Diccionario Crítico de Ciencias Sociales. Terminología Científico-Social* (Dir. Román Reyes). Madrid-México, Plaza y Valdés, 2009.

<http://pendientedemigracion.ucm.es/info/eurotheo/diccionario/P/politicas_publicas_b.htm> (Consultado el 12 de febrero de 2014).

FERREIRA FERNÁNDEZ, Javier. *La provisión de puestos de trabajo en la Administración General del Estado*. INAP, Madrid, 2002.

FERRERES CORNELLÁ, Víctor y XIOL RÍOS, Juan Antonio. *El carácter vinculante de la jurisprudencia*. Madrid, Fundación Coloquio Jurídico Europeo, 2009.

FIAMMANTE, Marc. *Dynamic SOA and BPM. Best Practises for Business Process Management and SOA Agility*. Boston, IBM Press, 2010.

FLEINER, F. *Les principes généraux de Droit Administratif Allemand*. París, Delagrave, 1933.

FOGEL, Karl (ed.). *Producir Software de Código Abierto. Cómo Llevar a Buen Puerto un Proyecto de Código Libre*. O'Reilly, 2007.

FONT, Joan y BLANCO, Ismael. *Experiencias de participación ciudadana. Polis, la ciudad participativa. Participar en los municipios: ¿Quién?, ¿Cómo? y ¿Por qué?* Barcelona, Diputación de Barcelona, 2006.

FOUNTAIN, Jane E. "Bureaucratic reform and e-government in the United States: an institutional perspective" en *The Routledge Handbook of Internet Politics*, (eds. Philip. n.). Nueva York, Routledge, 2010.

FOUNTAIN, Jane. E. *Building the Virtual State. Information Technology and Institutional Change*. Washington D.C., Brookings Institution Press, 2001.

FOX, Elliot M. "Mary Parker Follet: The Enduring Contribution" en *Public Administration Review*, n. 28, diciembre, 1968.

FRAGA IRIBARNE, Manuel. *Administración única. Una propuesta desde Galicia*. Barcelona, Planeta, 1993.

FREDERICKSON, H. George. "Toward a Theory of the Public for Public Administration" en *Administration*

and Society, v. 22, Number 4 (February 1991). (Traducido por Carlos Villegas en *Gestión y Política Pública*, v. I, n. 1, julio-diciembre, 1992).

FREEMAN, R.E. *Strategic Management: A stakeholder Approach*. Boston, Pitman, 1984.

FRIEDMAN, Milton. "La contrarrevolución en la teoría monetaria" en *La economía monetarista*. Barcelona, Ediciones Altaya, 1992.

FUENTES QUINTANA, Enrique. *Hacienda Pública. Introducción, presupuesto e ingresos públicos*. Madrid, FCEE-UCM, 1973.

FUENTETAJA PASTOR, Jesús y MEDINA GONZÁLEZ, Sara. "Capítulo XIX. La intervención de la Administración en la Sanidad" en *Parte especial del Derecho administrativo. La intervención de la Administración en la sociedad*, (coord. Enrique Linde Paniagua). Madrid, Colex, 2007.

FUENTETAJA PASTOR, Jesús. "El Estatuto Básico del Empleado Público" en *Revista de Administración Pública*, n. 174, sept.-dic. 2007.

FUENTETAJA PASTOR, Jesús. "Modelos europeos de Función pública" en VV.AA. *El Estatuto de la Función Pública a debate*. Madrid, Cóllex, 2003.

FUERTES FERNÁNDEZ, Adolfo. "Fundamentos de la colaboración público-privada para dotación de infraestructuras y servicios" en *Revista del Derecho de las Telecomunicaciones, Transportes e Infraestructuras* (REDETI), Año X, n. 29, Mayo-Agosto, 2007.

FUNDACION CETMO. "La gestión por procesos" en *Modelos para implantar la mejora continua en la gestión de empresas de transporte por carretera: [Sistema de gestión de la calidad según ISO 9001 2000]*. Madrid, Ministerio de Fomento, 2004.

FUNDACIÓN FIASEP. "Conclusiones del I Congreso Nacional de Auditoría en el Sector Público" en *Auditoría Pública* n. 33, 2004.

FUNG, Archong y WEIL, David. "Open Government and Open Society" en. *Open Government*, (eds. Daniel Lathrop y Laurel Ruma). Sebastopol, Calif., O'Reilly, 2010.

FURUMO, Kimberly. "Insuring a successful ERP Implementarion: Lessons Learned from a Failed Project a State Public University" en *Case Studies on Digital Government*, (ed. Bruce Rocheleau). Hershey, Idea Group, 2007.

GAINS, F. *Understanding department-Next Step agency relationships. Ph. D. Thesis.* University of Sheffield, Department of Politics, 1999.

GALÁN RUIZ, Javier. "La intervención de la Administración en el sector público" en *Parte especial del Derecho administrativo. La intervención de la Administración en la sociedad*, (coord. Enrique Linde Paniagua). Madrid, Colex, 2007.

GALIANA SAURA, Ángeles. "La actividad legislativa en el Estado social de Derecho" en *Cuadernos Electrónicos de Filosofía del Derecho*. n. 2, Universidad Rovira i Virgili, 1999. <<http://www.uv.es/cefd/2/galiana.html>> (consultado el 19 de febrero de 2014).

GALIANA SAURA, Ángeles. *La legislación en el Estado de Derecho*. Madrid, Dykinson, 2003.

GALINDO, Fernando (coord.). *Gobierno, Derecho y Tecnología: Las actividades de los Poderes Públicos. I. Introducción*. Cizur Menor, Thomson Civitas, 2006.

GALLEGO ANABITARTE, Alfredo. "Influencias nacionales y foráneas en la creación del Derecho administrativo español" en *La construcción del Estado y del Derecho administrativo. Ideario-jurídico político de Posada Herrera*, (coord. Francisco Sosa Wagner,). Madrid, Marcial Pons, 2001.

GALLEGO ARENILLA. J.A. "Prólogo" en BELTRÁN VILLALVA, Miguel. *La productividad de la Administración española: un análisis comparativo*. Madrid, Instituto de Estudios de Prospectiva, MEH, 1991.

GALLEGO, Raquel, GOMÀ, Ricard. y SUBIRATS, Joan, (edit.). *Estado de bienestar y Comunidades Autónomas. La descentralización de las políticas sociales en España*. Madrid, Tecnos, 2003.

GALLEGO, Raquel, GOMÀ, Ricard. y SUBIRATS, Joan. "From state welfare to regional welfare?" en *The territorial politics of Welfare*, (eds. Mc.EWEN, Nicola and Luis Moreno). New York, Routledge, 2005.

GALVAN RUIZ, Jesús y GARCÍA LÓPEZ, Pedro. *La Administración Electrónica en España*. Madrid, ARIEL-INAP, 2007. p, 45-71.

GARCÍA DE CORTÁZAR, José Ángel. "La época Medieval". *Historia de España dirigida por Miguel Artola*. Madrid, Alianza Editorial, 1998.

GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo. "Verso un concetto de Diritto Administrativo come Diritto Statutario" en *Rivista Trimestrale de Diritto Pubblico*, n. 23, 1960.

GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo. "La lucha contra las inmunidades del poder en el derecho

administrativo” en *Revista de Administración Pública*, n. 38, 1962.

GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo. “Prólogo” en ALLI ARANGUREN, J. C. *La construcción del concepto de Derecho administrativo español*. Navarra, Thomson-Civitas, 2006.

GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo. *La Administración Española*. Madrid, Alianza Editorial, primera edición, 1961.

GARCÍA DE ENTERRÍA. "Reflexiones sobre la Ley y los principios generales del Derecho administrativo". *Revista de Administración Pública*, n. 40, 1963. SCHMITT, C. *Legalität und Legitimität*. Madrid, Aguilar, 1971 ([1932] versión española, traducción de la edición de 1968).

GARCÍA FERNÁNDEZ, JAVIER. “El funcionamiento del Gobierno en la Constitución” en *Administraciones Públicas y Constitución. Reflexiones sobre el XX Aniversario de la Constitución Española de 1978*, (Coord. Álvarez Conde). Madrid, MAP, 1998.

GARCÍA FERNÁNDEZ, Javier. *Estudios sobre el Gobierno*. Madrid, INAP, 2008.

GARCÍA OVIEDO, Carlos. *El intervencionismo del Estado en los administrativistas clásicos españoles*. REVL, 13, 1944.

GARCÍA PELAYO, M. *Las transformaciones del Estado contemporáneo*. Madrid, Alianza, 1980. 2ª ed.

GARCIA SÁNCHEZ, Isabel. “La nueva gestión pública: evolución y tendencias” en *Presupuesto y Gasto Público*, n. 47, 2007.

GARDE, Juan Antonio. "La evaluación de la calidad en la Administración" en *Administración Inteligente* (coord. Antonio Díaz Méndez y Eloy Cuéllar). Madrid, MAP, 2005.

GARRIDO FALLA, Fernando. “La Administración Pública como objeto de ciencias jurídicas y no jurídicas” en *Revista de Administración Pública*, n. 23, 1957.

GARRIDO FALLA, Fernando. “La evolución del recurso contencioso - administrativo en España” en *Revista de Administración Pública*, n. 55, 1968.

GARRIDO FALLA, Fernando. "Privatización y reprivatización" en *Revista de Administración Pública*, n. 126, 1991.

GARRIDO FALLA, Fernando. "Sobre el Derecho administrativo y sus ideas cardinales" en *Revista de*

Administración Pública, 7, 1952.

GARRIDO FALLA, Fernando. *Tratado de Derecho Administrativo*. v.I. Madrid, Tecnos, 2002. 13 ed.

GARRIGA, Carlos y LORENTE, Marta. “Orden jurídico y poder político en el Antiguo Régimen” en *Cádiz, 1812. La constitución jurisdiccional* (Ed. Carlos Garriga y Marta Lorente). Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2007.

GARRIGA, Carlos y LORENTE, Marta. “Responsabilidad de los empleados públicos y contenciosos de la Administración (1812-1845). Una propuesta de revisión” en *Cádiz, 1812. La constitución jurisdiccional*, (ed. Carlos Garriga y Marta Lorente). Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2007.

GASCÓN Y MARÍN, José. *Tratado de Derecho Administrativo. Principios y legislación española*. Madrid, 1955.

GAY ARMENTEROS, Juan. *Política y administración en Javier de Burgos*. Granada, CEMCI, 1993.

GEISS, Immanuel. *Condiciones históricas previas a los conflictos contemporáneos*, en "Historia Universal", Tomo 36 alemán, México, Siglo XXI, 1982.

GIANNINI, Massimo. “Identificazione delle discipline dirette alio studio degli aspetti non giuridici dell'azione amministrativa” en sep. de *L'Organizzazione tecnica della Pubblica Amministrazione*, 1954, n. 3.

GIANNINI, Massimo. *Derecho Administrativo*. v.I. Madrid, MAP, 1991.

GIANNINI, Massimo. *Lezioni di Diritto Amministrativo (1959-1960)*. Roma, 1961.

GIBSON, Cyrus F y NOLAN, Richard L. “Managing the Four Stages of EDP Growth” en *Harvard Business Review*, v. 52, n. 1, 1974.

GIL NOVALES, Alberto (ed.). *La revolución burguesa en España*. Madrid, Universidad Complutense, 1985.

GIL NOVALES, Alberto. "Las contradicciones de la revolución burguesa española" en *La revolución burguesa en España*, (Ed. Alberto Gil Novales). Madrid, Universidad Complutense, 1985.

GOLANI, Mati y GAL, Avigdor. “Flexible Business Process Management Using Forward Stepping and Alternative Paths” en *Business Process Management. Second International Conference, BPM 2005*, (eds. Wil M.P. van derAalst, Boualem Benatallah, Fabio Casati y Francisco Curbera). Nancy, France, September 5-8, 2005.

