El reto dogmático del principio de eficacia

*Luis Ortega**

1. Los caracteres clásicos del régimen jurídico-público

Si tuviésemos que delimitar las características diferenciadoras del régimen jurídico-público de las del régimen jurídico-privado, deberíamos cifrarlas en que, en el primero, prima el sometimiento de la autonomía de la voluntad al principio de vinculación positiva a la legalidad y, paralelamente, dichas emanaciones de voluntad gozan del privilegio de la autotutela declarativa y ejecutiva. Por contra, en el régimen jurídico-privado rige el principio de libertad de la configuración de la autonomía de la voluntad y el sometimiento jurisdiccional respecto de la declaración de derechos y de la ejecución de los mismos.

La razón que ha presidido la aparición de las mencionadas características en el régimen jurídico-público es la propia razón de ser del Derecho administrativo, esto es, el constituir un equilibrio entre prerrogativas del poder público en beneficio de la consecución del interés público y los controles de dichas prerrogativas en beneficio de las garantías de libertad de los ciudadanos.

Sin embargo, estas posiciones iniciales, ni eran tan claras y delimitadas en sus mismos orígenes, ni han permanecido, inalteradas, sino que, al contrario, han sufrido una profunda evolución.

Así, nunca el poder ejecutivo ha actuado sólo a través del Derecho administrativo, sino que siempre una parte de su actividad ha estado regulada por el Derecho privado, y siempre han existído organizaciones de particulares que han ejercitado por delegación poderes públicos; principalmente hay que referirse, a este respecto, a los concesionarios y a las corporaciones de Derecho público.

De igual modo, la situación inicial donde se construye la base dogmática del Derecho administrativo ha variado profundamente. Esta situación inicial

* Catedrático de Derecho Administrativo. Universidad de Castilla-La Mancha.

se caracteriza por la existencia de un poder público monopolizado por el Estado, como poder contrapuesto al de la sociedad; por un interés público difenciado del interés privado, por una organización estatal del ejercicio del poder público, y de un poder público basado esencialmente en el ejercicio de la autoridad en base a la cual se afectaba a los derechos de propiedad y libertad de los ciudadanos.

Esta situación se corresponde directamente con la del Estado liberal en su concepción más pura, esto es, la de un Estado censitario en el que la ley protege los intereses esenciales del único cuerpo electoral existente, limitando la actuación de la Administración, respecto de la libertad y la propiedad, a aquellos casos en que se antepongan para su realización los intereses públicos a los privados.

2. El cambio de la base socio-política: Heterogeneidad de los intereses públicos, fragmentación del poder y participación de los grupos sociales organizados en la composición del interés general

Sin embargo, a medida en que se vaya produciendo la plena democratización del Estado mediante la universalización del derecho al voto, se produce, paralelamente, una diversificación de los intereses públicos. Es decir, de aquellos intereses a los que la ley otorga un régimen jurídico de especial protección e implantación a través de su institucionalización y consiguiente atribución a una Administración pública. Este proceso sigue la lógica de las necesidades electorales de los partidos políticos de obtener el máximo respaldo electoral acudiendo a satisfacer los intereses propios del mayor número de grupos sociales. Ahora bien, el mismo proceso acentúa su complejidad hasta límites insospechados, de forma que, como destacara Giannini, el abanico de los intereses públicos acaba siendo tan heterogéneo como el de los intereses privados. Dicho de otra forma, todo grupo social o toda organización mínimamente compleja acaba obteniendo, por parte de los poderes públicos, un determinado grado de protección pública de sus intereses de grupo. El resultado no es otro que una situación en la cual el ordenamiento jurídico contempla cómo los poderes públicos defienden, amparan y promocionan intereses contradictorios entre sí, o al menos con el mismo grado de contradicción que el existente en el terreno social.

Al dato anterior se le debe sumar otro

proceso, también derivado del principio democrático en su derivación del pluralismo, que es el de la fragmentación del poder, la cual, como destaca Dente, plantea la duda de que el sistema de poderes sea o incluso pueda ser gobernado para la consecución de objetivos generales. Esta fragmentación es de un triple orden. Dentro del tradicional poder estatal, se produce una complejidad organizativa de tal dimensión que se hace difícil, en muchas ocasiones, la reconducción a la unidad de forma que sólo acaban gozando de un instrumento de debate unitario aquellos asuntos que por su importancia aparecen en la mesa del Consejo de Ministros. Esta dificultad de reconducción a la unidad se acentúa, como es lógico, en situaciones de Gobiernos de coalición.

