

REFORMAS DE LA ADMINISTRACIÓN PÚBLICA: FENOMENOLOGÍA, VECTORES DE CAMBIO Y FUNCIÓN DIRECTIVA DEL DERECHO ADMINISTRATIVO

Francisco VELASCO CABALLERO(1)

Resumen

En todos los países se habla de reforma de la Administración. Bajo este enunciado se comprenden muy diversos fenómenos: tanto programas políticos de transformación integral de la Administración como procesos de cambio continuo. Las recetas de reforma, tanto políticas como técnicas (muchas de ellas procedentes de la OCDE) interactúan con el Derecho de diversas formas. Unas veces el Derecho impone las reformas; otras veces las incentiva; en ocasiones simplemente las legitima; y por fin otras veces las desincentiva abiertamente (o incluso las impide). A partir de estas posibles funciones del Derecho, en relación con las reformas administrativas, se analizan cuatro vectores de posibles cambios que, en mayor o menor medida, resultan incentivados o desincentivados por el Derecho administrativo: orientación de la Administración a los resultados; actuación administrativa en red; aumento en las tareas de dirección y control y reducción de las actividades administrativas prestacionales; y apertura de la Administración.

Palabras clave

Administración pública; reforma administrativa; Derecho administrativo; Administración abierta; Administración en red.

Abstract

In all countries there is talk of administration reform. This label covers very diverse phenomena: both political proposals for an integral transformation of the Administration and processes of continuous administrative change. Reform recipes, both political and technical (many of them from the OECD) interact with the Law in different ways. Sometimes the

(1) Catedrático de Derecho Administrativo y Director de Investigación del Instituto de Derecho Local de la Universidad Autónoma de Madrid; francisco.velasco@uam.es.

Abreviaturas utilizadas: CE: Constitución española; EBEP: Estatuto Básico del Empleado Público; LBRL: Ley reguladora de las Bases del Régimen Local; LCSP: Ley de Contratos del Sector Público; LGP: Ley General Presupuestaria; LHL: Ley de Haciendas Locales; LTBG: ley de Transparencia, Acceso a la Información Pública y Buen Gobierno; LPAC: Ley de Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas; LRJSP: Ley de Régimen Jurídico del Sector Público; TJCE: Tribunal de Justicia de la Unión Europea; TS: Tribunal Supremo.

law imposes reforms; other times it encourages them; sometimes it simply legitimizes them; and finally, the Law also discourages (or even prevents) them. Considering these possible functions of Law, in relation to administrative reforms, four vectors of possible changes are analyzed: Management's orientation to outcomes; administrative action within networks; increase in command and control tasks and simultaneous reduction of administrative provision of services; and opening of the Administration to society.

Keywords

Public administration; administrative reform; administrative law; open administration; network administration.

SUMARIO: I. Introducción. II. Fenomenología de la reforma administrativa. III. ¿Qué Administración para el futuro? IV. La función del Derecho en las transformaciones administrativas. V. Administración de resultados. 1. Erosión de la legalidad como criterio de legitimidad administrativa; 2. ¿Cómo se construye una Administración de resultados? 2.1 Desprogramación normativa de la actuación administrativa; 2.2 Control administrativo de resultados; 2.3 Flexibilidad organizativa y funcional. 2.4 Capacidad de innovación. 2.5 Dirección profesional. 2.6 Conocimiento. VI. Espacios, redes y sistemas administrativos. VII. Administración de dirección, orden y control. VIII. Administración abierta. IX. Conclusión. X. Bibliografía citada.

I. INTRODUCCIÓN

1. La reforma de la Administración es un fenómeno universal. Según las lenguas, se habla de *Public Administration Reform*, *Verwaltungsreform*, y *Réforme de l'Administration*. Y también de 行政改革 o de الإداري الإصلاح. Cuando se accede al contenido de estas reformas, se observa la diversidad de términos con los que se describen: racionalización, profesionalización, sostenibilidad, innovación, modernización, simplificación, reestructuración. Tomando como punto de partida la diversidad de fenómenos de reforma, el objeto de este estudio es triple. Se pretende, en primer lugar, una comprensión *fenomenológica* de la reforma de la Administración. Luego se identifican cinco grandes *vectores hipotéticos* de reforma, inducidos o deducidos por la ciencia de la Administración a partir de la realidad administrativa de los distintos países. Y finalmente se analizan estas corrientes hipotéticas de reforma desde la perspectiva del Derecho. Esto es, comprobando en qué medida *el Derecho incentiva* positiva o negativamente cada vector de reformas administrativas.

2. Según la descripción anterior, la reforma de la Administración requiere de un estudio *interdisciplinar*, que ponga en conexión la ciencia de la Administración con el Derecho administrativo. Las interacciones posibles entre estas dos perspecti-

vas de investigación son múltiples. Así, es posible centrar la atención inmediata en el Derecho administrativo, e introducir en su análisis los planteamientos y conocimiento generados por la ciencia de la Administración. El inconveniente de esta perspectiva de análisis es que no capta los fenómenos de reforma administrativa carentes de expresión normativa; y que analiza los fenómenos de reforma de forma sincrónica (esto es, tal y como los regula el Derecho en un concreto momento) y no como un proceso complejo de evoluciones y mutaciones con múltiples variables. Vistas las limitaciones de un análisis inicialmente jurídico de la reforma administrativa, en este estudio se ha seguido otro patrón de interacción con la ciencia de la Administración. Primero se ha preguntado a la ciencia de la Administración por los fenómenos de reforma en marcha y por sus posibles líneas hipotéticas de evolución. Y luego se ha vuelto la vista al Derecho público (en este caso, el vigente en España, lo que incluye el Derecho comunitario europeo) para analizar en qué medida ese Derecho *estimula o frena* las reformas identificadas por la ciencia de la Administración. Esta conexión metodológica entre ciencia de la Administración y Derecho administrativo es, por lo demás, asimétrica, porque de la ciencia administrativa se toman hipótesis *universales* (cuáles son las líneas de transformación de la Administración en el mundo), mientras que el análisis jurídico es *local* (en qué medida el Derecho aplicable en España incentiva esas corrientes de transformación).

II. FENOMENOLOGÍA DE LA REFORMA ADMINISTRATIVA

3. Antes de analizar las posibles y concretas transformaciones de la Administración, brevemente se considera la reforma administrativa *en sí misma*, como fenómeno de la realidad y como concepto político-jurídico. La ciencia política ya ha precisado que la reforma administrativa es tanto una *idea política*, no necesitada de realización práctica, como una concreta *política pública*, que ineludiblemente debe ser analizada empíricamente. Detrás de esta distinción late, creo, la correcta percepción de que la reforma administrativa unas veces se presenta como aspiración u objetivo (político) y otras veces como una realidad de la Administración. Esta distinción fenomenológica se expresa también en el lenguaje. Se habla, de un lado, de «la reforma» de la Administración (como idea y objetivo político trascendente); pero también se habla de «las reformas» de la Administración [como concretas políticas públicas que tienen a la Administración misma como objeto de atención (2)]. Por banal que parezca, el singular o el plural, «reforma» *versus* «reformas», es un signo lingüístico determinante para la comprensión del fenómeno reformador.

a) La «reforma» de la Administración (en singular) se presenta normalmente como un *tópico político*. Y aparece con frecuencia en los programas electorales o en el discurso político. La reforma es aquí un objetivo político que parte de una visión global de la Administración de un país y que pretende una reconfiguración

(2) BOUCKAERT, G. y KUHLMANN, S., «Introduction: Comparing Local Public Sector Reforms: Institutional Policies in Context», en BOUCKAERT, G. y KUHLMANN, S., *Local Public Sector Reforms in Times of Crisis*, 2016, pp. 1-20 (p. 3).

más o menos *integral y definitiva* de esa Administración. Se concibe como un cambio *exógeno*, no generado internamente por la propia Administración. Y eso hace que, de forma natural, se apoye decididamente en la *ley* como instrumento operativo central. Esta reforma, entendida como tópico y objetivo político global, tiene muchas expresiones históricas (3). En los años ochenta del siglo xx –y hasta nuestros días– se ha hablado de «reforma» de la Administración para hacer referencia al *New Public Management* o introducción de formas privadas de gestión empresarial en la actividad administrativa. Luego, ya en el inicio del segundo milenio, las propuestas de reforma integral de la Administración se han ido desplazando hacia la idea de *gobernanza*, imagen ideal supuestamente superadora de la Administración imperativa o autoritaria y más abierta a la interacción con la sociedad. Más recientemente, con la crisis económica y financiera desde 2007, la «reforma» global de la Administración se plantea en términos de *sostenibilidad*. Así ha ocurrido en España, desde luego, con el programa CORA (4). Como hipótesis, se puede plantear que la «reforma» global o integral es más relevante en el discurso político que en la transformación real de la Administración (5). Con frecuencia, a un discurso político de «reforma» de la Administración solo siguen algunas «reformas» adaptativas de segundo nivel.

b) Las «reformas» administrativas, en plural, presentan menor calado político. Se producen de forma *continua*, no concentradas en un momento o proceso concreto. No afectan al conjunto de la Administración, sino a concretas estructuras organizativas o procedimentales. Pueden ser *experimentales*, y por tanto sin necesaria vocación de permanencia. Y frecuentemente tienen un origen *endógeno*, en la propia Administración. De manera que no es necesariamente la ley quien dirige el proceso reformista. E incluso cuando la ley dirige ese proceso, su función es más facilitadora de la reforma que transformadora en sí misma. A partir de esta descripción, la «reformas» administrativas se podrían explicar también como transformaciones o mutaciones de la Administración. Porque, si bien el factor político sigue siendo relevante, los cambios son natural expresión de la adaptación de la Administración al medio (6). Bien porque esos cambios son objetivamente necesarios, bien porque sin cambios se erosiona la justificación de los recursos económicos que la Administración recibe de la ciudadanía (y entonces la adaptación continua de la Administración sería sobre todo una estrategia de supervivencia organizativa) (7).

4. En lo que hace a su *procedencia*, y por paradójico que pueda parecer, el *diseño* de las reformas administrativas no necesariamente proviene de instituciones

(3) POLZER, T., *Von klassischer Verwaltung zu Public Governance*, Springer Verlag, 2019, pp. 1-8.

(4) La Comisión para la Reforma de las Administraciones Públicas (CORA) fue creada por Acuerdo del Consejo de Ministros de 26 de octubre de 2012. El 21 de junio de 2013 la Comisión emitió un «informe ejecutivo» con un programa general de reformas, objeto luego de seguimiento a través de informes periódicos (todo ello, en: <http://www.hacienda.gob.es>).

(5) OCDE, *Panorama de las Administraciones públicas 2017*, INAP, Madrid, 2018, pp. 58 y 59.

(6) JUNG, S., *Die Form der Reform*, Metropolis, 2008, pp. 28 y 227; ARENILLA, M., «La elaboración de un nuevo relato de lo público», en *Panorama de las Administraciones Públicas 2017*, OCDE/INAP, Madrid, 2018, pp. 17-30 (p. 22).

(7) BRUNSSON, N. y OLSEN, J. P., *The Reforming Organization*, Routledge, London and New York, 1993.

del propio Estado en el que se implantan. Pueden identificarse cuatro sujetos creadores de reformas: instituciones internacionales o supranacionales (en especial, la Unión Europea, la OCDE y el Banco Mundial); los poderes políticos de cada Estado (gobiernos y parlamentos); la propia Administración; y otros Estados que sirven de modelo reformador (en especial, en nuestro tiempo, los Estados desburocratizadores desde finales del siglo xx: los Estados Unidos de América y Reino Unido). En España, si se presta atención al bloque de reformas canalizadas a través del programa CORA (2012) se observará que un gran número de esas reformas proviene de previos informes y recomendaciones de la OCDE o de la Unión Europea; otro número importante de reformas es político-ideológico; y ya solo un pequeño número de reformas –y las menos relevantes cualitativamente– son propiamente endógenas, responden a la iniciativa de la propia Administración. Los modelos comparados, en otro tiempo tan importantes (sobre todo respecto de las Administraciones francesa, alemana y, en menor medida, italiana) juegan ahora un papel muy secundario (8), si bien una parte de las reformas sugeridas o recomendadas por la UE provienen, en última instancia, de sus grandes Estados miembros.

5. Cuestión capital sobre las reformas administrativas es la de por qué y cuándo *triumfan o fracasan*. En mi opinión, tres factores son determinantes en este análisis de resultados: el contexto institucional de cada reforma; la formulación misma de la reforma; y el sistema de incentivos que acompaña a cada concreta reforma. Por simples razones utilitarias, ahora tomo en consideración solo a los Estados *democráticos*. Se puede considerar de entrada que los contextos institucionales *autoritarios* favorecen tanto una concepción amplia o integral de «la» reforma administrativa como su propia realización práctica (porque los actores políticos oponentes están muy limitados y porque el proceso de cumplimiento de la reforma está basado en la autoridad misma de quien la impone). La historia, empezando por la española, nos da cuenta de reformas administrativas integrales, profundas y exitosas adoptadas por regímenes dictatoriales (9). Cuestión distinta, incluso aceptado que una autocracia puede deparar reformas administrativas eficaces, es el objeto mismo de esa reforma. Pues de forma natural, y a falta de los controles y el escrutinio propios de los sistemas democráticos, la reforma de un Estado autocrático naturalmente incluirá en mayor o menor medida, junto a objetivos de interés general, también la patrimonialización y clientelización de la Administración. Interrumpo aquí la atención a las dictaduras, y vuelvo a los Estados democráticos.

6. De los muy diversos elementos que en los países democráticos conforman el *contexto institucional* de cada reforma, subrayo ahora dos: el sistema electoral de cada país; y la formulación del principio de legalidad.

a) Partiendo de la premisa de que el poder político es el protagonista mediato o inmediato de las reformas administrativas, importa saber cuál es el *sistema elec-*

(8) Así, en el «informe ejecutivo CORA» (citado más arriba, pp. 35-39) únicamente se toman algunas referencias fragmentarias sobre reformas administrativas en Canadá, Reino Unido y Francia.

(9) Para España, valga la referencia al llamado «Estado administrativo» de la dictadura franquista, construido a mediados de la década de los años 50 del siglo xx. Por todos: GARRIDO FALLA, F., «Sobre el Derecho administrativo y sus ideas cardinales», *Revista de Administración Pública*, núm. 7 (1952), pp. 11-50. Para los estados autoritarios o semiautoritarios de extremo oriente, y en especial para la China contemporánea: OHNESORGE, J., «Chinese Administrative Law in the Northeast Asian Mirror», *Transnational Law and Contemporary Problems*, núm. 16 (2006), pp. 103-166 (p. 149).

toral que selecciona a los gobernantes en los Estados democráticos. Los sistemas electorales mayoritarios, en la medida en que normalmente producen mayorías parlamentarias fuertes, favorecen las reformas administrativas. Porque las decisiones políticas se simplifican (necesitan menos acuerdos parlamentarios). Aunque, por la misma razón, las reformas administrativas no son permanentes (10). Pues una nueva mayoría parlamentaria también puede cambiar con facilidad una reforma anterior. Las reformas administrativas en Reino Unido son un buen ejemplo de lo dicho: el nivel de transformación que experimenta la Administración británica en cada nueva mayoría parlamentaria es muy considerable. Grandes reformas administrativas sobre la escala y los procesos funcionales (como las fusiones municipales o la introducción del gerencialismo) se han realizado por completo al amparo de concretas mayorías parlamentarias (11). La efectiva realización práctica de reformas administrativas, aunque de carácter provisional, ha dado a luz un modelo de reforma administrativa calificable como *experimental*, porque el cambio solo permanece en la medida en que, por sus reales efectos, una nueva mayoría parlamentaria o de gobierno considere que no deba ser revertida (12).

b) Del otro lado, los sistemas electorales *proporcionales*, como el español, normalmente dificultan las reformas. Porque, salvo en los fenómenos no frecuentes de mayoría absoluta, necesitan acuerdos parlamentarios amplios. Aunque esos acuerdos, cuando se dan, dan lugar a reformas relativamente estables (por la propia dificultad de alcanzar nuevos acuerdos de reforma).