- GÓMEZ ORFANEL, G. *Excepción y normalidad en el pensamiento de Carl Schmitt*, Madrid, CEC, 1986.
- GÓMEZ PUENTE, Marcos. "La Administración Electrónica" en VV.AA. *La autorización administrativa. La Administración Electrónica. La enseñanza del Derecho Administrativo hoy*, (ed. Asociación Española de Profesores de Derecho Administrativo). Cizur Menor (Navarra), THOMSON Aranzadi, 2007.
- GONZALEZ ANTOLÍN, Rubén. *Aplicación de Ingeniería dirigida por Modelos (MDE) en Procesos de Negocio (BPM)*. Trabajo Fin de Máster. Madrid, EPS UAM, 2009.
- GONZÁLEZ HERNÁNDEZ, Juan Carlos. "La Constitución y la Ciencia de la Administración" en *Administraciones Públicas y Constitución. Reflexiones sobre el XX Aniversario de la Constitución Española de 1978*, (Coord. Álvarez Conde). Madrid, MAP, 1998.
- GONZÁLEZ PÉREZ, Jesús. "El método en el Derecho administrativo". *Revista de Administración Pública*, 22, 1957.
- GONZÁLEZ PRIETO, Luis Aurelio. "El franquismo y el Estado de Derecho" en *Sistemas*, n. 187, 2005.
- GONZÁLEZ, Manuel Jesús. *¿Adónde va el sector público? Del Estado del bienestar al bienestar con menos Estado*. Madrid, Informes del Instituto de Estudios y Análisis Económicos-Ministerio de Economía y Hacienda, 1994.
- GONZÁLEZ-VARAS, Santiago. "Entidades de derecho privado y jurisdicción contencioso-administrativa". En *Seminario sobre la relación entre lo público y lo privado en el Derecho Administrativo*, Zaragoza, 2004.
- GONZÁLEZ-VARAS, Santiago. "¿Del servicio público a los mercados de interés general?" en *Cuadernos de Derecho Público*, n. 12, enero-abril, 2002.
- GONZÁLEZ-VARAS, Santiago. *El contrato administrativo*. Civitas, Madrid, 2003.
- GONZÁLEZ-VARAS, Santiago. *El Derecho Administrativo Privado*. Madrid, Editorial Montecorvo, 1996.
- GONZÁLEZ-VARAS, Santiago. *Tratado de Derecho administrativo. Tomo I*. 8 vols. Aranzadi Civitas, Col. Nuevos clásicos.
- GOODNOW, Frank J. "Política y Administración" en *Clásicos de la Administración Pública*. Colegio Nacional de Ciencias Políticas y Administración Pública. Mexico, FCE, 1999. (ed.orig. *Politics and Administration: A Study in Government Nueva York*, Russell and Rusell, 1900).

- GOODNOW, Frank. *The principles of the Administrative Law of the United States*. Nueva York, G.P. Putnam's Sons, 1905.
- GORDON, Steven y MULLIGAN, Paul. *The coming Infocracy: New Organizational Forms for the Delivery or Personal Financial Services. Issues & Trends of Information Technology Management in Contemporary Organizations*. Hershey, Idea Group Inc (IGI), 2002.
- GORE, Albert. "The New Job of the Federal Executive" en *Public Administration Review*. v. 54, n.4, 1994.
- MOE, Ronald C. "The 'Reinventing Government' Exercise: Misinterpreting the Problem, Misjudging the Consequences" en *Public Administration*, v. 54, n.2, 1994.
- GOTTMANN, Jean. *Megalopolis. The urbanized northeastern seaboard of the United States*. Twentieth Century Fund. 1961.
- GOUBERT, Pierre. "Les problèmes de la noblesse au XVIII" en XIIIth International Congress of Historical Sciences, Moscow, 1970.
- GOVERN DE LA GENERALITAT DE CATALUNYA. "El Govern demana un informe al Consell de Garanties Estatutàries sobre la Llei de garantia d'unitat de mercat" en *Acords de Govern 14 de gener de 2014*. <http://www.govern.cat/pres_gov/AppJava/govern/govern/consell-executiu/acords-govern/acordgovern-4221.html> (consultado el 16 de enero de 2014).
- GRIBNAU, Hans. "The Code of Conduct for Business Taxation: An Evaluation of an EU Soft-Law Instrument" en *Traditional and Alternative Routes to European Tax Integration*, (ed., Dennis Weber). Amsterdam, IBFD, 2010.
- GUARDIAN HORTA, Carlos "¿Transparencia?" en *Open Government: Gobierno abierto*, (coord. César Calderón y Sebastián Lorenzo). Alcalá la Real, Algón Editores, 2010.
- GUERRERO SALOM, Enrique. "La actividad del Congreso de los Diputados. Una evaluación" en *El Congreso de los Diputados en España Funciones y rendimiento*, (ed. Antonia Martínez). Madrid, Editorial Tecnos, 2000.
- GUERRERO SALOM, Enrique. "El control parlamentario del gobierno" en VV.AA. AUTORES. *Administraciones Públicas y Constitución. Reflexiones sobre el XX Aniversario de la Constitución Española de 1978*. Madrid, MAP, 1998.
- GUERRERO SALOM, Enrique. *El control parlamentario. El caso de España. Tesis Doctoral*. Universidad

Complutense, 1998.

GUILLÉN ZANÓN, Ángel y NÚÑEZ DE PARDO, Elvira Ramírez. "Administración por objetivos" en *Técnicas gerenciales en la Administración Pública*. Madrid, Documentación Administrativa, 223, julio-septiembre 1990.

GUIZOT, François. *De la democracia en Francia*. Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1981.

GULICK, L. y URWICK, L. *Papers on the science of administration*. New York, Institute of Public Administration, Columbia University, 1937.

GULLICK, L. y URWICK, L. *Papers on the Science*. Institute of Public Administration, Nueva York, 1937.

GUNTHER, Richard, DIAMANDOUROS, P. Nikiforos and SOTIROPOULOS, Dimitri A, (eds.). *Democracy and the State in the New Southern Europe*. Nueva York, Oxford University Press, 2006.

HACKMAN, Richard. J y WAGEMANN, Ruth. "Total Quality Management: Empirical, conceptual, and practical issues" en *Administrative Science Quarterly*, n. 40, 1995.

HAL, G. Rainey, BACKOFF, Robert W. y LEVINE, Charles n. "Comparing Public and Private Mangement: An Exploratory Essay" en *Public Administration Review*, marzo-abril, 1976.

HALPERIN, Jean-Louis. "Orígenes de la noción moderna de jurisprudencia. Una obra jurídica del Tribunal de Casación bajo la Revolución Francesa" en *Derecho privado y Revolución burguesa. II Seminario de Historia del Derecho privado. Gerona, 25-27 de mayo de 1988*. (coord. PETIT, Carlos). Madrid, Marcial Pons, 1990.

HAMMER, M. "Re-engineering Work: Don't Automate, Obliterate" en *Harvard Business Review*, Julio-Agosto, 1990.

HAMMER, Michael y CHAMPY, James. *Reengineering the Corporation: A Manifesto for Bussiness Revolution*. Nueva York, Harper Business, 1993.

HAMMER, Michael. *La revolución de la reingeniería: un manual de trabajo*. Madrid, Díaz de Santos, 1997.

HARTLEY. *The Foundarions of European Community Law*. Oxford, Oxford University Press, 1998.

HARTWELL, R.M. "Cambio jurídico, reforma jurídica y crecimiento económico en Inglaterra antes de la Revolución industrial y durante ella" en *Historia económica. Nuevos enfoques y nuevos problemas. Comunicaciones al VII Congreso Internacional de Historia Económica*. Barcelona, Crítica, 1981.

HAURIUO, Maurice. *Obra escogida*. (Trad. Juan Antonio Santamaría Pastor y Santiago Muñoz Machado). Madrid, Instituto de Estudios Administrativos, 1976.

HAURIUO, Maurice. *Principios de derecho público y constitucional*. Granada, Comares, 2003.

HAYEK, Friedrich. *The Fatal Conceit*. London, Routledge, 1988.

HEEKS, Richard y BILUR, Savita. “Analyzing e-Government Research. Perspectives, Philosophies, Theories, Methods, and Practice” en *Government Information Quarterly*, v. 24, n.2, 2006.

HEEKS, Richard y DAVIES, Anne. “Diferent Approaches to Information Age Reform” en *Reinventing Government in the Information Age. International Practice in IT-Enable Public Sector Reform*, (ed. R. Heeks). Londres, Routledge, 1999.

HEEKS, Richard. “Government Data: Understanding the Barriers to Citizen Access and Use” en *Working Paper Series Paper No. 10*. University of Manchester, Precinct Centre, Manchester, Institute for Development Policy and Management, Octubre, 2000.

HEICHLINGER, Alexander. “EPSA – A Driver for Public Sector Excellence in Europe” en. *EPSA Trends in Practice. Driving Public Sector Excellence to Shape Europe for 2020*, (Ed. Alexander Heichlinger). Maastricht, EIPA, 2011.

HEINRICH EDLER VON MISES, Ludwig. *La Teoría del Dinero y el Crédito*. Madrid, Unión Editorial S.A., 1997 (obra escrita en 1912)

HEINRICH EDLER VON MISES, Ludwig. *Liberalismo*. Madrid, Unión Editorial S.A., 1997. (obra escrita en 1927)

HENDERSON, B. *Henderson on Corporate Strategy*. Cambridge, Abt Books, 1979. STERN, Carl W. y DEIMLER, Michael, S (Eds.). *The Boston Consulting Group on Strategy*. Hoboken New Jersey, John Wiley and Sons, 2006.

HERNÁNDEZ CORCHETE, José Antonio. “El Derecho de los ciudadanos a relacionarse con las Administraciones Públicas utilizando medios electrónicos y los derechos complementarios que delimitan su alcance” en *Administración Electrónica y ciudadanos* (ed. PIÑAR MAÑAS, José Luis.). Cizur Menor (Navarra), THOMSON Aranzadi, 2011.

HERNÁNDEZ HERNÁNDEZ, Juan Carlos. “Discrecionalidad y control de las apreciaciones económicas de la Comisión en el marco del Derecho europeo de control de concentraciones” en el *IX Congreso Hispano-*

Luso de Derecho Administrativo, Córdoba, 26 y 27 de noviembre de 2010.

HESSE, Joachim Jens. "La modernización administrativa y la reforma del sector público en Alemania. Una perspectiva general" en *Revista y Sociedad*, 13, 1993.

HOBBS, Thomas. *De Cive. Elementos filosóficos sobre el ciudadano*. Madrid, Alianza Editorial, 2000.

HOBBS, Thomas. *Elementos del Derecho Natural y Político*. Madrid, Alianza Editorial, 2005.

HOLDSWORTH, William, S. *History of English Law*. London, Methuen & Co., Ltd. and Sweet & Maxwell, v.VI, Chap 6, 1964-2004.

HOLGERSSON, Stefan. "Forewords" en *Business Dynamics in Information. Technology*, (ed. GOTTSCHALK, Petter). Londres, Idea Group Pub., 2007.

HOLMES, Douglas. *E-Gov, e-Business Strategies for Government*. Londres, Nicholas Brealy Publishing, 2001.

HOOD, Christopher. *Explaining Economic Policy Reversals*. Buckingham, Open University Press, 1994.

HOOD, Christopher. *The Art of the State: Culture, Rhetoric, and Public Management*. Oxford, Oxford University Press, 1998.

HOOD, Christopher. "A public management for all seasons?" *Public Administration*, 69, 1991.

HOOD, Christopher. "Contemporary Public Management: a New Global Paradigm?" en *Public Policy and Administration*, vo. 10, n.2, 1995.

HORN, M.J. *The political economy in Public Administration. International choice in the Public Sector*. Mass, Cambridge U.P., 1995.

HUDSON, John. "Digitalising the Structures of Government: the UK's Information Age Government Agenda" en *Policy and Politics*, v. 30, n. 4, 2002.

HUDSON, John. "E-galitarianism? The Information Society and New Labour's Repositioning of Welfare". *Critical Society Policy*, v. 23, n.2, 2003.

HUERTA BARAJAS, J. A. "Contratos de Colaboración entre el sector público y el sector privado en los programas y contratos de Defensa" en *RPCA*, septiembre de 2008.

HUGHES, Owen. *Public Management and Administration*. Londres, Palgrave Macmillan, 2003. 3ª ed. (1ª

ed.1994).

HUME, David. *A Treatise on Human Nature*. Oxford, Norton & Norton, 2000

HUMPHREY, Albert S. "SRI Alumni Association Newsletter" de diciembre de 2004.
<<http://alumni.sri.com/newsletters/Dec-05.pdf>> (consultada el 2 de junio de 2012).

HUR, Wonchang; JUNG, Jae-yoon; KIM, Hoontae y KANG, Suk-Ho. "Model-Driven Approach to Workflow Execution" en *Business Process Management. Second International Conference, BPM 2004*. (Eds. Jörg Desel, Barbara Pernici y Mathias Weske,) Potsdam, Springer, 2004.

IBAÑEZ, Isaac. "Contratos públicos y defensa de la competencia" en *Actualidad Administrativa*. La Ley. 2010-1.

IGLESIAS ALONSO, Ángel. *Gobernanza e innovación en la gestión pública. Alcobendas 1979-2003*. Madrid, INAP, 2006.