Paralelamente, se ha producido la generalización del fenómeno de la descentralización política, que, en lo que nos interesa, supone un triple planteamiento. De una parte, la iniciativa normativa de que gozan los entes con autonomía política supone una ruptura del monopolio normativo de declaración del interés público que antes realizaba únicamente el Parlamento estatal. En segundo término, la misma autonomía política hace que prime una distinta interpretación de desarollo normativo respecto a los intereses públicos declarados por la legislación estatal. Por último, el pluralismo político-territorial puede configurar diferentes mayorías políticas que hagan primar, en cada parte del territorio, diferentes intereses sociales, en función del cumplimiento de cada uno de los programas electorales.

Esta fragmentación del poder, se produce, además, en el hecho de que el ordenamiento ha institucionalizado la actuación de grupos sociales como portadores de intereses públicos. Las principales manifestaciones de esta corriente están constituidas por los partidos políticos y por las organizaciones empresariales y sindicales. Los primeros, en un sistema democrático, son fundamentales a la hora de valorar la actuación de los poderes políticos, tanto por el contenido de sus propuestas programáticas, como por su capacidad de designación de los responsables del aparato de gobierno bajo cuyo mando se sitúan los administraciones públicas. Los segundos forman parte de uno de los mecanismos de legitimización social más habituales en los sistemas occidentales, donde se ha implantado una estructura de Estado de bienestar. A estos nuevos protagonistas del ejercicio de los poderes públicos se suman los innumerables entes asociados que concurren en el sistema de toma de decisiones públicas y en su ejecu-

ción a través de los mecanismos de participación, que analizamos a continuación.

Lo que debe destacarse de esta fragmentación del poder público, es la atenuación del instrumento clásico de actuación de las organizaciones administrativas: la orden jerárquica. A esta estructura de poder público fragmentado no se la representa ya, como ha destacado Ruffolo, con la imagen de la pirámide, sino la del archipiélago. Por ello, al escalón jerárquico le ha sucedido el valor de la información, como elemento que privilegia a un determinado grado de poder público.

Antes nos referíamos a los mecanismos de participación como uno de los elementos de la nueva fragmentación del poder. Sin embargo, la participación tiene otros datos que conviene poner de manifiesto, respecto al problema de la delimitación de los intereses públicos.

Parejo ha planteado, recientemente, de forma abierta, cómo una de las limitaciones que tiene hoy día la aplicación del principio de legalidad a las Administraciones públicas es el carácter genérico de los mandatos legales que sólo llegan a operar sin una capacidad efectiva de prescripción de actuaciones concretas. Ello provoca el que la norma produzca, ciertamente, la necesaria legitimización jurídica de los poderes públicos, pero no da una solución a la hora de determinar el interés social concreto que debe prevalecer en una situación singular. De aquí que, tanto para medir las necesidades reales, como para producir una legitimización social de la actuación de las Administraciones públicas, éstas acuden al mecanismo de la participación de los sectores sociales implicados, bien en la adopción de una decisión, bien para la ejecución de una decisión ya adoptada. Ahora bien, desde el punto de vista de la legitimidad de esta actuación administrativa, hay que señalar una contraposición latente entre los elementos normativos y los elementos participativos de una actuación administrativa. Los primeros se configuran a través del sistema de representación política basado en la igualdad de voto de todos los ciudadanos. Sin embargo, la participación requiere un plus de actividad ciudadana, requiere una capacidad de organización del grupo social, lo que genera una desigualdad entre los ciudadanos respecto al grado de agregación de sus intereses sectoriales. Acudir, por tanto, a la vía de la participación como la vía para la depuración terminal del interes público supone, de hecho, realizar una composición entre los intereses públicos normativos y los

intereses sociales de los grupos organizados.