7. El segundo elemento institucional relevante para el éxito de una reforma administrativa es la forma del principio de *legalidad* en cada país. La actuación de la Administración conforme a las leyes es un rasgo propio de los Estados modernos y, singularmente entre ellos, de los Estados de Derecho. Pero el principio de legalidad no actúa igual en todos los países. Unas veces, y de ello son ejemplo tanto Reino Unido como los Estados Unidos de América, las leyes tienden a ser *autorizatorias*, más que programadoras (13): definen el marco y los límites de acción de la Administración, concediendo amplios espacios de discrecionalidad administrativa. En otros países el principio de legalidad es más intenso, programando con tendencial precisión la actuación administrativa (que por ello puede calificarse como burocrática o sustancialmente reglada) (14). La legalidad en Francia, Alemania (y en menor medida en España) tienden a la programación, más que a la autoriza-

(10) BOUCKAERT, L., y KUHLMANN, S., «Introduction: Comparing Local Public Sector Reforms...», cit. p. 9.

(11) CRAIG, P., *Administrative Law*, 8.ª ed., Thomsom Reuters, London, 2016, p. 82.

(12) DOMÉNECH PASCUAL, G., «El seguimiento de normas y actos jurídicos», *Revista de Administración Pública*, núm. 167 (2005), pp. 97-145 (p. 104); PONCE SOLÉ, J., «¿Mejores normas?: Directiva 2006/123/CE, relativa a los servicios en el mercado interior, calidad reglamentaria y control judicial», *Revista de Administración Pública*, núm. 180 (2009), pp. 201-243 (p. 206); RANCHORDÁS, S., «Sunset clauses and experimental regulations: Blessings or Curse for Legal Certainty», *Statute Law Review*, núm. 36-I (2015), pp. 28-45.

(13) En general para el denominado «Derecho administrativo del *Ius commune*»: KISCHEL, U., *Rechtsvergleichung*, C. H. Beck, München, 2015, p. 349.

(14) TURC, E., GUENOUN, M., RODRÍGUES, M. A. V., DEMIRKAYA, Y., y DUPUIS, J., »Impacts of NPM-Driven Performance Management Reforms and Ideologies in Napoleonic Local Governments: A Comparative Analysis of France, Portugal and Turkey», en KUHLMANN, S., y BOUCKAERT, G., *Local Public Sector Reforms in Times of Crisis*, 2016, pp. 121 y ss. (pp. 124 y 136).

ción (15). A partir de aquí se puede considerar que allí donde la ley cumple una función autorizatoria, la Administración puede cambiar continuamente –y de forma endógena– sus formas y procesos (aunque ateniéndose a los límites y objetivos de la ley). Se facilita la reforma continua de la Administración. En cambio, en una cultura de legalidad prescriptiva como la española, donde las leyes determinan o programan con detalle la actuación administrativa (normalmente mediante normas de aplicación subsuntiva) se dificulta la adaptación constante de la Administración, pues el cambio requiere de cambios legislativos.

8. En suma, y como enunciado general: las reformas administrativas son más fáciles, aunque no necesariamente duraderas, en los países con sistemas electorales mayoritarios y con una comprensión autorizatoria del principio de legalidad; en cambio las reformas administrativas son más complejas y difíciles –aunque tendencialmente más duraderas– en países con sistemas electorales proporcionalistas y con cultura de legalidad positiva, esto es, programadora de la actuación administrativa.

9. La eficacia real de las reformas administrativas está también en función de su propia *formulación*. Aquí destaco dos factores.

a) Primero, la *idoneidad* misma de la reforma para ganar apoyo político y social suficiente que contrarreste la natural resistencia de los beneficiados por la situación existente. Para esto es determinante tanto la coherencia misma de la reforma como su conexión con una idea política de fondo con un alto grado de aceptación (16).

b) Y segundo, en qué medida la reforma parte de un análisis prospectivo sobre la *conducta humana* (de los llamados a cumplir o aplicar la reforma). Con frecuencia, las reformas administrativas simplemente trasladan un objetivo político o económico. Y parten de la convicción implícita de que la reforma será eficaz en la misma medida de su legitimidad: porque haya sido pactada con diversos sujetos (lo que *a priori* facilita su aplicación); o porque venga decidida por quien ostente poder público suficiente para su imposición (una cámara parlamentaria, un gobierno, un alto cargo). Es relativamente infrecuente que la formulación de una reforma administrativa incluya una valoración prospectiva sobre su previsible eficacia, a partir del conocimiento y análisis de la conducta humana implicada en cada reforma (17). No se trata ahora de los *regulatory assessments* o memorias de análisis de impacto normativo, que más bien tratan de anticipar los efectos de una intervención pública (18). Se trata de un análisis sobre qué reformas administrativas, por la conducta humana que precisan para su efectiva realización, serán más eficaces o eficientes. Se trata, pues, de un análisis propio de las *ciencias de la conducta*, hoy

(15) HOFFMANN-RIEM, W., «Eigenständigketi der Verwaltung», en HOFFMANN-RIEM, W., SCHMIDT-ASSMANN, E., y VOSSKUHL, A., *Grundlagen des Verwaltungsrecht*, C. H. Beck, München, 2006, pp. 623-714 (p. 629 § 8).

(16) FUKUYAMA, F., *Orden y decadencia de la política*, Deusto, Bilbao, 2016, p. 288.

(17) PAREJO ALFONSO, L., *Estado y Derecho en proceso de cambios*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2016, pp. 174 y 187.

(18) Por todos GAMERO, E., «La simplificación del procedimiento administrativo: «better regulation», «better administration»», *Revista Española de Derecho Administrativo*, núm. 160 (2013), pp. 79-126 (p. 100).

en proceso de expansión (19). Reformas administrativas incoherentes con patrones normales de conducta (de los empleados públicos o de los particulares) serán escasamente eficaces. O serán eficaces solo con un alto coste aplicativo (y por tanto de forma ineficiente). Así, por ejemplo, la previsión en el artículo 20.4 del Real Decreto Legislativo 5/2015, de 30 de octubre, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley del Estatuto Básico del Empleado Público (EBEP) de una «evaluación de desempeño» de los empleados públicos, como factor determinante de una mejora en su rendimiento, ignora en su simple formulación la aversión natural de las personas a evaluar negativamente a aquellas otras con las que cohabita. De manera que tal evaluación de desempeño solo puede ser real si se ejecuta de forma independiente (por sujetos externos a la organización administrativa jerárquica y de forma anonimizada). En otro caso, si la evaluación de rendimiento se hace por quien dirige cada servicio administrativo, se puede pronosticar que tal evaluación generará numerosos falsos positivos y falsos negativos. O que, simplemente, carecerá de toda relevancia. A partir del estado actual de las ciencias de la conducta se puede decir hoy que una reforma administrativa triunfa o fracasa en la medida en que tenga más o menos en cuenta los llamados «heurísticos» y sesgos cognitivos humanos, como la tendencia natural a defender el *statu quo*, la aversión a determinados tipos de cambio, la valoración positiva de situaciones que incluyen algunos elementos favorables, aunque no sean los principales (*anchoring bias*), o incluso la valoración positiva de cambios cuya utilidad abstracta estaba ya previamente interiorizada por los destinatarios (*confirmation bias*) (20). También podríamos considerar hoy que ciertas reformas administrativas pueden ser más eficaces incentivando la imitación (esto es introduciendo patrones funcionales fáciles de imitar de forma espontánea o inducida) que mediante la imposición.

10. Lo anterior conecta directamente con el *sistema de incentivos* de cumplimiento que acompaña a cada reforma administrativa. De forma implícita se asume comúnmente que la existencia de un deber legítimamente impuesto (por la ley, o por un órgano superior en una organización administrativa jerarquizada) contiene en sí un incentivo de cumplimiento: la natural tendencia humana a acatar los deberes legítimos. Este incentivo connatural al Derecho es sin duda relevante. Pero puede no ser suficiente para una reforma administrativa. Porque por sí solo exige resultados no ilegales. Pero no asegura resultados óptimos. Ni siquiera garantiza nada más que el cumplimiento formal (no material) de una reforma. Más aguda es incluso la situación cuando el objetivo reformista *no se impone*, sino que simplemente se autoriza o posibilita por la ley o por una autoridad gubernativa superior. En este caso, la eficacia de la reforma depende por completo del *sistema de incentivos* que la acompaña. Allí donde no existan suficientes incentivos positivos el objetivo reformista será irrealizable. Es claro, por ejemplo, que el principio de «dirección por objetivos» que contiene hoy el art. 3.1.g) de la Ley 40/2015, de 1 de

(19) Así: SUNSTEIN, C., (*más Simple. El futuro del Gobierno*, Marcial Pons, Madrid-Barcelona-Buenos Aires, São Paulo, 2014, p. 50; PONCE SOLÉ, J., «Derecho administrativo, ciencias conductuales y *nudging* en la gestión pública», *Revista Vasca de Gestión de Personas y Organizaciones Públicas*, núm. 15 (2018), pp. 8-27 (p. 18).

(20) OLIVER, A., *The Origins of Behavioral Public Policy*, Cambridge University Press, 2017, pp. 19, 26.

octubre, de Régimen Jurídico del Sector Público (LRJSP), solo será propiamente eficaz en la medida en que se acompañe de incentivos para su realización, que tanto pueden ser su concreción en deberes internos, como la creación de beneficios tangibles en las condiciones de trabajo, o incluso una formación adecuada que allane la aversión al cambio.

III. ¿QUÉ ADMINISTRACIÓN PARA EL FUTURO?

11. En las cuatro últimas décadas, el tópico político reinante en los países desarrollados es la *devolución* a la sociedad de muchas de las tareas que ahora cumple la Administración. En su expresión extrema, la Administración se reduce a las funciones clásicas del *Leviathan* (monopolio de la fuerza para aseguramiento de la paz social). Este ideario político tiene ya múltiples realizaciones prácticas. Y de hecho ha desarticulado ya algunas organizaciones que en otros tiempos se conocían como Administraciones públicas, como las entidades prestadoras de ciertos servicios públicos económicos (transportes ferroviarios y aéreos, servicios postales, telecomunicaciones, etc.). A la vista de estas realizaciones prácticas se plantea, al menos como hipótesis ideal o tendencial, la desaparición de la Administración pública. ¿Desaparecerá la Administración?

12. Seguramente no. Porque al tiempo que la Administración se hacía más pequeña, y ciertos servicios y tareas pasaban al ámbito privado, han emergido nuevos problemas: de inseguridad, de equidad, e incluso de eficiencia económica (21). Crecen las amenazas a la *seguridad* pública (en el espacio aéreo, en internet), o al menos la percepción social de la inseguridad. Con la convicción, además, de que ninguna organización privada puede hacer frente a ese fenómeno. También, el traslado de tareas otrora administrativas a las empresas privadas suscita objeciones de *equidad*: en el mercado los precios son ciegos, atienden a la estructura de costes de cada producto o servicio. Pero no incorporan por sí ninguna corrección de equidad. Esta simple constatación suscita tensiones en los precios de los servicios básicos o esenciales (como el suministro de energía eléctrica). Finalmente, hay *objeciones empíricas* suficientes al dogma de que toda clase de servicio o prestación es por sí más eficiente cuando se gestiona por privados, que cuando lo hace la Administración. Hoy sabemos que, en función de la estructura de costes de cada servicio, y de variables como la inversión de capital o la amortización de la inversión inicial, hay actividades para las que la Administración resulta una organización más eficiente (22). Con lo dicho, hay suficientes elementos de juicio para sostener que *la Administración no desaparecerá*. Porque su evidente retirada en las últimas décadas ha generado también una creciente preocupación ciudadana en torno a valores intrínsecos de las sociedades contemporáneas (como la seguridad y la justicia).

13. Pero será una Administración parcialmente *distinta*. Lo difícil ahora es identificar qué rasgos característicos tendrá esa Administración del futuro. La cien-

(21) RAMÍO, C., *La Administración pública del futuro (horizonte 2050)*. Instituciones, política, mercado y sociedad de la información, Tecnos, Madrid, 2017, pp. 14, 20, 137.

(22) Por ejemplo, LAMOTHE, S., LAMOTHE, M., y FEIOCK, R. C., «Examining Local Government Service Delivery Arrangements Over Time», *Urban Affairs Review*, núm. 44 (2008), pp. 27 y ss.

cia de la Administración ha identificado ya, a partir de reformas presentes y de evoluciones previsibles, algunas líneas de cambio fundamentales. Aquí se van a considerar los cuatro vectores de cambio que pueden resultar más definitorios para la Administración del futuro. Esto no impide reconocer la importancia de otras transformaciones tan reales como previsibles, como la *feminización* o la automatización y *robotización*. Se trata de fenómenos transversales de cambio que estarán más o menos presentes en los cuatro vectores principales a los que se hace referencia a continuación: la orientación de la Administración hacia los resultados, más que a la aplicación de leyes (IV); la integración de las diversas Administraciones en «espacios», «redes» o «sistemas» administrativos» (V); la preponderancia de la actividad administrativa de orden y control respecto de la prestacional (VI); y finalmente, la apertura de la Administración a la sociedad (VII). Se trata, en todo caso, de vectores *hipotéticos* de transformación, posibles a partir de un análisis de la realidad presente y de un juicio de pronóstico para el futuro. Pero nada asegura que tales vectores hipotéticos se conviertan en realidad, ni que deparen los mismos efectos en todos los países y en todos los contextos institucionales. Son además, vectores que *interactúan*. Unas veces se refuerzan entre sí; y otras veces se contrarrestan recíprocamente. Así, una Administración orientada a los resultados (y menos programada por las leyes) será tanto más aceptable (más legítima) cuanto más abierta y transparente sea. Pero también la actuación administrativa «en red» (otra de las líneas de transformación hipotética) requerirá de un alto nivel de densidad normativa que garantice homogeneidad en la actuación de las distintas Administraciones integradas en la red, lo que contradice la orientación hacia los resultados, en lugar de hacia el simple cumplimiento de la ley.

IV. LA FUNCIÓN DEL DERECHO EN LAS TRANSFORMACIONES ADMINISTRATIVAS

14. Antes de desarrollar analíticamente los cuatro posibles vectores de transformación administrativa hay que plantearse, en abstracto, *qué función cumple el Derecho* en relación con esas hipotéticas transformaciones. Expuesto de forma sistemática, y en una escala descendente en la promoción de la transformación administrativa, el Derecho puede: imponer las reformas; dirigirlas o incentivarlas; legitimarlas (aunque no imponerlas); o desincentivarlas (23). Veamos.