IGLESIAS VILA, Marisa. "Las fuentes de indeterminación del Derecho" en *Cuadernos de Derecho Público*, n. 28, mayo-agosto 2006.

IGRAHAM, P.W. "The reform agenda for national civil service systems" en *Civil service systems*, (Ed. H., J. Perry Bekke y T. Toonen). Bloomington, Indiana University Press, 1996.

ISO, CEN. "Agreement on technical co-operation between ISO and CEN (Vienna Agreement)". v.3.3. 20 de septiembre de 2001.

ISO. Quality management principles. <http://www.iso.org/iso/qmp_2012.pdf> (consultado el 06 de mayo de 2013).

IVANCEVICH, John M.; LORENZI, Peter y SKINNER, Steven J. *Gestión: calidad y competitividad*. Barcelona, McGraw-Hill/Interamericana de España, S.A, Irwin, 1997.

JACKSON, Joab. "W3C investigates possible e-Gov standards" en GCN, Technology, Tools and Tactics for Public Sector IT, 1 de abril de 2009. <<http://gcn.com/Articles/2009/04/01/W3C-eGov.aspx>> (consultado en el 12 de septiembre de 2013).

JIMÉNEZ ASENSIO, Rafael. *Altos Cargos y Directivos Públicos. Un estudio sobre las relaciones entre política y Administración en España*. Oñati, IVAP, 1998.

JIMÉNEZ DE CISNEROS, F.J. *Los organismos autónomos en el Derecho Público español: Tipología y*

régimen jurídico. Madrid, INAP, 1987.

JIMÉNEZ MARTÍN, Javier. “Reforma de las Administraciones Locales: negación y desprecio de lo público” en *nuevatribuna.es*, 27 de abril de 2013. <<http://www.nuevatribuna.es/opinion/javier-jimenez-martin/reforma-de-las-administraciones-locales-negacion-y-desprecio-de-lo-publico/20130427094739091430.html>> (Consultado el 29 de marzo de 2014)

JOHNSTON, Judy y GUDERGAN, Siegfried P. “Governance of public–private partnerships: lessons learnt from an Australian case?” en *International Review of Administrative Sciences*. SAGE Publications, v. 73, n.4, 2007.

JORDANA DE POZAS, Luis. “El XI Congreso Internacional de Ciencias Administrativas” en *Revista de Administración Pública*, n. 31, 1960.

JORDANA DE POZAS, Luis. “Ensayo de una teoría del fomento en el Derecho administrativo”. *Revista de Estudios Políticos*, n. 48, 1949.

JORDANO FRAGA, Jesús. “Tendencias de evolución en el derecho administrativo y alguna propuesta iconoclasta” en *El derecho administrativo en el umbral del siglo XXI. Tomo I*, (dir. Francisco Sosa Wagner). Valencia, Tirant lo Blanch, 2000..

JOSHI, K. “Understanding user resistance and acceptance during the implementation of an order management system: A case study using the equity implementation model” en *Journal of Information Technology Case and Applications Research*, v.7, n.1.

JURAN, J. M. *Quality Control Handbook*, Nueva York, McGraw Hill, 1979. 3ª ed.

JURGENS, Gerdy; VERHOEVEN, Maartje y WILLEMSSEN, Paulien. “Administrative Powers in German and in English Law” en *The Eclipse of the Legality Principle in the European Union* (Eds. Leonard Besselink, Frank Pennings y Sacha Prechal.). AH Alphen aan den Rijn, Kluwer Law International, 2011.

KAMMLER, Jörg. "El Estado social" en *Introducción a la ciencia política*, (eds. Abendroth y Lenk). Barcelona, 1971.

KATZ, Daniel y KHAN, Robert Louis. *The social psychology of organizations*. Nueva York, Wiley, 1978.

KAY, Adrian. “A Critique of the Use of Path Dependency in Policy Studies” en *Public Administration*, v. 83, n. 3, 2005.

KEEN, Peter G.W. *Decisión support systems: lessons for the 80's*. Cambridge, Mass., Center for Information Systems Research, n. 70. Working paper (Afred P. Sloan School of Management, 1980).

KELSEN, Hans. *Teoría General del Derecho y del Estado*. Mexico, UNAM, 1958.

KELSEN, Hans. *Teoría General del Estado*. Granada, Comares, 2002.

KELSEN, Hans. *Teoría General del Estado*. Madrid, Editora Nacional, 1979.

KERNAGHAN, Kenneth. "Symposium on Public–Private Partnerships Revisited: Implications for Future Governance: Introduction" en *International Review of Administrative Sciences*, v.70, n.2, 2004.

KEYNES, John Maynard. *The General Theory of Employment, Interest and Money*. London, Palgrave Macmillan, 1936.

KICKERT, W.J.M. "Public management of hybrid organizations: governance of quasi-autonomous executive agencies" en *International Public Management Journal*, 4, 2001.

KOOIMAN, J. *Governing as Governance*. Conferencia Internacional «Democracia, Gobernanza y Bienestar en las Sociedades Globales», Barcelona, 27-29 de noviembre, 2003.

KOSSOK, Manfred. "El ciclo de las revoluciones españolas en el siglo XIX" en *La revolución burguesa en España*, (Ed. Alberto Gil Novales). Madrid, Universidad Complutense, 1985.

KRASNER, S.D. "Structural causes and regime consequences: regimes and intervening variable" en *International Organization*. Spring, MIT, v.36, n.2, 1982.

LAFERRIÈRE, Édouard. "Origine et développement historique du recours pourexcès de pouvoir" en *Revue critique de législation*, reproducida por GONOD, P. *Edouard Laferrrière*. PUF, 1999.

LAFERRIÈRE, Édouard. *Traité de la juridiction administrative et des recours contentieux*. 1888. 1ª ed.

LAFERRIÈRE, Firmin. *Introduction à l'Histoire des institutions administratives: discours prononcé à l'ouverture du cours de droit administratif le 30 avril 1838*. Paris, ed. Bureau de la revue de législation et de jurisprudence, 1838.

LANZARA, Giován F. "¿Por qué es tan difícil construir las instituciones?" en *Desarrollo Económico*, v. 38, n.152, 1999.

LAVILLA RUBIRA, Juan José. "Seguridad Jurídica" en *Estudios para la Reforma de la Administración*

Pública (Dtor. Fernando Sainz Moreno). Madrid, INAP, 2000.

LAVRIJSSEN, Sakia y OTTOW, Annetje. "The Legality of Independent Regulatory Authorities" en *The Eclipse of the Legality Principle in the European Union* (Ed. BESSELINK, Leonard, PENNING, Frank y PRECHAL, Sacha). AH Alphen aan den Rijn, Kluwer Law International, 2011.

LAWRENCE, P., and LORSCH, J. "Differentiation and Integration in Complex Organizations" en *Administrative Science Quarterly*, 12, 1967.

LESMESS SERRANO, Carlos. "La externalización de los servicios públicos" en ORTEGA MARTÍN, Eduardo (Dtor.). *Derecho Administrativo del siglo XXI*. Madrid, Consejo General del Poder Judicial, Cuadernos de Derecho Judicial, 12, 2007.

LEVITT, Bárbara y MARCH, James G. "Organizational Learning" en *Annual Review of Sociology*, n. 14, 1988.

LICKLIDER, J.C.R., Daniel. "Computers and Government" en *The Computer Age: a Twenty Year View*. Cambridge, MIT Press, 1979.

LINDBLOM, Charles. "The Science of Muddling Through." *Public Administration Review* 19, no. 2 , 1959.

LINDE PANIAGUA, Enrique. "Aspectos jurídicos de la organización y del control de la empresa pública española" en VV.AA. *La empresa pública española*. Madrid, Instituto de Estudios Fiscales, 1980.

LINDE PANIAGUA, Enrique. "Introducción" en *Parte especial del Derecho administrativo. La intervención de la Administración en la sociedad*, (coord. Enrique Linde Paniagua). Madrid, Colex, 2007.

LINDE PANIAGUA, Enrique. "Presupuestos constitucionales de la intervención de la Administración en la Sociedad" en *Parte especial del Derecho administrativo. La intervención de la Administración en la sociedad*, (coord. Enrique Linde Paniagua). Madrid, Colex, 2007.

LINDE PANIAGUA, Enrique. *Fundamentos del Derecho administrativo. Del Derecho del poder al Derecho de los ciudadanos*. Madrid, Colex, 2009.

LINDE PANIAGUA, Enrique. *Procedimientos, actos y recursos administrativos: cuestiones prácticas*. Madrid, Colex, 2012. 6ª ed.

LIPPI, Andrea y MORISI, Massimo. *Gestión y Administración públicas*. Valencia, Tirant lo Blanch, 2008.

LIPSKY, Michael. *Street Level Bureaucracy: dilemmas of the individual in public services*. Nueva York,

Rusell Sage, 1980.

LOCKE, John. *Ensayo y Carta sobre la tolerancia*. (Trad. Carlos Mellizo). Madrid, Alianza, 1999.

LOCKE, John. *Segundo tratado sobre el gobierno civil*. (Trad. Carlos Mellizo). Madrid, Tecnos, 1990.

LÖFLER, Elke. *La modernización del sector público desde una perspectiva comparativa: conceptos y métodos para evaluar y premiar la calidad en el sector público en los países de la O.C.D.E.* Madrid, INAP, 1996.

LÓPEZ GARRIDO, Diego. “El Estado de bienestar: vuelta a la fiscalidad” (artículo publicado en El País, 4 de agosto de 2010)

LÓPEZ GONZÁLEZ, Enrique. *Técnicas de control de ejecución en la dirección estratégica de la Administración Pública*. Madrid, MAP, 1988.

LÓPEZ MEDEL, Jesús. “Propuestas para la reforma de la jurisdicción contencioso administrativa” en *Abogacía Española. Consejo General*. 19 de junio, 2013. <<http://www.abogacia.es/2013/06/19/propuestas-para-la-reforma-de-la-jurisdiccion-contencioso-administrativa/>> (Consultado el 13 de febrero de 2014).

LÓPEZ MEDEL, Jesús. *La elaboración Parlamentaria de la Ley de Jurisdicción Contencioso-Administrativa*. Elcano, Aranzadi, 2001.

LÓPEZ PINA, Antonio. “Artículos 39 a 55 de la Constitución Española de 1978” en *Comentarios a la Constitución Española de 1978*, (dir. Oscar Alzaga Villamil). Madrid, Edersa, 1998.

LOSADA i MARRODÁN, Carlos. “La función de dirigir en la Administración Pública” en *¿De burócratas a gerentes? Las ciencias de gestión aplicadas a la administración del Estado*, (ed. Carlos Losada i Marrodán). Washington, Banco Interamericano de Desarrollo, 1999.

LOWNDES, Vivien. “Varieties of New Institutionalism: a Critical Appraisal” en *Public Administration*, vo. 74, n.2, 1996.

LOZANO IRUESTE, José María. *Introducción a la Teoría del Presupuesto*. Madrid, Instituto de Estudios Fiscales, 1983.

LUCAS, H.C., WALTON, E. y GINZBER, M. “Implementing packaged software” *MIS, Quaterly*, 12, 1988.

MACERA-TIRAGALLO, Bernard Frank. *La teoría francesa de los actos separables y su importación en el*

Derecho público español. Barcelona, CEDECS, 2001.

MADARIAGA Y SUÁREZ, Juan de, Conde de Torres Vélez. *España en Bruselas*. Madrid, José Blass y Cía., 1910.

MALARET I GARCÍA, Elisenda. "El Derecho de la Administración pública" en VV.AA.. *Derecho público y Derecho privado en la actuación de la Administración Pública*. Barcelona, Generalitat de Catalunya, Institut d'Estudis Autonòmics, Marcial Pons, 1999.

MALKIN, J. y WILDAVSKY, A. "Why the traditional distinction between public and private goods should be abandoned?" en *Journal of Theoretical Politics*, v. 3, n.4, 1991.

MANCHADO, Antoni "Gobierno abierto: una aproximación desde el Estado" en *Open Government: Gobierno abierto*, (coord. César Calderón y Sebastián Lorenzo). Alcalá la Real, Algón Editores, 2010.

MANNING, Nick. "The Legacy of the New Public Management in Developing Countries" en *International Review of Administrative Sciences*, v. 67, 2001.

MARAÑÓN BARRIO, Miguel. *El funcionamiento del Gobierno en Administraciones Públicas y Constitución. Reflexiones sobre el XX Aniversario de la Constitución Española de 1978*, (Coord. Álvarez Conde). Madrid, MAP, 1998.