3. Un nuevo problema dogmático: el principio de eficacia y sus instrumentos normativos y personales

A consecuencia de los rasgos antes señalados —la heterogeneidad de los intereses públicos, la fragmentación del poder, y la composición del interés general con los de los grupos sociales organizados—, la actuación administrativa ha evolucionado, abarcando nuevos sectores de actividad y nuevas formas de actuación que han provocado ulteriores puntos de evolución. El principal lo constituye, sin duda el paso de la actividad de autoridad a la actividad de prestación e intermediación social. Decimos que es el principal, quizás destacando el gran giro que se produce en los principios jurídicos que lo rigen, que se puede equiparar a la evolución conceptual que media entre la formulación del Estado de Derecho y la del Estado Social. En la actividad de autoridad, donde debe presidir el Estado de Derecho, prima la garantía de una actuación administrativa conforme a Derecho. En la actividad de prestación, la administración no atenta con su actuación a los derechos individuales del ciudadano, sino que pretende implantar derechos colectivos en su beneficio. Incluso, como señala Martín Rebollo, muchos derechos constitucionales precisan para su plenitud del concurso de la Administración. El giro aquí es doble: primero, la garantía individual se formula frente a la inactuación administrativa que pueda privar al ciudadano del servicio público y, segundo, no basta con resultados del servicio, porque es en la medición del resultado donde se puede concretar el contenido del derecho de prestación. Resultado que en muchos casos lo podrá concretar el legislador en base a estándares medios de cantidad, calidad o temporalidad.

Ahora bien, esta obtención del resultado introduce un nuevo elemento de reflexión y es el de la imputación de la responsabilidad respecto de dicho resultado. Dentro del ámbito de la actuación de autoridad la responsabilidad se imputa a causa del incumplimiento de la norma y del mismo modo, el juego prevalente del principio de legalidad hace que el margen de autonomía de la voluntad de la administración sea muy reducido. Por ello, si no existe un margen de autonomía o libertad en el sistema de toma de decisiones, no es posible realizar una imputación de resultados, ya que éstos serían consecuencia de la norma.

Sin embargo, cuando nos movemos en el ámbito de la actividad de prestación, si se quiere producir una imputación de los resultados al agente público como elemento de determinación de responsabilidades o introducción de incentivos y estímulos de rendimiento profesional, ello sólo es posible si tal agente ha contado en el proceso de toma de decisiones con un margen de autonomía, bien sea en la fijación de objetivos, en la búsqueda de recursos disponibles o en la elección de los recursos utilizados.

De forma paralela a lo anterior, se debe plantear cuáles deben ser las consecuencias derivadas del proceso de imputación de responsabilidades. La relación estatutaria de que goza el funcionario hace que la imputación de responsabilidades desfavorables esté sometida a una regulación jurídica precisa, ya que dicha relación estatutaria, le otorga especiales garantías respecto a su carrera profesional. Por ello, la introducción de la imputación de malos resultados de gestión no es una tarea sencilla, más aún, si la consecuencia lógica a una mala gestión fuese la remoción de su puesto de trabajo.

Así pues, sin resolver el dilema, respecto al principio de vinculación positiva, del grado de autonomía de la voluntad del agente público en el sistema de toma de decisiones y sin resolver el procedimiento de imputación de responsabilidades, no es posible formular la garantía del resultado de un interés público de prestación.

4. Lo público como decisión democrática de consecución de un fin

Sin duda, por estas razones, se está produciendo un desplazamiento progresivo de la actuación de las Administraciones públicas, hacia organizaciones de origen público, pero constituidas y sometidas al régimen del Derecho privado. Pero ello no acaba de resolver el problema. En efecto, es cuestionable que estas organizaciones de origen público sometidas al Derecho privado, gocen de una absoluta autonomía de la voluntad y que no tenga ningún valor jurídico la vinculación al fin público para el que fueron creadas.

Como ha puesto de relieve Cassese, la consideración del fin pasa a ser un elemento primordial para la reordenación del ámbito de lo público. Probablemente el actual dilema entre el papel de la sociedad y del Estado no es otro que el decidir cuál de ellos se configura en un futuro inmediato como agente hegemónico de transformación

social. Ello quiere decir, que hoy día, no hay intereses o ámbitos de actuación que le estén vedados a los poderes públicos. Nuestra Constitución es una confirmación de ello. En efecto, en un sistema democrático, queda en manos de los ciudadanos valorar su propio modelo social y, dentro de esta valoración se encuentran unos determinados resultados de bienestar social. Desde esta perspectiva, la diferenciación entre lo público y lo privado se sitúa en aquellos resultados sociales impulsados desde los poderes públicos y aquellos otros cuyo impulso parte directa e inmediatamente de los agentes privados.