15. El Derecho puede, en primer lugar, *imponer* ciertas reformas administrativas. Puede, por ejemplo, racionalizar (reducir) las dimensiones de la Administración. Simplemente mediante una determinada tasa de reposición de efectivos (como la que durante varios años consecutivos desde 2008 han incluido las leyes de presupuestos anuales del Estado) o imponiendo la extinción de entidades instrumentales. La ley también puede obligar a la *modernización* de la Administración. Por ejemplo, imponiéndole la programación de su iniciativa normativa mediante un plan anual normativo (art. 132 de la Ley 39/2015, de 1 de octubre, de Procedi-

(23) Similar: HOFFMANN-RIEM, W., «Innovation im Recht», en Blättel-Mink, B., Schulz-Schaeffer, I., y Windeler, A. (Editores), *Handbuch der Innovationsforschung. Sozialwissenschaftlichen Perspektiven*, Springer VS, Wiesbaden, 2018, pp. 1-24 (p. 2).

miento Administrativo Común de las Administraciones Públicas [LPAC]). Un estadio elevado de imperatividad se da cuando la reforma se impone no solo como deber legal a la Administración, sino también como un *derecho subjetivo* de los ciudadanos (como los derechos a las comunicaciones electrónicas conforme al art. 14.1 LPAC). El riesgo de reformar la Administración mediante derechos subjetivos es la difícil reversibilidad o modificación de la reforma.

16. En segundo lugar, el Derecho puede *dirigir o incentivar* positivamente –sin imponer– reformas de la Administración. En este caso la reforma es *endógena*, de la propia Administración, aunque promovida o incentivada por las leyes. Es el caso, por ejemplo, de la ya mencionada «planificación y dirección por objetivos» (3.1.g) LPAC), que es hoy un principio normativo que impulsa o incentiva un cambio de funcionamiento en la Administración (hacia los resultados, más que por procedimientos). La reforma por medio de principios u objetivos normativos no es indiferente, al menos no en Estados fuertemente anclados en el principio de legalidad (como España). Pero no asegura que las reformas se desarrollen de forma efectiva. Son necesarios ciertos estímulos complementarios a la ley (formativos, procedimentales, técnicos, económicos). Si los *incentivos* son escasos, la reforma impuesta como simple principio u objetivo normativo será meramente formal, o simplemente no se desarrollará. Es el caso de los estímulos financieros a la fusión de municipios, que desde 2013 figuran en el artículo 13.4 de la Ley 7/1985, de 25 de abril, reguladora de las Bases del Régimen Local (LBRL). Es claro que la ley busca la fusión de municipios, como forma de eficiencia económica en la actuación local. Pero los incentivos financieros ofrecidos son tan imprecisos e insuficientes que han esterilizado por completo el objetivo de la ley. También, el objetivo general de transparencia que inspira la Ley 19/2013, de 9 de diciembre, de Transparencia, Acceso a la Información Pública y Buen Gobierno, incluso en forma de derecho subjetivo de acceso a la información administrativa (art. 12), resulta poco eficaz si los procedimientos técnicos para hacer efectivo el mandato legal resultan disuasorios para los ciudadanos.

17. También el Derecho puede simplemente *legitimar* (sin imponer ni incentivar) determinadas reformas administrativas. Esta forma normativa promueve las reformas *endógenas*, donde sea la propia Administración quien valore la oportunidad de una concreta reforma. Así, por ejemplo, la autorización del artículo 4.2 LRJSP para la fusión de organismos públicos por Real Decreto (en lugar de por ley) legitima tales fusiones, y con ello la «racionalización» del sector público. Pero aquí la ley no decide directamente la fusión o reducción de entidades públicas instrumentales. Sólo allana esa decisión, exigiendo solo la forma jurídica de decreto, y no de ley. También, cuando el artículo 17 LPAC permite que las sesiones de los órganos colegiados se hagan a distancia y por medios electrónicos, simplemente está permitiendo esta forma de funcionamiento electrónico de la Administración. Pero ni la está imponiendo, ni la está incentivando. Sólo removiendo un obstáculo anterior a esa forma de actuación.

18. Y ya por fin, el Derecho también puede *desincentivar* o abiertamente *impedir* ciertas reformas administrativas. Así ocurre, por ejemplo con el Derecho del empleo público y las posibles reformas internas orientadas a la mejora del rendimiento y la innovación en la Administración. El actual Derecho del empleo público está claramente orientado a asegurar una *burocracia* impersonal y objetiva (frente a los sistemas públicos patrimoniales o clientelares, bien conocidos en la

historia). Y esto se hace mediante un estatuto jurídico subjetivo *tuitivo* para el empleado público, poco orientado hacia el rendimiento. Priman las garantías de objetividad e igualdad en el *reclutamiento* (incluso con forma de derecho fundamental: art. 23.2 CE) a través de los principios de mérito y capacidad. Además, el sistema de selección se articula a través de *oposiciones* basadas en conocimientos coyunturales, más que en capacidades, habilidades o destrezas (art. 61.2 EBEP), lo que sirve directamente a una Administración aplicativa, pero no a una Administración innovadora o enfocada a los resultados. Por último, la definición del estatuto funcional y retributivo de los empleados públicos a través de estructuras estables (los *cuerpos y escalas*, en el caso de los funcionarios (art. 75 EBEP), y las *relaciones de puestos de trabajo*, para todos los empleados públicos (art. 74 EBEP) dificulta reformas orientadas a premiar el rendimiento individual y la capacidad de innovación y mejora de los servicios públicos.

V. ADMINISTRACIÓN DE RESULTADOS

19. Ya se dijo antes que entre los cuatro vectores hipotéticos de transformación administrativa se cuenta el paso de una Administración aplicativa (también llamada «de procedimientos») a una Administración de resultados. Esto es, a una Administración con una actividad no estrictamente programada, sino más bien dirigida a la consecución de unos concretos objetivos. Este es uno de los elementos principales de transformación propuestos por el movimiento de *New Public Management* (NPM) (24). Y visto desde una perspectiva jurídica, tiene un alcance estructural, pues cuestiona el modelo mismo de la Administración burocrática como forma característica de la Administración en un Estado de Derecho. Aunque tanto el sesgo ideológico liberal como las insuficiencias y contradicciones notorias del NPM limitan su acogida en la Administración (más allá del sector público empresarial) ya es visible su influencia para propiciar un cierto cambio de orientación, hacia los resultados y la eficiencia administrativa (25).

1. EROSIÓN DE LA LEGALIDAD COMO CRITERIO DE LEGITIMIDAD ADMINISTRATIVA

20. Desde principios del siglo XIX, la Administración pública de los países occidentales se *legitima* por su sometimiento a la ley. Es la consecuencia de que, en el paso del principio monárquico al principio democrático, primero la Administración absolutista hubiera quedado bajo dominio del rey (en el seno del poder ejecutivo) y luego el parlamento afirmara su supremacía sobre el «poder

(24) PRATS, J., *De la burocracia al management, del management a la gobernanza*, INAP, Madrid, 2005, p. 114; ARENILLA SÁEZ, M., «Marco técnico actual de las Administraciones públicas», en ARENILLA SÁEZ, M., *Crisis y reforma de la Administración pública*, Netbiblo, A Coruña, 2011, pp. 1-160 (p. 30); CRAIG, P., *Administrative Law*, 8.ª ed., Thomsom Reuters, London, 2016, p. 82.

(25) ARENILLA SÁEZ, M., «Marco técnico actual de las Administraciones públicas», cit., p. 42.

ejecutivo» (26). En este contexto constitucional, de la Administración solo se pretendía, para ser legítima, que ejecutara cabalmente los mandatos de la ley parlamentaria. La preocupación central de los parlamentos liberales de principios del siglo XIX no era la construcción de una Administración eficaz, sino embridar su poder, y afirmar frente a ella las libertades burguesas emergentes. Por supuesto que, por influencia de la cultura ilustrada y de la ciencia de la policía desde el siglo XVII, el buen funcionamiento de la Administración no era en absoluto irrelevante. Pero ese buen funcionamiento estaba mediado por la ley: era la ley, y no la Administración por sí, quien debía decidir la mejor forma de servir al interés público en cada caso. Esta concepción legalista de la Administración tuvo su correspondencia en una *burocracia* administrativa directamente orientada a la aplicación objetiva de los mandatos legales (27). Legitimidad legal de la Administración y burocracia aplicativa de la ley son las dos caras de una misma realidad. Por supuesto que la legitimidad legal de la Administración nunca fue por completo real. Todos los países conocen fenómenos de poder administrativo (incluso reglamentario) en defecto de ley y diversas delegaciones de la ley a la Administración. Pero, en última instancia, esto no son más que excepciones o modulaciones del principio de legitimidad legal de la Administración, y siempre han estado sometidas a un fuerte escrutinio judicial y académico.

21. La legitimidad legal de la Administración, aunque plenamente vigente, muestra notas de *erosión e insuficiencia* en las sociedades contemporáneas (28). En primer lugar, en el contexto de los Estados sociales, de la Administración se espera *algo más* que el cumplimiento o aplicación recta de la ley. Veamos.

a) Una vez extinguida por completo la legitimidad monárquica de la Administración (lo que justificaba su férreo sometimiento a la ley parlamentaria) y a la vista de que buena parte de las constituciones contemporáneas establecen fines concretos para el conjunto de los poderes estatales (y por tanto, también para la Administración), ya no basta con que la Administración cumpla con rectitud la ley. Es necesario, además, que la Administración genere determinados *resultados*. Con frecuencia, esos resultados están inmediatamente identificados en la propia Constitución (como ocurre en España con las diversas manifestaciones del principio de Estado social: art. 1.1 CE). Si durante dos siglos la aceptabilidad o legitimidad de la Administración consistía en la recta aplicación de la ley, ahora la aceptabilidad de la Administración (y de la ingente detracción de recursos económicos que requiere su existencia) depende también de los resultados (*output legitimacy*) (29). No es este un criterio de legitimidad alternativo, sino complementario de la ley.

(26) ESTEVE PARDO, J., *La nueva relación entre Estado y sociedad*, Marial Pons, Madrid-Barcelona-Buenos Aires, São Paulo, 2013, p. 41.

(27) WEBER, M., *Economía y Sociedad*, 2.ª ed., Fondo de Cultura Económica, México, 1993, p. 174.

(28) VELASCO CABALLERO, F., «The legitimacy of the Administration in Spain», en Ruffert, M. (Editor), *Legitimacy in European Administrative Law: Reform and Reconstruction*, Europa Law Publishing, Groningen, 2011, pp. 81-114 (p. 89).

(29) PONCE SOLÉ, J., «The History of Legitimate Administration in Europe», en Ruffert, M. (Editor), *Legitimacy in European Administrative Law: Reform and Reconstruction*, Europa Law Publishing, Groningen, 2011, pp. 155-164 (p. 166). DOMÉNECH PASCUAL, G., «El seguimiento de normas y actos jurídicos», cit., p. 103; ARENILLA, M., «La elaboración de un nuevo relato de lo público», cit., p. 21.

b) Además, la complejidad y rápida evolución del conocimiento en las sociedades contemporáneas limita la *capacidad directiva de la ley*. Sobre todo en contextos parlamentarios muy fragmentados (a su vez reflejo de la diversidad social), donde la ley ni es precisa en su origen ni es fácilmente adaptable a nuevas realidades. Así ocurre, desde luego, con la economía, cuya efectiva dirección estatal es inasequible para los parlamentos. A lo sumo la Administración –y aún con dificultades– puede ir al ritmo de la economía. Esto explica que en ocasiones las leyes expresamente deslegalicen las decisiones económicas a favor de la Administración (en especial, de una Administración independiente) y renuncien a una programación abstracta y «ex ante» de esas decisiones administrativas (30).

2. ¿CÓMO SE CONSTRUYE UNA ADMINISTRACIÓN DE RESULTADOS?

22. La orientación de la Administración hacia los resultados no se consigue mediante un simple mandato legal o constitucional (como el mandato de eficacia del art. 103.1 CE). Tampoco se alcanza por la simple voluntad de los gobiernos o los directivos de la propia Administración. El panorama es más complejo. La efectiva producción de resultados administrativos –y que estos no sean desviados– resulta de la presencia e interacción de varios factores. Aquí se identifican los siguientes: una legislación que permite a la Administración optar por las actuaciones y decisiones que mejores resultados pueden ofrecer en cada concreto contexto; formas de control de la Administración que no ralenticen o dificulten injustificadamente la acción pública; flexibilidad organizativa y procedimental; capacidad de innovación; dirección administrativa profesional; y suficiencia de conocimiento actualizado. Veremos en seguida que el Derecho administrativo actual *no incentiva* el cumplimiento de estas premisas, incluso en ocasiones las dificulta. En consecuencia, sin cambios profundos en el Derecho administrativo no será visible en España una Administración orientada a los resultados.

2.1 Desprogramación normativa de la actuación administrativa

23. Una Administración orientada a resultados precisa de márgenes de opción, de facultades discrecionales. Esto es, de poder y capacidad para optar en cada momento por aquella decisión o política pública que puede ofrecer mejores resultados materiales (31). Esto implica cambiar el papel de la ley en la dirección de la Administración. Pasar de una ley programadora, que simplemente requiere de la Administración que subsuma correctamente cada caso en la previa norma abstracta, a una Administración de opción, que decida en cada caso –y con límites legales selectivos– la mejor solución a un problema o necesidad. En esta transformación, la ley pasa de programar la decisión administrativa correcta a ofrecer *principios y objetivos* que deben ser tenidos en cuenta o ponderados en la actuación

(30) En este sentido: STJUE de 3 de diciembre de 2009, *Comisión contra Alemania*, C-424/07, en relación con las Directivas 19, 21 y 22/2001, todas ellas referidas al mercado de las telecomunicaciones. Sobre ello: BAÑO LEÓN, J. M., «Reserva de Administración y Derecho comunitario», *Papeles de Derecho Europeo e Integración Regional*, núm. 7 (2011), pp. 1-12.

(31) PRATS, J., *De la burocracia al management...*, cit., p. 128.

administrativa. Y pasa de regular la acción administrativa mediante normas condicionales o de estructura subsuntiva (si se da el caso A la Administración debe hacer B) a regular mediante normas *organizativas* y *procedimentales*: definiendo la estructura, composición y procedimientos de actuación de los órganos administrativos para que naturalmente den lugar a buenas decisiones.

24. La realidad ya muestra que en algunos ámbitos contemporáneos, sobre todo en aquellos de alta *complejidad técnica o científica*, la Administración no actúa conforme a programas legales condicionales, sino decidiendo lo procedente en cada caso. Unas veces, conforme a programas abstractos *previos* y *proprios* (reglamentos o instrucciones administrativas internas); y otras veces sin esa programación abstracta, decidiendo con amplia libertad en cada caso concreto. En estos casos, las leyes renuncian a predeterminar las respuestas administrativas. Pero en cambio definen con mayor precisión las estructuras organizativas y/o los procedimientos administrativos decisorios. El objeto de la regulación legal deja de ser la decisión administrativa y pasa a ser la creación de formas orgánicas y procedimentales que aseguren la calidad de la actuación (tendencialmente discrecional) de la Administración (32). Ejemplo de lo dicho son las decisiones administrativas *ambientales*, cada vez menos predeterminadas de forma sustantiva (pues dependen de contextos científicos y tecnológicos muy cambiantes) y más reguladas mediante normas organizativas y procedimentales. Así ocurre con el mandato de separación entre el órgano administrativo que ha de dar una autorización de actividades con incidencia ambiental (órgano sustantivo) y el órgano que establece los límites y condiciones para esas autorizaciones (órgano ambiental) (art. 3.2 de la Ley 21/2013, de 9 de diciembre, de Evaluación Ambiental), o con el carácter «determinante» de las declaraciones de impacto ambiental [art. 5.3.d) de la misma Ley 21/2013]. También para los *servicios sociales* la ley renuncia a una programación sustantiva de la actividad prestadora de la Administración: la ley no dice qué tipo de servicio asistencial procede en cada caso, eso queda para la Administración que directamente trata con la persona necesitada. De ahí el concepto de «programa individual de atención» (PIA) regulado en el artículo 29 de la Ley 39/2006, de 14 de diciembre, de Promoción de la Autonomía Personal y Atención a las Personas en Situación de Dependencia (33). La ley define el «sistema» organizativo y procedimental a través del cual se pretende que la Administración social adopte la decisión óptima en cada caso.