MARCH, James G y Johan P. Olsen. *Rediscovering institutions*. Nueva York, Free Press, 1989.

MARCH, James G. y OLSEN, Johan P. "The New Institutionalism: Organizational Factors in Political Life" en *American Political Science Review*, v. 78, n.3, 1984.

MARCILLA CÓRDOBA, Gema. *Racionalidad legislativa: crisis de la Ley y la nueva ciencia de la legislación*. Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2005.

MARCOU, Gérard. "La función pública directiva de la Administración del Estado en Francia" en *La función pública directiva en Francia, España e Italia* (Dtor. Miguel Sánchez Morón). Madrid, INAP, 2007.

MARGETTS, Helen. "Public management change and e-government: the emergence of digital-era governance" en *The Routledge Handbook of Internet Politics*, (eds. CHADWICK, Andrew y HOWARD, Philip. N.). Nueva York, Routledge, 2010.

MARGETTS, Hellen. "The Computerization of Social Security: The Way Forward or Step Backwards?" en *Public Administration*, v. 69, n.3, 1991.

- MARTÍN MATEO, Ramón. "La sustantividad del Derecho administrativo". *Revista de Administración Pública*, 54, 1957.
- MARTÍN MATEO, Ramón. "“El sistema administrativo clásico y su permeabilidad a los nuevos paradigmas de la calidad total” en *Revista de Administración Pública*, 134, 1994.
- MARTÍNEZ CARRERAS, José U. *Introducción a la Historia Contemporánea. El siglo XX. Desde 1917 (v. II)*. Madrid, Ed. Istmo, 1985. 2ª edición.
- MARTÍNEZ CUADRADO, Miguel. *Restauración y Crisis de la Monarquía (1874-1931)*. En Historia de España dirigida por Miguel Artola. Madrid, Alianza Editorial, v. 6, 1998.
- MARTÍNEZ GUTIÉRREZ, Rubén. "Instrumentos para el acceso de los ciudadanos a la Administración Electrónica" en *Derecho, gobernanza y tecnologías de la información en la sociedad del conocimiento*, (eds. GALINDO, Fernando y ROVER, A.J.). Zaragoza, LEFIS, 2009.
- MARTÍNEZ PÉREZ, Fernando (ed.). *Constitución en Cortes. El debate constituyente. 1810-1812*. Madrid, UAM, 2011.
- MARTÍNEZ PÉREZ, Fernando. "Constitución de la Justicia en Cádiz. Jurisdicción y Consultas en el proceso constituyente de la potestad judicial" en *Anuario de Historia del Derecho Español*. LXXXI, Madrid, 2011. p. 384-385.
- MARTÍNEZ USERO, J. "Evolution of freedom of information related law in Spain: new prospects for a more open government" en *Open Government: a journal on Freedom of Information*, v. 4, n. 2, 2006, (consultado en <http://eprints.ucem.es/6038> el 12 de septiembre de 2013).
- MARTÍN-RETORTILLO BAQUER, S. y ARGULLOL, E. *Descentralización Administrativa y organización política*. 2 tomos. Madrid, Alfaguara, 1973.
- MARTÍN-RETORTILLO BAQUER, Sebastián. *Instituciones de Derecho Administrativo*. Cizur Menor, Thomson-Civitas Aranzadi, 2007.
- MAYER, Otto. *Derecho administrativo alemán*. 4 vols. Buenos Aires, Depalma, 1982.
- MEDINA GUIJARRO, Javier. "Nuevo modelo de control interno en la Unión Europea: su utilidad para los Tribunales de Cuentas" en *V Jornadas EUROSAL/LACEFS*, Lisboa, 2007.
- MEILÁN GIL, José Luis. "El servicio público como categoría jurídica" en *Cuadernos de Derecho Público*, n.

2, septiembre-diciembre, 1997.

MEILÁN GIL, José Luis. "La Administración Pública: naturaleza jurídica" en *Administraciones Públicas y Constitución. Reflexiones sobre el XX Aniversario de la Constitución Española de 1978*, (Coord. Álvarez Conde). Madrid, MAP, 1998.

MEMBRANO MARTÍNEZ, Joaquín. *Innovación y mejora continua según el modelo EFQM de excelencia*. Madrid, Díaz de Santos, 2002. 2ª ed.

MENDIZÁBAL ALLENDE, Rafael de. "Significado actual del principio *Solve et Repete*" en *Revista de Administración Pública*, n. 43, Enero – Abril, 1964.

MENDOZA MAYORDOMO, Xavier. "Técnicas gerenciales y modernización de la Administración Pública en España" en *Documentación Administrativa*, n. 223, julio-septiembre, 1990.

MERTON, Robert K. "La Estructura burocrática y la personalidad" en *Clásicos de la Administración Pública*, (ed. Jay M. Shafritz y Albert C. Hyde). Colegio Nacional de Ciencias Políticas y Administración Pública. México, 1999.

MERTON, Robert K. *Social Theory and Social Structure*. Nueva York, The Free Press, 1957

MERTON, Robert, K. *El análisis estructural en la sociología*. México, Fondo de Cultura Económica, 1984.

MESA SEGURA, A. "De Javier de Burgos a Ortiz de Zúñiga" en *REVL*, n. 13, 1944.

MEYER, John W. y ROWAN, Brian. "Institutionalized Organizations: Formal Structure as Mith and Ceremony" en *American Journal of Sociology*, v. 83, n. 2. 1977.

MEYER, John W. y SCOTT, W. Richard (eds.). *Organizational Environments. Ritual and Rationality*. Londres, Sage, 1992.

MHAP. *Las Tecnologías de la Información y las Comunicaciones en la Administración del Estado. Informe REINA 2013*. Madrid, MHAP, 2013.

MIAJA FOL, Miguel. "Las tendencias actuales en los sistemas de control interno de las organizaciones. Implicaciones para las Administraciones Públicas" en *Revista Documentación Administrativa*, n. 286-287, enero-agosto 2010.

MITNICK, Barry M. "Fiduciary rationality and public policy: The theory of agency and some consequences" Ponencia presentada en el *Annual Meeting of the American Political Science Association*. New OrleansLA,

1973. En Actas de la APSA, 1973 (anteriormente disponible de Xerox University Microfilms y, más tarde, Serials UMI).
- MITNICK, Barry M.. The theory of agency: The policing "paradox" and regulatory behavior. *Public Choice* (Winter), n. 24, 1975.
- MOLES MESA, A. *Labor administrativa de Javier de Burgos*. Madrid, 1946.
- MOLITOR, Andrés. *La Administración pública. La enseñanza de las Ciencias Sociales*. (Trad. Luis Jordana de Pozas). Madrid, UNESCO, Consejo Superior de Investigaciones Científicas, 1961.
- MONEREO PÉREZ, José Luis y GONZÁLEZ, José Calvo (ed.). "La teoría jurídica de León Duguit" en DUGUIT, León. *Manual de derecho constitucional: teoría general del Estado, el Derecho y el Estado, las libertades públicas*. Granada, Comares, 2005.
- MONTERO ELENA, Concepción Mónica. "Empresa pública y privatización" en *La intervención administrativa en la economía* (Dir. Germán Fernández Farreres). Madrid, Consejo General del Poder Judicial, 1996.
- MONTES SALGUERO, Jorge J. " La recepción del Derecho Común" en *Historia del Derecho Español. Tomo I*. Madrid, Sanz y Torres-UNED, 2010.
- MONTESQUIEU, Charles de Secondat. *Del Espíritu de las Leyes*. Madrid, Alianza, 2003.
- MOORE, M.H. *Gestión estratégica y creación de valor en el sector público*. Barcelona, Paidós, 1999.
- MOORE, MARK H. *A conception of Public Management*. Cambridge. Kennedy School of Government, Mass, 1983.
- MORELL OCAÑA, Luis. *Curso de Derecho Administrativo. Tomo I*. Pamplona, Aranzadi, 1999.
- MOREY JUAN, Andrés. *La función pública: necesidad de un análisis conceptual y de la revisión del sistema de libre designación*. Madrid, INAP, 2004.
- MOSHER, Frederick E. *Program budgeting: theory and practice with special reference to the U.S. Department of the Army*. Chicago, Public Administration Service, 1954.
- MOZO SEOANE, *La discrecionalidad de la Administración Pública en España*, Madrid, Montecorvo, 1985.
- MÜNCH, Ingo Von. "Verwaltung und Verwaltungsrecht im demokratischen und sozialen Rechtsstaat" en *Allgemeines Verwaltungsrecht* (Eds. H.U. ERICHSEN y W. MARTENS). Berlin-New York, Walter de

Gruyter, 1975.

MUÑOZ MACHADO, Santiago. *Servicio Público y Mercado. I Los fundamentos*. Madrid, Civitas, 1998.

MUSHKIN, Selma J.; SANDIFER, Frank H.; FAMILTON, Sally. *Current Status of Public Management Research Conducted by Or Supported by Federal Agencies*. Public Services Laboratory, Georgetown University, 1978.

NADAL, Jordi. *El fracaso de la revolución industrial en España, 1814-1913*. Barcelona, Ariel, 1975.

NASS, Otto. *Verwaltungsreform durch Erneuerung der Verwaltungswissenschaft*. Tubinga, Mohr, 1950.

NATHAM, Richard P. "Reinventing Government: what does it mean?" en *Public Administration Review*, v. 55, n.2, 1995.

NATIONAL AUDIT OFFICE (NAO). *Examining the value for money of deals under the Private Initiative*, 13 august 1999, HC 739.

NAVA CARBELLIDO, Víctor Manuel y JIMÉNEZ VALADEZ, Ana Rosa. *ISO 9000: 2000: Estrategias Para Implementar La Norma De Calidad Para La Mejora Continua*. Madrid, Editorial Limusa, 2003.

NEGRO PAVÓN, Dalmacio. "Prólogo" en LOCKE, John. *Segundo tratado sobre el gobierno civil*. (Trad. Carlos Mellizo). Madrid, Tecnos, 1990.

NEIGER, Dina y CHURILOV, Leonid. "Goal-Oriented Business Process Modeling with EPCs and Value-Focused Thinking" en *Business Process Management. Second International Conference, BPM 2004*, (eds. Jörg Desel, Barbara Pernici y Mathias Weske,) Potsdam, Springer, 2004.

NICOLETTI, Giuseppe. "Regulation in services: OCDE patterns and economic implications". Economics Department Working Papers, No. 287, Feb., 2001.

NIETO, Alejandro. "Sobre la tesis de Parada en relación con los orígenes de lo contencioso-administrativo" en *Revista de Administración Pública*, n. 57, 1968.

NISKANEN, William A. *Bureaucracy and Representative Government*. Chicago, Aldine Atherton, 1971.

NOLAN, Richard L. "Managing the computer resource: a stage hypothesis" en *Communications of the ACM*, v.16, 1973.

NORA, Simon y MINC, Allan. *L'informatisation de la société: Rapport à M. President de la Reepublique*. La

Documentation française, 1978.

NOZICK, Robert. *Anarquía, Estado y Utopía*. Mexico, FCE, 1990.

O'REILLY, Tim. *What is Web 2.0. Design Patterns and Business Models for the Next Generation of Software*. O'Reilly Media, 2009.

OAMI. Informe Anual de Actividades 2011 en <http://oami.europa.eu/annualReport_2011/html/es/cooperationFund.html> (Consultado el 14 de agosto de 2012).

OBAMA, Barack. *Transparency and Open Government. Memorandum for the Heads of Executive Departments and Agencies*.

<http://www.whitehouse.gov/the_press_office/TransparencyandOpenGovernment> (consultado el 2 de septiembre de 2013).

OCDE. "Public Sector Modernisation: Modernising Public Employment", *Policy Brief*, July 2004.

OCDE. "Reviews of regulatory reform, Regulatory Reform in Spain en Governance". París, OCDE, 2000.

OCDE. "The Public Sector: Issues for the 1990s", *Working Papers*, n. 90, diciembre, Department of Economics and Statistics, 1990.

OCDE. *Background Document on Regulatory Reform in OCDE Countries*. Paris, OCDE, 2006.

OCDE. *Building an Institutional Framework for Regulatory Impact Analysis (RIA): Guidance for Policy Makers*. París, OCDE, 2008.

OCDE. *Panorama de las Administraciones Públicas 2009*. Madrid, INAP, 2010.

OCDE. *Public Sector Modernization, Modernising Public Employment*, Julio, 2004.

OCDE. *Recommendation of the Council of the OCDE on Improving the Quality of Government Regulation*. Paris, OCDE/GD, 1995.

OCDE. *Report on Regulatory Reform*. Paris, OCDE, 1997.