Ahora bien, sabemos que hoy día los intereses públicos se satisfacen de muy diversa forma en cuanto se refiere a sus instrumentos organizativos. Entre estos instrumentos organizativos se sitúan, como ya hemos señalado, organizaciones de origen público sometidas el Derecho público, organizaciones de origen público sometidas al Derecho privado, organizaciones de origen privado sometidas al Derecho público y organizaciones de origen privado sometidas al Derecho privado. No es, por tanto, la naturaleza jurídica de un ente, ni el Derecho que es aplicable el que nos da la clave para saber si estamos situados ante un interés público o privado.

A mi juicio, el proceso de interpretación entre Estado y sociedad que se produce con la extensión y profundización de la democracia política, tiene como resultado el que lo público no se defina por el agente que lo realiza, sino por el conjunto de objetivos socieconómicos respecto de los cuales el Estado pretende obtener unos resultados determinados, es decir, objetivos cuyos resultados no se dejan indiferentemente a la mera iniciativa privada y al juego de las reglas del mercado.

Ahora bien, la paradoja consiste en que nada impide que el Estado considera que el juego de las reglas del mercado son el mejor instrumento para la consecución de sus objetivos programáticos en relación a determinados tramos o sectores de actividad ni que, como es algo ya habitual, someta sus propias organizaciones a las reglas del Derecho privado.

De la crisis del Estado liberal se produjo la entrada del Estado en el mercado como propietario de bienes de producción para, a través de sus recursos económicos salvar al mercado. Nos habíamos acostumbrado, así a que se aplicase el Derecho privado al Estado en cuanto sujeto o agente económico. De la crisis del Estado de bienestar se produce, en cambio, que el mercado se presenta *prima facte* como la alternati-

va para que el Estado «economice», de acuerdo con la eficacia y la eficiencia, sus recursos para la mejor consecución de sus objetivos públicos. De aquí que la recuperación del Derecho público como el instrumento idóneo para la obtención de los resultados públicos debe realizarse a través de una triple vertiente. De un lado, destacando las mayores cotas de garantías y derechos que el ciudadano obtiene a través de la norma pública, por ejemplo igualdad y responsabilidad objetiva. De otro, flexibilizando, en términos de personal y contratación, la actuación administrativa para obtener la de calidad y la rapidez que hoy demandan los ciudadanos a los servicios públicos. Finalmente, exigiendo el levantamiento del velo de las personificaciones interpuestas para el control de los fines públicos que estuviesen en el inicio de la decisión pública de la creación de una sociedad privada y la aplicación de determinados principios en su actuación como la publicidad y la transparencia.

Una manifestación normativa de lo que estoy diciendo la encontramos en la regulación del ámbito competencial del Tribunal de Cuentas. El fin público es el control de las cuentas y de la gestión económica del Estado y del sector público. Pues bien, a estos efectos, el sector público comprende las organizaciones de origen público sometidas al Derecho privado y dicho Tribunal extiende su control a la fiscalización de las ayudas económicas o financieras que dicho sector público otorgue a organizaciones de origen privado sometidas al Derecho privado con fondos de una empresa de origen público sometida al Derecho privado, que utiliza con arreglo al Derecho privado, no deja que quedar vinculada al fin público contenido en la norma o en la decisión que genera dicha ayuda.

Otro ejemplo lo encontramos en la regulación constitucional de los límites del derecho de huelga. Estas limitaciones hacen referencia a los servicios esenciales de la comunidad. Pues bien, la conclusión que se obtiene del concepto de servicios esenciales es que no todos los servicios en manos de las organizaciones de origen público, ya sean públicas o privadas, son considerados servicios esenciales. Por contra, obtienen tal consideración numerosos servicios prestados por organizaciones de origen privado sometidas a las reglas del Derecho privado.