25. La desprogramación normativa de la actividad administrativa, así como la correlativa sustitución de las normas condicionales por normas organizativas o procedimentales, no se corresponden –o no por entero– con la desregulación propugnada por el gerencialismo o *New Public Management*. Esta orientación de la ciencia de la Administración propone la desregulación de la actividad administrativa sin distinguir entre una desprogramación *sustantiva* y una desregulación *proce-*

(32) RODRÍGUEZ DE SANTIAGO, J. M., *Metodología del Derecho administrativo. Reglas de racionalidad para la adopción y el control de la decisión administrativa*, Marcial Pons, Madrid-Barcelona-Buenos Aires-São Paulo, 2016, p. 27.

(33) DE PALMA DEL TESO, A., «El principio de igualdad y el procedimiento para el reconocimiento de la situación de dependencia y el derecho de acceso a las prestaciones del sistema para la autonomía y atención a la dependencia», en RODRÍGUEZ DE SANTIAGO, J. M. y DÍEZ SASTRE, S., *La Administración de la Ley de Dependencia*, Marcial Pons, pp. 143-202 (p. 177).

dimental. De ahí que el gerencialismo contemporáneo hable del paso de una «Administración de procedimientos» a una «Administración de resultados». En este planteamiento «procedimientos» se identifica con burocracia y con legalidad, y comprende tanto las reglas sustantivas como las reglas procedimentales *sensu stricto*. En esa medida, la creciente tendencia a desprogramar la actuación administrativa, y al mismo tiempo re-procedimentalizar esa actuación, no responde a los esquemas del *New Public Management*. Sería un fenómeno más conectado con la elevada complejidad técnica y científica en la que actúa hoy la Administración, que dificulta una programación sustantiva fiable, que con la búsqueda de espacios de libre opción de la Administración, respecto de la ley.

26. La posible desprogramación normativa de la actuación administrativa lleva aparejadas algunas consecuencias estructurales, más allá de la simple ampliación de la discrecionalidad o poder de opción de la Administración. Una de ellas es un aumento en el poder de las *Administraciones territoriales*. Otra consecuencia es la redefinición del *control judicial* de la Administración. Veamos.

a) Allí donde la distribución territorial del poder se articula en torno al eje legislación-ejecución (como ocurre en el federalismo de ejecución alemán, y también en buena medida en el régimen autonómico español) un aumento de la discrecionalidad administrativa lleva consigo, de forma natural, un aumento del poder territorial en aquellas materias donde la legislación corresponde al Estado y la ejecución administrativa a las Administraciones territoriales. Según esto, una Administración orientada a los resultados, siendo el régimen constitucional una variable independiente, es también un sistema administrativo *descentralizado*.

b) El alcance del *control judicial* viene definido por la densidad con la que la norma previa dirige la actuación administrativa (34). En hipótesis, la falta de programación sustantiva de la actividad administrativa debería conducir al *selfrestraint* judicial (por ejemplo, invocando la discrecionalidad técnica de la Administración). Aunque por exigencia del derecho a la tutela judicial efectiva (arts. 24 CE y 47 de la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea), ese control judicial no puede difuminarse por completo. Más bien, debe reubicarse en otro sitio. Se observa así que la atenuación del control judicial sustantivo va acompañada de un mayor control *procedimental*. Esto es, el control judicial se relocaliza: deja de ser un control sobre la actuación o decisión y pasa a ser un control sobre la *forma* en que la Administración ha ejercido su discrecionalidad (35). Sobre si la Administración ha seguido el procedimiento debido (36), y si en su actuación ha actuado conforme al principio general de buena administración: con la diligencia exigible y ponderando todos los intereses en juego. Así, como dice el TJUE, en relación con la clasificación de ciertos productos químicos, el control judicial se concreta en «la cuestión de orden procedimental consistente en determinar si, al llevar a cabo la

(34) Por todos: BACIGALUPO SAGGESE, M., *La discrecionalidad administrativa*, Marcial Pons, Madrid, 1997, p. 221

(35) HOFFMANN-RIEM, W., «Innovation im Recht», en Blättel-mink, B., Schulz-Schaeffer, I., y Windeler, A. (Editores), *Handbuch der Innovationsforschung. Sozialwissenschaftlichen Perspektiven*, Springer VS, Wiesbaden, 2018, pp. 1-24 (p. 14).

(36) Para el planeamiento urbanístico: SSTS de 28 de septiembre de 2012 (RC 2092/2011); de 16 de diciembre de 2015 (RC 9/2014); y STS 1145/2017, de 29 de junio.

clasificación de [el producto químico], la Comisión había cumplido su *obligación de tener en cuenta todos los elementos y circunstancias pertinentes*» (37).

27. Finalmente, la reducción de la eficacia legitimadora de la ley (en la medida en que la ley renuncia a programar sustantivamente la actuación administrativa y se contenta con una regulación organizativa y procedimental) llama a *factores complementarios* para legitimar plenamente la actuación administrativa. En este camino, la legitimidad de la Administración ha dejado de ser un criterio binario (legitimidad *versus* ilegitimidad) y ha pasado a ser una *escala graduada de legitimidad*. La ley, mediante una sucinta programación sustantiva y una más extensa regulación organizativa y procedimental, ofrece un *mínimo* de legitimidad jurídica para la Administración. Pero no ofrece por sí un alto grado de legitimidad jurídica. Un grado más alto de legitimidad se alcanza mediante otros factores jurídicamente relevantes, como la transparencia, la participación, la solvencia técnica, o la evaluación de resultados. Las agencias europeas independientes, cuya regulación sustantiva es normalmente muy tenue, ejemplifican bien esta búsqueda de factores complementarios de legitimidad jurídica, más allá de su simple sometimiento a la ley (directivas, reglamentos y decisiones). En las agencias europeas independientes cobra gran importancia tanto la transparencia como la cualidad técnica de las decisiones (que se pretende asegurar mediante comités de expertos que influyen decisivamente en la formación de las decisiones) (38).

2.2 Control administrativo de resultados

28. Al compás de una densa programación sustantiva, el control de la Administración ha sido, fundamentalmente, un control analítico de *legalidad*: sobre la conformidad a Derecho, a una previa regla abstracta, de las concretas decisiones o actuaciones de la Administración. Y esto vale tanto para el control *externo* (a través de la Jurisdicción Contencioso-administrativa o de los tribunales de cuentas) como para el control *interno*, de carácter previo (mediante informes administrativos preceptivos y/o vinculantes y mediante la intervención previa del gasto) o «*ex post*», a través de los recursos de alzada o económico-administrativos. Escasos –y no sistemáticos– son los controles o evaluaciones sobre la eficacia, eficiencia, economía y efectividad en la actuación de cada Administración pública. Y bien, una posible reducción en la densidad de la programación legal de la Administración debería llevar también, de forma natural, a una *reducción en los controles de legalidad* sobre la actuación administrativa (en especial, de los controles previos). Y a desarrollar, simultáneamente, otro tipo de controles: más orientados a los resultados. En un contexto de mayor capacidad de gestión administrativa (y menos programación legal) tiene sentido prestar atención a los resultados de una determinada política pública, más que a la legalidad o ilegalidad de cada *concreta* actuación administrativa. Cobran sentido las evaluaciones «*ex post*» y el seguimiento sobre la eficacia

(37) STJUE de 22 de noviembre de 2017, *Bilbaína de Alquitranes*, C-691/15 P, apartado 58.

(38) VELASCO CABALLERO, F., «The Union of Independent Regulatory Authorities of the European Internal Market», en VELASCO CABALLERO, F., y PASTOR MERCHANT, F., *The Public Administration of the Internal Market*, Europa Law Publishing, Groningen, 2015, pp. 193-213 (p. 212).

de las decisiones administrativas (39), más que el control analítico y de legalidad de cada concreta actuación o decisión administrativa.

29. Lo cierto es que el Derecho español solo incentiva sistemáticamente el control de resultados en relación con las *actuaciones normativas* (art. 130 LPAC). Pero no fomenta un control general sobre la eficacia de la actuación administrativa. En el Estado, la Agencia de Evaluación de Políticas Públicas, que debería haber impulsado el control de la eficacia administrativa, ha tenido una existencia fugaz (2006-2017), dando paso a un degradado Instituto de Evaluación de Políticas Públicas (Real Decreto 769/2017, de 28 de julio).

30. En lo que hace específicamente al *control del gasto*, nuestro Derecho presupuestario actual muestra algunos signos de evolución hacia el control de resultados, más allá del simple control de legalidad. Aunque el estricto control de legalidad sigue siendo la pauta dominante. Se puede distinguir aquí entre el control externo y el control interno.

a) El control *externo* del gasto, tradicionalmente ejercido por el Tribunal de Cuentas del Estado y los correspondientes órganos autonómicos, tanto podía ser de legalidad como también de eficiencia y economía (art. 9 de la Ley Orgánica 2/1982, de 12 de mayo, del Tribunal de Cuentas). Aunque la orientación tradicionalmente predominante ha sido la del mero control de legalidad (incluida la responsabilidad contable). Sin embargo, otros controles contemporáneos sobre el gasto, emergentes a partir de la crisis económica de 2017, están más orientados hacia el control de resultados. Así, los controles administrativos de *sostenibilidad financiera* que establece la Ley orgánica 2/2012, de Estabilidad Presupuestaria y Sostenibilidad Financiera, son básicamente controles de resultado: no cuestionan la legalidad de concretas decisiones administrativas de gasto, sino que prevén determinadas medidas para los casos en que globalmente una Administración pública muestre determinados resultados de déficit presupuestario o de endeudamiento. También, la actual Autoridad Independiente de Responsabilidad Fiscal, creada por la Ley orgánica 6/2013, de 14 de noviembre, emite informes (art. 17) y opiniones (art. 23) que analizan de forma integral el ciclo de la ejecución presupuestaria. No fiscaliza, por tanto, la legalidad de las decisiones de gasto, sino que evalúa el gasto de forma agregada, desde la perspectiva de la sostenibilidad financiera.

b) En lo que hace al control *interno*, la evolución hacia el control de resultados es menos visible. El control del gasto sigue protagonizado por el modelo de *intervención previa* de legalidad de cada decisión de gasto (arts. 148 a 156 de la Ley 47/2003, de 26 de noviembre, General Presupuestaria [LGP] y art. 214 LHL del Real Decreto Legislativo 2/2004, de 5 de marzo, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley Reguladora de las Haciendas Locales [LHL]). Además, dado el alto nivel de detalle o desagregación de los créditos presupuestarios (hasta el nivel de «concepto de gasto»), la intervención previa se comporta como un control de legalidad muy intenso sobre la actividad financiera de la Administración. Esto es, sin reconocer apenas espacio para la adaptación de la gestión administrativa a las necesidades cambiantes (40). Y aunque el actual Derecho presupuestario espa-

(39) DOMÉNECH PASCUAL, G., «El seguimiento de normas y actos jurídicos», cit., p. 103.

(40) LÓPEZ DÍAZ, A., «Una propuesta de nuevo régimen presupuestario de la Administración y su control», en MARÍN-BARNUEVO FABO, D., Y MONZÓN MAYO, M. J. (coordinadores), *El control*

ñol permite o *legítima* el llamado «control financiero permanente» (arts. 157-161 LGP), en principio más favorable a una valoración integral (no solo de legalidad) y «ex post» del gasto público, lo cierto es que aún no es una verdadera alternativa a la intervención previa.

2.3. Flexibilidad organizativa y funcional

31. La Administración orientada a los resultados (más que a la aplicación de la ley) necesita tener a su disposición técnicas organizativas, de empleo público y funcionales, adecuadas para cada tipo concreto de actuación o política pública (41). De manera que, en función de los objetivos pretendidos, cada Administración pública pueda servirse de unas u otras técnicas o formas de actuación, las idóneas para cada caso.

32. En términos generales el Derecho español *no ofrece flexibilidad organizativa*, a la medida de las necesidades y objetivos de cada tipo de actuación administrativa. Históricamente, el Derecho administrativo español impone un mismo patrón departamental para cada Administración pública (ministerios, consejerías, concejales delegados). Esta uniformidad únicamente se quiebra –desde finales de los años 50 del siglo XX– mediante la creación (por ley, no por la propia Administración) de entidades instrumentales diversas: unas en régimen de Derecho administrativo (organismos autónomos) y otras en régimen de Derecho privado (entidades públicas empresariales, fundaciones, sociedades mercantiles públicas). Esta realidad contrasta con la de otros países donde la homogeneidad administrativa es más liviana, y donde cada agencia administrativa adopta una forma organizativa más o menos singular, en función del sector de actividad en el que actúa (42). Recientemente, y como consecuencia de la racionalización administrativa en respuesta a la crisis económica de 2007, el Derecho español ha aumentado la homogeneidad organizativa de la Administración: fomentando la extinción de las entidades instrumentales y desincentivando la existencia de entidades mercantiles públicas (43). Las agencias estatales, reguladas en la 28/2006, de 18 de julio, precisamente configuradas de forma flexible y hacia la consecución de resultados, han sido sencillamente suprimidas en la LRJSP (Disposición derogatoria única, apartado e).

33. Tampoco el Derecho del *empleo público* ofrece herramientas diversificadas, a la medida de las necesidades de la Administración pública en cada momento. Si bien una Administración eficaz (orientada a resultados) necesita optimizar el rendimiento de sus empleados, el Derecho del empleo público ofrece escasos instrumentos para ese objetivo.

a) La articulación del empleo público a través de *cuerpos y escalas* (art. 75 EBEP), y de estructuras funcionales rígidas, como las relaciones puestos de trabajo

interno en las entidades locales: el control financiero, Instituto de Derecho Local, Madrid, 2017, pp. 13-48 (p. 24).

(41) PRATS, J., *De la burocracia al management...*, cit., p. 127.

(42) CRAIG, P., *Administrative Law*, cit, p. 74.

(43) MONTOYA MARTÍN, E., «Las sociedades estatales en la Ley 40/2015, de 1 de octubre, de Régimen Jurídico del Sector Público», en LÓPEZ MENUDO, F., *Innovaciones en el Procedimiento Administrativo Común y el Régimen Jurídico del Sector Público*, Universidad de Sevilla, 2016, pp. 199-234 (p. 225).