Office Management and Budget. Executive Office of the President, Fiscal Year 2011 Budget y Executive Office of the President, Fiscal Year 2008 Budget. <<http://www.whitehouse.gov/omb/organization>> (consultado el 22 de febrero de 2010)

OGP. "II Participation in OGP" en *Open Government Partnership: Articles Of Governance*. Junio, 2012.

<<http://www.opengovpartnership.org/>> (consultado el 8 de enero de 2014).

OIT. *Declaración tripartita de principios sobre las empresas multinacionales*. Ginebra, 2006.

<<http://www.ilo.org/public/spanish/support/lib/resource/subject/csr.htm>> (consultado el 4 de junio de 2011).

OLÍAS DE LIMA, Blanca. *Manual de Organización administrativa del Estado*. Madrid, Síntesis, 2006.

OLÍAS DE LIMA, Blanca. "Rendimiento institucional, ética y democracia" en *Administración Inteligente*, (coord. Antonio Diaz Méndez y Cuéllar Eloy). Madrid, MAP, 2005.

OLÍAS DE LIMA, Blanca. "Cara y cruz de la externalización" en *Crisis y externalización en el sector público ¿Solución o Problema? Monografía del Grupo de Investigación para el estudio del Empleo Público*, (Dtor. Luis Ortega Álvarez). Madrid, INAP, 2011.

OLÍAS DE LIMA, Blanca. "La mejora de los servicios públicos y la revisión de las relaciones entre la administración y el ciudadano: las Cartas de Servicios". Caracas, CLAD, Reforma y Democracia n. 25, 2003.

OLIVÁN, A. *De la Administración Pública con relación a España*. Madrid, 1843.

ONU-COMISIÓN ECONÓMICA PARA EUROPA. "Negotiation Platform for Public-private partnerships in Infrastructure Projects". 2000.

ORLANDO, V.E. *Principios de Derecho administrativo*. (Trad. Ed. Firenze, 1892). Madrid, INAP, Tomo I, 1978.

ORLITZKY, Marc; SCHMIDT, L. Frank y RYNES, Sara L. "Corporate Social and Financial Performance: A Meta-analysis" en *Organization Studies*. London, SAGE Publications, n. 24.

ORTEGA MARTÍN, Eduardo. "El control judicial de la actividad de la Administración Pública" en VV.AA. *Seminario sobre Derecho público y Derecho privado en la actuación de la Administración Pública*. Barcelona, Generalitat de Catalunya, Institut d'Estudis Autònoms, Marcial Pons, 1999.

ORTIZ DE ZARATE, Alberto. "¿Por qué esta obsesión con la participación ciudadana?" en *Open Government: Gobierno abierto*, (coord. César Calderón y Sebastián Lorenzo). Alcalá la Real, Algón Editores, 2010.

ORTIZ DÍAZ, José. "El horizonte de las administraciones públicas en el cambio de siglo" en *El derecho administrativo en el umbral del siglo XXI. Tomo I*, (dir. Francisco Sosa Wagner). Valencia, Tirant lo Blanch, 2000.

OSBORNE, David y GAEBLER, Ted. *Reinventing Government: How the Entrepreneurial Spirit is Transforming the Public Sector*. New York, Addison Wesley, 1992. p. XIX. (ed. español Paidós, 1994).

OSBORNE, David y PLASTRIK, Peter. *Banishing Bureaucracy. The Five Strategies for Reinventing Government*. Nueva York, Addison Wesley, 1997. (ed. español Paidós, 1998).

OTTO PARDO, Ignacio. *Derecho Constitucional. Sistema de fuentes*. Barcelona, Ariel Derecho, 1987.

PAL, Leslie A. *The OCDE and Global Public Management Reform*. NISPAce 17th Annual Conference. Budva, Montenegro, 2009. <<http://www.nispa.org/files/conferences/2009/papers/200904052128410>> (consultado el 4 de octubre de 2013).

PALOMAR OLMEDA, Alberto. *Derecho de la función pública. Régimen jurídico de los funcionarios públicos*. Madrid, Dykinson, 2003.

PALOMAR OLMEDA, Alberto. "La externalización y sus causas. La Organización administrativa, ¿el pretexto o la causa?: un análisis sobre las formas de actuación administrativas" en *Crisis y externalización en el sector público ¿Solución o Problema? Monografía del Grupo de Investigación para el estudio del Empleo Público*, (dtor. Luis Ortega Álvarez). Madrid, INAP, 2011.

PANIZO GARCÍA, Antonio. "El Sector Público Estatal en la nueva Ley 47/2003, de 26 de noviembre, General Presupuestaria" en *Presupuesto y Gasto Público*, n. 36, Instituto de Estudios Fiscales.

PAPER, D. "The Enterprise transformation paradigm: The case of Honeywell's industrial automation and control" en *Journal of Information Technology Case a applications Research*, v. 1, n.1, 1999.

PARADA VÁZQUEZ, J. R. *Derecho Administrativo. I. Parte General*. Madrid, Marcial Pons, 2008. 20^a ed.11.

PARADA VÁZQUEZ, J.R. *Los orígenes del contrato administrativo en el Derecho español*. Sevilla, Instituto García Oviedo, 1963.

PARADA VÁZQUEZ, J.R. "Privilegio de decisión ejecutoria y proceso contencioso" en *Revista de Administración Pública*, n. 55, 1968. p. 65-112.

PAREJO ALFONSO, Luciano. "La idea de la reforma del Derecho Administrativo General. Su planteamiento en España" en *Innovación y reforma en el Derecho Administrativo*, (ed. Javier Barnes Vázquez). Global Law Press. Sevilla. 2003.

PAREJO ALFONSO, Luciano. "Los principios generales del Derecho Administrativo Comunitario" en VV.AA. *Manual de Derecho Comunitario*. Madrid, Centro de Estudios Ramón Areces, 2000.

PAREJO ALFONSO, Luciano. "El ciudadano y el administrado ante la Administración y su actuación, especialmente la cumplida a través del procedimiento" en *Administraciones Públicas y Constitución. Reflexiones sobre el XX Aniversario de la Constitución Española de 1978*, (Coord. Álvarez Conde). Madrid, MAP, 1998.

PAREJO ALFONSO, Luciano. "La eficacia como principio jurídico de la actuación de las Administraciones Públicas" en *Documentación Administrativa*, n. 218-219, 1989.

PAREJO ALFONSO, Luciano. *Crisis y renovación en el Derecho público*. Madrid, CES, 1991.

PAREJO ALFONSO, Luciano. *Derecho administrativo. Instituciones generales: Bases, Fuentes, Organización y Sujetos, Actividad y Control*. Madrid, Ariel, 2003.

PAREJO ALFONSO, Luciano. *Estado social y Administración Pública: los postulados constitucionales de la reforma administrativa*. Madrid, Civitas, 1983.

PAREJO ALONSO, Luciano. *Organización y poder de la organización. Las potestades organizatoria y reglamentaria del complejo orgánico-funcional Gobierno y Administración*. Madrid, Iustel, 2009.

PARSONS, Wayne. *Políticas públicas: una introducción a la teoría y práctica de las políticas públicas*. Mexico, Flacso, 2007.

PECES MORATE, J.E. "La responsabilidad administrativa. Últimas orientaciones jurisprudenciales" en *Cuadernos de derecho local*, n. 8, 2005.

PEGORARO, Lucio. "Las preguntas parlamentarias en el cuadro de la actividad de investigación de investigación del parlamento italiano. Reflexiones comparativas" en *Estudios constitucionales*. Centro de Estudios Constitucionales de Chile, Año 6, n. 1, 2008.

PELED, "Centralization or Difusion? Two Tales of Online Government" en *Administration & Society*, v. 32, n. 6, 2001.

PENNISI, Giuseppe. "Análisis económico de la formación en gestión pública" en *Revista Internacional de Ciencias Administrativas*, v. 72, n. 3, 2006.

PERELLO DOMENECH, Isabel. "El principio de proporcionalidad y la jurisprudencia constitucional" en

Jueces para la Democracia, n. 28, 1997.

PÉREZ AYALA, Andoni. "Los orígenes del constitucionalismo social" en *El constitucionalismo en la crisis del Estado social*, (ed. Miguel Ángel García Herrera). Bilbao, UPV, 1997.

PÉREZ LUÑO, Antonio Enrique. "La seguridad jurídica" en *Boletín de la Facultad de Derecho*, UNED, n. 15, 2000.

PÉREZ MARCOS, Regina. "En torno a un planteamiento histórico-jurídico de la Función Pública" en *Anuario de Historia del Derecho Español*. LXVII, v. II. Madrid, 1998.

PÉREZ MORENO (coord). *Administración instrumental. Libro homenaje a Manuel Francisco Clavero Arévalo*. 2 vols. Madrid, Civitas, 1994.

PICÓ, Celsa. "El control de la actividad discrecional y el poder de sustitución del juez en la decisión administrativa" en *X Congreso de Jueces para la Democracia*. Zaragoza 9, 10 y 11 noviembre 1995.

PIERSON, Paul. *Politics in Time: History Institutions and Social Analysis*. Princeton, Princeton University Press, 2004.

PIÑAR MAÑAS, José Luis. "Revolución tecnológica, Derecho Administrativo y Administración Pública. Notas provisionales para una reflexión" en *La autorización administrativa. La Administración Electrónica. La enseñanza del Derecho Administrativo hoy*, (ed. Asociación Española de Profesores de Derecho Administrativo). Cizur Menor (Navarra), THOMSON Aranzadi, 2007.

PIÑAR MAÑAS, José Luis. *Configuración constitucional del Gobierno y control jurisdiccional de sus actos en Administraciones Públicas y Constitución. Reflexiones sobre el XX Aniversario de la Constitución Española de 1978*, (Coord. Álvarez Conde). Madrid, MAP, 1998.

PIÑAR MAÑAS, José Luis y MORENO MOLINA, José Antonio "Interesados (artículos 30 a 34)" en *Administraciones Públicas y Ciudadanos*, (coord. B. Pendas). Barcelona, Praxis, 1993.

PINCH, Trevor, J. y BIJKER, Wiebe E. "The Social Constructions or Facts and Artifacts: Or How the Sociology of Science and the Sociology of Technology Might Benefit Each Other" en *The Social Construction of Technological Systems*, (ed. W. Bijker, T.P. Hugues y T. Pinch) Cambridge, Mass, MIT, 1989.

PLATÓN. *La República*. (Trad. Manuel Fernández Galiano y José Manuel Pabón). Madrid, Alianza, 1999.

PLATÓN. *Las leyes*. (Trad. Manuel Fernández Galiano y José Manuel Pabón). Madrid, Alianza, 2002.

(Reimp. 2008).

PLEITE GUADAMILLAS, Francisco y VV.AA. *Procedimiento Administrativo y Proceso Administrativo práctico. Vol. 2*. Madrid, La Ley, 2006.

POISTER, Theodore H.; PITTS, David W. y HAMILTON, Edwards Lauren. “Strategic Management Research in the Public Sector: A Review, Synthesis, and Future Directions” en *The American Review of Public Administration*, v. 40, n. 5, Sept. 2010.

POLLIT, Cristopher y BOUCKAERT, Geert. (eds.) *Quality Improvement in European Public Services*. Londres, Sage, 1995.

POLLIT, Cristopher y BOUCKAERT, Geert. “Evaluating Public Management Reforms: An International Perspective” en *Evaluating in Public Sector Reform. Concepts and Practice in International Perspective*, (ed. H. Wollmann). Cheltenham, Edward Elgar, 2003.

POLLIT, Cristopher y HARRISON, Stephen (eds.). *Handbook of Public Services Management*. Oxford, Blackwell, 1992.

POLLIT, Cristopher. “The Citizen’s Charter. A Preliminary Analisis” en *Public Money & Management Reform*, v.14, n.2, 1994.

POLLIT, Cristopher. “Convergence: the Useful Myth?” *Public Administration*, v. 79, n.4, 2001.

POLLIT, Cristopher. *Managerialism and the Public Service: The Anglo-American Experience*. Oxford, Blackwell, 1990.

POLO MARTÍN, Regina M^a. “La génesis de las nociones de centralización, descentralización y autonomía en la España decimonónica (1808-1868)” en *Anuario de Historia del Derecho Español*. LXXXIII, Madrid, 2013.

PONCE SOLÉ, Juli. “Procedimiento administrativo, globalización y buena administración” en *Derecho administrativo global. Organización, procedimiento, control judicial*, (ed. PONCE SOLÉ, Juli). Madrid, INAP-Marcial Pons, 2010.