En definitiva, esta interpretación profunda de lo público y lo privado no es sino una consecuencia de la recuperación por parte de la colectividad de su plena soberanía política, en ejercicio de la cual, mediante el proceso ordenado por la norma democrática, puede fi-

jar sus opciones de forma de vida social, entre las que se encuentran el conjunto de resultados socioeconómicos respecto de los que reclama su obtención y garantía. A ello se une el hecho de que en nuestro ordenamiento constitucional no hay ningún sector de actividad respecto del cual no se pueda producir la atribución a los poderes públicos de la función de obtener unos determinados resultados. Son significativos a tal efecto los objetivos del apartado 2 del artículo 9 encaminados a la promoción de las condiciones que hagan real y efectiva la libertad y la igualdad de los individuos y de los grupos en que se integran y la declaración de subordinación de la riqueza del país al interés general, contenida en el artículo 128.

Un tercer elemento lo constituye el carácter instrumental respecto a los objetivos públicos que tienen las organizaciones que los llevan a cabo y el régimen jurídico que regula su actuación. No en vano una de las características de la evolución de nuestro ordenamiento jurídico en las últimas décadas ha sido, de un lado, la privatización de la actividad pública y, de otro, la publicación de la actividad privada.

Sin embargo, esta interpenetración hace que surjan nuevos problemas. Uno de ellos es de la nueva juridificación de este modelo basado en la utilización de instrumentos mixtos y de las reglas que lo deben presidir las organizaciones de origen público, sea cual sea el régimen jurídico al que está sometida su actuación, basadas en el hecho de que tales organizaciones son producto de una decisión institucional y no derivada de la autonomía privada de los individuos. Hay que depurar cuáles de los actuales elementos diferenciales deben ser modificados en atención a los fines que justifican la creación institucional de una organización, primando las necesidades de alcanzar los objetivos implícitos en tal fin respecto a una aplicación mecánica de reglas basadas en la naturaleza institucional de dicha organización. Por último, hay que clarificar los elementos comunes a las organizaciones de origen público y las organizaciones de origen privado.

Algunos ejemplos pueden ilustrar este debate. La normativa constitucional no impide la creación de una organización de origen público sometida al Derecho privado con el mero fin de obtener, mediante el libre juego de las reglas del mercado, recursos económicos. Actividad, por otro lado, que vienen desarrollando los estados desde la época del mercantilismo y la ilustración. El fin público no sería otro que el aumentar los recursos de la tesorería

del Estado. Pues bien, ¿habría que determinar en qué medida este fin público modula la actividad de dicha empresa de forma diferenciada a las del sector en cuanto a transparencia de su gestión, al uso de información privilegiada, etc.?, o ¿es predecible que dicha empresa actúe bajo un idéntico régimen jurídico que las empresas de origen privado que operan en el sector?

Segundo ejemplo. Cuando la norma varía el fin institucional de una organización de origen público sometida al Derecho público, ¿es posible predicar un régimen jurídico nuevo acorde al nuevo fin? Si la organización pública sanitaria pasa de tener como fin la mera policía sanitaria a la prestación del servicio público de la salud, ¿no deberían cambiar sus reglas de actuación con relación a la gestión de recursos económicos y de personal? Hay innumerables ejemplos.

Sin embargo, lo que nos queda por delante es, en definitiva, una nueva reformulación del principio de la autonomía de la voluntad de las organizaciones de origen público, tanto para facilitar a las estructuras burocráticas el cumplimiento de los fines públicos, como para mantener dentro del control público a las organizaciones de origen público que actúan en el Derecho privado.

Notas bibliográficas

Cassese, *Le basi del Ditritto Amministrativo*, Einaudi, Torino, 1989.

Dente, *Governare la frammentazione*, Il Mulino, Bologna, 1985.

Giannini, *Derecho administrativo* (trad. esp.), MAP, Madrid, 1991.

Martín Rebollo, *Constitución, Derecho administrativo y Estado autonómico*, Asamblea Regional de Cantabria, Santander, 1990.

Parejo, *Crisis y renovación en el Derecho público*, CEC, Madrid, 1991.

Ruffolo, *La qualità sociale*, Laterza, Roma-Bari, 1985.

Fuente

Revista de Administración Pública No. 133 enero-abril 1994, Madrid, España.