(RPTs) (art. 74 EBEP), limitan la capacidad de auto-organización administrativa (y con ello la capacidad para buscar resultados distintos de la llana aplicación de la ley). En realidad, tanto los cuerpos y escalas como las RPTs, que en el EBEP se califican como estructuras organizativas, son más bien instrumentos configuradores del estatuto *subjetivo* de los empleados públicos. El efecto combinado de los cuerpos funcionariales y las RPT garantizan una notable *rigidez funcional* de los empleados públicos (44). Y dificultan la asignación de tareas ajenas al cuerpo, grupo de titulación y concreto puesto de trabajo definido en la RPT. Con ello, dificultan una dirección flexible de los recursos humanos de cada Administración.

b) De otro lado, un eficaz sistema de *incentivos y recompensas* es fundamental para optimizar el rendimiento profesional (45). Y precisamente el EBEP es parco en estos instrumentos. En especial, las *retribuciones* de los funcionarios están más ligadas a elementos *corporativos* (cuerpo y nivel, antigüedad en el cuerpo) y las características del *puesto de trabajo* (complemento específico) que a la calidad de la actividad profesional (productividad y desempeño) (46). Además, en el desarrollo presupuestario del sistema del EBEP, los puestos de trabajo formalmente más cualificados (para funcionarios de los grupos A-1 y A-2 y en puestos con un complemento específico elevado) no ofrecen grandes diferencias retributivas, respecto de los puestos de trabajo menos cualificados. En términos relativos, los puestos de *gestión administrativa*, característicos de la Administración aplicadora de la ley, resultan más atractivos económicamente que los puestos técnicos o de dirección (decisivos para una Administración orientada a resultados) (47).

34. En el análisis crítico sobre la falta de instrumentos normativos para una mejora del rendimiento no se incluye la *estabilidad* de los empleados públicos, tanto de los funcionarios (art. 9.1 EBEP), como del personal laboral (art. 15 del Real Decreto Legislativo 2/2015, de 23 de octubre, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley del Estatuto de los Trabajadores). Tal y como muestra la historia de la Administración, la precariedad o rotación en el empleo público impiden la existencia de una Administración eficaz y orientada al interés público (48). Por eso, y más allá del valor intrínseco que la seguridad laboral puede tener para el conjunto de la sociedad, en el ámbito público la seguridad en el empleo es una *necesidad* para la propia existencia de una Administración orientada de forma permanente a la objetividad y el interés general (art. 103.1 CE). Históricamente, la movilidad o provisionalidad del personal administrativo ha dado lugar a Administraciones frágiles, clientelares o patrimonializadas por los partidos políticos o los gobernantes de turno. Esto es, a Administraciones no necesariamente orientadas al interés general, sino al servicio del poder político en cada momento. Tanto en democracias como en autocracias. No es casualidad que la gran expansión de los Estados sociales contemporáneos se haya desarrollado en paralelo a la profesionalización (funcionarización) del empleo público. Por eso, hipotéticas fórmulas de

(44) JIMÉNEZ ASENSIO, R., «Repensar la selección de empleados públicos: momento actual y retos de futuro», *Revista Vasca de Gestión de Personas y Organizaciones Públicas*, núm Extra 2 (2018), pp. 8-29 (p. 17).

(45) ARENILLA, M., «La elaboración...», cit., p. 28.

(46) JIMÉNEZ ASENSIO, R., «Repensar la selección...», cit., p. 16.

(47) OCDE, *Panorama de las Administraciones públicas 2017*, cit., p. 182.

(48) RAMIÓ, C., *La Administración pública del futuro*, cit., p. 131.

provisionalidad en el empleo público contradicen abiertamente la propia viabilidad de una Administración orientada a resultados. Cuestión distinta –y este sí es campo para posibles reformas– es la existencia de estructuras organizativas, de incentivos y recompensas, que aseguren que los empleados públicos sirven de la forma más eficaz posible, en cada contexto histórico, a los objetivos de interés general de cada Administración pública.

35. Finalmente, el Derecho español tampoco muestra especial flexibilidad en relación con los *procedimientos administrativos*. Una Administración orientada a resultados precisa de procedimientos administrativos diversos, a la medida del concreto tipo de actuación administrativa. La legislación sectorial, tanto estatal como autonómica, muestran esta tendencia a la diversidad. Pero el Derecho básico estatal, más inspirado por la dimensión garantista del procedimiento que por la perspectiva de la eficacia y los resultados, tiende a homogeneizar los procedimientos administrativos. Así lo ha hecho recientemente la LPAC, mediante el llamado «procedimiento común» (Título IV de la ley), que en la práctica actúa como una reserva de ley para la introducción de modulaciones o especialidades procedimentales de carácter sectorial (art. 1.2 y DA 1.ª LPAC). Y algo similar ha hecho, para los procedimientos contractuales, la Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de Contratos del Sector Público (LCSP), mediante una tipología uniforme de procedimientos contractuales, definida en función del tipo de contrato y de su cuantía, y no del tipo y necesidades estructurales o coyunturales de cada Administración.

36. En suma, si lo propio de una Administración de resultados es la flexibilidad organizativa y procedimental, el Derecho español dificulta o *desincentiva* el paso de una Administración burocrática, centrada en la correcta aplicación de la ley, a una Administración de resultados.

2.4 Capacidad de innovación

37. Los resultados de cada Administración pública dependen, también, de su capacidad de innovación (49). No se trata solo de disponer de flexibilidad para perseguir objetivos. Se trata también de contar con la *capacidad* necesaria para modificar o corregir las formas de actuación precedentes, sustituyéndolas por otras. La innovación difícilmente se produce a través de mandatos legales. Resulta de la creación de contextos organizativos («ecosistemas de innovación») que de forma estable favorezcan la iniciativa, el liderazgo y el cambio (50). De entrada, allí donde las pautas de actuación están muy reglamentadas se reduce el margen para la innovación. Pero además, la innovación requiere de personal específicamente *capacitado* (para la adquisición de nuevos conocimientos, la adaptación funcional y la experimentación) y de *incentivos* (tanto subjetivos como funcionales y retributivos) que estimulen la capacidad de innovación efectivamente existente en un concreto órgano o unidad administrativa. En principio, y de forma quizá contraintuitiva, las Administraciones públicas son organizaciones con alta capacidad de innovación, por sus grandes dimensiones, su carácter estable, su fuerte acumula-

(49) OCDE, *Panorama...* cit., p. 71.

(50) SERRANO CANON, M., «Un decálogo aprendido sobre innovación pública», en «Innovación: una obligación de la Administración del siglo XXI», número monográfico de *El Consultor de los Ayuntamientos y de los Juzgados* (2018), pp. 1-18 (p. 5).

ción de capital humano y su proximidad y permeabilidad respecto de otras organizaciones (51). Aunque esta tendencial idoneidad para la innovación necesita también de un marco jurídico facilitador (52).

38. Aunque el Derecho administrativo español no impide *per se* la innovación, tampoco la incentiva. En mi opinión, las recientes LPAC, LRJSP, LCSP y LTBG, en la medida que aumentan la rigidez legal en la organización administrativa y en las formas de actuación (*supra* §§ 32 a 36) claramente *desincentivan* la innovación (53). Y lo mismo puede decirse de la regulación legal del empleo público. De un lado, la actual *selección* de los empleados públicos a través de oposiciones está más dirigida a los conocimientos existentes que a la capacidad para el aprendizaje continuo y la innovación. La situación es tanto más llamativa allí donde el acceso al empleo público ni siquiera se produce por medio de oposiciones basadas en conocimientos, sino mediante procedimiento selectivos «blandos» (como ocurre frecuentemente con los concursos en las Administraciones autonómicas y en las entidades instrumentales (54)) o por procesos de «estabilización» (esto es, donde ni siquiera hay selección propiamente competitiva), previstos de forma generosa en la DT 4.^a EBEP y de lo que es ejemplo el reciente «II Acuerdo para la mejora del empleo público y de condiciones de trabajo» (apartado 3.^o). De otro lado, el sistema *retributivo* de los empleados públicos prioriza el correcto desempeño de las funciones propias de cada puesto de trabajo (definido, en el caso de los funcionarios, en función de las titulaciones académicas exigibles para el ingreso en cada cuerpo, escala o especialidad funcional). Pero no ofrece estímulos claros para mejorar la capacidad de innovación.

2.5 Dirección profesional

39. Una Administración orientada a los resultados precisa de una dirección profesional. Esto es, de personal cualificado y con un estatuto jurídico idóneo para dirigir la organización administrativa hacia concretos resultados. De nuevo, el sentido de la dirección profesional no consiste en vigilar el correcto cumplimiento de la las leyes, sino de adoptar aquellas decisiones e iniciativas organizativas, procedimentales y funcionales que faciliten los mejores resultados posibles, en el marco de la ley.

40. Lo cierto es que la función directiva profesional se encuentra abiertamente *impedida* por el Derecho administrativo español. Formalmente, el art. 13 EBEP prevé la existencia de directivos públicos profesionales. Pero se trata de una mera

(51) MAZZUCATO, M. *The Entrepreneurial State*, Anthem Press, London-New York-New Delhi, 2014, (en especial, pp. 21 y 37). RAMÍO, C., *La Administración pública del futuro*, cit. p. 170.

(52) PAREJO ALFONSO, L., *Estado y Derecho en proceso de cambios*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2016, pp. 171 y 199.

(53) Una opinión más favorable: CAMPOS ACUÑA, C., «Acercándonos a la innovación», en «Innovación: una obligación de la Administración del siglo XXI», número monográfico de *El Consultor de los Ayuntamientos y de los Juzgados* (2018), pp. 1-11 (p. 4).

(54) FUENTETAJA PASTOR, J. A., «El empleo público en tiempos de crisis», en LÓPEZ BENÍTEZ, M., FUENTETAJA PASTOR, J. A. y RODRÍGUEZ-CAMPOS GONZÁLEZ, S., *Las reformas administrativas de la crisis*, Thomson-Reuters Aranzadi, pp. 239-284 (p. 266); JIMÉNEZ ASENSIO, R., «Repensar la selección...», cit., p. 15. FONDEVILA ANTOLÍN, J., *Problemas y soluciones al empleo público actual. Una valoración a los 10 años de la aprobación del EBEP*, Cemci, Granada, 2018, p. 51.

previsión legal básica, necesitada de un desarrollo legal que apenas se ha producido. Esta falta de precisión legal ha llevado a la utilización desviada de puestos de personal eventual (que conforme al art. 12 EBEP son personal de confianza política, no personal profesional). En el fondo de este déficit está la falta de definición legal de un *espacio propio* para la dirección pública profesional (55). Una parte de ese espacio está ocupada por personal político (no necesariamente profesional) y otra parte está ocupada por la alta función pública (reclutada y formada para el recto cumplimiento de la ley, no para la dirección profesional de servicios, y cuya retribución no está vinculada a los resultados). De manera que la Administración se dirige en parte con criterios políticos y en parte con criterios burocráticos.

2.6. Conocimiento

41. La generación de resultados precisa que el personal de la Administración disponga de los conocimientos necesarios. Una Administración moldeada por el principio de legalidad potencia los conocimientos idóneos para la correcta *aplicación* de la ley. Potencia la cualificación eminentemente jurídica y la destreza para la subsunción de la realidad en supuestos de hecho normativos (56). Una Administración orientada a resultados, no a la llana aplicación de la ley, requiere de otro tipo de conocimientos. Y sobre todo, de la capacidad de adquirir nuevos conocimientos, los que en cada momento o contexto sean necesarios para alcanzar un determinado tipo de resultados. En un ejercicio prospectivo se ha predicho que el progreso informático y la inteligencia artificial se ocuparán de la actuación subsuntiva de la Administración (de la gestión y aplicación de reglas sencillas a casos concretos). En ese contexto, la formación jurídica perderá espacio en la Administración; lo ganará la cualificación tecnológica y, más en general, la capacitación para la adquisición de nuevos conocimientos (57).

42. Lo cierto es que el Derecho del empleo público en España *dificulta* considerablemente la orientación de la Administración hacia los resultados.

a) De un lado, el *acceso* a los cuerpos funcionariales, mediante oposiciones (art. 61.2 EBEP), está basado más en conocimientos que en competencias, habilidades o destrezas. Y si bien es claro que los *conocimientos* son útiles en estadios temporales iniciales, tras el ingreso, esos mismos conocimientos devienen rápidamente obsoletos. Y no hay ninguna garantía objetiva de que quien ha sido reclutado por conocimientos tenga también capacidad para una adquisición ágil de nuevos conocimientos (sobre todo, de conocimientos en ámbitos diferentes a los considerados en las pruebas de acceso).

b) De otro lado, hay que tener en cuenta que el acceso a la función pública (a concretos cuerpos, escalas, especialidades y categorías) viene determinada por la

(55) JIMÉNEZ ASENSIO, R., «La dirección pública profesional: perspectiva comparada y diagnóstico de la situación en España», en JIMÉNEZ ASENSIO, R., VILLORIA, M., y PALOMAR OLMEDA, A., *La dirección pública profesional en España*, Marcial Pons e IVAP, Madrid-Barcelona-Buenos Aires, 2009, pp. 16-64 (p. 60).

(56) CASSESE, S., *Derecho administrativo: historia y futuro*, INAP y Global Law Press, Sevilla, 2014, p. 72

(57) JIMÉNEZ ASENSIO, R., «Repensar la selección...», cit., p. 25.

existencia de *concretas plazas de plantilla* (art. 70.1 EBEP). Y esto determina que son las concretas plazas vacantes en un momento determinado las que marcan el reclutamiento de los funcionarios. Esto es, aunque las Administraciones públicas seleccionan funcionarios permanentes (inamovibles) no lo hacen para las diferentes tareas que puedan ser necesarias en cada momento y contexto, sino para la cobertura de concretas plazas en un concreto momento. En consecuencia, conforme al artículo 61.2 EBEP, los conocimientos exigidos a los nuevos funcionarios son los convenientes para un concreto puesto en un concreto momento, no necesariamente los idóneos para un Administración con tareas cambiantes y orientada a la generación de resultados.

c) También, y aun aceptando que una selección de ingreso enfocada a determinados puestos no impide la posterior recualificación del personal, lo cierto es que la *estructura retributiva* de la función pública no incentiva la formación continua. En la actualidad, los artículos 23 y 24 EBEP asientan la retribución funcional sobre elementos estáticos, como son el grupo propio de cada cuerpo, escala o especialidad (en relación con las retribuciones básicas) y el concreto puesto de trabajo (para el complemento específico). Por sí, el sistema retributivo no incentiva la recualificación del personal, sino el ejercicio reiterado de las tareas propias de cada puesto de trabajo.

VI. ESPACIOS, REDES Y SISTEMAS ADMINISTRATIVOS

43. La imagen icónica de la Administración en los Estados liberales contemporáneos es la de una organización unitaria, jerarquizada, sometida a la ley parlamentaria, y en continua tensión con los sujetos privados (a los que por un lado sirve y por otro lado somete). Aunque lo descrito es un *tipo ideal* de Administración, más que un tipo empírico en sentido estricto (58), ha servido como patrón explicativo durante dos siglos. Como hipótesis, la Administración futura se alejará progresivamente de este tipo ideal de Administración. Tanto en su comprensión unitaria, como en su naturaleza vertical. En hipótesis, la Administración del futuro será menos una organización unitaria y más una red o sistema organizativo integrador de diversas Administraciones públicas y de la propia ciudadanía. Este vector de transformación de la Administración se expresa en la teoría política, en los inicios del milenio, con la imprecisa idea de *gobernanza* (59).

44. La realidad actual ya de muestras de esta transformación. La *diversidad* de Administraciones públicas en posición de igualdad formal (a través de la categoría jurídica de la competencia) es una realidad tanto *ad intra* de los Estados descentralizados o federales como *ad extra*, por el proceso de integración en entidades políticas internacionales o supranacionales (en especial, la Unión Europea). Esta diversidad de Administraciones públicas, que con frecuencia actúan en una misma materia o sector (como los servicios sociales), en diversos niveles territoriales de una misma materia (como en la vigilancia de la competencia en los merca-

(58) En el sentido propio de las ciencias sociales: LARENZ, K., *Methodenlehre der Rechtswissenschaft*, 6.ª ed., Berlin: Springer-Verlag, 1991, p. 462.