PONCE SOLÉ, Juli. *Deber de buena Administración y Derecho al Procedimiento Administrativo debido. Las bases constitucionales del procedimiento administrativo y del ejercicio de la discrecionalidad*. Valladolid, Lex Nova, 2001.

PORAT, Marc Uri. *The Information Economy: Definition and Measurement*. Washington, Office of Telecommunications (DOC) Superintendent of Documents, U.S. Government Printing Office, 1977.

- PORRAS NADALES, Antonio J. "Complejidad, eficacia y subsidiariedad" en *El constitucionalismo en la crisis del Estado social*, (ed. Miguel Ángel García Herrera). Bilbao, UPV, 1997.
- PORTER, Michael. *Competitive Strategy. Techniques for Analyzing Industries and Competitors*. Nueva York, Free Press, 1980.
- PORTER, Michael. *Competitive Advantage*. Nueva York, Free Press, 1980.
- POSADA HERRERA, José. *Estudios sobre la Beneficencia Pública*. Universidad de Oviedo, Oviedo, 1995.
- POSADA HERRERA, José. *Lecciones de Administración*. Madrid, 1843.
- POSADA HERRERA, José. *Lecciones de administración. Tomo I*. Madrid, INAP, 1978.
- POSADA, Adolfo. "Estudio preliminar a J. Mayer" en *La Administración y la organización administrativa (Inglaterra, Francia, Alemania)*, Madrid, 1892.
- POSADA, Adolfo. "La codificación del Derecho administrativo" en *Revista General de Legislación y Jurisprudencia*, 89, 1896.
- POSADA, Adolfo. "Proceso lógico del Derecho administrativo" en *Escritos municipalistas y de la vida local*, IEAL, Madrid, 1979.
- POSADA, Adolfo. *Tratado de Derecho Administrativo*. Madrid, 1897.
- PRATS CATALÁ, Joan. "Formación, modelos organizativos y perfiles gerenciales en las Administraciones Públicas españolas", en *La formación para la Administración local en los noventa*. Barcelona, Ayuntamiento de Barcelona, 1989.
- PRATS CATALÁ, Joan. "Las transformaciones de las administraciones públicas de nuestro tiempo" en *Estudios para la Reforma de la Administración Pública* (Dtor. Fernando Sainz Moreno). Madrid, INAP, 2004.
- PRATS CATALÁ, Joan. *De la burocracia al management, del management a la gobernanza*. Las transformaciones de las administraciones públicas de nuestro tiempo. Madrid, INAP, 2005.
- PRATS CATALÁ, Joan. "La lucha contra la corrupción como parte integrante del Derecho, el deber y las políticas de buena administración" en *Cuadernos de Derecho Público*. n. 31, mayo-agosto 2007.
- PRIETO MARTÍN, Pedro. "Virtual Environments for Citizen Participation: Principal Bases for Design" en.

- 6th European Conference on e-Government, (ed., Dan Remeneyi). Philips Universität Marburg, 2006.
- PRIETO MARTÍN, Pedro. “Sistemas avanzados para la participación electrónica municipal: ejes conceptuales para su diseño” en *Democracia, participación y voto a través de las nuevas tecnologías*, (coord. Lorenzo Cotino Hueso). Granada, Comares, 2007.
- PRO RUIZ, Juan. *Bravo Murillo. Política de orden en la España liberal*. Madrid, Síntesis, 2006
- PUIG BRUTAU, José. *La jurisprudencia como fuente del Derecho*. Barcelona, Bosch, 2006.
- PUSEY, Michael. *Economic Rationalism in Camberra*. Nueva York, Cambridge University Press, 1991.
- RADAELLI, Claudio M. “The Eruopeanization of Public Policy” en *The Politics of Europeanization*, (eds. K. Featherstone y C.M. Radaelli). Oxford, Oxford University Press.
- RAIA, Anthony P. *La Administración por objetivos*. Madrid, Trillas, 1985.
- RAJOY BREY, Mariano. “Presentación” en *Administraciones Públicas y Constitución. Reflexiones sobre el XX Aniversario de la Constitución Española de 1978*, (Coord. Álvarez Conde). Madrid, MAP, 1998.
- RAMIÓ, Carles y Miquel SALVADOR. “La configuración de las administraciones de las comunidades autónomas: entre la inercia y la innovación institucional” en *Veinte años de autonomías en España. Leyes, políticas públicas, instituciones y opinión pública*, (eds. J. Subirats, y R. Gallego). Madrid, CIS, 2002.
- RAMIÓ, Carles. *Teoría de la organización y Administración*. Madrid, Tecnos, 1999.
- RAMIREZ-ESCUADERO, Daniel.” La autoridad del Derecho y la naturaleza del soft law” en *Cuadernos de Derecho Público*, n. 28, mayo-agosto 2006.
- RAPOSO VILLAMOR, José Manuel y TORRADO SANCHO, Julián. “Compromisos con los ciudadanos de Murcia” en *UNE. La Revista de AENOR*, n. 237, Abril 2009.
- REBOLLO PUIG, Manuel. “Sobre la reforma del régimen de responsabilidad patrimonial de la administración” en *Estudios para la Reforma de la Administración Pública* (Dtor. Fernando Sainz Moreno). Madrid, INAP, 2000.
- REQUEJO PAGES, Juan Luis. “Conjunción de sistemas normativos y reordenación del sistema de fuentes” en *Revista de Estudios Políticos*, n. 90, Octubre-Diciembre, 1995.
- Research Paper 03/1979*, House of Commons, 21 de octubre de 2003,

Resolución del Parlamento Europeo, de 13 de marzo de 2007, sobre la responsabilidad social de las empresas: una nueva asociación 2006/2133 (INI).

RHENMAN, Eric. *Industrial Democracy and Industrial Management: A Critical Essay on the Possible Meanings and Implications of Industrial Democracy*. London, Tavistock, 1968.

RIVERO YSERN, Enrique. "Derecho público y Derecho privado en la organización y actividad de las empresas públicas" en *Revista de Administración Pública*, n. 86, 1978.

RIVERO, Jean. *Droit administratif*. Dalloz, Paris, 1959.

ROBBINS, S. *Comportamiento Organizacional*. México, Prentice Hall, 1999. 8ª edición.

ROBBINS, Stephen P. y DECENZO, David A. *Fundamentos de Administración. Conceptos generales y aplicaciones*. Mexico, Prentice Hall, 2002. 2ª ed.

ROCKART, John F. "Chief executives define their own data needs", *Harvard Business Review*, 2, 1979.

RODRIGUEZ ESCANCIANO, Susana. "Externalización y empleo público en Régimen Laboral" en *Crisis y externalización en el sector público ¿Solución o Problema? Monografía del Grupo de Investigación para el estudio del Empleo Público*, (dir. Luis Ortega Álvarez). Madrid, INAP, 2011.

RODRÍGUEZ IGLESIAS, Gil Carlos. Discurso de investidura como Doctor honoris causa por la Universidad de Cádiz. Cádiz, 20 de octubre de 2010.

<http://www.uca.es/recursos/doc/Unidades/Gab_Com_Mark/oficina_prensa/17321625_22102010101757.pdf> (consultado el 12 de febrero de 2011).

RODRÍGUEZ VARELA, Nieves. "Modelos de colaboración público-privada. Experiencias de la Comunidad de Madrid: nuevos equipamientos sanitarios" en *Revista Española de Control Externo*, n. 28, v. X, Enero 2008.

RODRÍGUEZ VARGAS, J.J. *La Nueva Fase de Desarrollo Económico y Social del Capitalismo Mundial. Tesis doctoral*. UNAM, 2005. <<http://www.eumed.net/tesis/jjrv/>> (consultado el 1 de junio de 2012).

RODRÍGUEZ-ARANA MUÑOZ, J. "Administración Única: descentralización y eficacia" en *El futuro del Estado Autonómico* (ed. J. Rodríguez-Arana Muñoz, y A. Díaz Otero). Madrid, Fundación Cánovas del Castillo, 1996.

ROETHLISBERGER, F.J. y William J. Dickson. *Management and the Worker*. Cambridge, Mass, Harvard

University Press, 1939.

ROMAGNOSI, Gian Domenico. *Instituzioni di diritto amministrativo*. Milano. Cesare Orena, 1814.

ROMAGNOSI, Gian Domenico. *Introduzione allo studio del diritto pubblico universale*. Milano, Giovanni Silvestri, 1836.

ROMANO, Santi. *El ordenamiento jurídico*. Madrid, Instituto de Estudios políticos, 1963, (ed. orig. *L' Ordinamento giuridico*. Pisa, 1917).

ROMANO, Santi. *Lo Stato moderno e la sua crisi: saggi di diritto costituzionale*. Milano, Giuffrè, 1969.

ROMZEK, Barbara S. "Dynamics of Public Sector Accountability in an Era of Reform" en *International Review of Administrative Sciences*, v.66, n.21, 2000.

ROSADO IGLESIAS, Gema. "Seguridad jurídica y valor vinculantes de la jurisprudencia" en Cuadernos de Derecho Público, n. 28, mayo-agosto, 2006.

ROSADO PACHECO, Santiago (coord.). *Derecho europeo comparado sobre Ley y reglamento*. Madrid. Centro de Estudios Ramón Areces. 2003.

ROSALES POSAS, Ramón. *La formulación y evaluación de proyectos*. San José, EUNED, 2007.

ROSENBLOOM, David.H. "La Teoría de la Administración Pública y la separación de poderes" en *Clásicos de la Administración Pública*. Colegio Nacional de Ciencias Políticas y Administración Pública, FCE. Mexico, 1999.

ROSS, Stephen A. "The economic theory of agency: The principal's problem" en *American Economic Review* v. 62 n. 2, 1973.

ROSSI, Giampaolo." Método jurídico y Derecho Administrativo: la investigación de conceptos jurídicos elementales" en *Cuadernos de Derecho Público*, n. 21, enero-abril 2004.

ROYO VILLANOVA, Antonio. *Elementos de Derecho administrativo*. Valladolid, 1964-65.

RUIZ LÓPEZ, Joaquín. "CAF: una metodología europea de autoevaluación para mejorar las organizaciones públicas" en *Implantación de sistemas de gestión de la calidad en los servicios sociales*. Universidad de Castilla La Mancha, cursos de verano. Alcázar de San Juan, 14-15 de julio de 2003.

<<http://www.uclm.es/bits/sumario/23.asp#inicio>> (consultado en 8 de mayo de 2013).

RUIZ, Isaac. "Transparencia y competitividad: un binomio necesario" en *UNE. La Revista de Aenor*, n. 258, marzo, 2011.

RÜRUP, Reinhard. "Génesis y fundamentos de la Constitución de Weimar" en *Revista Ayer*, n. 5, UCM, 1992.

SAINZ MORENO, Fernando. "Ética pública positiva" en VV.AA. *Estudios para la Reforma de la Administración Pública* (Dtor. Fernando Sainz Moreno). Madrid, INAP, 2000.

SALOM GUERRERO, Enrique. "El parlamento español en la VII legislatura: una deriva negativa" en *Circunstancia*, Fundación Ortega-Marañón, Año II, n. 4, Mayo 2004.

SALOM GUERRERO, Enrique. *Crisis y cambios en las relaciones Parlamento-Gobierno 1993-1996*. Madrid, Tecnos, 2000.

SALVADOR, Miquel. "Innovació institucional i capacitats de gestió a l'administració autonòmica: el caso de la Generalitat de Catalunya" en *Revista d'Estudis Autònomicos i Federals*, n. 7, octubre 2008.

SALVADOR, Miquel. "La función pública autonómica como institución: ¿buscando alternativas o reforzando un modelo? Los casos de la Comunidad de Madrid y la Generalitat de Catalunya" en *Revista Española de Ciencia Política*, n. 12, 2005.

SÁNCHEZ BLANCO, Ángel. "La Agencia Estatal de Administración Tributaria. Atipicidad jurídica y determinismo de lo residual como expresión de la crisis del modelo organizativo de las Administraciones Públicas" en *Administración instrumental. Libro homenaje a Manuel Francisco Clavero Arévalo. I*, (coord Pérez Moreno). Madrid, 1994.

SÁNCHEZ MORÓN, M. *Discrecionalidad administrativa y control judicial*. Madrid, TECNOS, 1995.

SANCHEZ MORÓN, Miguel. "Interés General" en VV.AA. *Enciclopedia jurídica básica*. 4 tomos. Editorial Civitas, 1994.

SANTAMARÍA DE PAREDES, Vicente. *Curso de Derecho administrativo*. Madrid, 1894.