(59) PRATS, J., *De la burocracia al management...* cit., p. 130.

dos), o en ámbitos competenciales concurrentes (como el medio ambiente y el desarrollo económico), está dando lugar a *espacios, redes o sistemas administrativos*. Se conjugan ahí, en esas redes, espacios o sistemas, técnicas de cooperación horizontal y técnicas de coordinación vertical. El Derecho administrativo no se está limitando a tolerar estas formas organizativas reticulares, sino que las está creando o regulando *directamente* en diversos sectores de la actividad pública.

45. Unas veces la *cooperación* y la *coordinación* administrativas tienen lugar a través de estructuras orgánicas más o menos estables. Otras veces la interacción administrativa se produce solo de forma procedimental o funcional. En el nivel europeo, la experiencia de la llamada «unión administrativa europea» muestra que las técnicas cooperativas o de coordinación se canalizan, en ocasiones, a través de nuevos órganos u organizaciones donde están representadas las Administraciones nacionales y las propias instituciones europeas: es el caso de ACER (Agencia Europea de Cooperación de Reguladores de la Energía) (60) o de ORECE (Organismo de Reguladores Europeos de las Comunicaciones Electrónicas) (61). Aunque otras veces la «unión administrativa europea» es solo *funcional y procedimental*, como el Espacio Europeo de Investigación (art. 179 TFUE) o la simple articulación procedimental de las diversas autoridades de competencia o de protección de los consumidores existentes en la Unión Europea (62).

46. En el ámbito estatal interno también se habla de «redes, sistemas o espacios» de interacción funcional, como la Red de Parques Nacionales (Ley 5/2007, de 3 de abril, de la Red de Parques Nacionales), el Sistema Español de Farmacovigilancia (art. 2.1 del Real Decreto 577/2013, de 26 de julio), o el Sistema de Salud (art. 4 de la Ley 14/1986, de 25 de abril, General de Sanidad). Llamativo es el caso del Espacio Madrileño de Educación Superior: una realidad funcional informal (aunque con presencia virtual: www.emes.es), formada por la suma de las diversas técnicas de coordinación y cooperación entre las universidades (públicas y privadas) madrileñas, las entidades de investigación autonómicas y la propia Administración educativa autonómica. Es cierto que la interacción administrativa (cooperativa o coordinadora) no es un fenómeno nuevo. El fenómeno de la Administración mixta es tan conocido como problemático. Lo novedoso ahora está en la extensión cuantitativa del fenómeno de la interacción administrativa, en la tendencial accesibilidad de las formas orgánicas (respecto a la interacción funcional) y en la diversidad de interacciones (cooperativas y coordinativas) que se producen en cada espacio, red o sistema administrativo (63).

(60) Reglamento (CE) núm. 713/2009 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 13 de julio de 2009, por el que se crea la Agencia de Cooperación de los Reguladores de la Energía.

(61) Reglamento (UE) 2018/1971 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 11 de diciembre de 2018, por el que se establecen el Organismo de Reguladores Europeos de las Comunicaciones Electrónicas (ORECE) y la Agencia de apoyo al ORECE (Oficina del ORECE), por el que se modifica el Reglamento (UE) 2015/2120 por el que se deroga el Reglamento (CE) núm. 1211/2009.

(62) Reglamento (UE) 2017/2394 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 12 de diciembre de 2017, sobre la cooperación entre las autoridades nacionales responsables de la aplicación de la legislación en materia de protección de los consumidores y por el que se deroga el Reglamento (CE) núm. 2006/2004.

(63) RUFFERT, M., «De la europeización del Derecho administrativo a la Unión administrativa europea», en Velasco Caballero, F., y Schneider, J-P (coordinadores), *La unión administrativa europea*, Marcial Pons, Madrid-Barcelona-Buenos Aires, 2008, pp. 87-108 (p. 98). SIMANTRAS, N. I., *Netzwerke im europäischen Verwaltungsverbund*, Mohr Siebeck, Tübingen, 2016, p. 39

47. En ocasiones, estos «espacios», «redes» o «sistemas» incorporan no solo a las Administraciones concernidas, sino también a *sujetos privados* directamente interesados, a empresas que colaboran con la Administración o, en general, a representantes de la ciudadanía. Así, es frecuente que las agencias de cooperación europeas incorporen, mediante diversos comités, a representantes del sector económico concernido. También, en los «sistemas de servicios sociales» se incluye a los proveedores privados, junto a las Administraciones públicas (art. 57 de Ley madrileña 11/2003, de 27 de marzo, de Servicios Sociales). Aceptada la participación de entidades privadas en redes o sistemas administrativos, es una cuestión central la posición funcional de estos sujetos en la red o espacio administrativo. Lo común y propio es que el liderazgo y dirección estrategia de la red corresponda a una o varias Administraciones públicas (64). Aunque esto no impide que los particulares disponga de una posición funcional cualificada (mediante el suministro de información o la posibilidad de plantear objeciones y recomendaciones). Junto a esto, y a fin de evitar sesgos ideológicos, políticos o sociales, también es determinante la *diversidad* de entidades privadas o sociales en la red administrativa. De ahí que junto a los agentes económicos propios del sector, estén también presentes las entidades ciudadanas o sociales (de usuarios, de prestatarios de servicios) propios de cada ámbito.

48. Las estructuras cooperativas y de coordinación administrativa presumen la concurrencia, complementariedad o coincidencia competencial de varias Administraciones en una misma materia. En esa medida, el objetivo político de eliminación de las *duplicidades competenciales* incluido en el programa CORA y luego articulado en forma normativa (para las entidades locales, mediante el nuevo art. 7.4 LBRL, introducido por la Ley 27/2013, de 27 de diciembre y en general para los órganos administrativos por el art. 5.4 LRJSP) podría considerarse como contrario a la hipótesis de un futuro reticular de las Administraciones públicas. Sin embargo, la pretendida simplificación competencial de la Administración ha encontrado dificultades jurídicas (como las objeciones de constitucionalidad a la LRSAL por parte de la STC 41/2016) o, simplemente no se está imponiendo en la realidad. Sí es previsible, en cambio, que la abierta objeción de las recientes leyes administrativas a la creación de nuevos órganos y organizaciones administrativas (arts. 5.3 y 94 a 96 LRJSP) incentive la articulación funcional o procedimental (no orgánica) de las interacciones administrativas.

49. La Administración reticular plantea algunas *dificultades jurídicas* aún pendientes de solución estable. En primer lugar, la interacción de Administraciones públicas plantea cuestiones elementales de *legitimidad*. Si cada Administración pública actúa en el ámbito de la competencia que le atribuye la ley, la interacción con otras Administraciones significa, de entrada, la compartición de competencias: que otras Administraciones públicas participen (mediante formas cooperativas o de coordinación) en el ejercicio de competencias de otras u otras (65). Y esto exige que sean también las leyes quienes definan los espacios, sistemas y redes administrativas y de qué forma se comparten las competencias en su seno. Los convenios administrativos, sin duda eficaces para la cooperación (arts. 47 y 144.3 LRJSP), son insuficientes para redefinir las competencias de cada Administración pública, o para disponer su ejercicio participado o compartido. En consecuencia, las futuras

(64) ARENILLA, M., «La elaboración de un nuevo relato de lo público», *cit.*, p. 18.

(65) SIMANTRAS, N. I., *Netzwerke im europäischen Verwaltungsverbund*, *cit.*, p. 44.

redes y espacios administrativos no pueden hacerse en paralelo a la ley, sino precisamente mediante la definición de las competencias participadas en la ley. Esa es, desde luego, la realidad en el Derecho europeo. Y también debe serlo en el ámbito estatal interno.

50. En segundo lugar, los espacios, sistemas o redes administrativos presentan dificultades en el marco del *Estado de Derecho*. En tres órdenes: participación de particulares en los procedimientos administrativos; tutela judicial efectiva frente a la Administración reticular; y responsabilidad patrimonial por daños. El Derecho de la Unión Europea proporciona algunos criterios pragmáticos para abordar los problemas propios de las Administraciones públicas actuando fuera de su Estado.

a) La primera cuestión se refiere a la dimensión administrativa del principio de *audiencia*, hoy identificado como pieza esencial y común a todos los Estados de Derecho (66). Cuando varias Administraciones participan en un mismo procedimiento, a veces incluso de forma vinculante o determinante, se plantea ante qué autoridad administrativa debe tener lugar la audiencia de los interesados en tal procedimiento. En principio, se puede considerar como opción óptima que la audiencia se produzca ante la autoridad administrativa que finalmente *resuelve* el procedimiento (aunque en él hayan participado de forma determinante otras autoridades administrativas) (67). Este criterio es sin duda razonable, pero puede ser disfuncional allí donde la Administración que resuelve es distante respecto de los interesados (lo que dificulta el ejercicio efectivo del derecho de audiencia) o donde la resolución administrativa final está condicionada por previas decisiones o informes vinculantes (de otra Administración pública), pues en ese caso la audiencia solo es eficaz si se toma en consideración para la elaboración del informe determinante, y por tanto antes de adoptar la decisión definitiva.

b) La segunda cuestión problemática es la de la *tutela judicial*. De nuevo aquí se puede considerar como criterio de principio que el control judicial se produzca ante los tribunales que de ordinario fiscalizan a la autoridad administrativa *decisora o final*. Y que en ese control único de legalidad de la decisión final se enjuicien también los posibles efectos invalidantes (de la decisión final) derivados de posibles vicios en los actos de trámite adoptados por otras Administraciones públicas (68). Ahora bien, junto a esta solución de control judicial único y solo sobre la decisión final, también hay casos en los que tienen sentido que ciertos actos de trámite, dictados por una Administración en el marco de un procedimiento complejo que finaliza otra Administración puedan ser impugnados ante los tribunales que de ordinario controlan la legalidad de esa Administración. En efecto, hay que tener en cuenta que algunas decisiones y actuaciones administrativas vienen rígidamente *vinculadas* por un informe o decisión interlocutoria de otra Administración pública. Para estos casos, la ineludible vigencia del derecho a la tutela judicial efectiva reclama que el informe o decisión administrativa intermedia sea enjuici-

(66) DE LA CANANEA, G., *Due Process of Law Beyond the State*, Oxford University Press, 2016, p. 189.

(67) Este es el criterio que, para la interacción administrativa europea, se extrae de la STJ de 21 de noviembre de 1991, *Tecnische Universität München*, C-269/90. Véase en el Derecho positivo, en materia de control bancario: artículos 31 y 87 del Reglamento (UE) núm. 468/2014 del Banco Central Europeo, de 16 de abril de 2014 (Reglamento Marco del Mecanismo Único de Supervisión).

(68) STJ de 19 de diciembre de 2018, *Berlusconi*, C-219/17.

ciada por los tribunales que de ordinario fiscalizan a la Administración opinante. La calificación de estas opiniones vinculantes como «actos de trámite» no justifica por sí la elusión del control judicial directo (69). Al menos en aquellos casos en los que la autoridad administrativa decisora no es la Administración natural (próxima, ordinaria) del ciudadano concernido.

c) Finalmente, la Administración reticular también plantea dificultades de *responsabilidad patrimonial* por daños. Cuando varias Administraciones participan en un resultado dañoso, es necesario identificar quién, y en qué medida, debe responder por el daño causado. Aquí, a falta de criterios normativos o jurisprudenciales claros, se puede proponer la *solidaridad* de las autoridades administrativas cocausantes del daño como criterio óptimo en términos de Estado de Derecho (70). Esto es, que el dañado se dirija indistintamente, por la totalidad de la reparación pedida, a cualquiera de las Administraciones públicas participantes en el resultado dañoso final (71).

VII. ADMINISTRACIÓN DE DIRECCIÓN, ORDEN Y CONTROL

51. Hacia la mitad del siglo xx una buena parte de los Estados, sobre todo los Estados europeos de posguerra, expandieron funcionalmente sus Administraciones públicas hacia la producción de bienes y la provisión de *servicios públicos*. En las dos últimas décadas del siglo xx se inició el repliegue funcional de la Administración. Dejando a las empresas privadas no solo la producción de bienes y servicios de interés individual, sino también la producción y provisión de algunos servicios de interés general (el suministro de energía eléctrica, los servicios de telefonía, etc.). La Administración pasó de productora o prestadora a *garante* de que los bienes y servicios de interés individual se generan en condiciones de competencia y de que los servicios económicos de interés general se prestan en condiciones de accesibilidad universal (72). A partir de esta evolución, se plantea como hipótesis de futuro que la Administración reduzca aún más su actividad prestacional, y se concentre en tareas de dirección estratégica, de orden, y de control (73).

52. En el caso de España, esta hipotética reducción de la actividad prestacional de la Administración supondría, de entrada, una enorme *reducción en el empleo público*. Con valor meramente aproximativo, se puede calcular que en la actualidad, y para el conjunto de las Administraciones públicas españolas, 1.412.943 empleados públicos trabajan en ámbitos que pudiéramos calificar como prestacionales

(69) STJ de 2 de diciembre de 1992, *Oleificio Borelli*, C-97/91, (1992); y STJ de 17 de septiembre de 2014, *Liivimaa Lihaveis*, C-562/12.

(70) HOFMANN, J., »Rechtschutz und Haftung im Europäischen Verwaltungsverbund«, en SCHÖNDORF-HAUBOLD, B., *Der Europäische Verwaltungsverbund*, Mohr Siebeck, Tübingen, 2005, pp. 354 y ss. (p.377).

(71) Aparentemente otro criterio (exigencia de responsabilidad a la autoridad directamente causante del daño): STPI de 10 de marzo de 2004, *Malagutti-Vezinhet*, T-177/02.

(72) ESTEVE PARDO, J., *La nueva relación*, cit., p. 169.

(73) MICLETHWAIT, J. Y WOOLDRIDGE, A., *La cuarta revolución. La carrera global para reinventar el Estado*, Galaxia Gutemberg, Barcelona, 2015, p. 217; RAMÍO, C., *La Administración pública del futuro...* cit., pp. 137 y 195.

(como la educación, la sanidad o los servicios sociales). Y que 1.116.628 empleados públicos actúan en tareas de orden y control (como el orden público, la gestión tributaria o la defensa) (74). Una hipótesis de futuro en el que la Administración redujera la prestación directa de servicios públicos supondría, también, una enorme reducción en el bloque principal de empleados públicos, el dedicado a la prestación de servicios. Incluso antes del programa CORA y sus réplicas autonómicas, se ha producido una importante reducción de empresas públicas, normalmente dedicadas a la prestación de servicios (75). Aunque esto no significa necesariamente que el Estado se haya desprendido de los servicios prestados por esas empresas públicas. Primero, porque parte de las empresas extinguidas se han fusionado o han sido absorbidas por otras empresas públicas. Y segundo, porque una parte de aquellos servicios han pasado a la gestión administrativa directa por medio de la Administración matriz o a la gestión indirecta (a través de empresas contratistas).