SANTAMARÍA PASTOR, Juan Alfonso. *Comentario sistemático a la Ley de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común*. Madrid, Libros Jurídicos Carperi, 1993.

SANTAMARÍA PASTOR, Juan Alfonso. "Las potestades de la Administración" en *Estudios para la Reforma*

de la Administración Pública, (dtor. Fernando Sainz Moreno). Madrid, INAP, 2000.

SANTAMARÍA PASTOR, Juan Alfonso. “Los controles sobre la actuación de las administraciones públicas” en *Estudios para la Reforma de la Administración Pública* (Dtor. Fernando Sainz Moreno). Madrid, INAP, 2000.

SANTAMARÍA PASTOR, Juan Alfonso. *Principios de Derecho Administrativo General*. v.I. Madrid, Iustel, Portal Derecho, S.A., 2004. 1ª ed.

SANTAMARÍA PASTOR, Juan Alfonso. *Principios de Derecho Administrativo General*. v.II. Madrid, Iustel, Portal Derecho, S.A., 2009. 2ª ed.

SANTAMARÍA PASTOR, Juan Alfonso. *Sobre la génesis del Derecho administrativo Español en el siglo XIX (1812-1845)*. Madrid, Iustel, Portal Derecho, S.A., 2006.

SARMIENTO RAMIREZ-ESCUADERO, Daniel. “The Function of EU Soft Law” en *Traditional and Alternative Routes to European Tax Integration*, (ed. Dennis Weber). Amsterdam, IBFD, 2010.

SARMIENTO RAMIREZ-ESCUADERO, Daniel. ”La autoridad del Derecho y la naturaleza del soft law” en *Cuadernos de Derecho Público* n. 28, mayo-agosto, 2006.

SARMIENTO RAMIREZ-ESCUADERO, Daniel. *El soft law administrativo. Un estudio de los efectos jurídicos de las normas no vinculantes de la Administración*. Cizur Menor, Thomson Civitas, 2008.

SAVATER, Fernando. *Ética y ciudadanía*. Montesinos, Madrid, 2002.

SCHEDLER, Kuno y SCHARF, Maria Christina. “Exploring the Interrelations between Electronica Government and the New Public Management” en *Information Technology and Computer Applications in Public Administration: Issues and Trends*, (ed. G.D. Garson). Hesity, Publishing Idea Group, 2001.

SCHMIDT-ASSMANN, Eberhard. *Teoría general del Derecho administrativo como sistema*. Madrid, Marcial Pons-INAP, 2003.

SCHMIDT-ASSMANN, Eberhard. "Cuestiones fundamentales sobre la reforma de la teoría general del Derecho administrativo. Necesidad de la innovación y presupuestos metodológicos" en *Innovación y reforma en el Derecho administrativo*, (ed. BARNES VÁZQUEZ, Javier). Global Law Press. Sevilla. 2003.

SCHMIDT-ASSMANN, Eberhard. “Die Verwaltung als Organisation und die Bedeutung des Organisationsrechts“ en *Das Allgemeine Verwaltungsrecht als ordnungsidee*. Heidelber, Springer, 1998.

- SCHNEIDER, Jens-Peter. "Kooperative und konsensuale Formen administrativer Entscheidungsprozesse" en *Jahrbuch für Neue Politische Ökonomie*, n. 15, 1996.
- SEDDON, John "Rather than improving the quality and competitive position of organizations, ISO 9000 has made matters worse" en *ISO 9000 NEWS*, n. 4, 1998.
- SEDDON, John. *In pursuit of quality: the case against ISO 9000*. Cornell University, Oak Tee Press, 1997.
- SEDDON, John. *The case against ISO 9000*. Oak Tee Press, 2000.
- SEGURA, Julio. "La economía mundial entre 1973 y el siglo XXI" en *Historia Económica Mundial. Siglos X-XX* (eds. Francisco Comín, Mauro Hernández y Enrique Llopis). Madrid, Crítica, 2010.
- SELSTAD, Tor. "The rise of the quaternary sector. The regional dimension of knowledge-based services in Norway, 1970–1985" en *Norsk Geografisk Tidsskrift - Norwegian Journal of Geography*, v. 44, Issue 1, 1990.
- SENDEN, Linda. "Soft Law, Self-regulation, and Co-regulation in European Law: Where do they meet" en *Electronic Journal of Comparative Law*, v.9, n. 1, 2005.
- SENDÍN GARCÍA, Miguel Ángel. "Los servicios públicos del siglo XIX" en *Anuario de Historia del Derecho Español*. LXXV, Madrid, 2011.
- SENGE, Peter. "Sharing Knowledge" en *Executive Excellence*, v. 16, n.9, 1999.
- SENGE, Peter. *The Fifth discipline: The Art & Practice of The Learning Organization*. Crown Publishing Group, 2006.
- SERVÁN, Carmen. *Laboratorio constitucional en España: El individuo y el ordenamiento*. Madrid, CENTRO DE ESTUDIOS POLÍTICOS Y CONSTITUCIONALES, 2005.
- SHAFRITZ, JAY M. y HYDE, ALBERT, C. *Clásicos de la Administración Pública*. Colegio Nacional de Ciencias Políticas y Administración Pública. Mexico, 1999.
- SHANNON, C.E. "A Mathematical Theory of Communication" en *Bell System Technical Journal*, v. 27, Julio-Octubre, 1948.
- SHANNON, C.E. y WEAVER, W. *The Mathematical Theory of Communication*. University of Illinois Press, 1949.
- SHARP McKECHNIE, William. *Magna Carta: A Commentary on the Great Charter of King John, with an*

Historical Introduction. Glasgow, J. Maclehose and Sons, 1905.

SHOLSEM, Jean Claude. "La Nueva Constitución belga". (Trad. Marina Cueto Aparicio). *Revista del Centro de Estudios Constitucionales*. n. 20 (enero-abril), 1995.

SILA, I. y EBRAHIMPUR. "An investigation of the total quality management survey based research published between 1989 and 2000: A literature review" en *International Journal of Quality and Reliability Management*, v. 19, n. 7.

SILVELA, A. *Colección de proyectos dictámenes y leyes orgánicas o Estudios Prácticos de Administración*. Madrid, 1893.

SIMON, Herbert A. "The Consequences of Computers for Centralization and Decentralization" en *The Computer Age: a Twenty Year View*. (M.L. Dertouzos y J. Moses eds). Cambridge, MIT Press, 1979.

SIMON, Herbert, A. "The proverbs of Administration" en *Public and Administration Review*, 6, 1946.

SMITH, Adam. *Investigación sobre la naturaleza y causas de la riqueza de las naciones*. Mexico, Fondo de Cultura Económica, 1979.

SMITHIES, Arthur. "Conceptual Framework for the Program Budgets" en *Program Budgeting*, (ed. D. Novick). Harvard University Press, 1965.

SNELLEN, Ignace, Th. M. "Electronic Governance: Implications for Citizens, Politicians and Public Servants" en *International Review of Administration Sciences*, v. 68, n.2, 2002.

SNELLEN, Ignace, Th. M. "Street Level Bureacracy in an Information Age" en *Public Administration in an Information Age. A Handbook*, (eds. T.M. Snellen y W. van de donk). Amsterdam, IOS Press, 1998.

SNELLEN, Ignace, Th. M. "Technology and Public Administration: Conditions for Successful e-Government Development. Some Introductory Observations" en *New Technologies in Public Administration*, (eds. G. Petroni y F. Cloete). Amsterdam, IOS Press-International Institute of Administrative Science, 2005.

SNELLEN, Ignace. Th. M. "ICT's Bureaucracies, and the Future of Democracy" en *Communications of the ACM*, v. 44, n. 1, 2001.

SOLOZÁBAL, Juan José. "Sobre el Estado Autonomico Español" en *Revista de Estudios Políticos*, n.78, octubre-noviembre, 1993.

SOMMERVILLE, Ian. *Ingeniería de software*. Delaware, Addison-Wesley, 1988. PRESSMAN, Roger S.

Ingeniería del Software. Un enfoque práctico. Mexico, Mc. Graw Hill, 1992.

SOSA WAGNER, Francisco (coord.). *La construcción del Estado y del Derecho administrativo. Ideario-jurídico político de Posada Herrera.* Madrid, Marcial Pons, 2001.

SOSA WAGNER, Francisco. *Carl Schmitt y Ernst Forshfott: Coincidencias y Confidencias.* Madrid, Marcial Pons, 2008.

STEIN, L.V. *Die Verwaltungslehre.* Stuttgart, Hauptgebiet, 1868

STEINER, George Albert. “Problems in implementing program budgeting” en *Program Budgeting*, (ed. D. Novick). Harvard University Press, 1965.

STEWART, Richard B. “La justicia administrativa en Estados Unidos” en *La justicia Administrativa en el Derecho Comparado.* Madrid, Monografías Civitas, 1993.

STEWART, John y RANSON, Stewart. “La gestión en el ámbito público” en *Lecturas de Gestión Pública* (eds, Q. Brugué y J. Subirats). Madrid, INAP-BOE, 1996.

SUBIRATS, Joan. “Notas acerca del Estado, la Administración y las políticas públicas” en *Revista de Estudios Políticos*, n. 59, Enero-marzo, 1988.

SUBIRATS, Joan. “Veinte años de Estado de las Autonomías. Balance y perspectivas de futuro” en *Cataluña-España. Relaciones políticas y culturales*, (dirs. X. Antich, À. Castiñeira, y J. Colomina,). Barcelona, Icaria, 2003.

SUBIRATS, Joan. *Análisis de políticas públicas y eficacia de la Administración.* Madrid, INAP, 1989.

SUBIRATS, Joan, GALLEGO, Raquel y GOMÁ, Ricard. “Conclusiones: políticas sociales y gobierno multinivel en España” en *Estado de bienestar y comunidades autónomas: la descentralización de las políticas sociales en España*, (coord. .Joan Subirats, Raquel Gallego y Ricard Gomá). Madrid, Editorial Tecnos, 2003.

SUBIRATS, Joan. “Poder y Buen Gobierno” en *El País*, 29.3.2008.

SUKLA, R.J.; GARG, Dixit. y AGARWAL, Ashish. “Understanding of Supply Chain: A Literature Review” en *International Journal of Engineering Science and Technology (IJEST)*, v. 3, n.3, Marzo, 2011.

Summary of Statement No. 34. *Basic Financial Statements —and Management's Discussion and Analysis— for State and Local Governments.* Issued 6/99.

SUNSTEIN, C.R. *Free markets and Social Justice*. New York. Oxford University Press. 1997.

SWAIN, Robert, W. *The Strategic Drucker. Growth strategies and marketing insights from the works of Peter Drucker*. Singapur, John Wiley & Sons, 2010.

SWARZE. *European Administrative Law*. Luxembourg, Office for Official Publicarions of the European Communities, 1992.

SYLVAIN, Olivier. "Internet Governance and Democratic Legitimacy" en *Federal Communications Law journal*. v.62, n. 2, 2009.

TÁBOAS BENTANACHS, Manuel. *Los recursos administrativos: una visión práctica*. Barcelona, Ediciones Experiencia, 2003.

TAFUNELL, Xavier. "La economía internacional en los años de entreguerras (1914-1945)" en *Historia Económica Mundial. Siglos X-XX*, (eds. Francisco Comín, Mauro Hernández y Enrique Llopis). Madrid, Crítica, 2010.

TALBOT, Collin, Cristopher Pollit y (Dtores.). "The Idea of Agency. The idea of the agentification of the (public service) world" en *Paper of the American Political Studies Asociation Conference*. Washington DC, August 2000.

TAMAMES, Ramón, (dir.). *Anuario Económico y social de España. 1977*. Barcelona, Planeta, 1977.

TAMAMES, Ramón. *Estructura económica de España*. Madrid, Alianza Editorial, 1978.

TAMAMES, Ramón. *La República. La era de Franco*. En *Historia de España* dirigida por Miguel Artola. Madrid, Alianza Editorial, v. 7, 1998.

TANENBAUM, Andrew S. *Redes de computadoras*. Mexico, PRENTICE HALL, 1997.

TAYLOR, Bernard. "Strategic planning-which style do you need? " en *Long Range Plann*, v.17, n. 3, Junio, 1984.

TAYLOR, F.W. "The Principles of scientific management" en *Bulletin of Taylor Society*, Diciembre, 1916.

TAYLOR, John "Information an X-ray: What is Public Administration for the Information Age?" en *Public Administration in an Information Age. A Handbook*, (ed. I. Th. M Snellen y W.B.H.J. Van De Donk,). Amsterdam, IOS Press, 1998.