53. Por supuesto, es imposible predecir si, y en qué medida, la Administración futura se centrará en las tareas de dirección, orden y control. Y en qué medida los actuales servicios públicos prestados directamente por la Administración pasarán a ser servicios *privados de interés general* (y por tanto bajo supervisión y garantía administrativa de prestación universal), servicios públicos bajo *gestión indirecta* por empresas (mediante contratos y concesiones de servicios, o mediante conciertos), o se gestionarán *directamente* por la Administración (a través de empleados propios, funcionarios o laborales). Lo cierto es que el Derecho español, tanto históricamente como en la actualidad, *incentiva* abiertamente el protagonismo privado en la prestación de servicios públicos. Por eso, en la medida en que otros factores económicos, políticos y sociales impulsen la privatización de los servicios públicos o de su gestión, se pueden contar con que el Derecho *facilitará* esa transformación.

54. Tenemos, de un lado, que el *Derecho de subvenciones* ofrece amplias posibilidades para que la Administración coadyuve económicamente a la efectiva realización de actividades privadas de interés general. Basta con la existencia de «interés general» [art. 2.1.c) LGS] para que la Administración pueda subvencionar una concreta actividad o proyecto (76). De hecho, buena parte de los actuales servicios sociales han sido, en un tiempo anterior, actividades privadas desarrolladas por entidades sin ánimo de lucro con alguna forma de ayuda o subvención pública. De manera que si, como ha ocurrido por ejemplo en los Estados Unidos a finales del siglo XX, se desarrollase una *vis* política favorable a la sustitución de los servicios públicos sociales por actividades de entidades religiosas o sin ánimo de

(74) Fuente: elaboración propia a partir de: «Boletín Estadístico del Personal al Servicio de las Administraciones Públicas», Ministerio de Hacienda (enero 2018); y «Personal clasificado por Áreas y Juntas Municipales según grupos de titulación y sexo», Ayuntamiento de Madrid, 16 de octubre de 2018 (www.madrid.es).

(75) MONTÓYA, E., «Reflexiones sobre el sector público instrumental en un contexto de crisis económica: la inaplazable hora de la racionalización», en *Actas del VII Congreso de la Asociación Española de Profesores de Derecho Administrativo*, INAP, Madrid, 2012, pp. 15-116 (pp. 37 y 57).

(76) FERNÁNDEZ FARRERES, G., «El concepto de subvención y los ámbitos objetivo y subjetivo de aplicación de la ley», en Fernández Farreres, G. (Director), *Comentarios a la Ley General de Subvenciones*, Thomson-Civitas, 2005, pp. 29 y ss. (p. 47).

lucro (77), esa orientación política encontraría una ordenación jurídica propicia en el Derecho de subvenciones.

55. En segundo lugar, nuestro Derecho prevé la posibilidad de que ciertas actividades que son objeto de servicios públicos (como la asistencia a los ancianos o la educación superior) sean también *actividades privadas bajo vigilancia administrativa* (sometidas a previa autorización o acreditación y a la inspección administrativa periódica). Así, en el caso de los servicios asistenciales, las leyes autonómicas de servicios sociales permiten la prestación netamente privada de servicios (sin financiación pública), aunque reglamentan la actividad prestacional y la someten a controles administrativos (por ejemplo: art. 55.2 de la Ley madrileña 11/2003, de Servicios Sociales). En el mismo sentido, las leyes permiten la existencia de prestaciones educativas superiores por universidades privadas sin financiación pública. Eso sí, bajo estándares de funcionamiento y controles permanentes fijados por la Administración educativa (arts. 4.5 y 12 y DA 9.ª de la Ley Orgánica 6/2001, de 21 de diciembre, de Universidades). Según esto, allí donde no haya una actividad o servicio reservado a la Administración (y estos son hoy muy reducidos) (78), cabe que esa misma actividad o servicio se preste por entidades privadas y con financiación netamente privada. En consecuencia, basta con que la orientación política dominante reduzca cuantitativamente la financiación de los servicios públicos en concurrencia con los privados para que, *de facto*, se incremente la correspondiente actividad privada. El límite a esta posibilidad no la ofrece en la actualidad el Derecho administrativo, sino las leyes anuales de presupuestos, pues de ellas depende la cuantía y calidad de los servicios públicos (y por tanto la existencia de un mercado alternativo o subsidiario de servicios privados simétricos).

56. Finalmente, el Derecho español de la *contratación administrativa* ha facilitado, históricamente, la *gestión indirecta* de servicios públicos. Cada tipo contractual para la gestión de servicios públicos se ha adaptado históricamente a las necesidades y singularidades de los distintos sectores empresariales. El contrato de concesión de servicio público ha asegurado la rentabilidad privada del contrato mediante la clausura de la competencia; y el concierto ha permitido la incorporación a la gestión de servicios públicos a sujetos privados que ya realizaban la misma actividad en régimen de libre mercado. En la actualidad, los contratos de servicios y de concesión de servicios (arts. 15.2 y 17 LCSP) aún siguen facilitando la gestión indirecta de servicios públicos. Y lo mismo hacen los conciertos (hoy formalmente externos a la LCSP) allí donde son objeto de regulación específica, como en educación (art. 116 de la Ley Orgánica 2/2006, de 3 de mayo, de Educación) o en servicios sociales (por ejemplo, art. 53 de la Ley valenciana 5/1997, de 25 de junio, por la que se regula el Sistema de Servicios Sociales). Pero si tradicionalmente el Derecho español ha facilitado la gestión indirecta de servicios públicos (a través de empresas contratistas), las recientes reformas de 2015 incluso han *incentivado* esa gestión externa. Por un lado, imponiendo la preferencia de la gestión contractual de los servicios, a través de sujetos privados, frente a la posible gestión mediante acuerdos o convenios entre Administraciones públicas (arts. 11

(77) Así: HABERKERN, R. M., «Implementing Charitable Choice at the State and Local Levels», *Welfare Information Network*, vol. 6-5, 2002, pp. 3-14

(78) Para los servicios locales: ORTEGA BERNARDO, J., *Tratado de Derecho económico local*, Marcial Pons, Madrid-Barcelona-Buenos Aires-São Paulo, 2017, pp. 73-104 (p. 77, § 9).

y 47.1.3 LRJSP). Y por otro lado, prefiriendo la gestión por contratos frente a la gestión directa mediante empresas públicas [86.2.a) LRJSP].

VIII. ADMINISTRACIÓN ABIERTA

57. Como última hipótesis de transformación, la Administración del futuro será abierta. Actualmente, la expresión «gobierno abierto» comprende realidades diversas. Al menos: transparencia, accesibilidad, capacidad de respuesta ante nuevas demandas y participación ciudadana (79). Aunque se trata de realidades muy diferentes, tienen de común que aportan legitimidad a la Administración (80) (*supra* § 39), en un contexto histórico en el que el simple cumplimiento de la ley es una fuente necesaria –pero insuficiente– de legitimidad (81). Más aún, la hipótesis de una «Administración de resultados» (*supra* § 19) en la que los cargos y empleados públicos disponen de más espacios de opción o decisión, no previamente programados por la ley, naturalmente exige más apertura de la Administración (82).

58. En general, las diversas expresiones de Administración abierta pueden ser impulsadas *directamente* por la Administración. Aunque no por completo al margen de la ley. Primero, porque en las Administraciones públicas de tradición legalista o napoleónica una apertura real es difícil de alcanzar al margen de las leyes. Y segundo, porque tanto en la transparencia-accesibilidad como en la participación ciudadana están presentes varias *reservas de ley*, como las del art. 105 a) y b) CE (STC 55/2018, FJ 7) y las relativas a derechos fundamentales (a la intimidad personal y a la autodeterminación informativa: arts. 18.1 y 4 CE; y a la participación en los asuntos públicos: art. 23.1 CE). Recientemente el Derecho español, al hilo del programa de reformas CORA, ha *impuesto* diversas medidas, tanto de transparencia como de participación ciudadana. Tal y como resulta de la jurisprudencia constitucional, se trata de estándares mínimos de apertura, por tanto superables por las leyes autonómicas (STC 55/2018, FJ 7).

59. La *transparencia* es hoy una imposición legal, a través de la Ley 19/2013, de 9 de diciembre, de Transparencia, Acceso a la Información Pública y Buen Gobierno (LTBG) y las leyes autonómicas que la desarrollan. El deber de transparencia administrativa se ha configurado con un correspondiente derecho subjetivo de *acceso* a la información, construido como un derecho a *solicitar* y obtener información concreta (art. 12 LTBG) y por tanto no como un derecho a *acceder directamente y libremente* a una información de por sí abierta y disponible. Aunque aún con pocos años de perspectiva, esta configuración jurídica de la transparencia ofrece resultados discretos. Las causas están tanto en la ley como en su desarrollo reglamentario o, más simplemente, en su aplicación práctica. De entrada, la propia

(79) *Informe-ejecutivo CORA*, cit., p. 35.

(80) CANALS AMETLLER, D., «El acceso público a datos en un contexto de transparencia y de buena regulación», en Canals Ametller, D., (editora), *Datos. Protección, transparencia y buena regulación*, Documenta Universitaria, Girona, 2016, pp. 11-52 (p. 19).

(81) VILLORIA, M., «La transparencia como política pública en España: algunas reflexiones», *Eunomía: Revista en Cultura de la Legalidad*, núm. 7 (2014), pp. 85-103 (p. 94).

(82) RAMIÓ, C., *La Administración pública del futuro*, cit., p. 149.

opción legislativa de articular la transparencia mediante un derecho a solicitar documentos no hace a la Administración transparente, sino simplemente *accesible* para quien asuma la carga de la solicitud. Además, la previsión legal de amplias e imprecisas causas de denegación del acceso [en especial, las que tienen que ver con la seguridad y la protección de datos personales: arts. 14.1.d) y 15 LTBG] dificultan la accesibilidad real (83). Es significativo, en este sentido, que entre 2015 y 2018 el Consejo de Transparencia y Buen Gobierno haya estimado el 59,67% de las reclamaciones contra denegaciones de acceso (lo cual es un claro indicador de que las causas de posible denegación de acceso a la información en manos de la Administración son aún demasiado abierto e impreciso). De otro lado las exigencias procedimentales que de hecho requiere el acceso (en especial, la exigencia de firma electrónica, no generalizada en la ciudadanía) *desincentiva* la accesibilidad efectiva de los ciudadanos a la información administrativa (84). Por supuesto que en el marco de la LTBG es posible una mejora de la accesibilidad, como la que impulsa el propio Consejo Nacional de Transparencia y Buen Gobierno. Pero también hay que considerar que el propio sistema de acceso rogado y selectivo a la información, por importante que pueda ser, ha nacido obsoleto. La realidad de la Administración electrónica, impulsada decididamente por la LPAC y la LRJSP, determina que la información administrativa se encuentre hoy, necesariamente, en soporte electrónico. En consecuencia, el grueso de esa información (incluyendo los expedientes administrativos individuales) podría proporcionarse, como datos abiertos, a la ciudadanía. Por supuesto que serían posibles las excepciones: que por razones de intimidad, competencia económica o seguridad, ciertos datos solo fueran accesibles mediante solicitud (como en la actualidad) o incluso ser inaccesibles. En todo caso, un acceso directo y generalizado a la información Administrativa no solo es inimaginable sin una previa imposición legal, sino que precisamente la existencia de un derecho fundamental a la protección de datos (art. 18.4 CE y STC 292/2000) hace necesario que sea la ley quien ponderadamente determine el posible alcance de un acceso directo y libre a los datos administrativos.

60. También la *participación ciudadana*, como forma de Administración abierta, puede ser promovida directamente por la Administración. Y de hecho, al amparo del tópico político de la gobernanza y sobre todo en el ámbito local, han proliferado en los últimos años las formas participativas. Históricamente, y al amparo del principio general del art. 105 a) CE, las leyes han *incentivado* formalmente la participación ciudadana (así, art. 70 bis.1 LBRL), aunque han limitado la utilización de las formas de participación más intensas, como las *consultas vecinales* (art. 71 LBRL) o los *referenda* (conforme a la Ley Orgánica 2/1980, de 18 de enero, sobre Regulación de las distintas modalidades de Referéndum, y su interpretación rigurosa por el Tribunal Constitucional: STC 31/2015).

61. Más recientemente, en el marco del programa de reformas CORA –y más como una cuestión de mejora de la regulación económica que como mejora de la

(83) Entre otros: BOIX PALOP, A., «L'Administració pública al Títol IV de la Constitució espanyola de 1978: perfils constitucionals i declinació aplicativa després de quatre dècades de vigència», pp. 387-409 (p. 404).

(84) VILLORIA, M., «La transparencia, la imparcialidad y la calidad de la democracia», en *Dilemata*, núm. 27m (2018), pp. 1-16 (p. 13).

participación ciudadana(85)– se ha introducido el trámite de *consulta pública previa* en todas las iniciativas normativas de la Administración (art. 133.1 LPAC) y se ha introducido una nueva regulación del tradicional trámite de *audiencia e información pública* en la elaboración administrativa de proyectos normativos (art. 133.2 LPAC), si bien esta regulación solo es aplicable directamente a la Administración General del Estado, conforme a la STC 55/2018, FJ 7).

62. Aun reconocida la importancia de la participación ciudadana al servicio de una Administración abierta, orientada a resultados (*supra* § 22) y en red (*supra* § 43), lo cierto es que presenta diversos *riesgos de captura* (de los sectores económicos con más capacidad técnica y económica para la participación estructurada(86)) y de *sobrerrepresentación* de determinadas organizaciones sociales (87), como las organizaciones vecinales o de consumidores, que incluso frecuentemente cuentan con el apoyo económico de las propias Administraciones públicas. Esto explica que el Derecho actual objete algunos desarrollos de la participación ciudadana. De entrada, el art. 23.1 CE, en la medida en que garantiza el derecho fundamental de los ciudadanos a la participación en los asuntos públicos «por medio de representantes», impide el desarrollo de una democracia participativa alternativa a la representativa (STC 31/2015, FJ 3). En esa medida, y de forma similar a como ocurre con el derecho de asociación (art. 22 CE), que incluye tanto el derecho a asociarse como también el derecho a «no asociarse» (STC 5/1981), también habría que reconocer hoy que el derecho a participar en los asuntos públicos incluye también el derecho a «no participar» o a participar solo mediante representantes (y no por medios de democracia directa). Lo cual exige que la participación directa o no representativa (al margen de elecciones) no resulte menoscabada mediante la sobrevaloración de la participación ciudadana directa. Esto es precisamente lo que dice para la Administración local el art. 69.2 LBRL al prohibir que los instrumentos de participación ciudadana «Menoscab[en] las facultades de decisión que corresponden a los órganos representativos regulados por la Ley».

IX. CONCLUSIÓN

63. A la vista de todo lo expuesto, se puede concluir que una eventual reforma de la Administración española, aunque posible, será tendencialmente limitada. De un lado, porque el contexto institucional (sistema electoral y principio de legalidad) limita las reformas endógenas (las impulsadas desde la propia Administración) y confía en la ley como agente principal de reforma, precisamente en un tiempo en el que el sistema electoral proporcional favorece la diversidad grupos parlamentarios, y por tanto exige amplios y difíciles consensos para la aprobación

(85) CANALS AMETLLER, D., «El acceso público a datos...», cit., p. 30.

(86) MIR PUIGPELAT, O., «¿Better regulation ó marketing? La nueva regulación básica del procedimiento de elaboración de reglamentos y normas con rango de ley», en Velasco Rico, C. (dir.), *Reflexiones sobre la reforma administrativa de 2015*, Marcial Pons, Madrid-Barcelona-Buenos Aires-Saõ Paulo, 2017, pp. 209 a 244 (p. 232); LÓPEZ PAGÁN, J., *La ventana de oportunidad del gobierno abierto en España: un análisis desde el ámbito local*, Cemci, Granada, 2018, p. 99.

(87) ARENILLA SÁEZ, M., «Marco técnico actual de las Administraciones públicas», cit., p. 76.

de nuevas leyes. Las reformas van a venir, previsiblemente, inducidas desde fuera, principalmente desde la Unión Europea (a su vez inspirada por la OCDE).

64. De los cuatro posibles *vectores de reformas* analizados en este estudio, y en atención a que el Derecho administrativo es determinante para todas esas reformas, se puede pronosticar un grado muy diverso de realización práctica. Previsiblemente, la Administración española seguirá en gran medida orientada a la *aplicación de la ley*, y no a la consecución de resultados. Pero pasará a tener una estructura cada vez más *reticular*: aumentarán los espacios, sistemas y redes administrativos. También se transformará en una Administración de *dirección y control*, dejando una parte de las tareas prestacionales a los agentes privados. Y previsiblemente será una Administración algo más *abierta* (más transparente y más participativa). Veamos.

65. La Administración española seguirá siendo más *aplicativa de ley* que orientada a la obtención de resultados eficaces. Simplemente porque el Derecho administrativo actual *no incentiva* suficientemente esa orientación de la Administración hacia los resultados. Tanto la cultura legalista (que ve a la Administración como una organización aplicativa de la ley) como la regulación organizativa y de empleo público (las actuales LPAC, LRJSP, LCAP y EBEP) desincentivan el desarrollo de los elementos determinantes de una Administración orientada a resultados: la apertura de márgenes de opción para las autoridades administrativas; la capacidad de innovación; la focalización de los controles en la eficacia, y no en el simple cumplimiento de la ley; y la existencia de conocimiento cualificado y actualizado en la organización. Sencillamente, el Derecho administrativo no contiene incentivos suficientes para pasar de una Administración aplicadora de ley a una Administración orientada a conseguir los resultados u objetivos que le marcan las leyes.

66. Sí es previsible la progresiva transformación de una Administración unitaria, vertical y separada de la ciudadanía en una Administración *sistémica o reticular*. Presumiblemente proliferarán las redes, sistemas y espacios de cooperación y coordinación de diversas Administraciones públicas, de distinta clase y nivel (tanto internacionales y europeas como estatales, regionales y locales, y tanto generales como especiales o sectoriales). Y en esas redes, sistemas o espacios participarán también los particulares. Esta transformación, que ya está en marcha, la impulsa decididamente el Derecho europeo, y también la incentiva el Derecho español.

67. Previsiblemente, la Administración se irá desvinculando de la prestación directa de algunos servicios. Y pasará a *dirigir y controlar* la prestación de esos servicios mediante la dirección estratégica y la supervisión. El Derecho administrativo español facilita este resultado de varias formas: mediante un concepto muy amplio y benévolo de subvención, mediante leyes favorecedoras de los contratos y los conciertos con particulares, y a través de las amplias posibilidades administrativas de reglamentación de actividades privadas (para orientarlas hacia objetivos de interés general).

68. Finalmente, la Administración será tendencialmente *más abierta*. El Derecho administrativo actual aún permite una mejora endógena en los resultados de transparencia. Y la participación ciudadana está decididamente incentivada en las leyes (al punto de que la cuestión jurídica principal puede pasar a ser la necesidad de límites legales a la participación).

X. BIBLIOGRAFÍA CITADA

- ARENILLA SÁEZ, M., «Marco técnico actual de las Administraciones públicas», en ARENILLA SÁEZ, M., *Crisis y reforma de la Administración pública*, Netbiblo, A Coruña, 2011, pp. 1-160.
- ARENILLA, M., «La elaboración de un nuevo relato de lo público», en *Panorama de las Administraciones Públicas 2017*, OCDE/INAP, Madrid, 2018, pp. 17-30.
- BACIGALUPO SAGGESE, M., *La discrecionalidad administrativa*, Marcial Pons, Madrid, 1997.
- BAÑO LEÓN, J. M., «Reserva de Administración y Derecho comunitario», *Papeles de Derecho Europeo e Integración Regional*, núm. 7 (2011), pp. 1-12.
- BOUCKAERT, G. Y KUHLMANN, S., «Introduction: Comparing Local Public Sector Reforms: Institutional Policies in Context», en BOUCKAERT, G. Y KUHLMANN, S., *Local Public Sector Reforms in Times of Crisis*, 2016, pp. 1-20.
- CAMPOS ACUÑA, C., «Acercándonos a la innovación», en «Innovación: una obligación de la Administración del siglo XXI», número monográfico de *El Consultor de los Ayuntamientos y de los Juzgados* (2018), pp. 1-11.
- CANALS AMETLLER, D., «El acceso público a datos en un contexto de transparencia y de buena regulación», en Canals Ametller, D., (editora), *Datos. Protección, transparencia y buena regulación*, Documenta Universitaria, Girona, 2016, pp. 11-52.
- CASSESE, S., *Derecho administrativo: historia y futuro*, INAP y Global Law Press, Sevilla, 2014.
- CRAIG, P., *Administrative Law*, 8.^a ed., Thomson Reuters, London, 2016.
- DE LA CANANEA, G., *Due Process of Law Beyond the State*, Oxford University Press, 2016.
- DE PALMA DEL TESO, A., «El principio de igualdad y el procedimiento para el reconocimiento de la situación de dependencia y el derecho de acceso a las prestaciones del sistema para la autonomía y atención a la dependencia», en RODRÍGUEZ DE SANTIAGO, J. M. Y DÍEZ SASTRE, S., *La Administración de la Ley de Dependencia*, Marcial Pons, pp. 143-202.
- DOMÉNECH PASCUAL, G., «El seguimiento de normas y actos jurídicos», *Revista de Administración Pública*, núm. 167 (2005), pp. 97-145.
- ESTEVE PARDO, J., *La nueva relación entre Estado y sociedad*, Marcial Pons, Madrid-Barcelona-Buenos Aires, São Paulo, 2013.
- FERNÁNDEZ FARRERES, G., «El concepto de subvención y los ámbitos objetivo y subjetivo de aplicación de la ley», en Fernández Farreres, G. (Director), *Comentarios a la Ley General de Subvenciones*, Thomson-Civitas, 2005, pp. 29 y ss.
- FONDEVILA ANTOLÍN, J., *Problemas y soluciones al empleo público actual. Una valoración a los 10 años de la aprobación del EBEP*, Cemci, Granada, 2018.
- FUENTETAJA PASTOR, J. A., «El empleo público en tiempos de crisis», en LÓPEZ BENÍTEZ, M., FUENTETAJA PASTOR, J. A., y RODRÍGUEZ-CAMPOS GONZÁLEZ, S., *Las reformas administrativas de la crisis*, Thomson-Reuters Aranzadi, pp. 239-284.
- FUKUYAMA, F., *Orden y decadencia de la política*, Deusto, Bilbao, 2016.
- GAMERO, E., «La simplificación del procedimiento administrativo: “better regulation”, “better administration”», *Revista Española de Derecho Administrativo*, núm. 160 (2013), pp. 79-126
- GARRIDO FALLA, F., «Sobre el Derecho administrativo y sus ideas cardinales», *Revista de Administración Pública*, núm. 7 (1952), pp. 11-50.

- HABERKERN, R. M., «Implementing Charitable Choice at the State and Local Levels», *Welfare Information Network*, vol. 6-5, 2002, pp. 3-14.
- HOFMANN, J., »Rechtschutz und Haftung im Europäischen Verwaltungsverbund«, en SCHÖNDORF-HAUBOLD, B., *Der Europäische Verwaltungsverbund*, Mohr Siebeck, Tübingen, 2005, pp. 354 y ss.
- HOFFMANN-RIEM, W., «Eigenständigkeiti der Verwaltung», en HOFFMANN-RIEM, W., SCHMIDT-ASSMANN, E., Y VOSSKUHLE, A., *Grundlagen des Verwaltungsrecht*, C. H. Beck, München, 2006, pp. 623-714.
- «Innovation im Recht», en Blättel-Mink, B., Schulz-Schaeffer, I., y Windeler, A. (Editores), *Handbuch der Innovationsforschung. Sozialwissenschaftlichen Perspektiven*, Springer VS, Wiesbaden, 2018, pp. 1-24.
- JIMÉNEZ ASENSIO, R., «La dirección pública profesional: perspectiva comparada y diagnóstico de la situación en España», en JIMÉNEZ ASENSIO, R., VILLORIA, M., Y PALOMAR OLMEDA, A., *La dirección pública profesional en España*, Marcial Pons e IVAP, Madrid-Barcelona-Buenos Aires, 2009, pp. 16-64.
- «Repensar la selección de empleados públicos: momento actual y retos de futuro», *Revista Vasca de Gestión de Personas y Organizaciones Públicas*, núm. Extra 2 (2018), pp. 8-29.
- KISCHEL, U., *Rechtsvergleichung*, C. H. Beck, München, 2015.
- LAMOTHE, S., LAMOTHE, M., Y FEIOCK, R. C., «Examining Local Government Service Delivery Arrangements Over Time», *Urban Affairs Review*, núm. 44 (2008), pp. 27 y ss.
- LARENZ, K., *Methodenlehre der Rechtswissenschaft*, 6.ª ed., Berlin: Springer-Verlag, 1991.
- LÓPEZ DÍAZ, A., «Una propuesta de nuevo régimen presupuestario de la Administración y su control», en Marín-Barnuevo Fabo, D., y Monzón Mayo, M. J. (coordinadores), *El control interno en las entidades locales: el control financiero*, Instituto de Derecho Local, Madrid, 2017, pp. 13-48.
- LÓPEZ PAGÁN, J., *La ventana de oportunidad del gobierno abierto en España: un análisis desde el ámbito local*, Cemci, Granada, 2018
- MAZZUCATO, M. *The Entrepreneurial State*, Anthem Press, London-New York-New Delhi, 2014.
- MICLETHWAIT, J. y WOOLDRIDGE, A., *La cuarta revolución. La carrera global para reinventar el Estado*, Galaxia Gutemberg, Barcelona, 2015.
- MONTOYA MARTÍN, E., «Reflexiones sobre el sector público instrumental en un contexto de crisis económica: la inaplazable hora de la racionalización», en *Actas del VII Congreso de la Asociación Española de Profesores de Derecho Administrativo*, INAP, Madrid, 2012, pp. 15-116.
- «Las sociedades estatales en la Ley 40/2015, de 1 de octubre, de Régimen Jurídico del Sector Público», en LÓPEZ MENUDO, F., *Innovaciones en el Procedimiento Administrativo Común el Régimen Jurídico del Sector Público*, Universidad de Sevilla, 2016, pp. 199-234.
- OCDE, *Panorama de las Administraciones públicas 2017*, INAP, Madrid, 2018.
- OHNESORGE, J., «Chinese Administrative Law in the Northeast Asian Mirror», *Transnational Law and Contemporary Problems*, núm. 16 (2006), pp. 103-166.
- OLIVER, A., *The Origins of Behavioral Public Policy*, Cambridge University Press, 2017.
- MIR PUIGPELAT, O., «¿Better regulation ó marketing? La nueva regulación básica del procedimiento de elaboración de reglamentos y normas con rango de ley», en Velasco Rico, C. (dir.), *Reflexiones sobre la reforma administrativa de 2015*, Marcial Pons, Madrid-Barcelona-Buenos Aires-Saô Paulo, 2017, pp. 209 a 244.

- ORTEGA BERNARDO, J., *Tratado de Derecho económico local*, Marcial Pons, Madrid-Barcelona-Buenos Aires-São Paulo, 2017, pp. 73-104
- PAREJO ALFONSO, L., *Estado y Derecho en proceso de cambios*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2016.
- PONCE SOLÉ, J., «¿Mejores normas?: Directiva 2006/123/CE, relativa a los servicios en el mercado interior, calidad reglamentaria y control judicial», *Revista de Administración Pública*, núm. 180 (2009), pp. 201-243.
- «The History of Legitimate Administration in Europe», en Ruffert, M. (Editor), *Legitimacy in European Administrative Law: Reform and Reconstruction*, Europa Law Publishing. Groningen, 2011, pp. 155-164.
- «Derecho administrativo, ciencias conductuales y nudging en la gestión pública», *Revista Vasca de Gestión de Personas y Organizaciones Públicas*, núm. 15 (2018), pp. 8-27.
- POLZER, T., *Von klassischer Verwaltung zu Public Governance*, Springer Verlag, 2019.
- PRATS, J., *De la burocracia al management, del management a la gobernanza*, INAP, Madrid, 2005.
- RAMÍO, C., *La Administración pública del futuro (horizonte 2050). Instituciones, política, mercado y sociedad de la información*, Tecnos, Madrid, 2017
- RANCHORDÁS, S., «Sunset clauses and experimental regulations: Blessings or Curse for Legal Certainty», *Statute Law Review*, núm. 36-I (2015), pp. 28-45.
- RODRÍGUEZ DE SANTIAGO, J. M., *Metodología del Derecho administrativo. Reglas de racionalidad para la adopción y el control de la decisión administrativa*, Marcial Pons, Madrid-Barcelona-Buenos Aires-São Paulo, 2016.
- RUFFERT, M., «De la europeización del Derecho administrativo a la Unión administrativa europea», en Velasco Caballero, F., y Schneider, J-P (coordinadores), *La unión administrativa europea*, Marcial Pons, Madrid-Barcelona-Buenos Aires, 2008, pp. 87-108.
- SERRANO CANON, M., «Un decálogo aprendido sobre innovación pública», en «Innovación: una obligación de la Administración del siglo XXI», número monográfico de *El Consultor de los Ayuntamientos y de los Juzgados* (2018), pp. 1-18.
- SIMANTRAS, N. I., *Netzwerke im europäischen Verwaltungsverbund*, Mohr Siebeck, Tübingen, 2016.
- SUNSTEIN, C., (más) *Simple. El futuro del Gobierno*, Marcial Pons, Madrid-Barcelona-Buenos Aires, São Paulo, 2014.
- TURC, E., GUENOUN, M., RODRÍGUES, M. A. V., DEMIRKAYA, Y., y DUPUIS, J., »Impacts o NPM-Driven Performance Management Reforms and Ideologies in Napoleonic Local Governments: A Comparative Analysis of France, Portugal and Turkey», en KUHLMANN, S., y BOUCKAERT, G, *Local Public Sector Reforms in Times of Crisis*, 2016, pp. 121 y ss.
- VELASCO CABALLERO, F., «The legitimacy of the Administration in Spain», en Ruffert, M. (Editor), *Legitimacy in European Administrative Law: Reform and Reconstruction*, Europa Law Publishing. Groningen, 2011, pp. 81-114.
- «The Union of Independent Regulatory Authorities' of European Internal Market, en VELASCO CABALLERO, F., y PASTOR MERCHANT, F., *The Public Administration of the Internal Market*, Europa Law Publishing, Groningen, 2015, pp. 193-213.
- VILLORIA, M., «La transparencia como política pública en España: algunas reflexiones», *Eunómia: Revista en Cultura de la Legalidad*, núm. 7 (2014), pp. 85-103.
- «La transparencia, la imparcialidad y la calidad de la democracia», en *Dilemata*, núm. 27m (2018), pp. 1-16.
- WEBER, M., *Economía y Sociedad*, 2.^a ed., Fondo de Cultura Económica, México, 1993.