- TAYLOR, John y WILLIAMS, Howard. "Public Administration and the Information Polity" en *Public Administration*, v. 61, n.2, 1991.
- THOMPSON, Faith. *The first century of Magna Carta: why it persisted as a document*. Nueva York, Russell & Russell, 1967. (1ªed. 1925).
- THOMPSON, James R. e INGRAHAM, Patricia W. "The Reinvention Game" en *Public Administration Review*, v. 56, n. 3, 1996.
- TOCQUEVILLE, Alexis de. *La Democracia en América*. Madrid, J. Trujillo, 1854.
- TOLBERT, Pamela S. y ZUCKER, Lynne G. "Institutional Sources of Change in the Formal Structure of Organizations: the Diffusion of Civil Service Reform, 1880-1935" en *Administrative Science Quarterly*, v. 28, n.1 1983.
- TOMÁS DE AQUINO. *Suma de Teología*. Madrid, Biblioteca de Autores Cristianos, 2001.
- TOMÁS MALLÉN, Beatriz. *El derecho fundamental a una buena administración*. Madrid, INAP, 2004.
- TORMO CAMALLONGA, Carlos. "El Derecho es la justicia de los hechos. A propósito de la Instrucción del Marqués de Gerona" en *Anuario de Historia del Derecho Español*. LXXXI, Madrid, 2011.
- TORNOS MAS, Joaquín. "Las Cartas de servicios" en *QDL, Fundación Democracia y Gobierno Local*, n. 10, febrero de 2006.
- TRONCOSO REIGADA, Antonio. "Dogmática administrativa y Derecho Constitucional: el caso del servicio público" en *Revista española de Derecho Constitucional*. n. 57, Septiembre-Diciembre, 1999.
- TSIPTSIS, Konstantinos; CHORIANOPOULOS, Antonios. *Data Mining Techniques in CRM. Inside Customer Segmentation*. New York, Willey, 2009.
- UBALDO BERNARDOS, José y HERNÁNDEZ, Mauro "Europa se abre al mundo" en *Historia Económica Mundial. Siglos X-XX* (eds. Francisco Comín, Mauro Hernández y Enrique Llopis). Madrid, Crítica, 2010.
- UBIERNA Y EUSA, José Antonio. *De la Responsabilidad de los órganos del Estado*. Madrid, Mariano Núñez Samper, 1915?
- UGARTEMENDIA ECEIZABARRENA, Juan Ignacio. "El concepto y alcance de la seguridad jurídica en el Derecho constitucional español y en el Derecho comunitario europeo: un estudio comparado" en *Cuadernos de Derecho Público*, n. 28, mayo-agosto, 2006.

- ULL PONT, Eugenio J. "El sufragio Universal en España (1890-1936)". REP, 208-209, julio/octubre 1976.
- UNE. *La Revista de Aenor. Responsabilidad social*. Madrid, n. 258, marzo, 2011.
- UNITED NATIONS PUBLIC ADMINISTRATION NETWORK. *Rethinking Public Administration: An Overview*. 1997. UN Symbol: ST/TCD/ SER.E/27.
- VALDIVIESO, Rocío. "La Reforma del Sector Público. Las Privatizaciones: el Estado de la Cuestión y su Aplicación al Caso Español" en *La Nueva Gestión Pública*, (ed. B. Olías de Lima). Madrid, Prentice Hall, 2001.
- VALERO TORRIJOS, Julián. *El régimen jurídico de la e-Administración. El uso de medios informáticos y telemáticos en el procedimientos administrativo común*. Granada, Comares, 2007. 2ª ed.
- VALERO, Javier. "Presentación" en *Técnicas gerenciales en la Administración Pública*. Madrid, Documentación Administrativa, 223, julio-septiembre 1990.
- VALLINA VELARDE, Juan Luis de la. "La desconcentración administrativa" en *Revista de Administración Pública*, Madrid, n. 35, mayo-agosto, 1961.
- VAN DE MEN, Andrew H., EMMETT, Dennis C. and KOENIG, Richard. "Theoretical and Conceptual Issues in Inter-Organizational Theory" en *Inter-Organizational Theory*. Kent, University Press, 1979.
- VAN TIEL, Sandra y Cristopher Pollit "The management and control of Executive Agencies: Anglo-Dutch comparasion" en *New Public Management in Europe* (Ed. Cristopher Pollit , Sandra van Thiel y Vicent Homburg). n. York, Palmgrave Macmillan, 2007.
- VEDEL, George. "Cour des comptes et juge administratif" en *La Cour des comptes d'hier à demain* Paris, 1979.
- VEDEL, George. "Le rôle de l'opinion en démocratie" en VV.AA.: *L 'Opinion Publique*. Chronique Sociale de France, Paris, 1966.
- VEDEL, George. *Manuel élémentaire de droit constitutionnel*. Paris, Librairie du Recueil Sirey, 1949
- VEDEL, Georges. *Droit Administratif*. Paris, Presses universitaires de France, 1992
- VELASCO CABALLERO, Francisco, y SCHNEIDER. Jens-Peter (coord.). *La Unión Administrativa Europea*. Marcial Pons, Madrid, 2008.

VERHOENVEN, Maartje y WIDDERSHOVEN, Rob. “National Legality and European Obligations“ en *The Eclipse of the Legality Principle in the European Union* (Ed. BESSELINK, Leonard, PENNING, Frank y PRECHAL, Sacha). AH Alphen aan den Rijn, Kluwer Law International, 2011.

VERNEY, L.A. *El verdadero método de estudiar*. 4 vols. Madrid, Joachim Ibarra, 1760.

VIDAL BELTRÁN, José María y GARCÍA HERRERA, Miguel Ángel (coord.). *El Estado Autonómico. Integración, solidaridad y diversidad*

VILLAR PALASÍ, José Luis. "El fin del Antiguo Régimen y los orígenes del Estado constitucional en España. La aparición del Derecho administrativo" en VV.AA. *Posada Herrera y los orígenes del Derecho administrativo en España. I Seminario de Historia de la Administración*. Madrid, INAP, 2001.

VILLAR PALASÍ, José Luis. “La actividad industrial del Estado en el Derecho Administrativo” en *Revista de Administración Pública*, n. 3, 1950.

VILLAR PALASÍ, José Luis. *Principios de Derecho Administrativo*. I, Madrid, Universidad de Madrid, 1982.

VILLAR ROJAS, Francisco José. *Privatización de servicios públicos*. Madrid, Tecnos, 1993.

VILLA-REAL MOLINA, Ricardo y DEL ARCO TORRES, Miguel Angel. *Diccionario de Términos Jurídicos*. Granada, Editorial Comares, 2006.

VILLORIA MENDIETA, Manuel. *La modernización de la Administración como instrumento al servicio de la democracia*. Madrid, MAP, 1996.

VILLORIA MENDIETA, Manuel. “La función pública de la Comunidad de Madrid” en *Autonomías. Revista catalana de Derecho público*. n. 18.

VILLORIA MENDIETA, Manuel. “Modernización administrativa y gobierno postburocrático” en *La nueva Administración Pública*, (eds. R. Bañón Martínez y Ernesto Carrillo). Madrid, Alianza Universidad Textos, 1997.

VILLORIA MENDIETA, Manuel. “Una breve introducción sobre la acción gubernamental” en *Crisis y externalización en el sector público ¿Solución o Problema? Monografía del Grupo de Investigación para el estudio del Empleo Público*, (dir. Luis Ortega Álvarez). Madrid, INAP, 2011.

VOBKUHLE, A. «The reform approach in the German Science of Administrative Law: the «Neue Verwaltungsrechtswissenschaft»», en *The transformation of administrative law in Europe*, (ed. Matthias

Ruffert.). Munich, Sellier, 2007.

VV.AA. *Asimetría y cohesión en el Estado autonómico*, Madrid, INAP, 1997.

VV.AA. *Estudios para la Reforma de la Administración Pública* (Dtor. Fernando Sainz Moreno). Madrid, INAP, 2000.

VV.AA. *Guía de Evaluación. Modelo EVAM. Modelo de Evaluación, Aprendizaje y Mejora*. Madrid, AEC-Ministerio de Presidencia, 2009.

VV.AA. *Informe de la Comisión para el Estudio y preparación del Estatuto Básico del Empleado Público*. Madrid, INAP, 2005.

VV.AA. *Sistemas de Información Integrados (ERP). Documento n.6*. Madrid, AECA, 2007.

VV.AA. "Administración" en *Enciclopedia Universal Ilustrada europeo americana*. Espasa Calpe, vol 2., 1908.

WADE, A.W. y K.D. Ewing. *Constitutional and Administrative Law*. Longman, Londres y n.York, 1993, 11ª ed.

WADE, H.W.R Y C.F. Forsyth. *Administrative Law*. Oxford University Press, Oxford, 2000, 8ª ed.

WALKER, "The Diffusion of Innovations among the American States" en *American Political Sciences Review*, v. 63, n. 3, 1969.

WALSH, Pat." "The State Sector Act" en *Reshaping the State. New Zealand's Bureaucratic Revolution*, (eds. BOSTON, Jonathan; MARTIN, John; PALLOT, June; WALSH, Pat). Auckland, Oxford University Press, 1991.

WEBER, Max. *Escritos políticos*. Madrid, Alianza Editorial, 2008. 2ª ed.

WEBER, Max. *Sociología del poder. Los tipos de dominación*. Madrid, Alianza Editorial, 2007, (edición especial correspondiente al capítulo III de *Economía y Sociedad*. Tubinga, 1972).

WELP, Yanina URGELL, Ferrán y AIBAR, Eduard. "La e-gobernanza: propuesta para el análisis" en *VII Congreso Español de Ciencia Política y de la Administración: Democracia y Buen Gobierno*. Madrid, 22 de septiembre de 2005.

WHITE, Leonard D. *Introduction in the Study of Public Administration*. Nueva York, Macmillan, 1926 (3.a

ed. 1949)

WILCOCKS, Leslie. "Managing Information System in UK Public Administration: Issues and Prospects" en *Public Administration*, v. 72, n.2, 1994.

WILLIAMSON, John. "What Washington Means by Policy Reform" en *Latin American Adjustment: How Much Has Happened?* Editado por John Williamson. 1990.

WILLIAMSON, Oliver E. "Transaction Cost Economics: The Governance of Contractual Relations" en *Journal of Law and Economics*, October, n. 22, 1979.

WILLOUGHBY, William, F. *Principles of Public Administration*. Baltimore, The Johns Hopkins Press, 1927.

WILSON, W. "The Study of Public Administration", en *Political Science Quarterly*, v. 2, 1887.

WOLTJER, Aleidus "The Quality of the Law as a Tool for Judicial Control" en *The Eclipse of the Legality Principle in the European Union*, (ed. BESSELINK, Leonard, PENNING, Frank y PRECHAL, Sacha). Alphen aan den Rijn, Kluwer Law International, 2011.

WOOD, Donna J. "Corporate social performance revisited" en *Academy of Management Review*, v.16, n. 4, 1991.

YAMAMOTO, Hironori (ed.). *Instrumentos de control parlamentario. Estudio comparativo de 88 parlamentos nacionales*. Ginebra, Interparliamentary Union, 2007.

YEATMAN, Anna. "The Concept of Public Management and the Australian State in the 1980s" en *Australian Journal of Public Administration*, v. 46, n.4, 1987.

ZIFCAK, Spencer. *New Managerialism Administrative Reform in Whitehall and Canberra*. Buckingham, Open University Press, 1994.

ZAGREBELSKY, G. *El Derecho dúctil. Ley, derechos, justicia*. Trotta, Madrid, 1995.

ZATARAIN DEL VALLE, Reyes. "Recepción jurídica de la Administración Electrónica en España. Estrategias para su desarrollo" en VV.AA. *Administración Electrónica y Procedimiento Administrativo*. Madrid, Ministerio de Economía, 2004.

ZOURIDIS, Stavros y THAENS, Marcel. "Reflections on the Anatomy of e-Government" en *The Information Ecology of e-Government*, (eds. v.J.J. M. Bekkers y v.M.F. Homburg). Amsterdam, IOS Press, 2005.

ZUBOFF, Soshana. *In the Age of the Smart Machine. The future of Work and Power*. Oxford, Basic Books, 1998.

ZUURMOND, A. "From Bureaucracy to Infocracy: Are Democratic Institutions Lagging Behind?" in *Public Administration in an Information Age*, (eds. I. Th. M Snellen y W.B.H.J. van de Donk). Amsterdam, A Hand Book, 1998.

ZUURMOND, Arre. "Organisational Transformation Through the Internet" en *Public Administration University of Leiden*. Cambridge, v. 25, n. 1, 2005.